



# فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هشتم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۰

۱۰۶

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم  
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه  
سر دبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)  
دبیر تحریریه: عبدالصمد علی آبادی  
کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی  
مترجم چکیده‌ها و منابع: محمدرضا عموحسینی

پادوری

۱. فصلنامه فقه به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید.  
۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و مورد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajoohaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می‌شود.  
هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ \* تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵

رایانامه: Feqh.osul@gmail.com \* آدرس سامانه: Jf.isca.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

## اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

### عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

### رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

### سیداحمد 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 نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

---

## داوران این شماره

رضا اسفندیاری (اسلامی)، سید محمد رضی آصف آگاه، محمد رسول آهنگران، حامد رستمی نجف آبادی، اسدالله رضایی، طه زرگریان، عادل ساریخانی، محمد صالحی مازندرانی، عبدالصمد علی آبادی، علیرضا فجرری، محسن ملک افضلی اردکانی، محمدحسن نجفی راد.

## فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقهای مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

### اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

### اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه**

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس [jf.isca.ac.ir](http://jf.isca.ac.ir) ارسال نمایند.

## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

### ۱. شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یار و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت‌یابی می‌شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.

- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

### ۲. شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد،

- نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:
- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- \*\* مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می‌باشد.
- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
- **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

### ۳. روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال

- مقاله اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- ✓ برای ارسال مقاله، **نویسنده مسئول** باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.
- ✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

### ۴. قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته‌های جدید است را می‌پذیرد.
- مجله از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

### فایل‌هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصلی مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)

**تذکر:** (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).  
✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

۵. **حجم مقاله: واژگان کل مقاله:** بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰ واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).  
**نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان:** نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

**وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی های ذیل درج شود:**

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.  
۲. **دانشجویان:** دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۴. **طلاب:** سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمیه/ مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

**ساختار مقاله:** بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. **عنوان؛**

۲. **چکیده فارسی** (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛

۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل جدیدبودن موضوع مقاله)؛

۴. **بدنه اصلی** (توضیح و تحلیل مباحث)؛

۵. **نتیجه‌گیری** (بحث و تحلیل نویسنده)؛

۶. **بخش تقدیر و تشکر:** پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛

۷. **منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

**روش استناد دهی: APA** (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

## فهرست مقالات

- ۸ تحلیل فقهی گستره ولایت حاکم اسلامی  
در نصب و عزل متولی در نهاد وقف  
مهدی درگاهی  
سید مجتبی کیا  
محمدحسن دهقان
- ۳۴ ملاک فقهی تعیین ارش جنایت  
رضا پورصدقی  
محمد نوذری فردوسیہ
- ۶۳ بررسی فقهی-حقوقی تبدیل قصاص نفس به دیه  
در صورت اعدام قاتل با عنوان حلدی  
حجت‌الله فتحی
- ۸۵ نقد اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی در اشتراط اسقاط خیار رؤیت  
محمد رضا کیخا  
حمید مؤذنی بیستگانی
- ۱۱۰ امکان سنجی ضمانت از اعیان خارجی در فقه و حقوق ایران  
محمد صالحی مازندرانی
- ۱۳۷ واکاوی گستره منع قصاص زن باردار  
از دیدگاه حقوق کیفری و فقه اسلامی  
ماشاءالله کریمی
- ۱۶۷ ضوابط نصب قاضی غیرمجتهد  
بر پایه عناوین ثانوی مصلحت و اضطرار  
زهرا نجارزادگان سرابی  
هادی صادقی  
محمدحسین ناظمی اشنی



## A Jurisprudential Analysis of the Scope of the Islamic Government Guardianship in the Nomination and Dismissal of the Guardian in Waqf Institution<sup>1</sup>

Mahdi Dargahi<sup>2</sup> Sayyid Mojtaba Kia<sup>3</sup> Mohammad Hassan Dehghan<sup>4</sup>

Received: 24/02/2021

Accepted: 15/06/2021

### Abstract

One of the most important issues regarding waqf (endowment) is the scope of the Islamic government guardianship in nominating and dismissing the guardian. This problem has found a special place after the Islamic Revolution of Iran and the governance of the jurist for the affairs of the country, and since no comprehensive and integrated research has been conducted regarding this issue, the scope of the government intervention in the nomination and dismissal of the guardian of special and general awqaf (the plural form of waqf) is not that much clear. Sometimes a situation arises for the guardian that undoubtedly requires the intervention of the government such as in cases where the guardian does not have the necessary competence and the continuation of his guardianship over the Mawqufeh (the item that has been endowed) can ruin the interests of the mawqufeh and mawquf Alayhim (The person or people to whom the waqf is allocated). In these cases, a primitive confrontation can be imagined between the guardianship of the government and the guardian, and through a proper jurisprudential analysis, the guardianship of the government on the guardianship of Waqif (The person who endows the item) and the guardian is prior to the Mawqufeh. In the event of the death of the governor, the guardianship of her appointees in the position of the guardian of waqf is continuous until the living governor announces a dismissal. This study, through the library method and search in the above generalities and applications, seeks to clarify the limits of the guardianship and the governor's authority in determining, nominating, and dismissing a trustee in the waqf institution with or without dominating the waqif as well as the status of guardians appointed by the governor after his death.

### Keywords

Islamic government, guardian, Towliat, Wilayat Faqih, general waqf, special waqf.

---

1. This paper is taken from the M. A thesis under the title of "Authorities and limits of application of Islamic Government Guardianship in Waqf Institution (supervisor: Mahdi Dargani), Islamic Seminary of Qom.

2. Assistant professor, Department of Fiqh and Usul, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Author in charge). Aghigh\_573@yahoo.com

3. M.A Graduated, Islamic Seminary of Qom, Iran. mojtabakia22@gmail.com

4. M.A Graduated, Islamic Seminary of Qom, Iran. mhd13@mailfa.com.

---

\* Dargahi, M., & Kia, S. M., & Dehghan, M. H. (1400 AP). A Jurisprudential Analysis of the Scope of the Islamic Government Guardianship in the Nomination and Dismissal of the Guardian in Waqf Institution. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 8-32. Doi: 10.22081 / jf.2021.58912.2135.

---

## تحلیل فقهی گستره ولایت حاکم اسلامی در نصب و عزل متولی در نهاد وقف

مهدی درگاهی<sup>۲</sup>    سید مجتبی کیا<sup>۳</sup>    محمدحسن دهقان<sup>۴</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۶

### چکیده

از مسائل مهم پیرامون وقف، گستره ولایت حاکم اسلامی در نصب و عزل متولی است. این مسئله پس از انقلاب اسلامی و حاکمیت فقیه بر امور کشور جایگاه ویژه‌ای یافته و از آنجا که تحقیق موسع و یکپارچه‌ای حول آن صورت نگرفته است، حدود و ثغور دخالت حاکم در نصب و عزل متولی اوقاف خاص و عام چندان هویدا نیست. گاهی شرایطی بر متولی عارض می‌شود که بی‌شک نیازمند دخالت حاکم است؛ همچون مواردی که متولی صلاحیت لازم را ندارد و استدامه ولایت او بر موقوفه می‌تواند مصالح موقوفه و موقوف علیهم را ضایع کند. در این موارد تقابل بدوی بین ولایت حاکم و ولایت متولی قابل تصور است که با تحلیل صحیح فقهی، ولایت حاکم بر ولایت واقف و ولایت متولی بر موقوفه مقدم است و در صورت فوت حاکم، ولایت منصوبان او در کسوت متولی بر نهاد وقف مستدام است تا عزل‌لی از سوی حاکم زنده ابلاغ شود. در این تحقیق تلاش شده با روش کتابخانه‌ای و جستجو در عموماً و اطلاقات فوقانی، حدود و ثغور ولایت و اختیارات حاکم در تعیین، نصب و عزل متولی در نهاد وقف با وجود نصب واقف یا بدون آن و همچنین وضعیت متولیان منصوب از طرف حاکم پس از فوت او روشن گردد.

### کلیدواژه‌ها

حاکم اسلامی، متولی، تولیت، ولایت فقیه، وقف عام، وقف خاص.

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه سطح سه (کارشناسی ارشد) با عنوان «اختیارات و محدوده اعمال ولایت حاکم اسلامی در نهاد وقف» (استاد راهنما: مهدی درگاهی)، حوزه علمیه قم است.
۲. استادیار گروه فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول). Aghigh\_573@yahoo.com
۳. دانش‌آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، ایران. mojtabakia22@gmail.com
۴. دانش‌آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، ایران. mhd13@mailfa.com

\* درگاهی، مهدی؛ کیا، سیدمجتبی؛ دهقان، محمدحسن. (۱۴۰۰). تحلیل فقهی گستره ولایت حاکم اسلامی در نصب و عزل متولی در نهاد وقف. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۸-۳۲.

Doi: 10.22081/jf.2021.60267.2244



فقه



## ۱. مقدمه

با پیروزی انقلاب اسلامی و امکان ورود فقه به حیطه‌های مختلف اداره کشور، مسائل فراوان تلفیقی با رویکرد فقه حکومتی مطرح و مورد ابتلا قرار گرفت و همچنین ضرورت پاسخ به نیازهای موجود در اوقاف اهمیت دوچندان یافته است.

روشن است که حاکم اسلامی بر اساس مبنای ولایت فقیه در وقف جایگاه ویژه‌ای دارد. قبول و قبض موقوفات، حفاظت و تعمیر عین موقوفه و همچنین نظارت بر جهت مصرف وقف، از مهم‌ترین وظایف و اختیاراتی است که از منظر شرع به حاکم سپرده شده است. از جمله مسائل مهم، گستره ولایت حاکم اسلامی در تعیین، نصب و عزل تولیت در وقف خاص و عام و تصرفات متولی در فرض فوت حاکم است؛ به این بیان که حاکم اسلامی در تعیین تولیت در موقوفات خاص و عام تا چه میزان حق دخالت دارد. ولایت حاکم در فروض تعیین یا عدم تعیین متولی از جانب واقف و نیز در فرض حیات یا فوت یا استعفای متولی، یا خیانت او چه نقشی دارد و گستره ولایت حاکم در اوقاف عامه یا خاصه به چه میزان است؟ در صورت فوت حاکم شرع، تکلیف تصرفات و اقدامات متولیان که در زمان حیات او منصوب گردیده‌اند چیست؟

نوشتار حاضر از دو جهت نسبت به دیگر مقالات فقهی و حقوقی پیرامون بحث رابطه حاکم و وقف نوآوری دارد؛ اولاً به صورت خاص به رابطه حاکم و متولی در هر دو قسم وقف عام و خاص پرداخته شده، در حالی که در نوشتارهای مشابه<sup>۱</sup> معمولاً این مطلب به صورت عام و کلی بدون شرح وجوه مختلف مورد بررسی قرار گرفته و فروضی همچون فقدان متولی در اوقاف خاص، وجود فرد اصلح برای تصدی‌گری امور وقف با وجود متولی منصوب و یا فقدان تدبیر متولی منصوب با ارتکاب فعلی که

۱. حسب تتبع نویسندگان، مقالاتی همچون «دخالت حاکم در تولیت و نظارت بر موقوفات»، نوشته مسعود امامی در مجله فقه، دوره بیست‌ویکم، شماره ۸۲، زمستان ۱۳۹۳، و «نقش ولی امر در اوقاف از منظر فقه حکومتی»، نوشته مرحوم علی‌اکبر ترابی شهرضایی در مجله علمی-ترویجی گفت‌مان فقه حکومتی، سال دوم، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۷، و «حدود اختیارات ولی فقیه در اوقاف عامه»، نوشته محسن ملک‌افضلی در مجله فقه، دوره بیست‌وششم، شماره ۱۰۰، زمستان ۱۳۹۸ به چاپ رسیده است.



فقه



به مصلحت موقوفه یا موقوف علیهم نبوده، و یا ترک فعلی که به مصلحت موقوف علیهم و یا موقوفه بوده، در - اعم از - وقف عام و خاص، و همچنین در فرض فوت حاکم و دوام نفوذ ولایت متولی منصوب از سوی او، از جمله ضوری است که در مباحث پیرامونی نهاد وقف در کتب و مقالات به آن پرداخته نشده است و اصولاً تبیین ادله فقهی و تحلیل تنافی آن، در فروضی همچون فقدان متولی در وقف عام و خیانت متولی منصوب از واقف، با این نوشتارها در دو بُعد سندی و دلالتی متفاوت است.

در ادامه پس از تبیین مفاهیم اساسی تحقیق و تعیین اصل اولی در نصب و عزل متولی و اشاره‌ای اجمالی به محدوده ولایت فقیه مستفاد از ادله عقلی و نقلی، ولایت حاکم اسلامی در فروض مختلف نصب یا عدم نصب متولی توسط واقف در وقف عام و خاص و صور خیانت متولی منصوب از سوی واقف و فروض مربوط به مصالح موقوفه و موقوف علیهم در عزل متولی موجود و نصب اصلح، و همچنین نفوذ ولایت متولی منصوب از سوی حاکم در فرض فوت او بررسی و تحلیل می‌شود.

## ۲. تبیین مفاهیم اساسی

### ۲-۱. مفهوم حاکم

«حاکم» در لغت، اسم فاعل از ماده «ح ک م» به معنای «قاضی» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۹۰۱؛ ابن اثیر، بی تا، ج ۱، ص ۴۱۹؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۴۸؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۱۵۳۵) و «کسی که بین مردم حکم می‌کند» (راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۲۴۹) و «مانع ظلم به مظلوم می‌شود» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۹۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۱۴۲) آمده است. در احادیث شیعه به معنای «قاضی»، «والی» و «فرمان‌روا» استعمال شده (منتظری، ۱۴۰۹ق، صص ۴۳۴-۴۳۶) و در متون فقهی نیز چنین است (قاسمی و پژوهش‌گران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، صص ۴۹، ۵۳۵-۵۴۱؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱۷). این استعمالات حاکی از اشتراک معنوی - و نه لفظی - واژه حاکم است؛ به این معنا که «کسی که بین مردم حکم می‌کند و مانع ظلم می‌شود، گاهی در حیطة دادگاه و محکمه، و در موردی خاص حکمرانی می‌کند و گاهی در قلمرو یک سرزمین و کشور حکمرانی می‌کند» (درگاهی و عندلیبی، ۱۳۹۴، ص ۲۶). بنابر فقه سیاسی مذهب جعفری، فقیهی

که به منظور تحقق حاکمیت اسلام و تشکیل و پیشبرد حکومت بر پایه نظام اسلام، عهده‌دار حکمرانی در عرصه سیاست و اداره جامعه است، در دوران غیبت کبری حاکم اسلامی است (در گاهی و عندلیبی، ۱۳۹۴، ص ۲۶).

## ۲-۲. مفهوم متولی

فارغ از طرح مفهوم لغوی، مراد از متولی در فقه کسی است که اداره و مدیریت موقوفه بر عهده او است (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۴۴۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۳) که در برخی منابع به ناظر نیز تعبیر شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۳۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۷۰).

## ۲-۳. مفهوم وقف

مراد از وقف، بدون طرح معنای لغوی آن، عقد یا ایقاعی است که به موجب آن اصل عین (مال) حبس و منافع آن برای عده‌ای تسبیل و جاری می‌شود تا بهره‌برند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۵۶). وقف به اعتبار کسانی که از منافع آن بهره می‌برند (موقوف علیهم) بر دو قسم است: وقف خاص که استفاده کنندگان از عین وقف (موقوفه)، اشخاص، اقشار یا گروه خاص و دسته معینی هستند، و وقف عام که متعلق به شخص یا گروه خاصی نیست و منافع آن مثلاً برای عموم فقرا، و یا مصالح عمومی جامعه است (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۰).

## ۳. اصل اولی در نصب و عزل متولی

مراد از اصل اولی همان اصل لفظی مستفاد از اطلاعات و عموماً ادله موجود در باب وقف است که ذیل قاعده «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۲۷) طرح می‌شود و بر اساس آن امور موقوفه به دست واقف است و تنها او است که برای نظارت بر موقوفه حق تعیین، نصب و عزل متولی را دارا است و کسی حق دخالت ندارد (خلخالی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۸۱). این قاعده برگرفته از روایاتی است که مفاد آن چنین است: «در موقوفات باید به حسب آنچه واقف معین کرده عمل شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷،



فقه



ص ۳۷؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۰۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۱۳۳). البته پرواضح است که واقف نمی تواند خواهان خصوصیات یا شرایط غیر مشروع باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۳۱).

#### ۴. گستره ولایت حاکم مستفاد از ادله ولایت فقیه

بر اساس ادله عقلی و نقلی مثبت ولایت فقیه موجود در منابع فقهی که اخیراً توسط برخی نویسندگان از لابلای کتب فقهی مدون گشته (درگاهی و عندلیبی، ۱۳۹۴، صص ۳۴-۵۲)، تمام اختیارات پیامبران و امامان علیهم السلام که به سعادت جامعه و دوری از بی نظمی و هرج و مرج مربوط بوده و در حیطه امور حکومتی است، به فقها منتقل شده است، و به عبارت دیگر، در تمام اموری که معصومان علیهم السلام به عنوان حجّت خداوند ولایت دارند، برای فقها نیز ولایت جعل شده است؛ لذا تمام اختیارات حکومتی آنان از جهت حاکم بودن و حکومت کردن بر امت اسلامی برای فقها ملحوظ است و محدوده ولایت آنها همان محدوده ولایت معصومان در تمام امور اجتماعی است. توضیح بیشتر آنکه روایات معتبری همچون توفیق شریف<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۴۱۱ق، ص ۲۹۰؛ صدوق، ۱۳۹۵ق، ج ۲، ص ۴۸۳) و

۱. «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةٍ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ».

در اثبات اعتبار توفیق شریف شایسته است دو سند مذکور برای آن بررسی شود:

شیخ در الغيبة: «وَأَخْبَرَنِي جَمَاعَةٌ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قَوْلُوهِ وَأَبِي عَلِيٍّ الرَّزَّازِيِّ وَعَبْرِهِمَا عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ الْكَلْبِيِّ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ: ...»  
صدوق در کمال الدین: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِصَامِ الْكَلْبِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ الْكَلْبِيِّ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ: ...»

در سند شیخ طوسی، مراد از جماعتی که او از آنها از «جعفر بن محمد بن قولویه» نقل می کند، بنا بر آنچه که ایشان در ترجمه این قولویه ذکر کرده اند، شیخ مفید، حسین بن عبدالله و احمد بن عبدون است (طوسی، بی تا، ص ۱۰۹، رقم ۱۴۱) که در وثاقت شیخ مفید تردیدی نیست (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۹۹، رقم ۱۰۶۷) و حتی حسین بن عبدالله و احمد بن عبدون نیز ثقة هستند؛ چون حسین بن عبدالله و احمد بن عبدون ناقل ده ها کتاب و صدها روایت هستند و در طرق متعددی واقع شده اند که بسیاری از این کتب و روایات طرق دیگری نیز دارند و در هیچ موردی بین طریق آنها و طرق دیگر اختلاف نسخه نقل نشده است. پس مشخص می شود آنها راویان ثقة و مورد اعتمادی هستند. علاوه بر این، نجاشی به توثیقات احمد بن عبدون اعتماد داشته است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۲۸، رقم ۳۵۷)، پس وی قطعاً ثقة است. بنابراین طریق اول مشیخه نیز معتبر خواهد بود.

این قولویه صاحب کتاب شریف کامل الزیارات و محمد بن یعقوب کلینی، صاحب کتاب شریف الکافی هم بالاتر از این هستند که نیاز به توثیق داشته باشند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۲۳، رقم ۳۱۸؛ نجاشی، ۱۴۰۷ق،

ص ۳۷۷، رقم ۱۰۲۶). اسناد شیخ صدوق در کمال الدین به مرحوم کلینی از طریق محمد بن محمد بن عصام کلینی است. درباره محمد بن محمد بن عصام کلینی توثیق خاصی نداریم، ولی با چند وجه عام می توان وثاقت وی را اثبات کرد:

**وجه اول:** شیخ صدوق در همین طریق و جاهای دیگر (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۳) بر ایشان ترضی کرده و ظاهراً کثرت ترضی صدوق، به همراه ترضی شیخ طوسی در الغیبة، در وثاقت این راوی کافی است.

**وجه دوم:** شهید ثانی در کتاب الرعیة فی علم الدراییه می نویسد: «راویان بعد از شیخ کلینی مشهور به وثاقت بودند. هر چند شهید ثانی از متأخران است و توثیقاتش حسی نیست، اما ایشان نقل شهرت کرده، نه اینکه خود توثیق کند. پس بسیاری از راویان از جمله محمد بن محمد بن عصام توثیق می شوند.» ایشان می فرماید: «لا يحتاج أحد من هؤلاء المشایخ المشهورین إلى تنصیص علی تنزیه ولا بیئة علی عدالة كما اشتهر فی کل عصر من تقتهم وضبطهم وورعهم زیادة علی العدالة» (شهید ثانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۲).

نتیجه این می شود که محمد بن محمد بن عصام کلینی ثقة است و سند شیخ صدوق هم تا شیخ کلینی صحیح است.

بنابراین اسناد شیخ طوسی و شیخ صدوق تا اینجا بی اشکال بوده و تنها کسی که در این روایت باید مورد بحث و بررسی قرار بگیرد، اسحاق بن یعقوب است.

اسحاق بن یعقوب یکی از روایتی است که در زمان غیبت صغری می زیسته و توقیعی نیز از امام زمان علیه السلام بر او وارد شده است. آنچه برای ما مهم است، اثبات وثاقت یا عدم اثبات وثاقت او است. درباره اسحاق بن یعقوب توثیق خاصی وارد نشده است، اما برای اثبات وثاقت وی می توان به چند وجه استدلال کرد که ما تنها به دو وجه اشاره می کنیم:

**وجه اول:** اسحاق بن یعقوب شخصی است که کلینی از او روایت کرده و گفته است که توقیعی از طرف امام زمان علیه السلام به او صادر شده است و افترای توقیع به امام زمان علیه السلام در موقعیتی که توقیع ارزش خاصی داشت - به نحوی که جز برای ثقات صادر نمی شد - تنها از طرف یک شخص خبیث ردل امکان پذیر است که در این صورت امر اسحاق بن یعقوب دائرمدار این می شود که یا در اعلی درجه وثاقت بوده که توقیعی از حضرت برایش صادر شده بوده و یا از خبیث ترین مردم بوده است که توقیعی به اسم امام زمان علیه السلام جعل کرده است. اگر صورت دوم صحیح باشد، چنین امری عادتاً بر شیخ کلینی با آن دقت و ضبطی که ایشان در نقل حدیث داشته است مخفی نمی ماند؛ مخصوصاً اینکه ایشان معاصر با غیبت صغری و عصر توقیعات بوده است. بنابراین اعلی درجه وثاقت و جلالت قدر برای اسحاق ثابت می شود (حائری، ۱۴۲۴ق، ص ۱۲۰).

**وجه دوم:** اگر بر فرض اسحاق بن یعقوب کاذب و دروغ گو باشد، یا در اصل توقیع فرض کذب می شود و یا در بعضی از خصوصیات توقیع؛ صورت اول صحیح نیست، چون چنین امری بر مثل کلینی که در ضبط احادیث دقت دارد و معاصر عصر توقیعات است مخفی نمی ماند. لاقلاً در صورت عدم اطمینان به صدور توقیع در آن شک می کرد که منجر به عدم نقل این توقیع می شد، و یا بعد از قبول اصل توقیع، در بعضی از خصوصیات توقیع فرض تحریف می شود که آن هم دو سبب می تواند داشته باشد:

**اول:** مصلحت مهم شخصی که او را وادار به این تحریف کرده است؛ که چنین احتمالی در مورد حاضر متصور نیست.

**دوم:** تساهل در نقل حدیث در صورتی که راوی ضبط دقیق نداشته باشد؛ که این هم در مورد ما مردود است، چون هر چند این اشکال درباره نقل های شفاهی اشکال خوبی است، اما در نقل های کتبی و توقیعات چنین



فقه



مقبوله عمر بن حنظله<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۷؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۲) اطلاق دارد و حکم فقیه را در تمام امور اجتماعی حجت دانسته و رد آن را به صورت مطلق رد ائمه علیهم السلام می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۳۵۹)؛ هرچند ممکن است برخی مقبوله را به دعاوی و منازعات و فتاوا منحصر کنند و توقیع شریف را نیز مراجعه به روایت از حیث روایت کردن - و نه حکم نمودن - بدانند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۰، ص ۴۲۰؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۰۲)، ولی پرواضح است که مقبوله به قرینه صدور آن (فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقُضَاةِ أَيْحُلُّ ذَلِكَ) دلالت عام دارد و شامل قضاوت و حکومت است و اصولاً مراد از حاکم در فقره «فَأِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» اعم از قاضی است (بروجردی، ۱۴۱۶ق، صص ۷۳-۷۵؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۴۶۱؛ حائری، ۱۳۸۸ق، ص ۳۴۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۳۹؛ منتظری، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴۸؛ مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۶). اگر در دلالت فقره اول از توقیع شریف (وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَأَرْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةِ حَدِيثِنَا) شک و شبهه‌ای باشد، فقره دوم (فَأِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ) بر اثبات مدعا کافی است و اصولاً تعلیل «فَأِنَّهُمْ حُجَّتِي» قرینه‌ای است بر اینکه حوادث عمومیست دارد؛ یعنی چون فقها حجت امام علیه السلام هستند، می‌بایست در حوادث به آنها مراجعه کرد. پس از آنجا که

→

احتمالی ممکن نیست؛ زیرا عدم ضبط درباره نقل از حافظه است، نه نقل از روی مکتوب. نهایتاً اینکه با چشم‌پوشی از وثاقت اسحاق بن یعقوب می‌گوییم: این توقیع تا زمان مرحوم کلینی مقطوع است، زیرا گفتیم که راوی توقیع، شیخ طوسی، از جماعتی است که شیخ مفید یکی از آنها است. این جماعت هم از جماعتی است که ابن قولویه و ابوغالب زراری از جمله آنها هستند. آنها هم توقیع را از کلینی نقل کرده‌اند. بنابراین در سند این توقیع تا زمان مرحوم کلینی اشکالی نیست. درباره زمان او می‌گوییم احتمال تسرب توقیع دروغ برای کلینی بعید است؛ چراکه عصر عصر غیبت امام زمان علیه السلام است که همه به دنبال توقیعات از امام زمان‌شان هستند و طبیعتاً اهتمام به صدق توقیع دارند. حال در چنین شرایطی عدم‌انکشاف کذب توقیع بر مثل کلینی بعید است. علاوه بر همه اینها اینکه بگوییم ناقل توقیع ادعا کرده که امام زمان علیه السلام به خط خودشان توقیعی برای او صادر کرده است، ولی شیخ کلینی با اینکه به راوی اطمینان نداشته، از او نخواست است که خط امام زمان علیه السلام را به او نشان بدهد، احتمال بسیار بعیدی است (ر.ک: حائری، ۱۴۲۴ق، صص ۱۲۲-۱۲۱). با توجه به این مطالب، می‌توان اطمینان حاصل کرد که توقیع اسحاق بن یعقوب اعتبار فقهی دارد و حجت است.

۱. «فَأِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَتَّخِذْ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَحَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ»

حجیت فقها اختصاص به چند حادثه سؤال شده ندارد، معلوم می شود حوادث عام و مطلق است. بنابراین اختیارات امامان معصوم علیهم السلام در امور اجتماعی و هر آنچه مصالح جامعه اسلامی اقتضا کند، در اختیار فقها است و هر کاری که امام علیه السلام بتواند در امورات اجتماعی و برای اداره جامعه انجام دهند، حاکم نیز می تواند انجام دهد (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۳۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۶۱؛ مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۴؛ حائری، ۱۴۲۴ق، ص ۲۳).

## ۵. تحلیل فقهی گستره ولایت حاکم در فرض وجود متولی منصوب از سوی واقف

وجود متولی منصوب از سوی واقف از دو فرض کلی خارج نیست: یا متولی صالح (امین و کاردان) است و یا غیر صالح؛ در هر دو فرض مذکور، تفاوتی بین وقف خاص و عام نیست و به شرح ذیل گستره ولایت حاکم در تعیین متولی تحلیل و تبیین می شود. شایان ذکر است که به عقیده نویسنده، در فرض صالح بودن متولی، دو فرض جزئی متصور است: اول اینکه متولی صالح است، ولی اصلح وجود دارد، و دوم آنکه متولی فعل نامطلوب و یا ترک فعل مطلوب داشته است. این دو فرض جزئی متصور نویسنده و فاقد حصر عقلی است و نظر به اینکه تحلیل و تبیین حکم گستره ولایت حاکم اسلامی در این دو فرض، مبتنی بر استدلالات و تقریراتی است که ذیل عنوان «متولی منصوب از سوی واقف، صالح (امین و کاردان) نیست» مطرح می شود، لذا در ساختار و چینش مطالب، ابتدا به فرض غیر صالح بودن متولی و بعد صالح بودن او اشاره می شود.

### ۵-۱. صالح (امین و کاردان) نبودن متولی منصوب از سوی واقف

این فرض خود بر دو وجه است: یا متولی خائن است و مصالح وقف، اعم از موقوفه و موقوف علیهم را ضایع کرده و می کند، یا خائن نیست ولی مصالح موقوفه و یا موقوف علیهم به هر دلیلی همچون عدم تدبیر در اداره موقوفه رعایت نشده و ضمن



حیف و میل گشتن مال موقوفه، ترس از نابودی آن وجود دارد.

در تحلیل حکم مسئله، در وهله اول، بین اصل اولی در تعیین و نصب متولی یا همان ولایت واقف در تعیین و نصب متولی، و لزوم عدم دخالت دیگران و ولایت حاکم در مصالح اجتماعی امت اسلامی تقابلی رخ می‌دهد. به عبارت دیگر، از یک طرف متولی از طرف واقف نصب شده و طبق قاعده الوقوف باید ولایت او بر موقوفه جریان داشته باشد و از طرف دیگر وقف برای بهره‌مندی موقوف علیهم است و استدامه ولایت متولی، فوت مصالح موقوفه و موقوف علیهم را به دنبال دارد. حال پرسش این است که حاکم حق عزل متولی موجود را دارد؟ در پاسخ به این سؤال، تحلیل فقهی ادله مذکور با سه تقریر بیان می‌شود:

#### ۵-۱-۱. تقریر اول

هدف از وقف و تعیین متولی در آن، بهره‌مندی موقوف علیهم از موقوفه و نگه‌داری از موقوفه به منظور بهره‌برداری موقوف علیهم از آن است و متولی در واقع ناظر واقف در این امر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۶) و به همین دلیل قدرت و توانایی اداره موقوفه ولو با استعانت از غیر در متولی شرط شده و سپردن موقوفه به خائن جایز نیست (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۵۷). این شرط آن‌چنان مهم است که اگر متولی دیگر شروط تکلیف همچون بلوغ را نداشته باشد ولی توانایی اداره موقوفه را داشته باشد، می‌تواند به او سپرده شود (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۵۷). لذا وقتی این وصف از متولی زائل شود، یعنی نتواند موقوفه را اداره کند یا متعمداً در موقوفه خیانت کند، خودبه‌خود عزل می‌شود و ولایت او بر موقوفه معدوم می‌شود؛ زیرا شرط خود برای ولایت را از دست داده؛ مثل اینکه مجنون شود. لذا با منعدم شدن ولایت او، ولایت حاکم بر موقوفه مستقر می‌شود؛ زیرا او «ولیی من لا ولی له» است و می‌تواند با اعلام منعزل بودن متولی فاقد صلاحیت، شخص دیگری را به‌عنوان متولی منصوب کند. این موضوع برای کسانی که عدالت را برای متولی شرط می‌دانند (عاملی، ۱۲۲۶ق، ج ۹، ص ۴۱) نیز پذیرفته می‌شود؛



زیرا با تخطی متولی از شروط، فسق متولی ثابت می‌شود و خودبه‌خود از ولایت منعزل می‌شود.

در صورتی که علی‌رغم فقدان صلاحیت متولی، باز هم ولایت او بر موقوفه پایدار فرض گردد و یا در صورتی که خائن نیست ولی مصالح موقوف‌علیهم و موقوفه تباه می‌شود، حاکم بنا بر هریک از سه تقریر ذیل می‌تواند متولی منصوب را عزل و دیگری را نصب کند.

### ۵-۱-۲. تقریر دوم

شکی نیست که حفظ و بهره‌برداری از موقوفه، مهم‌ترین مصلحت در نهاد وقف است؛ زیرا هدف واقف بهره‌مندی موقوف‌علیهم است و نصب متولی نیز به‌خاطر حفظ موقوفه و بهره‌مندی کامل موقوف‌علیهم و بطون آینده از وقف است. حال در صورتی که مصلحت حفظ و بهره‌برداری از موقوفه و مصلحت حفظ متولی منصوب از سوی واقف با هم تراحم کنند، هرچند حفظ متولی نیز مهم است، چون با نظر واقف صورت گرفته است، اما آنچه بالذات اهمیت دارد حفظ موقوفه است؛ چراکه مصلحت حفظ موقوفه از مصلحت حفظ متولی منصوب مهم‌تر است. لذا قانون لزوم تقدیم اهم بر مهم جاری می‌شود. به عبارت دیگر، در تراحم میان وجوب حفظ متولی منصوب از سوی واقف (مستفاد از قاعده الوقوف) و وجوب رعایت مصلحت موقوفه (مستفاد از ادله وقف) معیار اهم بودن دلیل است (مشکینی، ۱۳۷۴، ص ۸۷)، پس آنچه مهم‌تر است پیش می‌افتد (خویی، ۱۳۵۲، ج ۴، ص ۲۷۸). در این موارد وجوب حفظ متولی منصوب از سوی واقف فعلیت ندارد و مأمور به وجوب رعایت مصلحت موقوفه است که با عزل متولی منصوب و نصب متولی جدید از سوی حاکم تأمین می‌شود.

### ۵-۱-۳. تقریر سوم

همان‌گونه که گفته شد، مصالح موقوفه و بهره‌مندی موقوف‌علیهم، مهم‌تر از اغراض وقف است و اگر در مواردی حفظ مصالح موقوفه و موقوف‌علیهم در گرو نقض برخی





از احکام ابتدایی و اولیه اسلام باشد، آن حکم به حکم ثانوی تغییر پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، وقتی وجوب حفظ متولی منصوب از سوی واقف (مستفاد از قاعده الوقوف) موجب اضرار به وقف و از بین رفتن مصلحت موقوفه و موقوف‌علیهم (مستفاد از ادله وقف) شود، عنوان ثانوی اضرار موجب تعیین حکم ثانوی عدم وجوب حفظ متولی منصوب از سوی واقف و حتی در مواردی حرمت ولایت متولی بر موقوفه می‌شود و با عدم وجوب یا حرمت مذکور، مأموریه وجوب حفظ مصلحت موقوفه است که با عزل و تعیین متولی جدید از سوی حاکم تأمین می‌شود. البته در فرضی که بتوان مصالح موقوف‌علیهم و موقوفه را تأمین و از ضرر آنها جلوگیری کرد، مثل اینکه شخصی را همراه متولی قرار دهند، باید چنین کنند (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۵۷) و نوبت به عزل و تعیین متولی جدید نمی‌رسد.

#### ۵-۱-۴. تقریر چهارم

مطابق ادله ولایت فقیه و تبیین گستره دلالتی آن، در امور فردی که آثار و تبعات اجتماعی دارد و یا در امور اجتماعی، ولایت حاکم بر ولایت دیگران مقدم است و حاکم در جایی که بقای متولی غیر صالح آثار و تبعات اجتماعی داشته باشد، بنابر ادله مذکور عمل می‌کند و متولی منصوب را عزل و متولی جدید نصب می‌کند؛ همان‌طور که می‌تواند در اصل تحقق وقف دخالت کند و اجازه ندهد که واقف -مثلاً- منزلی را که در طرح شهرداری، در خیابان واقع خواهد شد را وقف کند و اگر پیش‌تر وقف شده، بنابر مصالح جامعه اسلامی، وقف را باطل کند.

شایان ذکر است که تقریرات مذکور در فرضی است که ولایت واقف بر وقف و تعیین متولی مطلق دانسته شود. پس اگر گفته شود که مستفاد از قاعده الوقوف، ولایت مقید واقف بر وقف و تعیین متولی است، یعنی او بر تعیین متولی ولایت دارد و حفظ متولی منصوب از سوی او بر همگان واجب است متنها مادامی که حاکم دخالت نکنند، با این استظهار، دیگر وجهی برای تقریر دوم و سوم وجود ندارد و دخالت حاکم در تولیت، بدون نیاز به آن دو تقریر نافذ است. به دیگر سخن، وجوب حفظ متولی

منصوب (مستفاد از قاعده الوقوف) مقید به عدم دخالت حاکم است و با دخالت عدم وجوب آن کشف و نوبت به اهم و مهم و حکم ثانوی نمی‌رسد.

در هر حال ولایت حاکم بر عزل متولی و نصب فرد جدید در وقف خاص نیز با تقاریب مذکور جریان دارد، چه اینکه خاص بودن موقوف علیهم در مشروعیت اعمال ولایت حاکم بر وقف تاثیری ندارد؛ چراکه گستره ولایت او بر مبنای امور حسبه و یا ولایت فقیه، به مسائل عموم مردم منحصر نیست، بلکه شامل امور جزئی مسلمانان در حیظه اجتماعی نیز می‌شود؛ چنان که در ولایت حاکم یا عدول مؤمنان - بر اساس مبنای حسبه یا ولایت فقیه - بر اموال آحاد مهجوران، مانند صغار و مجانین، اتفاق نظر دارند.

شایسته ذکر است که مطابق استفتائی که توسط نویسنده از برخی فقهای معاصر اخذ شد، در وقف خاص چنانچه متولی از طرف واقف معین نشده و یا متولی مخصوص تولیت را نپذیرد و استعفا یا فوت نماید و یا فاقد صلاحیت باشد، در تمام این حالات، در مورد کارهایی که به مصلحت و منفعت طبقات بعد است، احتیاط آن است که نسل موجود و حاکم شرع با موافقت یکدیگر تعیین متولی کنند و اگر تنها مربوط به منافع طبقه موجود است، اختیار با خود آنها است، و در صورتی که بالغ باشند اختیار با ولی‌شان است.<sup>۱</sup>

## ۵-۲. صالح بودن متولی منصوب از سوی واقف

فرض صالح بودن متولی یا به احراز صلاحیت او از سوی حاکم است و یا در صورتی است که عدم صلاحیتش از سوی حاکم احراز نشده باشد؛ یعنی صلاحیت متمشی شده از نصب متولی توسط واقف، نقض نگشته است. به عبارت دیگر، واقف درباره مال موقوفه، از دیگران دلسوزتر و به تعیین صالح (امین و کاردان) راغب‌تر بوده، لذا مصلحت‌سنجی او در تعیین متولی مادامی که مخدوش نشده متبع است.

۱. موجود در پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی مدظله‌العالی با کد رهگیری





در این فرض به اجماع فقها، حاکم نمی‌تواند در اداره موقوفه دخالتی نماید (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۲۹)؛ زیرا اولاً ولایت خاص واقف بر ولایت عام حاکم مقدم است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۴۲)، یعنی با وجود ولی خاص (واقف) نوبت به دخالت ولی عام (حاکم) نمی‌رسد؛ علاوه بر اینکه مطابق اصل اولی مذکور، نظر واقف در تعیین و نصب متولی مُطاع است.

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، در این فرض دو وجه جزئی‌تر می‌تواند متصوّر باشد که به ترتیب بیان، و حکم مسئله تحلیل می‌شود:

#### ۵-۲-۱. وجود اصلح در فرض صالح بودن متولی

در جایی که متولی صالح است ولی اصلح نسبت به او نیز وجود دارد، یعنی متولی بهره‌وری معمولی از موقوفه دارد، ولی شخصی وجود دارد که می‌تواند بازدهی موقوفه را افزایش دهد و به تبع منافع موقوف‌علیهم بیشتر و مصالح آنها و موقوفه بهتر تدبیر گردد، با توجه به تقریرات سه‌گانه نخست که در فرض عدم صالح بودن متولی گذشت، به نظر می‌رسد نتوان در این موارد متولی را عزل کرد؛ زیرا در این فرض صلاحیت متولی برای مدیریت موقوفه مقبول است و مصالح موقوفه و موقوف‌علیهم به صورت معمول تأمین می‌شود. لذا نمی‌توان گفت متولی یکی از شروط ولایتش را از دست داده و یا وجوب حفظ متولی منصوب مهم و یا عنوان اضرار بر موقوفه و موقوف‌علیهم صادق است.

البته بنابر تقریر چهارم، در فرضی که حاکم مصلحت جامعه اسلامی را در تعیین متولی اصلح ببیند که بیشتر در موقوفات عام اتفاق می‌افتد، می‌تواند بنابر ولایت مستفاد از ادله ولایت فقیه، اعمال ولایت کرده و متولی صالح را عزل و اصلح را نصب کند؛ مخصوصاً در مواردی که استمرار متولی صالح موجود، آثار و تبعات اجتماعی داشته باشد.

#### ۵-۲-۲. ارتکاب فعل نامطلوب یا ترک فعل مطلوب توسط متولی

در جایی که مصلحت تعیین متولی موجود از سوی واقف مخدوش نشده و به تعبیر بهتر،

عدم صلاحیت متولی احراز نشده و عنوان صالح بودن متولی بر متولی موجود صادق باشد و اصلحی هم در کار نباشد، فرض دیگری متصور است و آن اینکه اگر متولی موجود که بایستی برای حفظ موقوفه یا مصالح موقوف علیهم فعلی انجام دهد، ولی ترک فعل کند و یا کاری نامطلوب انجام شود که شایسته بود که ترک شود و به تبع آن موقوفه آسیب ببیند یا مصالحی از موقوف علیهم فوت شود، حکم مسئله و تقریر بحث همانند فرض پیشین است.

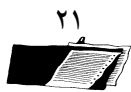
## ۶. تحلیل فقهی گستره ولایت حاکم در فرض فقدان متولی

فرض فقدان متولی، یا به خاطر عدم تعیین متولی از سوی واقف برای اداره وقف در زمان وقف است، و یا سازوکار اداره موقوفه بعد از فوت متولی یا استعفای او در اثنای عمل، در قالب تعیین متولی دیگر، توسط واقف تعیین نشده است. اصولاً هر موردی که ذیل فرض فقدان متولی متصور باشد، به این بیان که مال موقوفه به هر دلیلی دارای متولی نباشد، گستره ولایت حاکم در وقف عام و خاص، با توجه به مبانی پیش گفته، به شرح ذیل تحلیل و تبیین می شود:

اگر وقف عام باشد، حاکم متولی را معین می کند، زیرا یکی از ولایت های فقیه ولایت بر اوقاف عامه ای است که از سوی واقف، متولی برای آن تعیین نگردیده است (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۲۷؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۸۴؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۵۹)، و اگر وقف خاص باشد، بنابر نظر آیات عظام گلپایگانی (گلپایگانی، بی تا، ص ۴۵۸)، صافی (صافی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۳)، تبریزی (تبریزی، ۱۳۸۲، ص ۵۹۲) احتیاجی به اذن حاکم و جعل متولی از جانب حاکم نیست؛ چرا که در وقف خاص در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف، تولیت در اختیار موقوف علیهم است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۹۹).

برخی فقها نیز در این باره قائل به تفصیل شده اند: در منافع مربوط به طبقه موجود، نیازی به نصب متولی نیست، اما در امور مربوط به طبقات بعد نیاز به اذن حاکم یا قراردادن متولی از سوی حاکم است (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۶۳۶).

تفاوت دیدگاه مذکور، ناشی از درک مختلف فقیهان در احتیاج وقف خاص به



فقه



متولی است. برخی نظرشان بر این است که در وقف خاص، موقوف علیهم محدود و به منزله متولی هستند و عمل به وقف و تصرف در آن نیازی به اذن حاکم و جعل متولی از جانب او ندارد (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۵)، مگر در صورت اختلاف میان موقوف علیهم در اداره وقف که باید به دادگاه مراجعه نمایند و حاکم شرع بر اساس مصلحت مال موقوفه حکم می کند. عدّه دیگر از علما در مورد منافع و حقوق طبقات بعد دخالت حاکم را لازم دانسته اند؛ چرا که در حال حاضر موجود نیستند تا بتوانند از حقّشان دفاع کنند (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۶۳۶).

بنابراین، حاکم اسلامی در جایی که وقف عام یا خاص، به هر دلیلی فاقد متولی است، در فرض مصلحت موقوفه یا موقوف علیهم و یا برای جلوگیری از ضرر آن دو، با توجه به ولایتش بر امور عامه اجتماعی و یا ولایت بر امور حسبه، حقّ نصب متولی دارد و لزوم آن وابسته به میزان مصلحت و ضرر مذکور است.

## ۷. دوام نصب و عزل متولی بعد از فوت حاکم در وقف عام و خاص

در فرض فوت حاکم اسلامی، درباره میزان نفوذ ولایت و اختیارات منصوبان از سوی حاکم، حسب تتبع در منابع، نظر واحدی وجود ندارد؛ برخی احتیاط را در تحصیل اذن متولی از حاکم جدید (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۱)، و نفوذ ولایتش را منوط به نصب جدید از حاکم جدید دانسته اند (اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ج ۱، ص ۵). برخی به انعزال منصوبان و عدم نفوذ ولایت آنان بعد از فوت حاکم اسلامی فتوا داده اند (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۹؛ حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۱؛ قمی روحانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۸؛ صافی، پاسخ استفتاء به شماره اتوماتیک ۱۳۰۱۴۶ و شماره دفتری ۸۱/۰۸/۹۸ موجود در پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله العظمی صافی <sup>مدظله العالی</sup>؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۸). بعضی نیز به عدم انعزال منصوبان و نفوذ ولایتشان تا زمان عزل توسط حاکم جدید فتوا داده اند (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۳ق، ص ۱۲؛ مکارم شیرازی، در پاسخ استفتاء با کد رهگیری ۹۸۰۸۰۴۰۱۱۹ موجود در پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی <sup>مدظله العالی</sup>)؛ تا جایی که بر آن ادعای نفی خلاف شده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۰۵).

صاحب جواهر بعد از اشاره به نفی خلاف مذکور می نویسد: «لکن عن الإيضاح نفی الخلاف عن عدم انعزالهم، فان تم إجماعاً فذاك، وإلا كان المتجه ما ذكرنا، نعم لو كان النصب وکیلاً أو ولیاً عن الامام وكان ذلك جائزاً له لم یعزل قطعا، والله العالم؛ اگر اجماع تمام باشد پس متبع است، وگرنه آنچه ذکر شد [=انعزال متولی] قول موجّهی است. البته اگر نصب وکیل یا ولی از سوی امام علیه السلام باشد و این امر برای نصب کننده جایز باشد، در این صورت قطعاً منعزل نمی گردد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۶۶). مطابق فهم برخی فقها، از عبارت صاحب جواهر چنین استظهار می شود: فقیهی که ولایت متولی بر موقوفه را جعل و او را نصب کرده است، گاهی از سوی خودش به عنوان والی در امور حسبه نصب می کند و گاهی از طرف امام علیه السلام که برایش تفویض ولایت کرده، اعمال ولایت و نصب متولی می کند. پس بنا بر تمامیت ادله ولایت فقیه که ولایتش استمرار همان ولایت معصومان در امور اجتماعی و مصالح عام جامعه اسلامی است، حکم مسئله عدم انعزال متولی با فوت حاکم است (لنکرانی، ۱۴۲۴ق، صص ۱۸۲-۱۸۴)؛ چون حاکم بنا بر مفروض، متولی را در راستای ولایت معصومان علیهم السلام منصوب و در تعیین آن اعمال ولایت کرده است. البته اگر در اثبات ولایت فقیه و گستره مذکور برای آن در صدر مقاله خدشه شود، قدر متیقن همان انعزال به فوت نصب کننده او است؛ همان طور که برخی برآند (علی بن محمد رضا، ۱۳۸۱ق، ج ۱، ص ۴۴۳).

به نظر می رسد نصب شخص یا اشخاصی برای منصب تولیت یا حتی قضاوت و یا قیومیت، به واسطه مرگ نصب کننده باطل نمی شود؛ چون روش عقلا بر این امر بدیهی استوار است که به واسطه مرگ حکمران یا تغییر دولت، والیان و قاضیان منعزل نمی شوند، مگر آنکه توسط حکمران جدید عزل شوند؛ به عبارت دیگر ولایت شان و نفوذ اعمال شان نیاز به نصب جدید ندارد. علاوه بر اینکه ولایت متولی از شئون ولایت فقیه (حاکم)، و آن نیز از شئون ولایت معصومان است و هم چنان که با فوت امام پیشین، ولایت منصوبان ایشان منعزل نشده و تا زمانی که امام بعدی آنان را عزل نکند به نصب جدید احتیاجی ندارند، با فوت فقیه نیز ولایت باطل نمی شود و اصولاً در فرضی که ولایت متولی منصوب بعد از فوت حاکم مشکوک باشد، استصحاب بقای ولایت متولی



جاری است و یا حکم تکلیفی و وضعی جواز تصرفات متولی پس از فوت حاکم استصحاب می‌شود (اردکانی، ۱۴۰۲ق، ص ۹۳). البته کسانی که گستره ولایت فقیه در امور اجتماعی را استمرار ولایت معصومان ندانند، و سیره عقلای مذکور را که در مرأی و منظر معصومان در دوران خلافت بنی‌امیه و بنی‌عباس قرار داشته را به هر دلیلی (خداشه در صغری و کبری) حجت ندانند، به انزال ولایت متولی با فوت حاکم و عدم نفوذ اعمال‌شان حکم می‌کنند.

### ۸. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به اصل اولی در نصب و عزل متولی بر اساس قاعده الوقوف، اگر واقف برای وقف متولی تعیین کند، کسی جز متولی حق دخالت در امور موقوفه را ندارد، اما حاکم بنابر گستره مستفاد از ادله عقلی و نقلی ولایت فقیه، بر تمام شئون امور اجتماعی در حیطه حکمرانی خود ولایت دارد و می‌تواند در جهت حفظ موقوفه و مصالح موقوف‌علیهیم تحت ضوابطی در امور موقوفه دخالت کند. یکی از مهم‌ترین صورتهای دخالت فقیه در عزل متولی، مواردی است که متولی صلاحیت لازم را ندارد، یا به موقوفه و موقوف‌علیهیم خیانت می‌کند. در این موارد اگر یکی از شروط متولی، صلاحیت اداره وقف یا عدالت دانسته شود، ولایت متولی خودبه‌خود منحل می‌شود و حاکم تنها انزال او را اعلام می‌کند و فردی صالح نصب می‌کند. اما اگر فرض شود که با فقدان صلاحیت یا خیانت، هنوز ولایت او مستقر است و حاکم باید از عناوین دیگری برای عزل او بهره بگیرد، از طریق قاعده تقدیم اهمّ در تراحم و حدوث حکم ثانوی جواز عزل در شرایط استثنائی، می‌تواند او را عزل نماید.

مهمترین دلیل درباره وضعیت منصوبان حاکمی که فوت کرده، ادله ولایت فقیه است و از آنجا که ولایت متولی منصوب از سوی فقیه از شئون ولایت معصومان است، اختصاصی به زنده‌بودن فقیه و حاکم ندارد و متولی کماکان بعد از فوت حاکم از اختیارات و ولایت بر موقوفه برخوردار است، هرچند کسب اذن از حاکم زنده موافق احتیاط است.



## فهرست منابع

\* قرآن کریم.

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی تا). النهاية فی غریب الحدیث والأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار العلم.
۴. اردکانی، مرتضی بن محمد. (۱۴۰۲ق). الاجتهاد والتقلید. قم: بی نا.
۵. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ق). وسیلة النجاة (محمشی: گلپایگانی). قم: چاپخانه مهر.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (محمشی: امام خمینی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷. اصفهانی، سید ابو الحسن. (۱۴۲۳ق). وسیلة النجاة (محمشی: بهجت). قم: چاپخانه شفق.
۸. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية. قم: نشر الهادی.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. بروجردی، آقا حسین طباطبایی. (۱۴۱۶ق). البدر الزاهر فی صلاة الجمعة و المسافر (چاپ سوم). قم: دفتر حضرت آیت الله.
۱۱. تبریزی، میرزا جواد. (۱۳۸۲). رساله توضیح المسائل. قم: هجرت.
۱۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية. بیروت: دار العلم للملایین.
۱۳. حائری، مرتضی بن عبدالکریم. (۱۳۸۸ق). القواعد الفقهية والاجتهاد والتقلید. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حائری، سید کاظم حسینی. (۱۴۲۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبة (چاپ دوم). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۵. حسینی سیستانی، سید علی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم). قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۱۶. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف





- للمطبوعات.
۱۷. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسة دار التفسیر.
۱۸. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر.
۱۹. درگاهی، مهدی؛ عندلیبی، رضا. (۱۳۹۴). حج و ولایت فقیه. قم: انتشارات مشعر.
۲۰. راغب، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
۲۱. سیزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر آیت الله سیزواری.
۲۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه. بیروت: دار التراث الدار الإسلامیه.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۰۸ق). الرعاية فی علم الدرايه. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۲۵. صافی، لطف الله. (۱۳۸۹). توضیح المسائل. تهران: فکر برتر.
۲۶. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۹۵ق). کمال الدین وتمام النعمة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی داوری.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (چاپ سوم). تهران: المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران، دار الکتب الإسلامیه.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (چاپ سوم). تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۳۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق). الغیبه. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست. نجف: المكتبة المرتضوية.
۳۴. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (۱۲۲۶ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۳۸۸ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۸. علی بن محمد رضا بن هادی. (۱۳۸۱ق). النور الساطع فی الفقه النافع. نجف: مطبعة الآداب.
۳۹. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد فی شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (چاپ دوم). قم: دارالعلم.
۴۱. قاسمی، محمدعلی و پژوهش گران. (۱۴۲۶ق). فقیهان امامی و عرصه های ولایت فقیه. مشهد مقدس: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۴۲. قمی روحانی، سید صادق حسینی. (۱۳۸۶). منهاج الصالحین. قم: انتشارات اجتهاد.
۴۳. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی. (۱۴۲۲ق). کشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۵. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (۱۴۱۳ق). هداية العباد. قم: دار القرآن الکریم.
۴۶. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (بی تا). رساله توضیح المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
۴۷. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (۱۴۲۴ق). تفصیل الشريعة: الوقف، الوصية، الأیمان والنذور، الکفارات، الصید. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیه (چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.





٤٩. مشكینی اردبیلی، علی. (١٣٧٤). اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها (چاپ ششم). قم: بی نا.
٥٠. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (١٤١٣ق). المقتعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
٥١. منتظری نجف آبادی، حسینعلی. (١٤٠٩ق). دراسات فی ولاية الفقيه وفقه الدولة الإسلامیه (چاپ دوم). قم: نشر تفکر.
٥٢. منتظری نجف آبادی، حسینعلی. (١٤١٧ق). نظام الحكم فی الإسلام. قم: نشر سراپی.
٥٣. موسوی خلخالی، سید محمدرضا. (١٤٣٠ق). کتاب الوقف فی الشریعة الإسلامیه. نجف: المكتبة الحیدریه.
٥٤. موسوی خمینی، سید روح الله. (١٣٧٩). تحریر الوسيله. بیروت: دار العلم.
٥٥. موسوی خمینی، سید روح الله. (١٤٢١ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
٥٦. موسوی خمینی، سید روح الله. (١٤٢٤ق). توضیح المسائل (چاپ هشتم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٥٧. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (١٤١٠ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
٥٨. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (١٤١٨ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
٥٩. مؤمن قمی، محمد. (١٤٢٥ق). الولاية الإلهية الإسلامية أو الحكومة الإسلامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٦٠. نجاشی، احمد بن علی. (١٤٠٧ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٦١. نجفی، محمدحسن. (١٤٠٤ق). جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٦٢. نراقی، مولی احمد بن محمدمهدی. (١٤١٥ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

## References

\* The Holy Quran.

1. Allameh Heli, H. (1388 AH). *Tazkirah al-Foqaha*. Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shia fi Ahkam al-Sharaih*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah ala Mazhab al-imamiyah*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
4. Ameli, S. J. (1226 AH). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Alamah*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
5. Ardakani, M. (1402 AH). *Al-Ijtihad va al-Taqlid*. Qom. [In Arabic]
6. Bahrani, Y. (1405 AH). *Al-Hadaye'q al-Nazirah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
7. Bojnurdi, S. H. (1419 AH). *Jurisprudential rules*. Qom: Al-Hadi Publications. [In Arabic]
8. Boroujerdi, H. (1416 AH). *Al-Badr Al-Zahir fi Salat al-Jom'ah va al-Musafir*. (3<sup>rd</sup> ed.). Qom: Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
9. Dargahi, M., & Andalibi, R. (1394 AP). *Hajj va Velayat-e-Faqih*. Qom: Mash'ar Publications. [In Persian]
10. Fakhr al-Muhaqiqin, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'ed*. Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
11. Fayumi, A. (1414 AH). *Al-Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir le al-Rafi'i* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Dar al-Ilm. [In Arabic]
12. Golpayegani, S. M. R. (1413 AH). *Hidayat al-Ibad*. Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
13. Golpayegani, S. M. R. (n.d.). *Risalah Tawzih al-masa'il*. Qom: Dar al-Quran al-Karim.
14. Haeri, M. (1388 AH). *Al-Qava'ed al-Fiqhiyah va al-Ijtihad va al-Taqlid*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
15. Haeri, S. K. H. (1424 AH). *Wilayah al-Amr fi Asr al-Qaybah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Thought Association. [In Arabic]
16. Hakim, S. M. T. (1410 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. Beirut: Dar Al-Ta'aruf le al-Matbu'at. [In Arabic]



فقہ

17. Hakim, S. M. T. (1416 AH). *Mostamsik al-Urvat al-Wothqa*. Qom: Dar al-Tafsir Institute. [In Arabic]
18. Hamiri, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum va Dawā' Kalam al-Arab min al-Kulum*. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
19. Ibn Athir, M. (n.d.). *Al-Nahayah fi Qarib al-Hadith va al-Athar*. Qom: Ismailian Press Institute.
20. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mu'jam Maqa'is al-Loqah*. Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office. [In Arabic]
21. ibn Hadi. (1381 AH). *Al-Nour al-Sati' fi al-Fiqh al-nafi'*. Najaf: Matba'ah al-Adab. [In Arabic]
22. Ibn Manzoor, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. Beirut: Dar Al-Ilm. [In Arabic]
23. Isfahani, S. A. (1393 AH). *Wasilah al-najah*. (Golpayegani, Ed.). Qom: Mehr Printing House. [In Arabic]
24. Isfahani, S. A. (1422 AH). *Wasilah al-Najah*. (Imam Khomeini, Ed.). Qom: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
25. Isfahani, S. A. (1423 AH). *Wasilah al-Najah*. (Bahjat, Ed.). Qom: Shafaq Printing House. [In Arabic]
26. Johari, I. (1410 AH). *Al-Sahah: Taj al-Loqat va Sahah al-Arabiyah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'in. [In Arabic]
27. Kashif al-Ghitta ', J. (1422 AH). *Kashf al-Ghita an Mubhamat al-Shariah al-Qora*. Qom: Publications of the Islamic Propagation Office. [In Arabic]
28. Khalkhali, S. M. R. M. (1430 AH). *Kitab al-Waqf fi al-Shariah al-Islamiyah*. Najaf: Al-Haydariyeh Library. [In Arabic]
29. Khoie, S. A. (1410 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. Qom: Madinah al-Ilm Publications. [In Arabic]
30. Khoie, S. A. (1418 AH). *Encyclopedia of Imam Al-Khoie*. Qom: Mu'asish Ihya Athar al-Imam Al-Khoei. [In Arabic]
31. Khomeini, S. R. M. (1379 AP). *Tahrir al-Wasilah*. Beirut: Dar Al-Ilm. [In Persian]
32. Khomeini, S. R. M. (1421 AH). *Kitab al-Bay'i*. Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
33. Khomeini, S. R. M. (1424 AH). *Tawzih al-Masa'il*. (8<sup>th</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]



34. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
35. Lankarani, M. (1424 AH). *Tafsil al-Shariah: al-Waqf, al-Wasiyah, al-Iman va al-Nozour, al-Kafarat, al-Said*. Qom: The jurisprudential center of the pure Imams.
36. Meshkini Ardabili, A. (1374 AP). *Istilahat al-Usul va Mu'azam Abhathoha*. (6<sup>th</sup> ed.). Qom. [In Arabic]
37. Mohaqeq Heli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar al-nafi' fi Fiqh*. (6<sup>th</sup> ed.). Qom: Mu'asisah al-Matbu'at al-Diniyah. [In Arabic]
38. Mo'men Qomi, M. (1425 AH). *Al-Wilayah al-Ilahiyyah al-Islamiyah aw al-Hukumah al-Islamiyah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
39. Montazeri Najafabadi, H. A. (1409 AH). *Dirasat fi Wilayat al-Faqih va Fiqh al-Dowalah al-Islamiyah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
40. Montazeri Najafabadi, H. A. (1417 AH). *Nizam al-Hokm fi al-Islam*. Qom: Sarai Publications. [In Arabic]
41. Mufid, M. (1413 AH). *Al-Muqana'eh*. Qom: Sheikh Mufid World Congress. [In Arabic]
42. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
43. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
44. Naraqi, M. (1415 AH). *Mustanad al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
45. Qasemi, M. (1426 AH). *Imami jurists and areas of Velayat-e-Faqih*. Holy Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences Publications. [In Arabic]
46. Qomi Rouhani, S. S. (1386 AP). *Minhaj Al-Saleheen*. Qom: Ijtihad Publications. [In Persian]
47. Ragheb, H. (1412 AH). *Mufradat al-faz al-Qur'an*. Lebanon - Syria: Dar Al-Ilm- Al-Dar Al-Shamiya. [In Arabic]
48. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhazab al-Ahkam fi Bayan al-Halal va al-Haram*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Al-Manar Institute - Office of Ayatollah Sabzevari. [In Arabic]
49. Saduq, M. (1395 AH). *Kamal al-Din va Tamam al-Na'amah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]



فقہ

50. Saduq, M. (1413 AH). *Man la yahzaro al-Faqih*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
51. Safi, L. (1389 AP). *Tawzih al-Masa'il*. Tehran: Fikr Bartar. [In Persian]
52. Shahid Awal, M. (1410 AH). *Al-Lom'at al-Dameshqiyah fi Fiqh al-Imamiyah*. Beirut: Dar Al-Torath Al-Dar Al-Islamiya. [In Arabic]
53. Shahid Thani, Z. (1408 AH). *Al-Ra'ayah fi Ilm al-Darayah*. Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi. [In Arabic]
54. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
55. Sistani, S. A. (1417 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (5<sup>th</sup> ed.). Qom: The office of Hazrat Ayatollah Sistani. [In Arabic]
56. Tabrizi, M. J. (1382 AP). *Risalah Tawdih al-Masa'il*. Qom: Hijrat. [In Persian]
57. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: al-Maktabah al-Mortazaviyah le Ihya al-Athar al-Jafariah. [In Arabic]
58. Tusi, M. (1390 AH). *Al-Istibsar fima al-Khtalaf min al-Akhbar*. Tehran, Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
59. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
60. Tusi, M. (1411 AH). *Al-Qaybah*. Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
61. Tusi, M. (n.d.). *al-Fihrist*. Najaf: Mortazavi Library. [In Arabic]
62. Yazdi, S. M. K. (1414 AH). *Tamilah al-Urwat al-Wothqa*. Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]







## The Jurisprudential Criterion for Determining the Arsh of a Crime

Reza Poursedghi<sup>1</sup>

Mohammad Nozari Ferdowsieh<sup>2</sup>

Received: 09/02/2021

Accepted: 15/06/2021

### Abstract

In many cases, there is no quantitative diya (compensation paid to the heirs of a killed person or to somebody who is injured) for injuries to the body organs, and compensation must be determined by the courts. Today, the methods proposed by jurists to determine the arsh (compensation specified for offences relating to various kinds of hurt or injuries) are associated with failure. Methods such as enslavement and obtaining the difference between the price of a defective slave and a non-defective slave, to determine the arsh, which in addition to the impossibility of execution has other drawbacks. The Penal Code also includes cases in determining the arsh that cannot be proven according to religious evidence. It remains to be seen whether there is an applicable method for determining Arsh among jurisprudential sources. This current paper intends to present the jurisprudential criterion for determining the arsh through examining the available sources. The study of the mentioned sources indicates that in the existing narratives, the determination of arsh from the amount of diya has been left to the wise. Since the method of calculation is not considered by the Shari'a, in order to realize the rights of the victim, the ruler, with the help of two trusted experts, must calculate the crime from the amount of the organ's diya in the most accurate way that the rights of the victim can be exercised. Of course, with the advancement of science, more precise ways to determine the arsh may be found, which is closer to the principle of justice and fairness, in which case such a method should be the criterion for determining the arsh. The calculation is based on the quantitative diya of the organ and the level of injury in terms of length, width and depth of injury, or the amount of crime in terms of the organ disability, emphasizing that the other sides of crime such as the amount of recovery time and its effect on health are not considered in the amount of the arsh. As a result, the criterion for determining the arsh is the characteristics of the crime and the injury and the quantitative diya of the organ.

### Keywords

Arsh, government, diya, Arsh criterion, enslavement.

---

1. Researcher of the Center for Jurisprudential Studies of Forensic Medicine and PhD student of Qom University, Qom, Iran (Author in charge) rezapoursedghi@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Qom University, Qom, Iran. abasaleh.s@gmail.com.

---

\* Poursadeghi, R., & Nozari Ferdowsieh, M. (1400 AP). The Jurisprudential Criterion for Determining the Arsh of Crime. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 34-61.

Doi: 10.22081 / jf.2021.58912.2135.

---

## ملاک فقهی تعیین ارش جنایت

رضا پورصدقی<sup>۱</sup>      محمد نوزری فردوسی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۱      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

### چکیده

در آسیب‌های وارد بر اعضای بدن در موارد بسیاری دیه مقدر وجود ندارد و جبران خسارت باید توسط محاکم قضایی تعیین گردد. امروزه شیوه‌های ارائه‌شده از سوی فقها برای تعیین ارش با نارسایی همراه است شیوه‌هایی مانند عبدانگاری و به‌دست آوردن تفاوت قیمت برده بدون عیب با برده همراه عیب، برای تعیین ارش که علاوه بر عدم امکان اجراء، اشکالات دیگری نیز بر آن وارد است. قانون مجازات نیز در تعیین ارش مواردی را دخیل دانسته که طبق ادله شرعی قابل اثبات نیست. باید دید آیا روشی قابل اجرا برای تعیین ارش در میان منابع فقهی وجود دارد؟ این نوشتار در صدد است با بررسی منابع موجود نقلی ملاک فقهی تعیین ارش را ارائه کند. مطالعه منابع مذکور نشان می‌دهد در روایات موجود، تعیین ارش از مقدار دیه به عقلا و گذار شده است. از آنجا که روش محاسبه خاصی مدنظر شریعت نیست، بنابراین باید برای احقاق حقوق مجنی‌علیه، حاکم به کمک دو کارشناس مورد وثوق، از دقیق‌ترین راهی که می‌توان حقوق مجنی‌علیه را استیفا کرد، جنایت وارده را از مقدار دیه عضو محاسبه کند. البته با پیشرفت علوم ممکن است راه‌های دقیق‌تری برای تعیین ارش یافت شود که به قاعده عدل و انصاف نزدیک‌تر است که در این صورت باید چنین روشی ملاک تعیین ارش قرار گیرد. محاسبه با ملاحظه دیه مقدر عضو و محاسبه مقدار آسیب‌دیدگی به‌لحاظ طول و عرض و عمق جراحت، یا مقدار جنایت به‌لحاظ از کارافتادگی عضو صورت می‌گیرد، با تأکید بر این نکته که حواشی جنایت مانند مقدار زمان بهبودی و تأثیر آن در سلامتی، در مقدار ارش دخیل نیست؛ در نتیجه ملاک تعیین ارش، خصوصیات خود جنایت و جراحت و میزان دیه مقدر عضو است.

### کلیدواژه‌ها

ارش، حکومت، دیه، ملاک ارش، شیوه عبدانگاری.

۱. پژوهشگر مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی و دانشجوی دکتری دانشگاه قم. ایران (نویسنده مسئول).

rezapoorsedghi@gmail.com

abasaleh.s@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم. ایران.

\*پورصدقی، رضا؛ نوزری فردوسی، محمد. (۱۴۰۰). ملاک فقهی تعیین ارش جنایت. فصلنامه علمی - پژوهشی

فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۳۴-۶۱.  
Doi:10.22081/jf.2021.60112.2237



ففا

## طرح بحث

تعیین دیه و ارش در جراحات و آسیب‌های وارد بر تمامیت جسمانی، از مسائل چالشی در فقه و حقوق، و همواره مورد ابتلای محاکم قضایی است. شارع مقدس درباره جراحات وارده بر بدن با تعیین مقدار خسارت تعیین تکلیف کرده که اصطلاحاً به آن دیه گفته می‌شود و درباره برخی دیگر -عمدتاً- به دلیل مشخص نبودن مقدار جراحت، از تعیین مقدار خسارت خودداری کرده و آن را به محاکم قضایی سپرده است که اصطلاحاً به آن ارش گفته می‌شود. بنابراین در جراحت و آسیبی که دیه مشخصی برای جبران خسارت از سوی شرع تعیین نگردیده، به حکم شرع و قانون مجازات اسلامی، ارش تعیین می‌گردد. ارش موضوع سؤالات مختلفی است. در این میان سؤالاتی مبنایی درباره ارش مطرح است؛ از آن جمله مبنا و ملاک تعیین ارش است که نیازمند تعمیق فقهی است؛ اینکه مقدار ارشی که برای جراحت و زوال منفعت در نظر گرفته می‌شود با چه معیاری تعیین گردد. به طور مثال باید طبق عبدانگاری و به دست آوردن تفاوت قیمت برده بدون عیب با برده همراه عیب، ارش حساب شود که دیدگاه مشهور فقها است (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۲۹)، یا ملاک دیگری باید در مسئله دنبال گردد. نوشته حاضر به دنبال حل این مسئله است.

ملاک فقهی تعیین ارش، اگرچه محل ابتلای قانون و عوامل محاکم قضائی است، ولی با این حال در کتب فقهی و مقالات، مورد گفتگوی مفصل قرار نگرفته و در کتب فقهی عمدتاً به سبب مسلم دانسته شدن شیوه عبدانگاری، از ورود به چرایی و چگونگی تعیین ارش خودداری شده است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۵۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۷۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۳۵۳).

شاید اولین فقیهی که با دیده تردید به شیوه عبدانگاری نگاه کرده، محقق خویی است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۳۰). وی آنچه را حاکم از روی مصلحت برای جبران خسارت در نظر بگیرد، ملاک ارش می‌داند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۳۰). بعد از وی مرحوم تبریزی نیز در شیوه عبدانگاری اشکال کرده، ولی در نهایت در صورت امکان تعیین ارش به شیوه عبدانگاری، رجوع به آن را معیار تعیین ارش دانسته است (تبریزی،





۱۴۲۸ق، ص ۱۲۵) و در برخی مقالات اشاره کوتاهی به این موضوع شده، بدون اینکه جوانب و ادله به صورت مفصل مورد ارزیابی قرار گرفته باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، صص ۸۵-۱۲۱). مقالات دیگری که در موضوع ارش به رشته تحریر در آمده، به لحاظ اصل اعتبار قاعده ارش (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴) و به لحاظ تعیین ارش جنایت خاص، مانند تعیین ارش البکاره (زر رخ، ۱۳۸۷، صص ۴۳-۴۶؛ آوان و سلطانی، ۱۳۹۶، صص ۹-۳۰) و تعیین ارش ناتوانی جنسی (خامسی‌پور و همکاران، ۱۳۹۲، صص ۸۹-۱۱۲)، و یا برخی شروط تعیین ارش، مانند عدم ازدیاد آن نسبت به دیه (فلاحی، ۱۳۹۵، صص ۶۹-۷۸) و بررسی جریان قاعده تصنیف در ارش زنان (مرعی شوستری، ۱۳۸۵، صص ۱۷-۲۹)، و مواردی از این قبیل مورد بررسی فقهی-حقوقی قرار گرفته است، اما هیچ‌یک به موضوع ملاک تعیین ارش نپرداخته‌اند.

اهمیت موضوع ارش و کاربرد آن در مواد قانونی مختلف، ضرورت ریشه‌یابی در این مسئله را به خوبی نشان می‌دهد؛ به خصوص با توجه به نبود تحقیق مناسب در این مسئله، ضرورت آن بیش از پیش رخ می‌نماید. در این راستا نوشتار حاضر با گردآوری داده‌های کتابخانه‌ای، گزاره‌های فقهی مسئله را به صورت تحلیلی-انتقادی مورد بررسی قرار می‌دهد. مفهوم‌شناسی ارش و بررسی ادله و تحقیق بحث، شاکله اصلی مقاله خواهد بود.

## ۱. معنای ارش

ارش در لغت به فساد (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۹۹۵)، تحریک (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۷۹) و دیه جراحت (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۸۴؛ ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۷۹) معنا شده است. گفته شده ارش در واقع از هرش گرفته شده است که به معنای منازعه است (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۷۹) و از آنجا که شعله‌ور کردن جنگ و آتش را تأریش می‌گویند (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۷۹)، و چون جبران خسارت جراحت منشأ نزاع است، لذا به آن ارش گفته شده است (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۲۲۷).

در اصطلاح، دیه جراحات غیرمقدر را ارش نامند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۶۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۴۳) و چه بسا به دلیل مقدر نبودن دیه، تناسب بیشتری با معنای لغوی پیدا می‌کند و شاید بر این اساس استعمال ارش در معنای دیه مقدر کاربرد بسیار کمتری

دارد. با توجه به آنچه در معنای لغوی بیان شد، به نظر می‌رسد استعمال ارش در ابواب دیگر فقهی مانند بیع در واقع ناشی از استعمال آن در باب دیات است؛ چراکه همان‌گونه که ذکر شد، ارش در لغت برای جراحات ذکر شده، نه برای کالا.

از آنجا که در دلائل شرعی - ولو غیرمعتبر - واژه ارش دارای معنایی خلاف معنای لغوی نیست، بنابراین وجود حقیقت شرعیه و متشرعیه برای این واژه منتفی است. بنابراین با لحاظ عدم وجود قرینه خاص در روایات بر معنای خاص شرعی برای این واژه، اصطلاح ارش در روایات به معنای لغوی و متعارف ارش الجنایات حمل می‌گردد. البته آنچه که در اصطلاح فقها ارش نامیده می‌شود، یعنی دیه غیرمقدر، دارای انطباق کامل با معنای لغوی نیست، بلکه رابطه بین این دو به اصطلاح علم منطق، عام و خاص من وجه است؛ چراکه اصطلاح لغت شامل جراحات دارای دیه مقدر نیز می‌گردد و در مقابل ارش در اصطلاح فقه، اعم از جراحات است و شامل قطع عضو نیز می‌گردد. ولی آنچه برای تحقیق حاضر دارای اهمیت است، ظهوریابی از روایات مسئله به لحاظ یافتن شیوه تعیین ارش است.

## ۲. دیدگاه فقها در مسئله

آراء فقها در مسئله مختلف است:

### ۲-۱. شیوه عبدانگاری

اکثریت قریب به اتفاق فقها شیوه عبدانگاری را برای تعیین ارش پذیرفته‌اند (برای نمونه: حلی، بی تا، ج ۲، ص ۲۷۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۱۲۶؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۳۶۹). عبارت «العبد اصل للحزّ فیما لا تقدیر فیہ» عبارت معروفی است که از دیرباز در کتب فقهی دیده می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، صص ۸۷-۸۸؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۶۷). طبق این دیدگاه برای تعیین ارش بایستی مجنی علیه را در صورتی که حزّ باشد، عبد فرض نمود و صحیح و معیّب او را قیمت‌گذاری کرده و هر نسبتی که میان تفاوت معیّب با صحیح به دست





می آید، به همان نسبت از دیه نفس به عنوان ارش تعیین کرد؛ مثلاً اگر مجنی علیه به فرض بنده بودن در صورت سلامت معادل هزار دینار ارزش دارد و با وجود عیب ۸۰۰ دینار، مقدار ارش یک پنجم دیه کامل، یعنی ۲۰ شتر است. این شیوه تعیین ارش چنان مسلم انگاشته شده که برخی معنای ارش را خود همین شیوه بیان کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۴۴).

برخی بر این باورند که نباید ارش از دیه مشابه بالاتر محاسبه گردد؛ بنابراین در فرضی که جراحت مشابه موضعه رخ داده، نباید ارشی بالاتر از دیه موضعه برای آن در نظر گرفته شود و باید در حدود آن یا کمتر تعیین ارش گردد. این دیدگاه به آقای سرخسی از علمای اهل سنت نسبت داده شده است (ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، صص ۸۵-۱۲۱).

## ۲-۲. رجوع به نظر دو نفر عادل

مرحوم آیت‌الله خویی معتقد است که تعیین ارش به وسیله حاکم پس از جلب نظر دو نفر عادل صورت می‌گیرد. جالب اینکه آن را بدون مخالف می‌داند (خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۹۷؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۲۶۲، ۳۳۱؛ فیاض، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۸۹). البته آیت‌الله وحید نظر حاکم را از باب احتیاط می‌داند و در واقع ملاک عمل نظر دو عادل است (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۵۰).

## ۲-۳. رجوع به نظر حاکم

در مواردی از جنایات نیازمند تعیین ارش، تصریح به رجوع به نظر حاکم شده است؛ برای مثال شیخ طوسی درباره کسی که موهای سر وی به وسیله آب داغ از بین رفته و دوباره رویده، می‌گوید: «علیه أرشه حسب ما یراه الإمام» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۶۴). محقق در زوال بعض عقل می‌گوید: «وفی بعضه الأرش فی نظر الحاکم إذ لا طریق إلی تقدیر النقصان» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۵۴). فقهای دیگری نیز در این مسئله از وی تبعیت کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۴۶۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۴۳).

## ۲-۴. صلح و تراضی

برخی فقها با اذعان به اینکه دلیل شرعی معتبری برای تعیین روش ارش در شریعت ارائه نشده، بر این باورند که تعیین ارش از طریق صلح و تراضی صورت می‌گیرد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۳۲).

## ۲-۵. مقایسه نمودن با نزدیک‌ترین جنایت دارای دیه معین

از روش‌های دیگری که به برخی از بزرگان فقهی اهل سنت نسبت داده شده، مقایسه جنایت وارده برای تعیین ارش با نزدیک‌ترین جنایت دارای دیه مقدر است. طبق این شیوه محاسبه ارش، سنجش جنایتی که دارای دیه مقدر نیست، با جنایت متناسب دارای دیه مقدر، ملاک تعیین ارش خواهد بود (ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، صص ۸۵-۱۲۱). از برخی کلمات چنین استفاده می‌گردد که ملاک تعیین ارش در موارد غیرمقدر شرعی، رجوع به دو عادل و حاکم است و آنها باید با ملاحظه دیات مقدر شرعی و مقایسه موارد غیرمنصوص با آنها، ارش را محاسبه کنند و در نهایت نیازمند تصالح بین طرفین بر حکمی است که دو حکم یا حاکم تعیین کرده است (حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۹۶).

## ۳. ملاک تعیین ارش در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، سه مؤلفه را برای تعیین ارش ارائه کرده است. در این قانون ارش با لحاظ دیه کامل انسان، نوع و کیفیت جنایت با نظر کارشناس تعیین می‌گردد (ماده ۴۹۵ ق.م.ا). در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ دو مؤلفه «تأثیر جنایت بر سلامتی مجنی‌علیه» و «میزان خسارت وارده» به سه مؤلفه مذکور افزوده شد. در این قانون می‌خوانیم: «ارش، دیه غیرمقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی‌علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب نظر کارشناس میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد؛ مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود» (ماده ۴۴۹ ق.م.ا).



می‌توان چنین تحلیل کرد که قانون به گونه‌ای مطابق دیدگاهی که تعیین ارش را بر عهده حاکم گذاشته پیش رفته است؛ البته دادگاه با مشورت کارشناس، جراحت وارده را به لحاظ کیفیت و عمق و میزان خسارت ارزیابی می‌کند و ارشی برای آن تعیین می‌کند. تفاوتی که قانون مجازات مصوب سال ۱۳۷۰ با مصوب ۱۳۹۲ دارد این است که در قانون سابق در پاره‌ای از موارد رجوع به کارشناس مقید به عدالت بود (برای نمونه: ماده ۴۴۸، ۴۵۹، ۴۶۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰) که با یکی از دیدگاه‌های فقهی دیگری که رجوع به دو نفر عادل را ملاک تعیین ارش می‌دانست نزدیک است و چه بسا قابل انطباق باشد. بنابراین می‌توان گفت قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ از دیدگاه رجوع به دو نفر عادل پیروی کرده است و قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ از دیدگاه رجوع به حاکم.

از نکاتی که در تعیین ارش در قانون وجود دارد، طبق تصریح ماده ۵۶۲ قانون مجازات، این است که در موارد ارش فرقی میان زن و مرد نیست، بنابراین در موارد بیش از ثلث دیه کامل نیز ارش زن و مرد مساوی است، لکن میزان ارش جنایت وارده بر اعضا و منافع زن، نباید بیش از دیه اعضا و منافع او باشد، اگرچه مساوی با ارش همان جنایت در مرد باشد (ماده ۵۶۲ ق.م.ا).

#### ۴. ارزیابی شیوه‌های تعیین ارش

ادله هر یک از شیوه‌ها به صورت مستقل طرح و بررسی می‌گردد.

##### ۴-۱. عبدانگاری

برای شیوه عبدانگاری دلیل عمده‌ای که ذکر شده، عدم خلاف و اجماع است، و دلیل مصرح دیگری در کلمات یافت نمی‌شود، ولی با این حال می‌توان ادله‌ای را برای آن ذکر کرد:

##### ۴-۱-۱. ادله اثبات

از میان کلمات فقها گرچه به صورت اشاره ادله‌ای برای اثبات این قاعده به دست می‌آید



و همچنین ادله دیگری که ممکن است قابل استناد برای اثبات این دیدگاه باشد، ولی کسی به آن اشاره‌ای نکرده است. در این قسمت به بررسی آنها می‌پردازیم:

#### ۴-۱-۱-۱. اجماع

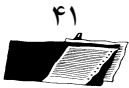
عمده دلیل شیوه عبدانگاری، دلیل اجماع و عدم‌خلاف در این مسئله است. این شیوه چنان با اصل ارش در هم تنیده شده که دلیل بر تعلق ارش دلیل بر این شیوه قلمداد شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۶۸). مرحوم تبریزی اجماع را تنها دلیل این روش می‌داند (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۵۰).

#### ۴-۱-۱-۲. نقد دلیل اجماع

اشکالی که از سوی مرحوم تبریزی به این استدلال مطرح شده، مدرکی بودن این اجماع است (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۵۰). به بیان دقیق‌تر، این اجماع تعبدی نیست، حال آنکه اجماع تعبدی است که دارای اعتبار است؛ زیرا ناشی از ارتکازی است که در ذهن اجماع‌کنندگان وجود دارد و کاشف از دیدگاهی است که از شریعت شکل گرفته است. وی مدرکی بودن این قاعده را بر این اساس به مجمعین نسبت داده است که آنها به دلیل منحصر دانستن تعیین ارش در این روش، به آن روی آورده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۵۱). در استدلال‌هایی که برای اثبات این دیدگاه ارائه خواهد شد، مدرکی بودن و یا احتمال مدرکی بودن اجماع روشن‌تر خواهد شد.

#### ۴-۱-۱-۳. روایت

مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک، شیوه عبدانگاری را مستند به روایتی نموده که به این شرح است: «إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَزِيدَ النَّوْفَلِيِّ عَنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي زِيَادٍ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرِ عَنِ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ قَالَ: "جِرَاحَاتُ الْعَبِيدِ عَلَى نَحْوِ جِرَاحَاتِ الْأَحْرَارِ فِي التَّمَنِ" (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۹۵). در این روایت امیرالمؤمنین فرموده‌اند که جراحات عبد همانند جراحات حرّ است در مقدار ثمن. صاحب ریاض نیز این روایت را مطرح کرده و علاوه بر این روایت، روایت دیگری را نیز مطرح کرده که به این شرح



فقه



است: «عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَمَّنْ رَوَاهُ قَالَ قَالَ: "... إِذَا جَرَحَ الْحُرُّ الْعَبْدَ فَعِيْمُهُ جِرَاحَتِهِ مِنْ حِسَابِ قِيْمَتِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۰۶) که مضمون آن این است که مقدار ارش جراحت وارده بر عبد توسط حر، از مقدار نسبت قیمت خود عبد حساب می‌گردد (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۳۷۰).

همان‌طور که مشهود است، این روایات هیچ ربطی به موضوع بحث ما ندارند و در واقع توجیه قاعده دیگری با عنوان «الحر اصل للعبد فی المقدر» هستند. بنابراین هیچ روایتی دال بر قاعده مورد مذاکره، یعنی «العبد اصل للحر فی ما لا تقدیر فیهِ» وجود ندارد.

#### ۴-۱-۱-۴. الغای خصوصیت از ادله تعیین ارش جنایت وارده بر عبد

در روایات، تعیین ارش جنایات وارده بر عبد، به واسطه قیمت گذاری در حالت صحت و در حالت بعد از جنایت و محاسبه اختلاف قیمت صورت می‌گیرد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۰۶). چه‌بسا بتوان از این روایات الغای خصوصیت کرد و در مسئله تعیین ارش حر نیز از آن استفاده کرد.

#### ۴-۱-۱-۵. نقد دلیل الغای خصوصیت

وجود خصوصیت عبد بودن و معامله کالا با آن، بی‌شک در نحوه تعیین ارش اثرگذار است و یا احتمال تأثیر آن بسیار پررنگ است؛ بنابراین نمی‌توان از آنها الغای خصوصیت کرده و این روایات را مستند شیوه مذکور قرار داد.

#### ۴-۱-۱-۶. تطبیق سیره عقلا در تعیین ارش اشیای معیب بر عبدانگاری

تعیین ارش در تمامی موارد در نزد عقلا، از شیوه تعیین قیمت معیب و صحیح صورت می‌گیرد و چون انسان حر و اعضای آن قابل قیمت گذاری نیست، پس به‌ناچار باید سراغ عبدانگاری رفت. این استدلال با کمک روایات دال بر تعلق ارش بر جنایات وارد بر انسان حر در موارد غیرمقدر تکمیل می‌گردد؛ به این بیان که در روایات دال بر تعلق ارش، اصل ارش مطرح شده و نحوه محاسبه آن به عرف و شیوه‌های متعارف آن سپرده شده است (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۳۹)، و چون طریق منحصر تعیین ارش در موارد

معمولاً قیمت گذاری است و در انسان حر قیمت گذاری منحصر در شیوه عبدانگاری است، لذا بر این شیوه تطبیق داده شده است. به بیان دیگر، تلقی عرفی از عنوان ارش در جامعه، تعیین مابه‌التفاوت قیمتی است؛ بنابراین بر شیوه عبدانگاری تطبیق می‌شود.

#### ۴-۱-۱-۷. نقد تطبیق شیوه سیره عقلا بر عبدانگاری

احاله تعیین ارش به عرف بدون اینکه نحوه محاسبه آن مشخص گردد، در واقع احاله به شیوه متعارفی است که عرف آن را برای رسیدن به مطلوب عقلانی‌تر می‌بیند. برای مثال در فرض مطالبه درمان بیماری خاص بدون تعیین روش درمان خاص، تلقی از شیوه درمان چیست؟ آیا روش درمان منحصر به شیوه خاصی است که در ذهن مخاطب درمان متعارف محسوب می‌شده ولو بعدها روش بهتری برای درمان یافت شود؟! پرواضح است که در این گونه موارد ظهور عبارت این است که شیوه درمان موردنظر گوینده نیست و الا باید به آن تصریح می‌کرد. بنابراین در عناوینی که دارای مفهوم مشخصی برای عرف هستند، ولی نحوه عمل در آنها متفاوت است، نمی‌توان انحصار ذهن مخاطب را دلیل بر انحصار شیوه دانست. ماحصل این تحلیل این خواهد بود که هر زمان شیوه دقیق‌تری برای عمل کردن به امور مهم مالی و جانی یافت شود، باید به همان رجوع گردد و از این بابت فرقی میان درمان و تعیین ارش نیست.

#### ۴-۱-۱-۸. انحصار تعیین ارش در شیوه عبدانگاری

در برخی از کلمات بزرگان، دلیل رجوع به شیوه عبدانگاری انحصار تعیین ارش در این روش است. این استدلال با توجه به لزوم تعیین ارش و عدم وجود روشی غیر از این روش در نگاه مستدل شکل گرفته است. این استدلال در کلمات صاحب جواهر دیده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۳۵۳).

بیان برخی از فقها از این استدلال چنین است که دوران امر بین تعطیل جنایت یا اخذ به مقدار مقدر شرعی یا رجوع به شیوه مذکور است، در حالی که امر اول باطل و امر دوم مفقود است و از آنجا که عقلاً و نقلاً هیچ جنایتی خالی از ارش و دیه نیست، در نتیجه امر متعین در امر سوم است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، صص ۱۶۲-۱۶۳).



#### ۹-۱-۱-۴. نقد انحصار

انحصار شیوه محاسبه ارش در شیوه عبدانگاری، ادعایی است که اثبات آن بر عهده خود مدعی است و برای ما ثابت نیست؛ ثانیاً این شیوه نیز حلال مشکل نیست و در واقع رجوع به آن «کَرّ علی ما فر» است و همچنین دارای اشکالات دیگری است که ذکر خواهد شد.

#### ۲-۱-۴. ادله رد

ادله‌ای در نقد شیوه عبدانگاری قابل طرح است:

#### ۱-۲-۱-۴. تعلق ارش بر جنایت، نه شخص

از نقدهای وارد بر تعیین ارش به شیوه عبدانگاری، این است که این شیوه با ظهور روایاتی که ما را در جراحات فاقد دیه مقدر به تعیین ارش سوق می‌دهد سازگار نیست؛ برای مثال طبق روایت ابی‌بصیر، خراش نیز دارای ارش است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۳۹). طبق ظهور این روایت، جراحت متعلق ارش است، در حالی که محاسبه ارش به روش عبدانگاری در واقع ارش خود شخص محسوب می‌شود. طبیعی است که ارش جنایت با ارش خود عبد متفاوت است.

#### ۲-۲-۱-۴. عدم کارایی این شیوه در زمان برچیده شدن نظام برده‌داری

شیوه عبدانگاری به دلیل آنکه در زمان فعلی هیچ ذهنیتی درباره نحوه قیمت گذاری برده وجود ندارد، کارایی لازم را ندارد و حتی با فرض وجود دلیل شرعی معتبر بر آن، عملاً منسوخ محسوب می‌شود.

#### ۳-۲-۱-۴. عدم تفاوت قیمت عبد در بسیاری از جنایات

بسیاری از جنایات وارد بر اعضای انسان، به دلیل آنکه در معرض بهبودی است، تفاوتی در قیمت عبد ایجاد نمی‌کند، در حالی که مسلماً این جنایات دارای ارش هستند؛ چراکه طبق روایت حتی خراش نیز دارای ارش است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۴۱).



فقه

فقها در این موارد که جنایت حاصله اختلاف قیمتی در عبدانگاری در پی ندارد، فتوا داده‌اند که ارشی توسط حاکم تعیین و پرداخت گردد (برای نمونه: خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۸). برخی مانند مرحوم امام این حکومت را به معنای دیگری از حکومت می‌دانند؛ در واقع حکمی برای از بین بردن موضوع نزاع یا به واسطه امر به تصالح، یا تقدیر بر طبق مصالح یا از باب تعذیر (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۹۳). مرحوم علامه نزدیک‌ترین حالت به بهبودی را ملاک تعیین ارش قرار داده است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۶۲۲). برخی نیز ارش حین جنایت را ملاک قرار می‌دهند؛ هر چند با توجه به بهبودی، اختلاف قیمتی را به دنبال نداشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۳۵۴).

دیدگاه‌های مذکور نشان می‌دهد که روش عبدانگاری شیوه‌ای نیست که تمام موارد جنایت فاقد دیه را تعیین تکلیف کند و در بسیاری از موارد باید روش دیگری برای محاسبه یافت شود؛ مگر اینکه مثل برخی از محققان عرصه فقه (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۹۳؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۶۴) در فرض مذکور، مسئله فاقد ارش باشد.

مرحوم تبریزی اشکال دیگری با توجه به اشکال فوق مطرح کرده است: اینکه در برخی جراحاتی که عیبی محسوب نمی‌شود نیز دیه تعیین گردیده است؛ مانند لطمه که برای آن دیه تعیین شده و همچنین حتی خراش نیز طبق صحیحه ابی بصیر دارای ارش است (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۰۴).

## ۴-۲. رجوع به نظر دو نفر عادل

دیدگاه دیگری که برای تعیین ارش ارائه شده، رجوع به دو نفر عادل برای تعیین ارش است. در روایت عبدالله بن سنان می‌خوانیم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ دِيَةٌ الْيَدِ إِذَا قُطِعَتْ خَمْسُونَ مِنَ الْأَيْلِ فَمَا كَانَ جُرُوحًا دُونَ الْأَصْطِلَامِ فَيَحْكُمُ بِهِ دَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۰). از عنوانی که مرحوم صاحب وسائل الشیعه بر حکومت قرار داده،<sup>۱</sup> مشخص می‌گردد که نظر ایشان بر همین

۱. بَابُ ثُبُوتِ الْحُكْمَةِ فِي الْجُرْحِ الَّذِي لَا نَصَّ فِيهِ وَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حُكْمِ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ.



دیدگاه است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۸۹). برخی از فقها با توجه به این روایت فتوا به این شیوه داده‌اند (خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۸).

#### ۴-۲-۱. نقد دیدگاه رجوع به دو نفر عادل

رجوع به دو نفر عادل در فرضی که شیوه خاصی برای تعیین ارزش وجود ندارد حل مشکل نیست؛ چراکه دو نفر عادل باید طبق الگوی متعارف شرعی یا عقلایی عمل کنند و ما هم‌اینک در مقام بحث برای یافتن آن هستیم. پس از مشخص شدن شیوه تعیین ارزش، قطعاً رجوع به افراد خاص معتبر برای تعیین ارزش لازم است. بنابراین اشکال (ملاک تعیین ارزش) به قوت خود باقی است.

#### ۴-۳. نظر حاکم

رجوع به نظر حاکم از راه کارهایی است که برخی برای تعیین ارزش ارائه کرده‌اند. این شیوه بیشتر در دیه عقل مطرح شده، ولی استدلال اعم از مورد عقل بوده و قابل تسری به تمام موارد تعیین ارزش است. دلیل عنوان شده این است که طریقی برای تعیین وجود ندارد و از طرفی مرجع تخمین حاکم است (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۴۶۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۴۳) و این استدلال در همه موارد ارزش قابل ارائه است. در موارد دیگری غیر از عقل، مانند نقصان بویایی نیز تعیین مقدار ارزش به حاکم واگذار شده است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۳). شیخ طوسی درباره کسی که موهای سرش به وسیله آب داغ از بین رفته و دوباره رویده است، می‌گوید: «علیه أرشه حسب ما یراه الإمام» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۶۴).

#### ۴-۳-۱. نقد دیدگاه رجوع به نظر حاکم

رجوع به نظر حاکم برای تعیین ارزش نیز اشکال وارد بر رجوع به دو نفر عادل را دارا است؛ چراکه حاکم نیز باید طبق ملاک و معیار خاصی اقدام به تعیین ارزش کند.



فقه

#### ۴-۴. صلح و تراضی

تصالح از راه کارهای متعارفی است که برخی از فقها حل مشکل عدم تقدیر دیه را به آن احاله داده‌اند. این راه کار با توجه به نبود طریق مناسب برای تعیین ارش و همچنین لزوم تعیین ارش - برای اینکه هیچ جنایتی نباید بدون استیفا یا قصاص یا دیه باشد - پیشنهاد داده شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۶۸).

#### ۴-۴-۱. نقد دیدگاه صلح و تراضی

به نظر می‌رسد این شیوه نیز قابل تأمل باشد، زیرا امکان صلح در بسیاری موارد وجود ندارد. البته ممکن است بگوییم متخصصین اجبار به صلح می‌شوند و این شیوه، صلح قهری را تجویز می‌کند.

البته این احتمال وجود دارد که ضابطه کلی تعیین ارش در واقع صلح و تراضی باشد، ولی به دلیل عدم امکان حصول آن در غالب موارد و عدم اسقاط دعوا، ضابطه کلی برای تعیین ارش ایجاد شود. این ضابطه نزدیک‌ترین و دقیق‌ترین شیوه برای رعایت عدل و انصاف در حق طرفین دعوا است. طبق این دیدگاه، توصیه به صلح و تراضی پس از مشخص کردن مقدار ارش لازم خواهد بود.

#### ۴-۵. مقایسه نمودن با نزدیک‌ترین جنایت دارای دیه معین

از روش‌های دیگری که به برخی از بزرگان فقهی اهل سنت نسبت داده شده، مقایسه جنایت وارده برای تعیین ارش با نزدیک‌ترین جنایت دارای دیه مقدر است. طبق این شیوه محاسبه ارش، سنجش جنایتی که دارای دیه مقدر نیست، با جنایت متناسب دارای دیه مقدر، ملاک تعیین ارش خواهد بود (ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، صص ۸۵-۱۲۱). قریب به این دیدگاه در کلمات برخی از فقهای معاصر دیده می‌شود: طبق دیدگاه برخی، ارش در موارد غیرمقدر شرعی توسط دو عادل و یا حاکم، با ملاحظه دیات مقدر شرعی و مقایسه موارد غیرمنصوص با آنها تعیین می‌گردد، و در نهایت بر حکمی که دو حکم یا حاکم تعیین کرده صلح کنند (حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۹۶).



فقه



#### ۴-۵-۱. نقد دیدگاه تعیین ارش به روش مقایسه با جراحات دارای دیه مقدر

مشکل اساسی در روش مقایسه این است که در غالب مواردی که نیازمند تعیین ارش هستیم، امکان مقایسه وجود ندارد؛ زیرا مورد مشابه در بین موارد دارای دیه مقدر یافت نمی‌شود؛ برای مثال در ارش البکاره، چیدن مو، پرده گوش، جمع شدن لب، کج شدن گردن، کندی حرکت فک و موارد بسیاری که امکان یافت موارد مشابه در موارد دیه مقدر را ندارند.

#### ۵. روایات ارش

آنچه در این تحقیق راه گشا است، رجوع به روایات ارش و تحلیل آنها است. باید دید از دل این روایات چه شیوه‌ای برای تعیین ارش به دست می‌آید و به تبع روشن شدن شیوه، چه بسا مرجع تعیین و همچنین ماهیت آن نیز مشخص گردد.

در مسئله مذکور چند روایت قابل استناد است که در ذیل مطرح می‌گردد:

در روایت فقه الرضا، برای دندان عقل دیه‌ای در نظر گرفته نشده است، بلکه مانند خراش به حساب مشخصی دارای ارش است (منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶ق، ص ۳۱۹). اعتبار روایات کتاب فقه الرضا به دلیل عدم تمامیت انتساب به امام رضا علیه السلام در هاله‌ای از ابهام است. طبق مفاد این روایت ارش دندان عقل مانند ارش خدش است که دارای حساب مشخصی است. بنابراین ظهور این روایت این است که ارش باید با ارش دیگری که مشخص است سنجیده شود. ممکن است گفته شود در این روایت مورد خاصی با ارش خدش مقایسه شده و دلیلی نیست بر اینکه چنین معیاری حاکم بر همه موارد تعیین ارش شود.

عبدالله بن سنان گوید که امام صادق علیه السلام فرمود: «دیه دست اگر قطع شود، پنجاه شتر است، و هر چه را که بدون زخم و پارگی التیام پیدا کرد، یعنی تمام عضو قطع نشد، باید ارزش آن را دو عادل مسلمان معین دارند، و هر کس به غیر ما آنزل الله حکم راند، پس آنان کافران باشند» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۰).



طبق روایت ابن سنان از امام صادق علیه السلام که به لحاظ سندی صحیح است (خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۲۶۲)، مرجع تعیین ارش دو نفر مسلمان عادل است. چه بسا به اقتضای تناسب حکم و موضوع، منظور روایت دو کارشناس مورد وثوق است که توانایی تعیین ارش را دارا هستند؛ زیرا از آنجا که مورد مسئله، تشخیص و حدس است نه شهادت بر وقوع اتفاق، آنچه که دارای موضوعیت است خبره بودن و مورد وثوق بودن آن دو است و مجرد عدالت خصوصیت ندارد.

جمیل بن دراج از یکی از دو امام علیهما السلام درباره مردی که دست فرد دیگری را شکسته و سپس التیام پیدا کرده، نقل می کند که حضرت فرمود: «در این قصاص نیست، لکن ارش پرداخت می شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۰). این روایت از نظر سند دچار ضعف است، زیرا مشخص نیست واسطه بین جمیل بن دراج و امام علیهما السلام چه کسی است.

در روایت دیگری از جمیل بن دراج، حضرت درباره دندانی که ساقط شده و دوباره روییده، حکم به ارش می کنند و درباره دندان کودک و شکستن دست می فرمایند که ارش آن چیز کمی است که مقدار آن معلوم نیست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۰). این روایت نیز مشکل سندی روایت سابق را دارا است.

در روایت ابی بصیر از امام صادق علیه السلام، حضرت می فرمایند: «در کتاب جامعه تمام احتیاجات مردم ذکر شده، حتی ارش خراش.» از ادامه روایت نیز استفاده می گردد که حتی مختصر تغییر رنگ پوست در اثر فشار انگشت نیز دارای ارش است. آنچه از ظهور این روایت به دست می آید، این است که خود جراحت و تغییر رنگ دارای ارش است، بنابراین ملاک تعیین ارش خود جراحت بوده و تبعات جراحت، مانند مقدار تأثیر آن در سلامتی و... دخیل در ارش نیست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۳۹). این روایت دارای سند معتبری است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۵۴؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۲۶۱).

در روایتی دیگر، جراحتی که توسط عبد بر شخصی وارد شده، از قیمت دیه حساب شده و به عنوان ارش الجنایه تعیین گردیده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۰۶). البته روایت مذکور از این بابت که دیه جانی منظور است یا معنی علیه، دارای ابهام است. اگر دیه





جانی منظور باشد، چه بسا معنای روایت این خواهد بود که قیمت ارش نباید از دیه عبد بالاتر باشد و اگر دیه مجنی علیه منظور باشد، به این معنا خواهد بود که ارش جنایت از مقدار دیه مجنی علیه حساب می‌گردد (ر.ک: مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۷۶). بنابراین در فرضی که مجنی علیه زن یا عبد است، ارش با لحاظ مقدار دیه یا قیمت مجنی علیه تعیین می‌گردد. ذیل روایت به کمک قرینه سیاق نشان می‌دهد که احتمال دوم صحیح است و در مقدار ارش، دیه مجنی علیه باید موردلحاظ واقع شود؛ زیرا قیمت جراحت عبد را به حساب قیمت عبد که مجنی علیه است قرار داده است.

در این روایت واژه «قیمة الجراحه» به کار رفته که به خوبی نشان می‌دهد در تعیین ارش خود جراحت ملاک است و مقدار زمان بهبودی و آثار خارج از جراحت در مقدار ارش دخالت ندارد.

## ۶. ارزیابی روایات

از روایات و ادله پیش گفته، به کمک قواعد کلی استنباط، چند نکته قابل استنتاج است:

۱. در روایات مذکور نحوه تعیین ارش امری مفروغ عنه فرض شده و راه کار شرعی برای آن ذکر نشده است؛ چه اینکه مخاطب راه کاری برای تعیین در ذهن دارد. بنابراین مقدار ارش و نحوه محاسبه آن به عرف احاله داده شده است.

احتمال وجود ارتکاز شیوه عبدالنگاری در زمان صدور وجود دارد؛ به این بیان که چنین شیوه‌ای برای تعیین ارش در بین عرب زمان قبل از اسلام گزارش شده است (علی، بی تا، ج ۵، ص ۴۶۴) که موجب انصراف روایات، و در نتیجه اختصاص آنها به این شیوه می‌گردد.

استدلال مذکور بر این مقدمه استوار است که جریان شیوه خاصی در زمان صدور روایت موجب انصراف یا احتمال انصراف متن به آن شیوه می‌گردد که مانع شکل گیری اطلاق است. لازمه چنین نگرشی انحصار شیوه‌های حل مسائل اجتماعی و فردی در

شیوه‌های مرسوم در زمان صدور روایات خواهد بود و این خلاف بدیهیات استنباط است.

انصراف روایات یا احتمال انصراف روایات در مواردی قابل طرح است که سیره جاری در زمان معصوم علیه السلام دارای خصوصیتی باشد که احتمال تأکید شارع بر آن را ایجاد کند و چنین چیزی در روش و راه کارهای انجام افعال به راحتی قابل شکل‌گیری نیست و نیازمند تصریح و تأکید شارع بر آن شیوه است و بدون تصریح، حمل بر عدم خصوصیت شیوه می‌گردد.

می‌توان ادعا کرد در متون شرعی، شیوه و روش انجام افعال نوعاً خصوصیتی ندارد و آنچه در روایات دارای موضوعیت است، خود فعل است، نه شیوه انجام فعل. مثال روشن این ادعا، رفتن به حج است؛ اینکه از چه راهی و به چه روشی، دارای موضوعیت نیست، یا در موارد تلف شدن حق و حقوق دیگران، مهم ایجاد رضایت صاحب حق است، اما اینکه با چه روشی، مهم نیست. خلاصه مطلب اینکه در شیوه انجام افعال نوعاً موضوعیتی دیده نمی‌شود و ظهور روایات نیز موافق آن است؛ بنابراین در مواردی که شیوه انجام فعل دارای موضوعیت است، نیازمند تأکید بر شیوه مذکور است تا اهمیت آن استظهار گردد.

عدم وجود تأکید و تصریح بر شیوه عبدانگاری از یک سو، و عدم وجود خصوصیت در نزد عقلا از سوی دیگر، انحصار طریقه شرعی بر این شیوه را منتفی می‌کند. شیوه عبدانگاری صرفاً شیوه‌ای با منشأ عقلایی برای رسیدن به حق و حقوق مجنی علیه است که قبل از اسلام برای تعیین ارش از آن بهره برده می‌شده و چه بسا اختصاص به مناطق خاصی داشته است. بی‌شک عقلا اذعان به این مطلب دارند که تعیین دقیق ارش و رعایت عدل و انصاف در حق مجنی علیه و عدم تعدی به حقوق وی حیثیت اصلی مسئله است و برای عبدانگاری خصوصیتی در اذهان نیست؛ بنابراین نمی‌توان در روایات برای آن بیش از اعتباری که عقلا برای آن قائلند اعتبار بخشی کرد. نتیجه آنکه تقیید روایات ارش با این توجیه که شیوه خاصی در زمان صدور در بین مردم متعارف بوده که طبعاً





امکان‌پذیری تعیین قیمت و سهل بودن آن و چه بسا دقت آن برای تعیین ارزش دلیل رواج آن بوده، توأم با استظهار عرفی نیست.

باید دقت داشت که احاله به عرف در این مسئله به معنای امضای سیره مستمره نیست، تا وجود آن در زمان معصوم محرز گردد؛ بلکه هر روش عقلایی است که به صورت دقیق‌تر امکان کشف ارزش را فراهم کند؛ چراکه امر ارزش و دیه صرفاً جزایی نیست، بلکه وجهی از آن به مسئولیت مدنی و جبران اختصاص دارد و چه بسا در موارد عمده‌ای تنها وجه آن جبران خسارت است که لازمه آن این است که باید حق و حقوق مجنی علیه به درستی لحاظ گردد. بنابراین معیار اصلی برای تعیین ارزش احقاق حقوق مجنی علیه است؛ البته به صورتی که اجحافی در حق جانی نیز صورت نگیرد. در این میان ممکن است به لحاظ شرعی قیودی نیز وجود داشته باشد که باید رعایت گردد که در ادامه ذکر خواهد شد.

اقتضای جبران خسارت در نحوه تعیین ارزش، رسمیت یافتن شیوه‌ای است که به قاعده عدل و انصاف نزدیک‌تر است. اشکالی که در این میان وجود دارد این است که دیه و ارزش امری تعبدی است و نمی‌توان بدون لحاظ دیدگاه شرع برای تعیین آن اقدام کرد. به تعبیر دیگر، جسم انسان قابل قیمت‌گذاری توسط بشر نیست و برای تعیین قیمت آسیب‌های وارده بر جسم، نمی‌توان راهی جز شرع را برگزید.

پاسخ این است که تعبدی بودن دیه و ارزش امری پذیرفته است، ولی با این حال احاله تعیین آن به عقلا موجب خلل به تعبدی بودن نیست؛ چراکه شارع مقدس در چارچوب خاصی - که بیان خواهد شد - تعیین مقدار ارزش را به عرف سپرده است، پس می‌توان ادعا کرد در عین حال که تعیین ارزش امری تعبدی است، ولی تعیین مقدار آن در چارچوب شرعی به عقلا احاله داده شده است.

با توجه به نکته مذکور برای تعیین مقدار و شیوه تعیین ارزش، باید دید عقلا از چه راهی برای تعیین ارزش اقدام می‌کنند. در نتیجه، دقیق‌ترین و منصفانه‌ترین روش، ملاک عمل خواهد بود.

۲. مفاد برخی از روایات مذکور حاکی از این است که در تعیین ارش، دیه خود شخص ملاحظه می‌گردد. در نتیجه ارش جراحت وارده بر زن به نسبت ارش وارده بر مرد متفاوت خواهد بود.

۳. ظهور روایات در این است که ارش بر خود جراحت تعیین می‌گردد و حواشی آن برای تعیین ارش دخالت ندارد. این ظهور مبتنی بر نیازمندی دخالت حواشی در تعیین ارش به بیانی از شارع مقدس است و بدون بیان و تصریح شارع چنین ظهوری شکل می‌گیرد که ارش برای خود آسیب‌دیدگی تعیین می‌گردد. ملاحظات نحوه تعیین دیه در شریعت مقدس اسلام نشان می‌دهد که ملاک شارع مقدس در تعیین دیه، خود جراحت است و مقدار زمان بهبودی، نحوه تأثیر جراحت بر سلامت، غرض جانی در ایجاد جراحت و... در مقدار دیه مؤثر نیست. نوع عملکرد شارع مقدس در تعیین دیه، قرینه‌ای است که در تعیین ارش نیز موارد فوق و مشابه آنها در تعیین ارش دخیل نیست. بنابراین در تعیین ارش، خود جراحت و آسیب‌دیدگی لحاظ شده و خسارات حاشیه‌ای در میزان ارش مؤثر نیست، در نتیجه ارش با توجه به میزان جراحت و عمق آن، و بدون لحاظ میزان زمان بهبودی و از کارافتادگی تعیین می‌گردد.

ممکن است این پرسش مطرح گردد که چگونه می‌توان مسئله را احاله به عرف کرد، و از سوی دیگر چنین قیدی درباره آن مطرح ساخت. پاسخ این است که همان‌گونه که قبلاً بیان شد، احاله به عرف و تقیید آن منافی یکدیگر نیست. برای مثال درمان، به شیوه عقلایی احاله داده می‌شود، ولی قیودی نیز درباره آن مطرح می‌گردد؛ مانند عدم جواز تداوی به حرام. چنین قیودی در واقع ایجاد ضابطه شرعی برای اقدام عقلایی است.

پرسش دیگر اینکه میزان تعیین ارش خود جنایت بدون لحاظ میزان اثرگذاری جراحت در سلامت، امر عقلایی نیست، در نتیجه چنین قیدی در واقع نقض غرض است و در واقع خارج کردن آن از شیوه عقلایی است. در پاسخ می‌توان گفت که در واقع آنچه به عرف احاله داده شده است، تعیین ارش بدون لحاظ تبعات جراحت است و بیش از این به عرف احاله داده نشده است.





۴. طبق ظهور برخی از روایات، مرجع تعیین ارش خود حاکم است و حاکم جامع‌الشرايط به هر مقدار که متناسب جراحات تشخیص دهد، ملاک عمل خواهد بود، ولی نوعاً حاکم برای تعیین ارش نیازمند نظر کارشناسان مورد وثوق است. از برخی روایات چنین برداشت شد که نظر حداقل دو کارشناس برای تعیین ارش لازم است.

### نتیجه‌گیری

بررسی دیدگاه‌های موجود در مسئله، ادله آنها و همچنین رجوع به روایات ارش نتایج ذیل را به دنبال دارد:

۱. ملاک‌های مختلفی برای تعیین ارش در کلمات فقها می‌توان یافت، ولی قریب به اتفاق فقها از دیرباز شیوه بدانگاری را به عنوان ملاک تعیین ارش بیان کرده و این شیوه نوعاً مسلم انگاشته شده است. بررسی ادله قابل ارائه برای اثبات این شیوه نشان داد هیچ دلیل معتبری برای اعتبار آن در زمان فعلی وجود ندارد و اتفاقاً ادله‌ای برای رد آن می‌توان اقامه کرد. دیدگاه‌های دیگر، اعم از رجوع به نظر دو نفر عادل، رجوع به نظر حاکم، صلح و تراضی، و دیدگاه مقایسه با نزدیک‌ترین جراحات دارای دیه مقدر نیز هر یک دارای نواقص و ایراداتی است.

۲. بررسی روایات موجود در مسئله، حاکی از این است که شارع مقدس در استعمال واژه ارش، معنای متمایزی از آنچه در میان عرف رواج دارد اراده نکرده و به اصطلاح واژه «ارش» در لسان شرع دارای حقیقت عرفی است.

۳. آنچه از روایات قابل استنباط است این است که تعیین ارش در چارچوب خاصی به شیوه‌های متعارف عقلایی احاله داده شده است. بنابراین بهترین روشی که به قاعده عدل و انصاف نزدیک‌تر است معیار تعیین ارش قرار می‌گیرد.

۴. چالش عمده احاله تعیین ارش به عرف مبنی بر تعبدی بودن دیه و ارش و منافات آن با احاله به عرف، چنین پاسخ داده شد که دیدگاه عقلا در چارچوب خاصی در تعیین ارش نقش دارد؛ زیرا شارع مقدس محاسبه ارش را از مقدار دیه قرار داده و فقط

خود جراحی را موضوع ارش می‌داند. بنابراین دست عقلا تا قلمرو تعیین شده از طرف شرع باز است و بیش از آن در میزان ارش دخالت ندارد.

۵. طبق روایات مذکور، دیه مجنی علیه در مقدار ارش اثرگذار است و مقدار ارش با توجه به دیه شخص تعیین می‌گردد و در نتیجه ارش جراحی زن با مرد متفاوت خواهد بود.

۶. مرجع تعیین ارش، حاکم و به مشورت دو کارشناس مورد وثوق است.

۷. ارش جراحی وارده بر هر عضوی با توجه به مقدار دیه همان عضو محاسبه می‌گردد. در این صورت هیچ‌گاه ارش جنایت وارده بر عضو از دیه آن عضو بیشتر نخواهد بود.



## فهرست منابع

۱. آوان، رضا؛ سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۶). جایگاه ارش البکاره، مهرالمثل و خسارت معنوی در زنای مطاوعی از منظر فقه. فقه و اصول، (۱۱۰)، صص ۳۰-۹.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۴ق). الخيارات (چاپ اول). قم: مؤسسه در راه حق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحکام: کتاب الديات (چاپ اول). قم: دار الصديقة الشهيدة عليه السلام.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية. بيروت: دار العلم للملايين.
۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۸۴). قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت. فقه و حقوق، (۴)، صص ۷۰-۳۹.
۱۰. حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۸۹). ارش؛ ماهیت، شیوه محاسبه و مسئول آن. مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)، ۲(۱).
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۲. حکیم، سیدمحمدسعید طباطبایی. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دار الصفوة.
۱۳. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلام (چاپ اول). بیروت: دار الفكر المعاصر.
۱۴. خامسی پور، فرسیما؛ قدوسی، آرش؛ میرحسینی، سیدمجید. (۱۳۹۲). مبانی طبی، حقوقی و فقهی تعیین ارش ناتوانی جنسی در زنان آسیب نخاعی. حقوق پزشکی، (۲۷)، صص ۸۹-۱۱۲.



فقه



۱۵. خمینی، سید روح الله موسوی. (بی تا). تحریر الوسیله (چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰ق). تکملة المنهاج (چاپ بیست و هشتم). قم: نشر مدینه العلم.
۱۸. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (موسوعه) (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۱۹. زر رخ، احسان. (۱۳۸۷). نگرشی نو در جایگاه ارش البکاره در فقه و حقوق موضوعه. دوفصلنامه دادرسی، (۷۲)، صص ۴۳-۴۶.
۲۰. سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.
۲۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). بیروت: دار الهادی، بیروت.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربی.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه (چاپ اول). بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة.
۲۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.





۲۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (بی تا). تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (چاپ اول، ۲ جلد). مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۲. علی، جواد. (بی تا). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. بی جا: دار احیاء التراث العربی.
۳۳. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
۳۶. فلاحی، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). تعیین ارش یک جنایت، بیش از دیه مقدر. حقوق کیفری، (۲۱)، صص ۶۹-۷۸.
۳۷. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۹. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (چاپ دوم، ۲۶ جلد). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۰. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. مرعشی شوشتری. (۱۳۸۵). دیدگاه مخالف تنصیف ارش مازاد بر ثلث دیه زنان: تفسیری از ماده ۳۰۱ ق.م.ا.، مطالعات راهبردی زنان، (۳۲)، صص ۱۷-۲۹.
۴۲. منسوب به امام رضا علیه السلام، علی بن موسی. (۱۴۰۶ق). الفقه: فقه الرضا (چاپ اول). مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۳. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۴. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم). قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.

## References

1. Abu al-Hussein, A. (1404 AH). *Mujam Maqa'is al-Loqat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
2. Ali, J. (n.d.). *al-Mufasal fi Tarikh al-Arab Qabl al-Islam*. Dar Ihya Al-Torath Al-Arabi.
3. Allama Helli, H. (n.d.). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah ala Mazhab al-Imamiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). (2 vols). Mashhad: AlulBayt Institute.
4. Allamah Helli, H. (1410 AH). *Irshad al-Azhan ila Ahkam al-Iman*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
5. Allamah Helli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah ala Mazhab al-Imamiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
6. Ameli (Shahid Thani), Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
7. Ameli. (Shahid Awal), M. (1410 AH). *Al-Lom'at al-Dameshqiyyah fi Fiqh al-Imamiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Torath - Al-Dar Al-Islamiyah. [In Arabic]
8. Ameli. (Shahid Thani), Z. (1412 AH). *Al-Rawdah Al-Bahiyya fi Sharh Al-Loma'a Al-Damashqiyyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
9. Araki, M. A. (1414 AH). *Al-Khiarat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Rahe Haq Institute. [In Arabic]
10. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'edah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Azhan*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Attributed to Imam Reza, A. (1406 AH). *Al-Fiqh: Fiqh al-Reza*. (1<sup>st</sup> ed.). Mashhad: AlulBayt Institute. [In Arabic]
12. Avan, R., & Soltani, A. A. (1396 AP). The position of Arshak al-Bakareh, Mehr al-Mathal and spiritual damage in obedient adultery from the perspective of jurisprudence. *Fiqh and Usul*, 110, pp. 9-30. [In Persian]
13. Fadhil Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Romuz fi Sharh Mukhtasar al-Nafi*. (3<sup>rd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
14. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qava'id al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
15. Fallahi, A. (1395 AP). Determining the arsh of a crime, more than the determined diya. *Journal of Criminal Law*, Fall and Winter 2016, 1(2), pp. 69-78. [In Persian]



فقه

16. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab al-Ain*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
17. Fayyaz Kabuli, M. I. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*.
18. Haeri, S. A. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
19. Haji Dehabadi, A. (1389 AP). Arsh; Nature, method of calculation and responsible for it. *Journal of Legal Studies* (Shiraz Social Sciences and Humanities), 2(1). [In Persian]
20. Haji Dehabadi, A. (1389 AP). The rule of the arsh and government in Imamiyah and Sunni jurisprudence. *Journal of Jurisprudence and Law*, 4, pp. 39-70. [In Persian]
21. Hakim, S. M. S. (1415 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Safwa. [In Arabic]
22. Hamiri, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum va Dawa' kalam al-Arab min al-Kulum*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
23. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
24. Ibn Idris Helli, M. (1410 AH). *Al-Sarair Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
25. Johari, I. (1410 AH). *Al-Sahah: Taj al-Loqat va Sahah al-Arabiyyah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'in. [In Arabic]
26. Khamesipour, F., & Qudusi, A., & Mir Hosseini, S. M. (1392 AP). Medical, legal and jurisprudential principles of determining the Arsh of the level of impotence in women with spinal cord injury. *Journal of Medical Law*, 27, pp. 89-112. [In Persian]
27. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
28. Khoie, S. A. (1410 AH). *Takmilah al-Minhaj*. (28<sup>th</sup> ed.). Qom: Madinah al-Ilm Publication. [In Arabic]
29. Khoie, S. A. (1422 AH). *Fundamentals of Takmilah al-Minhaj*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoeci. [In Arabic]
30. Khomeini, S. R. M. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Ilm Press Institute. [In Arabic]
31. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]



فقه

32. Majlesi II, M. B. (1404 AH). *Mir'at al-Uqul fi Sharh Akhbar Ale al-Rasul*. (2<sup>nd</sup> ed., 26 vols.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
33. Marashi Shoushtari. (1385 AP). Opposing view of halving Arash in excess of one-third of women's blood money: An Interpretation of Article 301 of Islamic Penal Code, *Journal of Strategic Studies of Women*, 32, pp. 17-29. [In Persian]
34. Mohaqeq Helli, J. (1408 AH). *Shara'e al-islam fi Masa'il al-Halal va al-haram*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
35. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
36. Sabzwari, S. A. A. (1413 AH). *Muhazab al-Ahkam*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Al-Manar Institute - Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
37. Saduq, M. (1413 AH). *Man la yahzar al-Faqih*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
38. Simari, M. (1420 AH). *Qayat al-maram fi Sharh Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Hadi, Beirut. [In Arabic]
39. Tabrizi, J. (1428 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam: Kitab al-Diyat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shuhada '. [In Arabic]
40. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Ja'fariyya Works. [In Arabic]
41. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nahayah fi Mujarad al-Fiqh va al-Fatawa*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
42. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
43. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (5<sup>th</sup> ed.). Qom: Imam Baqir School. [In Arabic]
44. Zar Rokh, E. (1387 AP). *A New Perspective on the Position of arsh al-Bikharah in Jurisprudence and Law Trial*, February and March, 1993, pp. 43-46. [In Persian]



فقه



## The Jurisprudential-legal Examination of Turning Qisas Nafs into Diya in Case of Execution of a Murderer with the Title of Hadd

Hojjatollah Fathi<sup>1</sup>

Received: 10/10/2020

Accepted: 15/06/2021

### Abstract

If the premeditated murderer, in addition to being sentenced to qisas (retaliation), has also been sentenced to death for hadd (punishments that under Islamic law are mandated and fixed by God), such as moharebeh (waging war against God), according to Article 133 of the Penal Code, qisas is prior to the execution of hadd, and the avengers of blood are asked to retaliate. However, if the avengers of blood refuse to demand the qisas immediately, the premeditated murderer will be executed as hadd. The problem of the current paper is whether in this case the qisas nafs (qisas for life) turns into diya (blood money) and is subject to death in Article 435 of the Penal Code or not. The law regarding the conversion of qisas nafs into diya is vague in this case, and this issue has not been specifically dealt with in jurisprudential books. In this paper, legal articles as well as jurisprudential views have been examined and a set of arguments and evidences have been used, which based on the hypothesis of this study, with the execution of the premeditated murderer, the issue of qisas is obviated and the conversion of qisas into diya also lacks valid legal evidence, and from a jurisprudential point of view, the view of not turning qisas into diya is stronger.

### Keywords

Conversion of qisas into diya, refusal to demand qisas, execution of the murderer, qisas nafs, hadd execution.

---

1. Assistant Professor, Institute of Islamic Culture and Thought, Qom, Iran. fathiamoli@yahoo.com

\* Fathi, H. (1400 AP). The Jurisprudential-legal Examination of Turning Qisas Nafs into Diya in Case of Execution of a Murderer with the Title of Hadd. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 63-83.

Doi: 10.22081 / jf.2021.58912.2135.

## بررسی فقهی - حقوقی تبدیل قصاص نفس به دیه در صورت اعدام قاتل با عنوان حدی

حجت‌الله فتحی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۹      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

### چکیده

در صورتی که قاتل عمدی علاوه بر محکومیت به قصاص، از بابت حد - مانند محاربه - نیز محکوم به اعدام شده باشد، بر اساس ماده ۱۳۳ ق.م.ا، استیفای قصاص مقدم بر اجرای حد است و از اولیای دم درخواست می‌شود استیفای قصاص را مطالبه کنند، ولی اگر اولیای دم از مطالبه فوری استیفای قصاص امتناع کنند، قاتل عمد به عنوان حد اعدام می‌شود. مسئله مقاله حاضر آن است که آیا در این صورت قصاص نفس تبدیل به دیه می‌شود و مشمول اطلاق مرگ در ماده ۴۳۵ ق.م.ا است یا خیر. قانون در خصوص تبدیل قصاص نفس به دیه در این فرض مبهم است و در کتب فقهی نیز به این موضوع به صورت خاص پرداخته نشده است. در این نوشتار مواد قانونی و همچنین دیدگاه‌های فقهی مورد بررسی قرار گرفته و از مجموع اقوال و ادله استفاده شده است که در فرض بحث، با اعدام قاتل عمد، موضوع قصاص منتفی است و تبدیل قصاص به دیه نیز فاقد مستند قانونی معتبر است و از نظر فقهی نیز دیدگاه عدم تبدیل قصاص به دیه قوی تر است.

### کلیدواژه‌ها

تبدیل قصاص به دیه، امتناع از استیفای قصاص، اعدام قاتل، قصاص نفس، اعدام حدی.

fathiamoli@yahoo.com

۱. استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

\* فتحی، حجت‌الله. (۱۴۰۰). بررسی فقهی - حقوقی تبدیل قصاص نفس به دیه در صورت اعدام قاتل با عنوان حدی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۶۳-۸۳  
Doi:10.22081/jf.2021.58998.2147



فقه

## مقدمه

به نظر فقهای امامیه، حق اولیه اولیای دم در قتل عمد با وجود شرایط آن قصاص نفس است و اولیای دم بدون مصالحه با قاتل حق مطالبه دیه را ندارند. اگر قاتل قبل از استیفای قصاص بمیرد، در خصوص تبدیل قصاص نفس به دیه، سه دیدگاه فقهی وجود دارد: ۱. به نظر عده‌ای از فقها موضوع قصاص با مرگ قاتل منتفی می‌شود و قصاص تبدیل به دیه نمی‌شود، ۲. به نظر عده‌ای دیگر از فقها هرگاه قاتل عمد فراری شود و امکان دسترسی به او نباشد تا مرگ او فرا برسد، قصاص تبدیل به دیه می‌شود، و ۳. به نظر عده دیگری از فقها، در صورت مرگ قاتل قبل از استیفای قصاص، حق قصاص تبدیل به دیه می‌شود و دیه از اموال قاتل، و در صورت نداشتن مال از عاقله و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال ستانده می‌شود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹ دیدگاه اخیر را پذیرفته و در ماده ۴۳۵ مقرر می‌دارد: «هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد، با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد، در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیرقتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود».

از سوی دیگر بر اساس ماده ۱۳۳ ق.م.ا، هرگاه کسی که مرتکب قتل عمد شده است دارای مجازات حدی موجب اعدام نیز باشد، مانند آنکه به قصاص نفس و حد اعدام به دلیل زنا یا عنف یا محاربه محکوم شده باشد، اجرای قصاص نسبت به اجرای اعدام حدی مقدم است و مرتکب قصاصاً کشته می‌شود، ولی در صورت عدم مطالبه فوری اجرای قصاص یا گذشت یا تبدیل به دیه، مجازات حدی اجرا می‌شود و از باب حد اعدام می‌شود. ماده ۱۳۳ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «در تعدد جرائم موجب حد و قصاص، مجازات‌ها جمع می‌شود. لکن چنانچه مجازات حدی موضوع قصاص را از بین ببرد یا موجب تأخیر در اجرای قصاص گردد، اجرای قصاص مقدم است و در صورت عدم مطالبه فوری اجرای قصاص یا گذشت یا تبدیل به دیه، مجازات حدی اجرا می‌شود».



فقه



اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی ۲۲۶/۹۵/۷ مورخ ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۵ با تأکید بر این مطلب اعلام نموده است: «در مواردی که متهم به قصاص نفس و مجازات سلب حیات در جرایم مستوجب حد محکوم شده است، طبق ماده ۱۳۳ ق.م.ا ۱۳۹۲، اجرای قصاص مقدم است؛ چون اجرای مجازات حدی موضوع قصاص را از بین می‌برد، ولی در صورت عدم مطالبه فوری اجرای قصاص یا گذشت یا تبدیل به دیه، مجازات حدی اجرا می‌شود».

سؤال و ابهامی که این مقاله درصدد پاسخ‌گویی به آن است، این است که در فرض ماده ۱۳۳ ق.م.ا، اگر اولیای دم علی‌رغم اطلاع از قانون و درخواست مقامات ذی‌ربط برای استیفای قصاص، مطالبه استیفای قصاص نداشته و مرتکب حداً اعدام شود، آیا قصاص نفس تبدیل به دیه شده و می‌تواند مطابق با ماده ۴۳۵ ق.م.ا مطالبه دیه از اموال قاتل نمایند و در صورتی که قاتل مالی نداشته باشد، آیا از عاقله و در صورت نبود عاقله، دیه از بیت‌المال ستانده شود؟ یا خیر، ماده ۴۳۵ ق.م.ا منصرف از موضوع ماده ۱۳۳ ق.م.ا است و با اعدام قاتل موضوع قصاص و تبدیل آن به دیه منتفی است؟ دیدگاه فقها در این خصوص چیست؟

هرچند در سنوات اخیر مقالاتی در خصوص تبدیل قصاص به دیه در صورت مرگ قاتل قبل از استیفای قصاص نوشته و منتشر شده است، مانند مقاله «تبدیل قصاص در حقوق کیفری ایران»، توسط جناب دکتر حسن مرادی در فصل‌نامه پژوهش‌های کیفری، مقاله «بررسی تبدیل قصاص به دیه با فوت قاتل یا عدم دسترسی به وی»، توسط جناب دکتر عادل ساریخانی و جناب دکتر قاسم اسلامی‌نیا در مجله مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)، و همچنین مقاله «تأثیر مرگ قاتل عمد بر مجازات»، توسط جناب دکتر اسماعیل آقابابائی که در مجله فقه منتشر شده و مشترکاتی با این مقاله دارد، ولی در خصوص موضوع این مقاله و رابطه بین مواد ۴۳۵ ق.م.ا و ماده ۱۳۳ ق.م.ا اثری یافت نشده و در منابع فقهی نیز این فرع مطرح نشده است.

با توجه به ضرورت بررسی فقهی و حقوقی موضوع، بحث در دو گفتار حقوقی و فقهی ارائه می‌شود:



فقه



## ۱. گفتار اول: بررسی حقوقی

ماده ۲۵۹ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت: «هرگاه کسی که مرتکب قتل موجب قصاص شده است بمیرد، قصاص و دیه ساقط می‌شود.» بر اساس اطلاق این ماده، هرگاه کسی که مرتکب قتل موجب قصاص شده است، به مرگ طبیعی یا خودکشی و یا به هر طریق دیگری بمیرد، قصاص و دیه ساقط می‌شود، ولی اطلاق این ماده در یک مورد با ماده ۲۶۰ قانون مذکور مقید شده بود؛ به این صورت که اگر کسی که مرتکب قتل عمد شده است فرار کند و تا هنگام مردن دسترسی به او نباشد، پس از مرگ او قصاص تبدیل به دیه می‌شود. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی که مرتکب قتل عمد شده است فرار کند و تا هنگام مردن به او دسترسی نباشد، پس از مرگ، قصاص تبدیل به دیه می‌شود که باید از مال قاتل پرداخت گردد و چنانچه مالی نداشته باشد از اموال نزدیک‌ترین خویشان او به‌نحو "الأقرب فالأقرب" پرداخت می‌شود و چنانچه نزدیکانی نداشته باشد یا آنها تمکن نداشته باشند، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد».

بنابر قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ تنها در صورتی که مرتکب قتل عمد فرار کند و تا هنگام مردن دسترسی به او نباشد، پس از مرگ او قصاص نفس تبدیل به دیه می‌شد که مطابق نظر مرحوم امام خمینی علیه السلام (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۹) و مشهور فقها بود (ر.ک: حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، صص ۲۹۷-۲۹۸؛ طباطبائی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۶، ص ۳۰۹؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۳۴۸). اما در اصلاحات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر اساس ماده ۴۳۵ ق.م.ا. مرگ عامل مستقلاً در سقوط قصاص و تبدیل آن به دیه محسوب شد که مطابق دیدگاه مرحوم آیت‌الله خویی است (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۵۴). محور بحث این است که آیا مرگ در ماده ۴۳۵ ق.م.ا. مطلق است و شامل هر نوع مرگی از جمله اعدام موضوع ماده ۱۳۳ ق.م.ا. می‌شود یا خیر. از نظر حقوقی دو احتمال در مسئله وجود دارد:

یک احتمال این است که مرگ مطلق است و به هر دلیل قاتل عمد بمیرد، چه به مرگ طبیعی باشد و چه خودکشی کرده باشد، چه توسط شخص ثالث عمداً یا به‌غیر عمد کشته شود و چه اعدام شده باشد، قصاص تبدیل به دیه به شرح ماده ۴۳۵ ق.م.ا. می‌شود. مهم‌ترین مستند این احتمال اطلاق مرگ در ماده ۴۳۵ ق.م.ا. است.

احتمال دوم این است که مرگ در ماده ۴۳۵ ق.م.ا منصرف از اعدام موضوع ماده ۱۳۳ ق.م.ا است؛ چون اولاً حق اولیه اولیای دم قصاص است و تبدیل قصاص نیازمند دلیل خاص است، ثانیاً در ماده ۱۳۳ ق.م.ا امکان قصاص برای اولیای دم وجود دارد و خود اولیای دم از استیفای قصاص امتناع می‌کنند و لذا مشمول هدررفتن خون مسلمان نیست؛ مانند آن است که اولیای دم مجانماً قاتل عمد را عفو کنند. ظهور ماده ۴۳۵ ق.م.ا این است که مرگ در صورتی که مانع دسترسی به قاتل عمد شود، موجب تبدیل قصاص به دیه می‌شود؛ در حالی که فرض بر این است که در موضوع بحث دسترسی به قاتل برای قصاص برای اولیای دم وجود داشته است. ثالثاً مختار قانون‌گذار در مواد ۳۸۳ و ۳۸۴ ق.م.ا قرینه بر این است که موارد قصاص و اعدام خارج از موضوع مرگ در ماده ۴۳۵ ق.م.ا است. مواد ۳۸۴ و ۳۸۳ ق.م.ا که مطابق رأی مشهور فقها است، صراحت بر این دارد که اگر شخصی مرتکب قتل دو نفر شود و اولیای یکی از دو نفر، قاتل را بدون اطلاع و اذن سایر اولیای دم قصاص کنند، برای قتل شخص دیگر دیه‌ای از اموال مقتول اخذ نمی‌شود. این ماده قرینه بر این است که ماده ۴۳۵ منصرف از مرگی است که به‌عنوان مجازات بر قاتل اعمال شده است. رابعاً اصل بر برائت است و در موارد شک مرجع اصل برائت است. خامساً تفسیر به نفع متهم اقتضا دارد که با اعدام قاتل عمد دیه‌ای از اموال قاتل اخذ نشود. سادساً پرداخت دیه از بیت‌المال نیز خلاف اصل است و اخذ دیه از بیت‌المال در فرض امتناع اولیای دم از قصاص نفس مستندی ندارد.

در مجموع با قاطعیت نمی‌شود یکی از دو احتمال را ترجیح داد و قانون مبهم است و به‌استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۱</sup> باید به فتوا یا منابع معتبر رجوع کرد. هرچند رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای جرم‌انگاری محل اختلاف است، ولی در موضوع سؤال منعی به ذهن نمی‌رسد.

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.



فقه

## ۲. گفتار دوم: بررسی فقهی

این موضوع در متون فقهی مورد بحث قرار نگرفته و در استفتائاتی که اخیراً به عمل آمده است، چند دیدگاه در مسئله وجود دارد.

سؤال:

اگر شخصی به خاطر «ساب النبی» به حد اعدام و به جهت قتل عمد به قصاص نفس محکوم شود و دادگاه نیز از اولیای دم برای اجرای حق قصاص دعوت نماید ولی آنها هیچ گونه اقدامی برای اجرا، گذشت یا مطالبه دیه انجام ندهند و در نتیجه دادگاه مرتکب را به جهت حد اعدام نماید، بفرمایید:

آیا اولیای دم مستحق دیه از اموال مرتکب قتل عمد یا بیت المال هستند؟

پاسخ:

آیت الله مکارم شیرازی:

باید دیه از اموال مقتول پرداخت شود. همیشه موفق باشید (۲۲ خرداد ۱۳۹۹).

آیت الله جعفر سبحانی:

تبدیل قصاص به دیه مشروط به رضایت قاتل است. در اینجا رضایت قاتل ممکن نیست و لذا دیه به مال قاتل تعلق نمی گیرد، ولی چون با عمل قاضی حق قصاص از بین رفته، فقط قاضی خاطی تعزیر می شود.

روایت «اخطأت القضاة ففی بیت المال» در جایی است که مستحق قتل نباشد و در

این مورد مستحق قتل بوده به خاطر سب النبی، والله العالم (۲۴ خرداد ۱۳۹۹).

آیت الله لطف الله صافی گلپایگانی:

در مثل فرض سؤال حکم به دیه از بیت المال نمی شود، والله العالم (۲۲ ذی القعدة

۱۴۴۱ق).

آیت الله علوی گرگانی:

دیه از اموال قاتل به اولیای دم تعلق می گیرد (مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضاییه،

بی تا)، سؤال ۸۹۳۰.



فقه

ابتدا لازم است تأسیس اصل شود تا در صورت شک به اصل رجوع شود. دو اصل در اینجا قابل طرح است:

اصل اول: اصل بر براءت است و مسئولیت مالی قاتل عمد یا عاقله یا بیت المال درباره دیه نیازمند دلیل است. مرحوم شیخ طوسی در خصوص این فرع که اگر یک نفر چند نفر را بکشد، آیا علاوه بر قصاص باید به اولیای بقیه مقتولان که موفق به قصاص قاتل نشده‌اند دیه پردازد یا نه، برای عدم استحقاق دیه به اصل براءت ذمه استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۸۳). در این بحث نیز این اصل جریان دارد.

اصل دوم: حکم اولیه در قتل عمد در فقه امامیه قصاص نفس است و تبدیل قصاص به دیه نیاز به دلیل خاص دارد. علامه حلی در این باره می‌نویسد: «والواجب فی قتل العمد القصاص لا الدیة؛ واجب در قتل عمد قصاص است نه دیه» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۲۳؛ ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۷۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۱۷).

شهید اول می‌نویسد: «الْوَجِبُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ الْقَصَاصُ لَا أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الدِّيَةِ وَالْقَصَاصِ؛ آن چیزی که در قتل عمد واجب است قصاص نفس است نه آنکه اولیای دم مخیر به انجام قصاص یا اخذ دیه باشند» (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۷۲).

مرحوم امام خمینی می‌نویسد: «قتل العمد یوجب القصاص عیناً ولا یوجب الدیة لا عیناً ولا تخییراً؛ قتل عمد به صورت تعیینی موجب قصاص می‌شود و تعییناً یا تخییراً موجب دیه نیست» (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۳).

برخی از عبارات ظهور در تعیین قصاص داشته و تنها رضایت و مصالحه طرفین برای تبدیل قصاص به دیه استثنا شده است. مثلاً محقق حلی می‌نویسد: «قتل العمد یوجب القصاص لا الدیة فلو عفا الولی علی مال لم یسقط القود ولم تثبت الدیة إلا مع رضاء الجانی؛ قتل عمد موجب قصاص است، نه دیه؛ پس اگر ولی دم قاتل را در مقابل گرفتن مال عفو کند قصاص ساقط است، و دیه ثابت نمی‌شود مگر آنکه قاتل نیز به آن رضایت دهد» (حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۱۳).

تعیینی بودن قصاص در قتل عمد به مشهور و اکثر فقها نسبت داده شده است و گفته شده که جز ابن جنید اسکافی مخالفی در میان فقهای امامیه وجود ندارد (ر.ک: فاضل مقداد،



فقه



۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۴۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۲۴). برخی از فقها نیز بر این مطلب ادعای اجماع کرده‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۲۸۰).

برای این دیدگاه، به کتاب، روایات و اجماع استناد شده است. از کتاب به آیاتی نظیر آیه ۴ سوره مائده: «النَّفْسُ بِالنَّفْسِ؛ نفس در مقابل نفس است»، آیه ۱۹۴ سوره بقره: «مَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ؛ هر کس بر شما تعدی کرد به مثل آنچه که او بر شما تعدی کرد مقابله کنید»، و آیه ۴۰ سوره شوری: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا؛ مجازات بدی، بدی مثل آن است» استناد شده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۲۸۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۱۲). آیات فوق ظهور بر این دارد که مجازات قتل عمد قصاص نفس است و لذا تبدیل قصاص به دیه نیاز به دلیل دارد.

همچنین به روایات متعددی استناد شده و ابن‌ادریس در مورد این روایات ادعای تواتر کرده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۲۹)؛ مانند روایت صحیح‌السند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۲۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۹۶) عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام که آمده است: «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا قِيدَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ فَإِنْ رَضُوا بِالذِّيَةِ وَأَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالذِّيَةُ؛ امام صادق علیه السلام می‌فرمود: هر کس عمداً مؤمنی را به قتل برساند قصاص می‌شود، مگر آنکه اولیای دم دیه را قبول کنند و اگر راضی به دیه شدند و قاتل هم پذیرفت تبدیل به دیه می‌شود» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۵۹). روایت ظهور قوی بر این دارد که حکم قتل عمد منحصرأ قصاص نفس است و تبدیل قصاص نفس به دیه تنها منحصر به رضایت طرفین است. به جهت رعایت اختصار از ذکر سایر روایات اجتناب می‌شود.

سومین دلیل برای این دیدگاه اجماع است و بزرگانی چون شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۶۵)؛ ابن‌ادریس (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۳۰)؛ ابن‌زهرة (ابن‌زهرة، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵)؛ طباطبائی (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۹۶)؛ نجفی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷۸) و سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۲۸۰) ادعای اجماع کرده‌اند؛ هر چند این اجماع مدرکی است و دلیل مستقلاً محسوب نمی‌شود، ولی به راحتی نمی‌شود از کنارش گذشت.

با توجه به اینکه اصل بر برائت ذمه است و حکم اصلی و اولی در قتل عمد تعیین قصاص است، باید بررسی شود که آیا با مرگ قاتل قصاص تبدیل به دیه می شود یا خیر، و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا با مطلق مرگ حتی در فرض مورد بحث نیز قصاص تبدیل به دیه می شود یا خیر.

در خصوص تبدیل قصاص به دیه در فرض مرگ قاتل سه دیدگاه فقهی وجود دارد:

## ۲-۱. دیدگاه اول: سقوط قصاص و دیه مطلقاً

بر اساس این دیدگاه، با مرگ قاتل عمد، قصاص و دیه مطلقاً منتفی است؛ چه به مرگ طبیعی از دنیا رفته باشد، چه خودکشی کرده باشد و چه مرگ متعاقب فرار باشد یا بدون فرار. برخی از فقها همانند شیخ طوسی در مبسوط و ابن ادریس حلی این دیدگاه را پذیرفته اند. شیخ طوسی در مبسوط می فرماید:

هرگاه مردی عمداً مردی را بکشد و قصاص بر قاتل واجب شود و قاتل قبل از استیفای قصاص بمیرد، به نظر عده ای قصاص ساقط و تبدیل به دیه می شود و به نظر عده ای دیگر قصاص ساقط می شود، بدون آنکه تبدیل به مال شود و دیدگاه اخیر مقتضای مذهب امامیه است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۶۵).

قابل ذکر است نظر شیخ طوسی در کتاب خلاف متفاوت است و در خلاف معتقدند قصاص با فوت قاتل عمد تبدیل به دیه می شود. (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، صص ۱۸۴-۱۸۵).

ابن ادریس بعد از نقل کلام شیخ طوسی در نهاییه مبنی بر تبدیل قصاص به دیه در فرض فرار و مرگ قاتل عمد، در نقد آن می نویسد:

این نظر واضح نیست؛ چون بر خلاف اجماع و ظاهر قرآن و روایات متواتر و اصول مذهب امامیه است؛ چراکه مجازات قتل عمد - همان گونه که به کرات گفته ایم و اختلافی در آن نیست - قصاص است نه دیه. پس هرگاه محل قصاص فوت شود، قصاص بدون تبدیل به دیه ساقط می شود و انتقال قصاص به مال میت یا مال اولیای میت حکم شرعی است که محتاج دلیل است و چنین دلیلی یافت نمی شود و روایات آحاد و شاذی که شیخ طوسی در نهاییه ذکر کرد، از





باب نقل بود نه از باب اعتقاد شیخ به این روایات، و لذا در کتاب خلاف از این

دیدگاه برگشت (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۳۲۹-۳۳۰).

محقق اردبیلی نیز با ردّ ادله تبدیل قصاص به دیه معتقد است قصاص با مرگ قاتل

عمد منتفی است و تبدیل به دیه نمی‌شود (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۴۱۲).

## ۲-۲. دیدگاه دوم: سقوط قصاص و تبدیل به دیه در صورت فرار قاتل

بر اساس این دیدگاه، قصاص و دیه با مرگ قاتل عمده منتفی است؛ چه قاتل به مرگ

طبیعی از دنیا رفته باشد، چه خودکشی کرده باشد، مگر در صورتی که قاتل عمده فرار

کرده باشد و قبل از استیفای قصاص فوت کند که در این صورت تبدیل به دیه می‌شود.

این دیدگاه نظر شیخ طوسی در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۸۵) و نهاییه (طوسی، ۱۴۰۰ق،

ص ۷۳۶) و دیدگاه اکثر فقهای امامیه است (ر.ک: حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، صص ۲۹۷-۲۹۸؛ طباطبائی،

۱۴۰۴ق، ج ۱۶، ص ۳۰۹؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۳۴۸)، و ابن زهره بر این قول ادعای اجماع

کرده است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵).

صاحب جواهر با پذیرش این دیدگاه تصریح می‌کند که روایات مورد استناد هیچ

دلالتی در مطلق هلاکت ندارد و این حکم منحصر به فرار قاتل عمده است (نجفی، ۱۳۶۶،

ج ۴۲، ص ۳۳۳). وی سپس اگر الحاق دیگر حالات غیر فرار را به فرار ممکن می‌شمارد،

ولی آن را مخالف اصل می‌داند و معتقد است باید به قدر متیقن اکتفاء کرد (نجفی، ۱۳۶۶،

ج ۴۲، ص ۳۳۳).

مرحوم امام خمینی نیز می‌نویسد:

اگر قاتل عمده بمیرد، قصاص - و بلکه دیه - ساقط می‌شود. بلکه، اگر قاتل عمده

فرار کند و قدرت بر او پیدا نکنند تا بمیرد، در روایتی که مورد عمل فقها قرار

گرفته، آمده است اگر قاتل اموالی داشته باشد دیه از اموال او گرفته می‌شود،

و گرنه از نزدیکانش به اولویت الاقرب فالاقرب گرفته می‌شود. عمل به این

روایت اشکالی ندارد، ولی باید به مورد آن اکتفا شود (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲،

ص ۵۳۹).



مستند این دیدگاه، روایات معتبر، از جمله روایت معتبر اَبی بصیر، است:

قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا مُتَعَمِّدًا ثُمَّ هَرَبَ الْقَاتِلُ فَلَمْ يَفْقِدْ عَلَيْهِ، قَالَ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُخِذَتِ الدِّيَةُ مِنْ مَالِهِ وَإِلَّا فَمِنَ الْأَقْرَبِ فَأَلْقَرِبِ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ؛ اَبی بصیر می گوید: از امام صادق عليه السلام درباره حکم مردی پرسیدم که عمداً مردی را کشت و سپس فرار کرد و به او دست نیافتند. حضرت فرمود: اگر مالی دارد از اموالش گرفته می شود و اگر اموالی نداشت از نزدیکانش به اولویت الاقرب فالاقرب برداشته می شود، و به درستی که خون مسلمان پایمال نمی شود (کلینی، ۱۳۶۳ش، ج ۷، ص ۳۶۵؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۲۶۱).  
در برخی از نسخ، بعد از «الْأَقْرَبِ فَأَلْقَرِبِ» آمده است: «... فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَرَابَةٌ أَدَّاهُ الْإِمَامُ...» اگر قاتل خویشاوندی نداشت، دیه را امام می دهد... (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۴، ص ۵۲۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۹، ص ۳۹۵).

در روایت اَبی نصر از امام باقر عليه السلام نیز آمده است:

أَبِي نَصْرِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام فِي رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ فَرَّ فَلَمْ يَفْقِدْ عَلَيْهِ حَتَّى مَاتَ، قَالَ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُخِذَ مِنْهُ وَإِلَّا أُخِذَ مِنَ الْأَقْرَبِ فَأَلْقَرِبِ؛ امام باقر عليه السلام درباره مردی که مرد دیگری را عمداً کشت و سپس فرار کرد و بر او تسلط پیدا نکردند تا از دنیا رفت، فرمود: اگر مالی دارد دیه از اموال او گرفته می شود و گرنه از نزدیکانش به اولویت الاقرب فالاقرب گرفته می شود (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۱۰، ص ۱۷۰).

هر گاه افرادی اقدام به فراری دادن قاتل عمد کرده باشند و دسترسی به قاتل ممکن نباشد و قاتل بمیرد، به تصریح برخی از فقها (سیزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۳۱۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۱۵) و به استناد برخی از روایات صحیح السند (ر.ک: مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۳۲۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۳۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۷۲)، کسانی که قاتل را فراری داده اند عهده دار پرداخت دیه هستند.

به نظر می رسد که فرار قاتل موضوعیت ندارد و هر گاه با اقدام عمدی جانی مانند خودکشی یا اقدام عمدی یا غیر عمدی غیر جانی، مانند کشتن عمدی یا غیر عمدی قاتل،



فقه



انجام قصاص متعذر شود، قصاص تبدیل به دیه می‌شود، ولی اگر تقصیری متوجه جانی نباشد، مانند آنکه قاتل خودش را در معرض قصاص قرار دهد ولی موضوع قصاص به علت مرگ طبیعی او متعذر شود، قصاص تبدیل به دیه نمی‌شود (ر.ک: مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۲).

برخی از فقها تصریح کرده‌اند که اگر جانی خودش را برای قصاص در اختیار اولیای دم قرار داد، اولیای دم حقی جز قصاص ندارند. محقق حلی می‌نویسد: «ولو بذل الجانی القود لم یکن للولی غیره؛ اگر جانی امکان قصاص را برای اولیای دم فراهم کرد، اولیای دم حقی غیر از قصاص ندارند» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۱۳؛ ر.ک: حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۸۲).

## ۲-۳. دیدگاه سوم: سقوط قصاص و تبدیل به دیه مطلقاً

به نظر برخی از فقها در موارد جنایات عمدی که موجب قصاص است، با مرگ جانی قبل از قصاص، قصاص تبدیل به دیه می‌شود، چه مرگ مسبوق به فرار قاتل باشد، چه قاتل خود را در اختیار اولیای دم برای قصاص قرار داده باشد، چه به مرگ طبیعی از دنیا رفته باشد، و چه با خودکشی یا کشته شدن از دنیا رفته باشد.

علامه حلی می‌فرماید: «اگر قاتل قبل از قصاص بمیرد، دیه از ترکه او گرفته می‌شود» (حلی، ۱۳۶۸، ص ۱۹۸). صاحب معالم الدین فی فقه آل یاسین نیز می‌نویسد: «هرگاه قاتل عمد بمیرد یا فرار کند و تسلط بر او پیدا نکنند تا بمیرد، دیه در مال او واجب می‌شود و اگر مال ندارد، از نزدیکان او که از وی ارث می‌برند به ترتیب الاقرب فالاقرب گرفته می‌شود» (حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۵۲).

شهید اول نیز می‌نویسد: «اگر قاتل عمد قبل از قصاص بمیرد، آنچه روایت شده این است که دیه از مالش گرفته می‌شود و اگر مال ندارد از نزدیکانش به اولویت الاقرب فالاقرب گرفته می‌شود» (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۷۴). همان‌گونه که مشاهده می‌شود، کلام شهید مطلق است و شامل فرض فرار و غیرفرار می‌شود. محقق خوئی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و می‌نویسد:

اگر انجام قصاص به دلیل فرار قاتل یا مرگ قاتل متعذر شود، یا به دلایل خارجی امکان قصاص وجود نداشته باشد، قصاص تبدیل به دیه می‌شود و اگر قاتل دارای اموال باشد، دیه از اموال قاتل گرفته می‌شود، و گرنه از نزدیکانش به اولویت الاقرب فالاقرب گرفته می‌شود و اگر ممکن نباشد، امام از بیت‌المال دیه را پرداخت می‌کند (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۵۴).

مستند این دیدگاه همان ادله دیدگاه دوم است، منتهی با این تفاوت که معتقدند فرار خصوصیتی ندارد و علاوه بر روایات مربوط به فرار قاتل عمد، به روایات دال بر باطل نشدن خون مسلمان استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۸۵).

محقق خوئی در مستند این دیدگاه به معتبره ابی‌بصیر و صحیحه ابن‌ابی‌نصر بزنطی استناد کرده و می‌فرماید که مقتضای تعلیل در معتبره ابی‌بصیر این است که هرگاه انجام قصاص متعذر شود، تبدیل قصاص به دیه اتفاق می‌افتد و اختصاص به مورد فرار ندارد، بلکه ملاک عدم قدرت بر قصاص است (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، صص ۱۵۴-۱۵۵).

### ۳. بررسی ادله و تطبیق آن بر موضوع بحث

بر اساس دیدگاه اول و دوم، روشن است که در موضوع بحث، قصاص با اعدام قاتل ساقط می‌شود و تبدیل به دیه نمی‌شود. شمول دیدگاه سوم بر موضوع نیز صریح و حتی ظاهر نیست، چون مقدمات حکمت جاری نبوده و معلوم نیست که قائلان این دیدگاه از این حیث در مقام بیان باشند و ادله دیدگاه سوم نیز شامل فرض بحث نمی‌شود.

سه دلیل برای فرع دوم بیان شده است؛ دلیل اول دیدگاه سوم، روایت ابی‌بصیر است و دلیل دوم روایت ابی‌نصر بزنطی است که هر دو در فرض فرار قاتل عمد، و خارج از موضوع بحث است و هیچ اطلاقی ندارد تا درباره شمول یا عدم شمول آن در فرض بحث مورد بررسی قرار گیرد. بر فرض پذیرش استدلال محقق خوئی و الغای خصوصیت از فرار نیز نمی‌توان دیدگاه سوم را در فرض موضوع جاری دانست؛ چون همان‌گونه که محقق خوئی بیان کرده‌اند، ملاک تبدیل قصاص به دیه، عدم قدرت اولیای دم بر قصاص است، در حالی که در فرض موضوع، اولیای دم قدرت و امکان استیفای قصاص





را داشته‌اند و لذا دیدگاه مرحوم آیت‌الله خوئی نیز مثبت تبدیل قصاص به دیه نیست. دلیل سوم، باطل نشدن خون مسلمان است که شمول آن در فرض بحث روشن نیست، چون با فرض امتناع اولیای دم از استیفای قصاص، هدررفتن خون مسلمان موضوعاً صدق نمی‌کند؛ همان‌گونه که بر عفو مجانی قاتل عمد توسط اولیای دم، هدردادن خون مسلمان صدق نمی‌کند.

بنابراین موضوع قصاص در فرض بحث، با اعدام قاتل عمد منتفی است و دلیلی بر تبدیل قصاص به دیه وجود ندارد و بر فرض شک نیز اصل بر براءت است. همچنین دیدگاه مشهور فقها مبنی بر عدم تبدیل قصاص به دیه در صورتی که شخصی مرتکب قتل دو نفر شود و اولیای یکی از دو نفر بدون اطلاع و اذن سایر اولیای دم قاتل را قصاص کنند، مؤید این استنتاج است.

صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد:

«در صورتی که یک نفر چند نفر را پشت سرهم عمداً بکشد، اگر اولیای دم اول قصاص را بدون اذن دیگران استیفا کردند، حق بقیه در قصاص بدون آنکه تبدیل به دیه بشود ساقط می‌شود؛ همان‌گونه که شیخین (شیخ مفید و شیخ طوسی)، ابن حمزه، ابن براج، ابن سعید حلّی، ابن ادریس و شهید اول پذیرفته‌اند و شیخ طوسی در مبسوط و خلاف بر آن ادعای اجماع کرده است؛ چون آنچه که بر قاتل نزد ما ثابت است قصاص بود که محل آن فوت شده است و دیه واجب نمی‌شود مگر با مصالحه طرفین که بر خلاف فرض است و ثبوت دیه در آنجایی ثابت است که قاتل فرار کند و بمیرد و یا کسی قاتل عمد را فراری دهد که مستند به دلیل خاص است، و این مورد را نمی‌توان به آن قیاس کرد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۳۱۷).

مرحوم فاضل لنکرانی این دیدگاه را به مشهور نسبت داده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۳۵).

ادله مرحوم صاحب جواهر در بحث مزبور، در اعدام قاتل عمد نیز جاری است؛ بنابراین هیچ دلیل معتبری برای تبدیل قصاص نفس به دیه، در فرض اعدام قاتل عمد و همزمان فرض عدم مطالبه قصاص از سوی اولیای دم وجود ندارد.

## نتیجه گیری

هرگاه قاتل عمدی که محکوم به قصاص نفس شده است، از بابت ارتکاب جرم حدی مانند محاربه یا سب‌النبی نیز محکوم به اعدام شده باشد، استیفای قصاص مقدم بر اجرای حد است و اولیای دم می‌توانند استیفای قصاص را مطالبه کنند. هرگاه اولیای دم از استیفای فوری قصاص امتناع کنند، قاتل عمد به‌عنوان حد اعدام می‌شود، ولی قانون در خصوص تبدیل قصاص نفس به دیه مبهم است و در کتب فقهی نیز به این فرع پرداخته نشده است. از مجموع اقوال و ادله استفاده می‌شود که موضوع قصاص در فرض بحث، با اعدام قاتل عمد منتفی است و تبدیل قصاص به دیه فاقد مستند معتبر قانونی است و ماده ۴۳۵ ق.م.ا. منصرف از ماده ۱۳۳ ق.م.ا. است. ماده ۴۳۵ ق.م.ا. از دیدگاه مرحوم آیت‌الله خوئی اخذ شده و ظهور عبارات مرحوم آیت‌الله خوئی نیز عدم تبدیل قصاص به دیه در فرض بحث است؛ چراکه ایشان ملاک تبدیل قصاص به دیه را عدم قدرت بر استیفای قصاص می‌دانند و در فرض بحث، امکان استیفای قصاص از طرف اولیای دم وجود داشته و خود اولیای دم از استیفای قصاص امتناع کرده‌اند و تعذر قصاص منتسب به آنان است. با توجه به ابهام قانون، لازم است قانون‌گذار نفیاً یا اثباتاً حکم قضیه را روشن کند، تا موجب اختلاف آراء و اعمال سلايق در محاکم نشود.



فقه

## فهرست منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر. قم: نشر اسلامی.
۲. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع إلى علمی الأصول والفروع (محقق: ابراهیم بهادری). قم: مؤسسة الإمام الصادق علیه السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: نشر اسلامی.
۴. امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسيله (چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۵. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۷. حلی، جعفر بن الحسن. (۱۴۰۹ق). شرائع الإسلام. تهران: انتشارات استقلال.
۸. حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. حلی، حسن بن یوسف بن المطهر الاسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان. قم: نشر اسلامی.
۱۰. حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۶۸). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین (محققان: سید احمد حسینی و هادی یوسفی). تهران: انتشارات فقیه.
۱۱. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۸ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعه. قم: نشر اسلامی.
۱۳. حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن. (۱۴۲۴ق). معالم الدین فی فقه آل یاسین. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول، ۲ جلد). قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۱۵. روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دارالکتاب.
۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال والحرام (محقق: مؤسسة المنار). قم: دفتر آیت الله سبزواری.



فقه

١٧. شهيد اول، محمد بن مكي عاملی. (١٤١٠ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية (چاپ اول). بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية.
١٨. شهيد ثانی، زين الدين بن علي عاملی. (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
١٩. صدوق، محمد بن علي. (١٤٠٤ق). من لا يحضره الفقيه (محقق: علي أكبر غفاری). قم: نشر اسلامی.
٢٠. طباطبائی، سيد علي. (١٤٠٤ق). رياض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٢١. طوسی، محمد بن حسن. (١٣٦٤). تهذيب الاحكام (محقق: سيد حسن موسوی خراسان). تهران: دارالکتب الاسلاميه.
٢٢. طوسی، محمد بن حسن. (١٣٩٠ق). الاستبصار. تهران: دارالکتب الاسلاميه.
٢٣. طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٠ق). النهاية في مجرد الفقه والفتاوى (چاپ دوم). بيروت: دار الكتاب العربي.
٢٤. طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). الخلاف (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٢٥. فاضل لنکرانی، محمد. (١٤٢١ق). تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
٢٦. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سيوری. (١٤٠٤ق). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی عليه السلام.
٢٧. كليني، ابو جعفر محمد بن يعقوب. (١٤٢٩ق). الكافي (چاپ اول). قم: دار الحديث للطباعة والنشر.
٢٨. كليني، محمد بن يعقوب. (١٣٦٣). الكافي (محقق: علي أكبر غفاری). تهران: دارالکتب الاسلاميه.
٢٩. مجلسی اول، محمد تقی. (١٤٠٦ق). روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (محققان: موسوی کرمانی، اشتهاردی، طباطبائی). قم: مؤسسه فرهنگ اسلامی کوشانیور.
٣٠. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمد تقی. (١٤٠٦ق). ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار (چاپ اول). قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی عليه السلام.



۳۱. مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (چاپ دوم).  
تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۳۲. مدنی کاشانی، آقا رضا. (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء والخواص (چاپ دوم). قم:  
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۳. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۱۵ق). القصاص علی ضوء القرآن والسنة (چاپ اول).  
قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۴. مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضاییه. (بی‌تا). نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی. قم:  
بی‌نا.
۳۵. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۶). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (محقق: قوچانی). تهران:  
دارالکتب الاسلامیه.
۳۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء  
التراث العربی.



فقه



## References

1. Ardabili, A. (1416 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Borhan*. Qom: Islamic Publishing. [In Arabic]
2. Bahrani Al-Asfur, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
3. Fadhil Miqdad, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le al-Mukhtasar al-Shara'e*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
4. Fazel Lankarani, M. (1421 AH). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah al-Qisas*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Arabic]
5. First Majlesi, M. T. (1406 AH). *Rowzah al-Mutaqin fi Sharh man la Yahzar al-Faqih*. (Mousavi Kermani, Eshtehardi, Tabatabai). Qom: Kooshanpour Islamic Culture Institute. [In Arabic]
6. Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhan*. Qom: Islamic Publishing. [In Arabic]
7. Heli, H. (1418 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Shariah*. Qom: Islamic Publishing. [In Arabic]
8. Heli, H. (1989 AP). *Tabsirah al-Mute'alin fi Ahkam al-Din*. (S. A. Hosseini, & H. Yousefi, Ed.). Tehran: Faqih Publications. [In Persian]
9. Heli, J. (1409 AH). *Sharia of Islam*. Tehran: Esteghlal Publications. [In Arabic]
10. Heli, S. (1424 AH). *Ma'alim al-Din fi Fiqh Al-Yasin*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
11. Helli, H. (1413 AH). *Qawa'ed al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
12. Helli, J. (1408 AH). *Sharia of Islam*, Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
13. Hor Ameli, M. (1414 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
14. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sara'ir*. Qom: Islamic Publishing. [In Arabic]
15. Ibn Zahra Halabi, H. (1417 AH). *Qaniyah al-Nozou' ila Ilmi al-Usul va al-Forou*. (I. Bahadori, Ed.). Qom: Imam Al-Sadiq Institute. [In Arabic]
16. Imam Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Ilm Press Institute.



فقه

17. Jurisprudential and Legal Research Center of the Iranian Judiciary. (n.d.). *Judicial questions software*. Qom.
18. Khoei, S. A. M. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj*. (1<sup>st</sup> ed., 2 vols.). Qom: The Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
19. Koleyni, A. (1429 AH). *Al-Kafi*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Hadith le Tabā'at va al-Nashr. [In Arabic]
20. Koleyni, M. (1363 AP). *Al-Kafi*. (A. A. Ghaffari, Ed.). Tehran: Islamic Library. [In Persian]
21. Madani Kashani, A. (1410 AH). *Kitab al-Qisas le al-Foqaha va al-Khawas*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
22. Majlesi II, M. B. (1406 AH). *Malaz al-Akhyar fi Fahm Tahzib al-Akhbar*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
23. Majlesi II, M. B. (1404 AH). *Mir'at al-Uqul fi Sharh Akhbar Ale al-Rasul*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
24. Marashi Najafi, S. Sh. (1415 AH). *Al-Qisas ala al-Zaw'e al-Qur'an va al-Sunnah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
25. Najafi, M. H. (1366 AP). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (Quchani, Ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
26. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
27. Rouhani, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
28. Sabzevari, S. A. A. (1413 AH). *Muhazab al-Ahkam fi Bayan al-halal va al-Haram* (Al-Manar Institute, Ed.). Qom: Ayatollah Sabzevari's office. [In Arabic]
29. Saduq, M. (1404 AH). *Man la Yahzaro al-Faqih*. (A. A. Ghaffari, Ed.). Qom: Islamic Publishing. [In Arabic]
30. Shahid Awal, M. (1410 AH). *Al-Lom'at al-Dameshqiyah fi Fiqh al-Imamiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Torath - Al-Dar Al-Islamiya. [In Arabic]
31. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Muasisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]



فقه

32. Tabatabaei, S. A. (1404 AH). *Riyadh al-Masa'il*. Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
33. Tusi, M. (1364 AP). *Tahdhib al-Ahkam*. (S. H. Mousavi Khorsan, Ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
34. Tusi, M. (1390 AH). *Al-Istibsar*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
35. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nahayh fi Mujarad al-Fiqh al-Fatawa*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
36. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khalaf*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom. [In Arabic]



فقه



## A Critique of the Generality of Civil Law 448 in Stipulation of Throwing Down the Waiver of Claimed Option of Inspection

Mohammad Reza Kaykha<sup>1</sup>

Hamid Mo'azeni Bistegani<sup>2</sup>

Received: 10/01/2021

Accepted: 15/06/2021

### Abstract

According to Article 448 of the Civil Code, throwing down all or some of the options can be stipulated in the contract. At present, in most purchase and sale contracts, there is a stipulation for throwing down enough options, which has a legal validity according to the mentioned law. This is while the issue of the invalidation of the mentioned stipulation in the option of inspection among the Imamiyah jurists and legal experts has been raised for a long time. Sheikh Ansari, by proving the essential difference between the mentioned stipulation of the option of inspection and other options, has proved that the mentioned stipulation - where the identity of the sold item is the product of the description of the seller - requires a conflict in the obligations of the sale, and therefore based on this stipulation the contract can be invalidated. Therefore, considering the essential difference between the option of inspection and other options, the question arises that how can the generality of Article 448 of the Civil Code be justified? Based on the findings of this paper, which was written in a descriptive-analytical method, his argument can be confirmed, and therefore, the mentioned stipulation can be invalidated. However, it does not seem to invalidate the contract. Therefore, it is suggested that the legislator, by adding an amendment to the above article, exclude the option of inspection.

### Keywords

Article 448 of the Penal Code, the option of inspection, the stipulation of throwing down, the invalidation of the stipulation, the adequate reasons for throwing down the options.

---

1. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Sistan and Baluchestan University, Iran. (Corresponding Author)

kaykha@hamoon.usb.ac.ir

2. PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Sistan and Baluchestan University, Iran. moazzeni62@gmail.com

---

\* Kaykha, M. R., & Mo'azeni Bistegani, H. (1400 AP). A Critique of the Generality of Civil Law 448 in Stipulation of Throwing Down the Waiver of Claimed Option of Inspection. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 85-108. Doi: 10.22081/jf.2021.58912.2135.

## نقد اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی در اشتراط اسقاط خيار رؤیت

محمدرضا کیخا<sup>۱</sup>      حمید مؤذنی بیستگانی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۱      تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

### چکیده

مطابق ماده ۴۴۸ قانون مدنی، سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. در حال حاضر نیز در اغلب مباحثه‌نامه‌ها اشتراط اسقاط کافه خيارات صورت می‌پذیرد که این اشتراط حسب قانون مذکور، وجاهت قانونی دارد. این در حالی است که بحث از فاسد و یا مفسد بودن شرط مذکور در خيار رؤیت میان فقهای امامیه و حقوق دانان از دیرباز مطرح بوده است. شیخ انصاری با اثبات تفاوت ماهوی میان اشتراط مذکور در باب خيار رؤیت با دیگر ابواب، به اثبات این پرداخته که اشتراط مذکور -در جایی که معلومیت مبیع محصول توصیف بایع باشد- مستلزم تعارض در التزامات بیع است، و در نتیجه آن را در همین فرض فاسد و مفسد عقد می‌داند. بنابراین با توجه به تفاوت ماهوی خيار رؤیت با خيارات دیگر این سوال مطرح می‌گردد که اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی چگونه قابل توجیه است؟ بر پایه یافته‌های این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی به نگارش در آمده، اصل استدلال ایشان مورد تأیید است، در نتیجه اشتراط مذکور فاسد است؛ گرچه به نظر نمی‌رسد که موجب فساد عقد شود. لذا پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار با افزودن تبصره‌ای به ماده فوق، خيار رؤیت را استثنا نماید.

### کلیدواژه‌ها

ماده ۴۴۸ ق.م.ا، خيار رؤیت، اشتراط اسقاط، فساد شرط، اسقاط کافه خيارات.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران (نویسنده مسئول).  
kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۲. دکترای رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران.  
moazzeni62@gmail.com

\* کیخا، محمدرضا؛ مؤذنی بیستگانی، حمید. (۱۴۰۰). نقد اطلاق ماده ۴۴۸ قانون مدنی در اشتراط اسقاط خيار رؤیت. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۸۵-۱۰۸. Doi:10.22081/jf.2021.59879.2215



## مقدمه

یکی از خيارات شرعی، خيار تخلف رؤیت است و یکی از مصادیق خيار مذکور آن است که «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، می تواند بیع را فسخ کند و یا به همان نحو که است قبول نماید» (قانون مدنی، ۴۱۰). با توجه به اینکه بسیاری از دادوستدهایی که امروزه به صورت الکترونیکی و یا توسط بازاریابها از طریق کاتالوگ کالا صورت می پذیرد مشمول این ماده می گردد، و از طرف دیگر یکی از مباحث مطرح نزد فقها و حقوق دانان، بحث مسقطات خيار است، برخی فقها معتقدند خيار رؤیت را نیز مانند دیگر خيارات می توان در متن عقد اسقاط نمود. ماده ۴۴۸ قانون مدنی نیز تصریح دارد به اینکه «سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.» این در حالی است که برخی دیگر از فقها چنین شرطی را در خصوص خيار رؤیت فاسد می دانند و معتقدند التزام به آن لازم نیست، و برخی دیگر از فقها نه تنها آن را فاسد بلکه مفسید و مبطل عقد می دانند. اما گروهی دیگر قائل به تفصیل در صور مختلف خيار رؤیت شده اند. لذا با توجه به اینکه این مسئله یکی از مسائل کاربردی و مبتلابه در جامعه است، تا آنجا که اسقاط کافه خيارات تقریباً در متن تمامی مبایعه نامه ها به یکی از شروط رایج و متداول در ضمن عقد تبدیل شده است، و از طرف دیگر معمول تحقیقاتی که در این زمینه شده است فرقی بین خيار رؤیت با دیگر خيارات نگذاشته اند و با استناد به همان ادله ای که بر امکان اشتراط اسقاط دیگر خيارات اقامه شده است، حکم به امکان اسقاط خيار رؤیت نیز شده است. حال با توجه به اختلاف فقها باید دید که آیا خيار رؤیت به لحاظ ماهوی تفاوتی با دیگر خيارات دارد؟ در نتیجه همان ادله ای که دلالت بر امکان اسقاط دیگر خيارات دارد، امکان دلالت بر اسقاط خيار رؤیت هم می تواند داشته باشد؟ و چه انتقاداتی به ماده ۴۴۸ قانون مدنی وارد است؟



فقه

## ۱. مفهوم‌شناسی واژگان

### ۱-۱. خیار رؤیت

خیار اسم مصدر اختیار و به معنای اراده کردن بهترین از بین دو چیز است (ابن‌اثیر جزری، بی‌تا، ص ۹۱) و درباره چیزی به کار می‌رود که انسان آن را برای خود خیر می‌داند؛ گرچه واقعاً خیر نباشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۰۱). در اصطلاح به معنای مالک بودن بر فسخ عقد است. تعریف مذکور مقبول اکثر متأخران است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱). خیار رؤیت در جایی است که متاعی به تصور اینکه واجد برخی صفات است معامله شود و بعداً مشخص شود که فاقد صفات مذکور بوده است. معلوم بودن مبیع گاهی محصول توصیف بایع یا شخص ثالث است و گاهی معلول این است که مشتری قبلاً متاع را مشاهده کرده و به گمان اینکه متاع مذکور، هم‌چنان بر همان صفات باقی است، برای خریداری آن اقدام می‌کند. ماده ۴۱۰ و ۴۱۳ قانون مدنی به همین دو مصداق اشاره دارد. ماده ۴۱۰ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به‌وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند و یا به همان نحو که است قبول نماید» (قانون مدنی، ۴۱۰).

### ۲. اقوال فقها درباره اشتراط اسقاط خیار رؤیت

فقهای امامیه درباره اشتراط اسقاط خیار رؤیت در ضمن عقد، از دیدگاه واحدی برخوردار نیستند. از احصای نظریات ایشان می‌توان به چهار نظریه عمده رسید:

#### ۲-۱. دیدگاه اول

شرط مذکور فاسد است، اما مفسد عقد نیست. حسینی عاملی در مفتاح الکرامه این نظر را دارد (حسینی عاملی، بی‌تا، ص ۲۹۲).

#### ۲-۲. دیدگاه دوم

شرط مذکور هم فاسد و هم مفسد عقد است. بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص ۵۹)، شهید اول



(عاملی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷۶)، محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۳) و احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۰۸) صاحب این دیدگاه هستند.

## ۲-۳. دیدگاه سوم

شرط مذکور نه فاسد و نه مفسد عقد است. علامه حلی، نجفی و میرزا حبیب‌الله رشتی این دیدگاه را برگزیده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ص ۵۰۷، نجفی، بی تا، ص ۹۶؛ رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۳۶). قانون مدنی نیز به تبعیت از همین دیدگاه تصریح می‌کند به اینکه «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود» (ماده ۴۴۸ قانون مدنی).

## ۲-۴. دیدگاه چهارم

قول به تفصیل: چنانچه معلومیت مبیع به توصیف بایع باشد، شرط مذکور فاسد و مفسد عقد است، اما اگر به سبب مشاهده قبلی و یا توصیف شخص ثالث باشد، شرط و عقد هر دو صحیح هستند. این نظریه از آرای شیخ انصاری در کتاب مکاسب است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶۱).

## ۳. تحلیل و نقد ادله دیدگاه‌های مذکور

در ادامه لازم است به ارائه ادله هر یک از دیدگاه‌های مذکور پرداخته شود تا نقد و بررسی آنها به تبیین بهتر زوایای دیدگاه مختار و دفع اشکالات مقدر از آن بینجامد.

### ۳-۱. تحلیل و نقد ادله دیدگاه اول

ابتدا به تقریب استدلال دیدگاه اول و سپس به نقد آن خواهیم پرداخت:

#### ۳-۱-۱. تقریب استدلال

قائلان دیدگاه اول معتقدند چنانچه اسقاط خیار رؤیت در متن عقد شرط شود، خود شرط فاسد است اما موجب فساد عقد نمی‌شود، زیرا چنین شرطی مستلزم اسقاط «مال



فقه



یجب» می‌گردد. اسقاط ما لم یجب یعنی ساقط کردن چیزی که هنوز ثابت نشده است. در فرض ما، با رؤیت مبیع و علم به تخلف شروط، تازه حق خیار ثابت می‌شود. بنابراین حق خیار چندین مرحله بعد از عقد ثابت می‌شود؛ یعنی پس از آنکه عقد منعقد شد و مبیع به مشتری تحویل داده شد و مشتری آن را رؤیت کرد و برای او علم به تخلف شروط حاصل گردید، خیار ثابت می‌شود. پس امکان ندارد که مشتری در متن عقد حقی را که هنوز ثابت نشده اسقاط کند. از این دلیل به‌عنوان «مهم‌ترین دلیل بر عدم جواز» (خوئی، بی‌تا، ص ۳۴۷) یاد می‌شود.

مرحوم خوئی دو نقد به این استدلال وارد می‌دانند که در ادامه بیان می‌شود.

### ۳-۱-۲. نقد استدلال مذکور

اولین نقد این است که اسقاط ما لم یجب مطلبی نیست که دلیلی بر نهی از آن وارد شده باشد. تنها دلیلی که در مقام استدلال بر عدم جواز آن می‌توان اقامه کرد این است که اسقاط ما لم یجب مستلزم لغویت بوده و عقلاً اثری بر آن مترتب نمی‌کنند؛ زیرا کسی که هنوز حقی برایش ثابت نشده، اگر به اسقاط حق خود پردازد، از نظر عقلاً معتبر نخواهد بود. ضمناً اگر بر منع اسقاط ما لم یجب اجماع هم اقامه شده است، منشأ و مدرکش همین مطلبی است که بیان کردیم و منشأ دیگری ندارد.

اما اگر فرض کنیم در موردی مثل بحث ما، اسقاط ما لم یجب دارای اثر و خاصیت باشد و مستلزم لغویت نباشد، یعنی بر اسقاط حقی که در آینده ثابت می‌شود غرض عقلائی مترتب شود، هیچ محذور و منعی وجود نخواهد داشت؛ زیرا تنها محذور استلزام لغویت بود که آن هم منتفی شده است (خوئی، بی‌تا، ص ۳۴۷). این نقد مبتنی بر این مبنا است که مناط اعتبار خیار را ادله لاضرر و یا اخبار خاصه ندانیم، بلکه اعتبار آن را بدان جهت بدانیم که بایع با ورود به عرصه فروش یک مبیع با یک‌سری اوصاف مشخص، در واقع شرط ضمنی به وجود اوصاف می‌کند؛ بنابراین با انتفاء اوصاف، شرط ضمنی مذکور هم منتفی شده و ادله خیار شرط، آن را در بر می‌گیرد (خوئی، بی‌تا، ص ۵۴). اگر این مبنا را بپذیریم بدیهی است که اصلاً وجود خیار از اساس منتفی و سالبه به انتفاء موضوع





می شود؛ زیرا ملاک اعتبار خیار شرط ضمنی و ناگفته است. بنابراین وقتی بایع نه تنها شرط ضمنی به وجود اوصاف ندارد، بلکه تصریح به خلاف می کند، دیگر جایی برای خیار باقی نمی ماند. به عبارت دیگر، اشتراط مذکور جلوی اثبات خیار را می گیرد، نه اینکه بخواهد خیار را اسقاط کند تا کسی بگوید خیاری که هنوز ثابت نشده را نمی توان اسقاط کرد.

### ۳-۲. نقد و تحلیل ادله دیدگاه دوم

طبق دیدگاه دوم، اگر اسقاط خیار رؤیت در متن عقد شرط شود، نه تنها خود شرط محکوم به فساد است، بلکه موجب فساد عقد هم می شود.

#### ۳-۲-۱. دلیل اول: اشتراط مذکور مستلزم غرر در بیع است.

فقها یکی از شروط بیع را «معلوم بودن مبیع» می دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۱). ماده ۳۴۲ قانون مدنی نیز تصریح دارد به اینکه «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد». معلوم بودن مبیع یا به رؤیت و مشاهده آن است و یا به توصیف آن که توسط بایع و یا شخص ثالث صورت می گیرد. حال اگر حق خیار رؤیت در متن عقد اسقاط گردد، مستلزم آن است که مشتری اقدام به خرید مبیع به هر وصف ممکن کرده است. بنابراین اوصافی که دخیل در قیمت و رافع غرری بودن بیع هستند، چه بسا همگی و یا بعضی مفقود باشند و احتمال هم دارد که همگی موجود باشند. به این ترتیب، مبیع کاملاً مجهول، و «بیع غرری خواهد بود» (عاملی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷۶). به عبارت دیگر، بیان اوصاف در بیع عین غائب، به این غرض شرط شده بود که رافع غرری بودن بیع باشد و با اشتراط اسقاط آن در متن عقد، عملاً نقض غرض صورت گرفته است؛ گویا که «مبیع نه رؤیت و نه توصیف شده است» (عاملی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۳). پس بیع همچنان بر غرری بودن خود باقی خواهد ماند. وقتی بیع غرری شد، نه تنها خودش باطل است، بلکه شروط آن که توابع آن هستند نیز فاسد خواهند بود.

### ۳-۲-۱-۱. نقد اول

اشتراط اسقاط خیار در متن عقد مستلزم غرری بودن بیع نمی‌شود؛ زیرا بودونبود غرر ربطی به بودونبود خیار رؤیت ندارد تا گمان شود که با وجود خیار بیع از غرری بودن درمی‌آید و اگر خیار نباشد بیع غرری می‌شود. دلیل مطلب این است که اساساً خیار یکی از احکام شرعی بیع و تابع صحت بیع است؛ یعنی پس از آنکه اصل صحت معامله مسلم و قطعی شد، سخن از این خواهد بود که بیع‌های صحیح، برخی لازم و برخی متزلزل و دارای خیار هستند. یعنی تزلزل بیع و خیارداشتن، متفرع بر صحت بیع و مربوط به مقام پس از بیع است؛ در حالی که غرری بودن مربوط به مقام پیش از بیع است، زیرا پیش از انجام بیع است که می‌گوییم مبیع، یا معلوم است، پس غرر در کار نیست، و یا مجهول است، پس ورود به این بیع ورود به بیع غرری است. نظر به این مطلب می‌گوییم که وجود خیار که مربوط به مقام پس از عقد است، نمی‌تواند در موضوع خودش تأثیر بگذارد و بیع را از غرری بودن درآورد.

چنانچه اشکال شود که با شرط اسقاط خیار ممکن است وصفی که موجب شده خریدار مال را به خاطر آن با قیمت بالامعامله کند مفقود باشد، در نتیجه موجب تناقض در تعهدات بایع یا مشتری می‌گردد، باید بگوییم این اشکال دیگری است که در ضمن تبیین دیدگاه چهارم به آن خواهیم پرداخت.

### ۳-۲-۱-۲. نقد دوم

دومین نقدی که وارد است، این است که اشتراط اسقاط خیار در متن عقد زمانی مستلزم غرری بودن بیع می‌شود که رفع غرر در گرو وجود خیار باشد؛ در حالی که وجود خیار هرگز رافع غرر نخواهد بود، زیرا اگر با وجود خیار، غرر مرتفع و منتفی می‌شود، لازم می‌آید که معامله همه اشیای مجهول به شرط خیار صحیح باشد؛ حال آنکه هیچ‌یک از فقها چنین فتوایی نداده است.

### ۳-۲-۲. دلیل دوم

شرط مذکور مخالف کتاب و سنت است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۰۸)؛ زیرا در جایی که



فقه



متبایعان اقدام به بیع عین شخصی غائب کنند و سپس کشف خلاف شود، دلیل از سنت بر وجود خیار اقامه شده، یعنی شارع حکم به متزلزل بودن بیع کرده است؛ حال اگر متبایعان اسقاط خیار را شرط کنند، در واقع حکم شارع به متزلزل عقد را نقض کرده و در مقابل حکم شارع حکم به لزوم عقد در فرض مذکور نموده‌اند.

### ۳-۲-۲-۱. نقد اول

شرط مذکور ناقض حکم شارع نیست. اساساً کسی چنین شرطی را لازم می‌داند که بدون آن شرط معتقد به متزلزل بیع است؛ یعنی مطابق حکم شارع حکم به متزلزل بیع می‌کند، و گرنه چنانچه در مقابل حکم شارع حکم به لزوم بیع می‌نمود، نیازی به اشتراط مذکور نداشت. بنابراین اصل این مطلب که کشف تخلف از اوصاف، بیع را متزلزل می‌کند، مقبول طرفین است. نهایتاً طرفین در ضمن عقد لازم التزام جدیدی را می‌پذیرند و آن اینکه بر فرض که کشف خلاف شد و حق فسخ برای یکی از دو طرف ثابت شد، می‌تواند حق خود را اعمال نکند. این التزام جدیدی است که ربطی به حکم شارع ندارد و ناقض آن نیست.

### ۳-۲-۲-۲. نقد دوم

بر فرض که شرط مذکور فاسد باشد دلیل نمی‌شود که حکم به فساد و بطلان عقد کنیم؛ مگر آنکه کسی بگوید شرط فاسد مفسد عقد هم است که البته دلیلی بر اعتبار این قاعده نداریم، لذا «احتمال دارد که شرطی فاسد باشد، اما موجب فساد مشروط نشود» (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۶۴). از همین رو شیخ انصاری از جماعتی از فقها نقل می‌کند که شرط فاسد را موجب فساد مشروط نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۰۹). اساساً فرق بین شرط و قید در این است که تقیید مستلزم «وحدت مطلوب» است، در نتیجه ذات مقید بدون قید اصلاً مطلوب نیست و باطل است؛ برخلاف اشتراط که مستلزم «تعدد مطلوب» است، لذا تخلف از اوصاف به منزله تخلف از شرط است و موجب بطلان معامله نمی‌شود، بلکه موجب خیار است و از همین رو است که برخی فقها نظیر شیخ انصاری تأکید دارند بر اینکه «اخذ اوصاف در مبیع به منزله تقیید نیست، بلکه به منزله اشتراط است» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۵۲).

### ۳-۳. تحلیل و نقد ادله دیدگاه سوم

#### ۳-۳-۱. تقریب استدلال

مطابق دیدگاه سوم، شرط اسقاط خیار در متن عقد، نه خودش فاسد است و نه مفسد عقد است. با نقد ادله دیدگاه اول و دوم، دلیل قائلان این دیدگاه آشکار می‌شود؛ زیرا همان‌طور که در نقد دیدگاه اول بیان کردیم، هیچ دلیلی مبنی بر فاسد بودن شرط وجود ندارد و از آنچه در نقد دیدگاه دوم بیان کردیم دانسته می‌شود که دلیلی بر مفسد بودن اشتراط مذکور در باب عقد وجود ندارد. به عبارت دیگر ادله فساد شرط یا عقد منحصر در «استلزام اسقاط مال لم یجب» و یا «مخالف بودن شرط مذکور با کتاب و سنت» و یا «مستلزم غرر بودن اشتراط مذکور» دانسته شده است. با نقد ادله مذکور وجهی برای قول به فساد شرط و یا افساد آن در باب عقد باقی نمی‌ماند. وقتی هیچ دلیلی بر فساد شرط نداشته باشیم، به حکم المؤمنون عند شروطهم، بر طرفین لازم است که به مقتضای شرط مذکور پایبند بمانند (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ص ۵۰۷).

#### ۳-۳-۲. نقد

وجه فساد شرط منحصر در آنچه گفته شد نیست، بلکه همان‌طور که در ضمن ارائه دیدگاه چهارم بیان خواهیم کرد، اشتراط مذکور مستلزم تناقض در تعهدات بایع است، لذا فاسد خواهد بود.

### ۳-۴. نقد و تحلیل ادله دیدگاه چهارم

#### ۳-۴-۱. تقریب استدلال

شیخ انصاری مدعی است که دیدگاه دوم قوی‌ترین دیدگاه است؛ یعنی اشتراط اسقاط خیار رؤیت، هم فاسد و هم مفسد عقد است، اما در پایان مباحث خود قیدی را می‌افزاید که به نظر می‌رسد بهتر آن باشد که ایشان را قائل به تفصیل بدانیم. حاصل سخن شیخ انصاری این است که ذکر اوصاف توسط بایع بدان معنا است که وی ملتزم به عقد مطلق نیست، بلکه عقد را به صورت مقید یا مشروط می‌پذیرد. به



فقه



عبارت دیگر، معنای انجام بیع با ذکر اوصاف آن است که وی متعهد و ملتزم می‌شود که اوصاف مذکور حتماً در مبیع موجود باشد. لکن از طرف دیگر معنای اشتراط اسقاط خیار رؤیت به معنای آن است که بایع هیچ تعهد و التزامی به وجود صفات مذکور در مبیع ندارد، بلکه ملتزم به انجام بیع به صورت مطلق است. نتیجه آنکه وی هم ملتزم به وجود صفات است و هم التزام و تعهدی ندارد. این یعنی تناقض در تعهدات بایع که به غرری بودن بیع می‌انجامد. غرری بودن بیع بدان جهت است که گرچه در ابتدا بایع با توصیفات خود مبیع را معلوم نمود و بیع از غرری بودن خارج شد، لکن با سلب تعهد مجدد، خطر و غرر مجدداً متوجه بیع مذکور گردید.

ایشان مقایسه کردن این بحث را با بحث براءت از عیوب، قیاس مع الفارق دانسته و معتقد است اگر براءت از عیوب موجب غرر نمی‌شود، قرار نیست اشتراط اسقاط خیار رؤیت هم مستلزم غرر نباشد، زیرا اساساً بین اینها تفاوت ماهوی وجود دارد. براءت از عیوب، به تناقض در تعهدات نمی‌انجامد اما اشتراط اسقاط خیار رؤیت به تناقض در تعهدات می‌انجامد؛ چراکه اشتراط مذکور در بحث خیار رؤیت مقرون به توصیف مبیع است که یکی دال بر التزام به بیع مقید و دیگری دال بر عدم التزام به بیع مقید است.

ایشان چنین نتیجه می‌گیرد که چون اشتراط مذکور به تناقض در تعهدات و در نهایت به غرری بودن بیع می‌انجامد، نه تنها شرط مذکور فاسد است، بلکه مفسد عقد نیز می‌باشد. لکن در ادامه اشاره می‌کند که این مطلب تنها در صورتی است که معلومیت مبیع محصول توصیف بایع باشد. اما خیار رؤیت مصادیق و فروض دیگری هم دارد؛ چراکه چه بسا بیع عین شخصی غائب مبتنی بر مشاهده قبلی مشتری و یا توصیف شخص ثالث باشد. یعنی مشتری به اعتماد اینکه قبلاً مبیع را مشاهده کرده و یا به اعتماد گفتار شخص ثالث برای خرید مبیع اقدام می‌کند، سپس مشخص می‌شود که مبیع فاقد اوصافی است که در گذشته واجد آنها بوده و یا توصیفات شخص ثالث مطابق واقع نبوده است. در این فروض، از آنجا که اساساً خبری از توصیفات بایع نیست، طبیعتاً تناقض در تعهدات هم صدق نخواهد کرد و در نتیجه دلیلی بر فساد شرط مذکور وجود نخواهد داشت.

از این تبصره که شیخ انصاری به بحث خود می‌افزاید، برخلاف بیان خود ایشان، ما وی را قائل به قول چهارم، یعنی قول به تفصیل دانستیم؛ به این بیان که اگر معلومیت میبع به واسطه توصیف بایع باشد، شرط مذکور فاسد و مفسد عقد است، اما اگر به سبب مشاهده پیشین توسط مشتری و یا توصیف میبع توسط شخص ثالث باشد، شرط مذکور فاسد و مفسد نخواهد بود.

### ۳-۴-۲. نقد

اصل تفصیل مذکور را می‌پذیریم و به نظر می‌رسد اشتراط مذکور با توصیف میبع توسط بایع ناسازگار و مستلزم تناقض باشد؛ لکن دلیل ایشان اخص از مدعای ایشان است. ادعای وی فساد شرط و مفسد بودن آن است، در حالی که دلیل ایشان تنها فساد شرط را ثابت می‌کند؛ چرا که تناقض مذکور مستلزم غرری بودن بیع نیست و به هیچ وجه آسیبی به صحت بیع نمی‌زند که درباره آن به تفصیل در ضمن بیان دیدگاه مختار بحث می‌کنیم. بنابراین فساد شرط مذکور را می‌پذیریم، اما مفسد بودن آن فاقد دلیل است.

### ۴. دیدگاه مختار

در بین اقوال موجود، نظر شیخ انصاری قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ لذا ادله خود بر پذیرش تفصیل مقبول ایشان را بیان می‌کنیم. لکن همان‌طور که در نقد دیدگاه ایشان بیان کردیم، دلیلی بر مفسد بودن شرط مذکور درباره اصل عقد نداریم. ادعای خود مبنی بر عدم مفسد بودن عقد را نیز همراه با ادله آن بیان خواهیم نمود.

### ۴-۱. بررسی ادله و مستندات اعتبار خیار رؤیت

جهت تبیین دیدگاه مختار لازم است ابتدا به ارائه مستندات و ادله اعتبار خیار رؤیت پردازیم تا مفاد آنها و میزان اعتبارشان را بررسی کنیم و ببینیم کدام یک واجد شرایط حجیت و اعتبار هستند، و بر فرض اعتبار و تمامیت دلالت آنها، میزان دلالت و شمولیت آنها چه مقدار است. آیا فرض و صورتی که در متن عقد، تصریح به اسقاط خیار رؤیت





شود را در بر می گیرند؟ و یا آنکه انصراف از فرض مذکور دارند؟ ادله و مستندات که فقها برای اعتبار خیار رؤیت ذکر کرده اند عبارتند از:

#### ۴-۱-۱. دلیل اول: قاعده لاضرر

در جایی که بایع اوصافی را برای مبیع برشمرده و سپس مشخص شود که مبیع فاقد اوصاف مذکور بوده است، چنانچه حکم به لزوم بیع شود و برای مشتری هیچ راه جبران قرار داده نشود، مستلزم وارد کردن ضرر بر مشتری خواهد بود؛ در حالی که قاعده لاضرر چنین مسئله ای را نمی پذیرد؛ لذا مطابق قاعده لاضرر باید امکان برطرف نمودن ضرر از مشتری فراهم باشد.

#### ۴-۱-۲. دلیل دوم: صحیحہ جمیل بن دراج

راوی می گوید از امام صادق علیه السلام پیرامون شخصی پرسیدم که زمینی را خریداری نموده و همواره در آن رفت و آمد می کرده است. پس از آنکه ثمن معامله را به بایع پرداخت نمود، سراغ زمین رفت و آن را وارسی کرد. آنگاه نزد بایع بازگشت و طلب اقاله نمود، اما بایع نپذیرفت. امام فرمودند اگر مشتری زمین را زیرو رو کرده و ۹۹ قطعه از آن را دیده ولی تنها یک قطعه را ندیده باشد، خیار رؤیت دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸).

یکی از مهم ترین ادله اعتبار خیار رؤیت همین صحیحہ است؛ تا آنجا که برخی معتقدند «این صحیحہ تنها دلیل اعتبار خیار رؤیت است» (خوئی، بی تا، ص ۵۹)؛ لذا جهت تبیین کیفیت دلالت آن باید توجه داشته باشیم که ظاهر حدیث مذکور با قواعد و مسلمات فقهی ناسازگار است، زیرا در جایی که قسمتی از مبیع دیده نشده است و فرض این است که شرط توصیف و یا سابقه مشاهده در میان نبوده، علی القاعده بیع غرری و باطل است، لذا این سؤال پیش می آید که چگونه امام حکم به صحت و خیار رؤیت نموده است؟ به جهت پاسخ به همین سؤال است که فقها مجبور شده اند خبر مذکور را به نحوی توجیه کنند تا منافاتی با صحت بیع نداشته باشد و بتواند دلیلی بر اعتبار خیار رؤیت باشد. توجیه آن به دو صورت امکان دارد:



توجیه اول: برخلاف ظاهر حدیث بگوییم که مورد سؤال در جایی است که بایع آن قطعه‌ای را که رؤیت نشده، برای مشتری توصیف کرده، لذا غرری نیست که باطل باشد؛ از این جهت مربوط به بحث ما یعنی فروش عین غائب توصیف شده می‌شود.

توجیه دوم: اگر هم توصیفی در کار نبوده است، لکن خود مشتری با دیدن ۹۹ قطعه، اطمینان به اوصاف آن یک قطعه دیگر پیدا کرده و آن ۹۹ سهم را دلیل بر آن یک سهم قرار داده، و از این رو غرر و جهالتی در کار نبوده است.

با این دو توجیه می‌توان صحیحه جمیل را یکی از ادله اعتبار خیار رؤیت دانست.

#### ۳-۱-۴. دلیل سوم: صحیحه زید سخام

راوی می‌گوید از امام صادق علیه السلام درباره شخصی سؤال کردم که سهم قصاب‌ها را پیش از آنکه به وسیله قرعه معین گردد خریداری کرده است (مثلاً چند قصاب مالک چند گوسفند هستند و شخصی سهام همه را قبل از تقسیم گوسفندها خریده است). امام فرمودند خرید گوسفند پیش از خارج کردن و معین نمودن سهم‌ها جایز نیست و اگر خریداری نموده، پس از خارج کردن سهم‌ها خیار خواهد داشت (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۲۳).<sup>۱</sup>

نقد: صحیحه مذکور ربطی به خیار رؤیت ندارد، زیرا سه احتمال در این حدیث می‌رود که طبق هیچ کدام دلالت بر اعتبار خیار رؤیت نمی‌کند:

احتمال اول: مشتری به‌طور مشاع سهم قصاب را خریده است؛ در این صورت هیچ جهل و غرری نیست، لذا معامله صحیح است.

احتمال دوم: مشتری فرد مردد را خریده است، یعنی می‌گوید آن سهمی که بعداً جدا می‌شود را خریدم. در این صورت بیع غرری و باطل است. بر فرض هم کسی قائل به صحت بیع شود، مانند صورت قبلی، جایی برای خیار رؤیت باقی نخواهد ماند.

۱. سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي سَهَامَ الْقَصَابِينَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَخْرُجَ السَّهْمُ فَقَالَ لَا يَشْتَرِي شَيْئاً حَتَّى يُعْلَمَ مِنْ أَيْنَ يَخْرُجُ السَّهْمُ فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئاً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا خَرَجَ.





احتمال سوم: مشتری عدد معینی، مثلاً پنج رأس از بیست گوسفند (کلی فی المعین) را خریده که وقتی سهام هر یک مشخص شد خیار حیوان دارد. در این صورت هم ربطی به بحث ما یعنی خیار رؤیت ندارد.

#### ۴-۱-۴. دلیل چهارم: اجماع

اعتبار خیار رؤیت مورد اتفاق فقهای شیعه است. نقل اجماع بر این مطلب در حد استفاضه است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۴۵).

نقد: بر فرض که اجماع منقول حجت باشد، از آنجا که مدارک مجمعین در دست ما است، اجماع مذکور اجماع مدرکی خواهد بود. به تصریح اصولیان، اجماع مدرکی و یا محتمل المدرک فاقد حجیت است (طباطبایی قمی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۲).

#### ۴-۱-۵. دلیل پنجم: ادله حجیت خیار تخلف شرط

مرحوم خوئی درباره اعتبار خیار رؤیت می گوید که اگر مراد از خیار رؤیت حق خیاری باشد که سبب شرط متبایعان بر وجود صفات معلومه است، در این صورت قطعاً خیار رؤیت یکی از اقسام خیار تخلف شرط خواهد بود. ذکر مستقل آن در کتب فقهی هم صرفاً به جهت نصوصی است که مستقلاً درباره آن وارد شده است. اما اگر مراد از خیار رؤیت این است که مشتری به اعتقاد اینکه مبیع واجد فلان صفت است وارد بیع شده، بی آنکه یکی از طرفین به بیان اوصاف پردازد و سپس کشف خلاف شود، در این صورت زیرمجموعه خیار تخلف شرط نخواهد بود، بلکه خیار مستقلی در عرض بقیه خیارها خواهد بود. البته مراد فقها از خیار رؤیت روشن نیست، گرچه ظاهر تعابیر ایشان گواه بر اعتبار آن به لحاظ اشتراط اوصاف است. لذا فقهایی نظیر شیخ انصاری در تعریف خیار رؤیت می گویند خیاری است مسبب از مشاهده مبیع، برخلاف آنچه متبایعان پیرامون آن اشتراط کرده اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۴۵). این تعابیر نشان می دهد که ایشان خیار رؤیت را به اعتبار تخلف شرط معتبر می دانند. بدین ترتیب مرحوم خوئی خیار رؤیت در قسم اول را - که عمدتاً خیارهای رؤیت هم مربوط به همان قسم است - مندرج تحت خیار تخلف شرط می داند، لذا ادله خیار تخلف شرط می تواند دلیل اعتبار خیار رؤیت هم باشد.

## ۴-۲. نقد و بررسی ادله خیار رؤیت

در بین ادله مذکور، اجماع را به جهت مدرکی بودنش رد کردیم. صحیحه زید شحام را هم غیر مرتبط به بحث خیار رؤیت دانستیم. حال اگر دلیل پنجم را ملاک اعتبار خیار رؤیت بدانیم و خیار رؤیت را مندرج تحت خیار تخلف شرط کنیم، بدیهی است که با اشتراط اسقاط خیار اصلاً وجود خیار از اساس منتفی و سالبه به انتفاء موضوع می‌شود؛ زیرا ملاک اعتبار خیار شرط ضمنی است و وقتی بایع تصریح به خلاف می‌کند، دیگر جایی برای خیار باقی نمی‌ماند. به عبارت دیگر، اشتراط مذکور جلوی اثبات خیار را می‌گیرد، نه اینکه بخواهد خیار را اسقاط کند تا کسی بگوید خیاری که هنوز ثابت نشده را نمی‌توان اسقاط کرد. در نتیجه اگر ملاک اعتبار خیار رؤیت را اندراج آن تحت خیار تخلف شرط بدانیم، تصریح به اسقاط خیار شرط نافذ و معتبری خواهد بود و از اساس جلوی انعقاد حق خیار را می‌گیرد. ضمناً قبلاً توضیح دادیم که منتفی شدن خیار مستلزم غرر نخواهد بود.



فقه

اما آنچه در اینجا باید مورد بررسی قرار گیرد این است که آیا اساساً دلیل چهارم دلیل مقبولی است یا خیر. آیا اعتبار خیار رؤیت به اندراج آن تحت خیار تخلف شرط است؟ به نظر می‌رسد دلیل مذکور مردود باشد؛ همان‌طور که خود مرحوم خوئی در ادامه به نقد آن پرداخته و می‌نویسد: «ظهور روایات در آن است که خیار رؤیت مستقلاً و در عرض دیگر خیارات قرار دارد» (خوئی، بی‌تا، ص ۵۶)؛ زیرا صحیحه جمیل بن دراج اطلاق دارد و شامل صورتی که پای هیچ اشتراطی در میان نباشد هم می‌شود؛ مثلاً فرض کنیم شخصی که سؤال راوی درباره وی بوده گمان می‌کرده که تمام مزرعه نظیر همان بخش‌هایی است که مشاهده کرده است، گرچه این اعتقاد از توصیفات بایع حاصل شده باشد. سپس بدون اینکه وجود اوصاف مذکور را با بایع شرط کند، وارد معامله شده، و آنگاه کشف خلاف شده است. امام در این باره حکم به ثبوت خیار می‌کند و بلکه بالاتر از این، می‌توان گفت که صحیحه مذکور ظهور در خصوص موردی دارد که اشتراط در کار نباشد، زیرا می‌بینیم که امام دلیل ثبوت خیار را عدم رؤیت توسط مشتری می‌داند، در حالی که می‌دانیم رؤیت موضوعیتی جهت صحت و نفوذ بیع ندارد، مگر از

آن جهت که سبب رفع غرر گردد. رؤیت زمانی سبب رفع غرر می‌شود که پای اشتراط در میان نباشد، و گرنه چنانچه بایع وجود صفات را شرط می‌کرد، همان اشتراط رافع غرر بود. از این رو دانسته می‌شود که مورد صدور حدیث، مربوط به فرضی است که بایع اشتراط نکرده است، لذا خیار رؤیت تحت خیار تخلف شرط مندرج نمی‌شود، بلکه خودش خیار مستقلی است. بنابراین تنها دلیل اعتبار خیار رؤیت، ادله لاضرر و صحیحه جمیل بن دراج است. بر این مبنا می‌گوییم دو دلیل مذکور مقتضی ثبوت خیار برای مشتری است، مگر آنکه مانعی تحقق یابد.

#### ۴-۳. عدم مانعیت اشتراط اسقاط خیار رؤیت

پس از بررسی ادله اعتبار خیار رؤیت، دانستیم در صورتی که خیار رؤیت را زیرمجموعه خیار تخلف شرط بدانیم و اعتبار آن را در گرو ادله خیار تخلف شرط بدانیم، بدیهی است که اشتراط اسقاط خیار مانع تأثیر ادله ثبوت خیار می‌شود. در نتیجه با وجود اشتراط مذکور، حکم به ابطال خیار می‌شود، زیرا خیار فرع بر اشتراط و تعهد بایع به وجود اوصاف است، در حالی که با اشتراط اسقاط خیار رؤیت، نه تنها بیع مشروط به وجود اوصاف نشده، بلکه بالعکس، از هرگونه شرطی تهی شده است، لذا وجهی ندارد که مشمول ادله خیار تخلف شرط گردد. البته با نقد دیدگاه مذکور به این نتیجه رسیدیم که تنها ادله اعتبار خیار رؤیت، ادله لاضرر و صحیحه جمیل بن دراج است. در اینجا به بررسی و تأمل پیرامون مانعیت اشتراط مذکور می‌پردازیم تا ببینیم آیا اشتراط مذکور می‌تواند مسقط خیار باشد و مانع از تأثیر مقتضی یعنی ادله ثبوت خیار شود یا نه. پاسخ به این سؤال را با بیان چند مقدمه ارائه می‌کنیم:

مقدمه اول: اصل در بیع، لزوم و صحت (عاملی، ۱۴۱۴ق، صص ۶۲، ۲۷۲) و وجوب وفا (حکیم، ۱۴۱۴ق، ص ۴۶۶) است، مگر اینکه دلیلی بر وجود خیار یا بطلان بیع وجود داشته باشد. بنابراین اگر دلیل خاص بر عدم لزوم و یا عدم صحت بیع داشته باشیم، به همان عمل می‌کنیم، و گرنه اصل مذکور را استصحاب می‌کنیم (علامه حلی، بی تا، ص ۵؛ نراقی، بی تا، ص ۲۶۹)؛ بدین جهت مادامی که علم به حصول مانع نداشته باشیم، به اطلاق ادله عمل

می‌کنیم (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۴۲۱). مطلب مذکور در تمامی عقود ثابت است (عاملی، بی‌تا، ص ۲۴۲). اکنون باید ببینیم در بحث ما دلیل بر رفع ید از کدام یک از مطالب مذکور وجود دارد؛ دلیل بر دست برداشتن از اصل صحت، و یا اینکه دلیل بر دست برداشتن از صرف لزوم و وجوب وفا؟

مقدمه دوم: صحت بیع شروطی دارد که یکی از شروط آن معلوم بودن مبیع است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۱)، وگرنه محکوم به غرری بوده و باطل خواهد بود (طاهری، ۱۴۱۸ق، ص ۸۵). معلوم بودن مبیع در گروه علم به آن از طریق مشاهده و امثال آن است (عاملی، بی‌تا، ص ۲۲۴)، و البته توصیف مبیع توسط بایع و یا شخص ثالث می‌تواند قائم مقام مشاهده باشد (قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۶۵)؛ بنابراین بایع با توصیف مبیع ملتزم به تحویل مبیع متصف به اوصاف معین می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶۱).

مقدمه سوم: در فرضی که بایع مبیع را توصیف کند، سپس کشف خلاف شود و مشخص گردد که مبیع فاقد اوصاف مذکور بوده است، شارع حکم به رفع ید از لزوم عقد کرده است که نتیجه آن خیار بودن و متزلزل بودن بیع است. حکم شارع به رفع ید از لزوم عقد مستفاد از ادله خاصه، نظیر صحیحه جمیل بن دراج و نیز عموم ادله لاضرر است.

مقدمه چهارم: در جایی که بیع با تمام شرایط لزوم و صحت انجام شده و بایع با توصیفات خود مبیع را مشخص کرده و در ضمن آن اشتراط اسقاط خیار رؤیت نموده است، مطابق مقدمه اول و دوم، حکم به لزوم و صحت بیع می‌شود، مگر آنکه دلیلی برخلاف اصل اقامه شود. آنگاه که مشخص شود مبیع فاقد اوصاف مذکور بوده است، به حکم مقدمه سوم، از لزوم معامله دست برمی‌داریم و ادله خیار، مقتضی متزلزل بودن بیع خواهد بود. تنها چیزی که باقی می‌ماند این است که آیا اشتراط مذکور در ضمن عقد اصل صحت عقد را هم مخدوش می‌سازد؟ هیچ دلیلی بر مخدوش شدن اصل صحت عقد به واسطه شرط مذکور نداریم. تنها ادله‌ای که می‌توان بر بطلان عقد اقامه کرد، تمسک به غرری شدن بیع و یا تمسک به قاعده مفسد بودن شرط فاسد است که هر دو را قبلاً بیان و نقد کردیم. بنابراین حکم به صحت اصل عقد می‌کنیم. اما درباره خود



شرط به نظر می‌رسد شرط مذکور فاسد باشد. دلیل فساد هم آنچه در بیان دیدگاه اول و دوم از فقها نقل کردیم نیست. برخی معتقدند فساد آن بدان جهت است که مستلزم اسقاط مال می‌باشد و برخاسته از فساد است و برخاسته از فساد است و برخاسته از فساد است، و لذا باطل است. برخی نیز شرط مذکور را مستلزم غرری بودن و بطلان بیع می‌دانند که به تبع بطلان بیع شرط هم باطل می‌شود. تمامی این مبانی را قبلاً بیان و نقد کردیم.

به نظر می‌رسد فساد شرط مذکور به جهت همان مطلبی است که شیخ انصاری بر آن تأکید می‌ورزید و آن اختلاف ماهوی این شرط با دیگر شروط است. اشتراط اسقاط خیار رؤیت در متن عقد، ماهیتاً در جایی وارد می‌شود که خیار رؤیت قابل فرض باشد. خیار رؤیت هم در جایی قابل فرض است که مبیع در حضور طرفین وجود ندارد، بلکه برای بیع عین شخصی غائب اقدام کرده‌اند. در این حال جهت معلوم بودن مبیع، بائع به توصیف آن می‌پردازد تا معامله غرری نباشد. بیان اوصاف توسط بائع به معنای التزام وی به فروش مبیع مقید به اوصاف مذکور است؛ حال اگر شرط اسقاط خیار را بپذیرد، یعنی التزام به فروش مبیع به صورت مطلق دارد؛ یعنی خواه مبیع واجد اوصاف باشد یا نباشد، وی ملتزم به لزوم بیع است. بنابراین اشتراط مذکور مستلزم تناقض در تعهدات بائع است، لذا عقلانی و مشروع نیست. از طرفی به صورت مقید ملتزم به بیع شده و از طرف دیگر به صورت مطلق ملتزم به بیع است.

نتیجه آنکه عقد در فرض ما با تمام شروط شرعی انجام شده است و مبیع کاملاً معلوم است، لذا علی القاعده باید صحیح و لازم باشد. به جهت کشف خلاف و دلالت ادله خیار رؤیت، از لزوم آن دست برمی‌داریم، اما دلیلی بر دست برداشتن از اصل صحت آن نداریم، لذا حکم به صحت عقد می‌کنیم. لکن خود شرط را به لحاظ آنکه ماهیتاً در تناقض با بیان اوصاف است، باطل و فاسد می‌دانیم. البته در اینجا لازم است بگوییم که بیع عین شخصی غائب به سه صورت ممکن است صورت بگیرد: گاهی معلومیت مبیع با توصیف بائع حاصل می‌شود و بیع از غرری بودن درمی‌آید؛ همان‌طور که ماده ۴۱۰ قانون مدنی نیز به همین مورد اشاره دارد و می‌گوید «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را

فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند، یا به همان نحو که هست قبول نماید»، و گاهی نیز به واسطه اینکه مشتری قبلاً مبیع را دیده است و به اعتماد همان مشاهده قبلی، اقدام به خرید عین غائب می‌کند، اما بعداً مشخص می‌شود که مبیع مذکور واجد اوصافی نیست که قبلاً دیده است؛ همان‌طور که ماده ۴۱۳ قانون مدنی به این مورد اشاره دارد و می‌گوید: «هرگاه یکی از متبایعین مالی را که سابقاً دیده - و به اعتماد رؤیت سابق - معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد، اختیار فسخ خواهد داشت»، و نیز گاهی به واسطه توصیف شخص ثالث است.

حال مطلبی که ما پیرامون تفاوت ماهوی اشتراط اسقاط خیار رؤیت با اسقاط دیگر اختیارات مطرح نمودیم، مربوط به صورت اول است. یعنی در آنجا که معلوم شدن مبیع به توصیف بایع باشد، التزام به اسقاط خیار رؤیت مستلزم تناقض در تعهدات بایع است، لذا حکم به فساد آن می‌شود، اما در صورت دوم و سوم، وجهی برای حکم به فساد شرط مذکور وجود ندارد. البته غالباً بیع عین غائب که مورد تحقق خیار رؤیت است، از قسم اول است.

با توجه به مطالبی که بیان شد، می‌توانیم در مقام بیان دیدگاه مختار قائل به تفصیل شویم و بگوییم چنانچه معلومیت مبیع به توصیف بایع باشد، شرط اسقاط خیار رؤیت فاسد است، گرچه مفسد عقد نیست. اما اگر به واسطه توصیف شخص ثالث و یا مشاهده پیشین باشد، وجهی برای فساد شرط وجود ندارد. از این رو پیشنهاد می‌شود که در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، خیار رؤیت را استثنا کنیم و برای آن تبصره جداگانه‌ای بیان نماییم و اسقاط خیار رؤیت در فرضی که معلوم بودن مبیع به سبب توصیف بایع است را باطل اعلام کنیم؛ همان‌طور که برخی فقها پس از بیان امکان اسقاط کافه اختیارات در متن عقد، خیار رؤیت را استثنا می‌کنند (عاملی، بی تا، ص ۲۹۲).

ضمناً نظر به آنچه در مقدمات چهارگانه گذشت، و نظر به تناقضی که محصول توصیف مبیع توسط بایع از سویی، و اسقاط خیار از سوی دیگر است، صرفاً شرط ثابت می‌شود، چرا که به تفصیل دانسته شد که تناقض مذکور مستلزم غرری بودن بیع



فقه

نیست و به هیچ وجه آسیبی به صحت بیع نمی‌زند؛ بنابراین فساد شرط مذکور را می‌پذیریم، اما مفسد بودن آن فاقد دلیل است.

## ۵. نتیجه گیری

از مباحثی که ارائه گشت آشکار شد که اسقاط کافه خیارات، آن‌چنان که امروزه در مبایعه‌نامه‌ها مرسوم است و قانون مدنی به آن وجاهت و اعتبار بخشیده است، نمی‌تواند به طور مطلق مشروعیت داشته باشد. لذا بایعی که با توصیف میبغ خود را متعهد و ملتزم به تحویل کالایی مقید و مشروط به اوصاف بیان شده می‌داند، نمی‌تواند مجدداً با اشتراط اسقاط خیار رؤیت، ملتزم به نقیض آنچه قبلاً ملتزم بوده است بشود، یعنی یک عقد نمی‌تواند متحمل و پذیرای دو تعهد متناقض از ناحیه یکی از طرفین مبایعه باشد. از این رو می‌گوییم که وقتی بیع با تمام شرایط و ضوابط شرعی منعقد گردید و معلوم بودن میبغ نیز به سبب توصیف بایع حاصل شد، مقتضی برای صحت و لزوم بیع حاصل می‌گردد و مادامی که مانعی در کار نباشد، به مقتضای آن عمل می‌شود. پس از کشف تخلف میبغ از اوصاف، لزوم بیع با مانع مواجه می‌شود، لذا حکم به متزلزل و خیار بودن بیع می‌شود. از این رو به جهت مانع مذکور، از لزوم بیع دست می‌کشیم، اما عقد مذکور همچنان مقتضی صحت است و دلیلی بر رفع ید از صحت نداریم. البته از آنجا که اشتراط مذکور متناقض و منافی با تعهدات پیشین است، حکم به بطلان آن می‌شود، لکن موجب فساد عقد نمی‌شود، زیرا با شک در صحت یا فساد عقد، به اصل صحت - که یک اصل معتبر در تمامی عقود است - مراجعه می‌کنیم. نتیجه آنکه اشتراط مذکور فی نفسه فاسد است، اما مفسد عقد نیست.



فقه



## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (بی تا). النهایة فی غریب الحدیث والأثر (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. اصفهانی، فاضل هندی. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (ج ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ج ۵). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۱۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (ج ۱۸). قم: مؤسسة آل البيت علیه السلام.
۶. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ج ۴). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷. حکیم، سید محمد سعید طباطبایی. (۱۴۱۴ق). القواعد الفقهية والاجتهاد والتقليد (ج ۵). قم: مؤسسة المنار.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. سوریه: دار العلم.
۹. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق). فقه الإمامية: قسم الخيارات (ج ۵). قم: کتابفروشی داوری.
۱۰. طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. طباطبایی قمی، تقی. (۱۳۸۱). الأنوار البهیة فی القواعد الفقهية. قم: بی تا.
۱۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد (ج ۲). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية فی فقه الإمامية (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد والفوائد (ج ۲). قم: کتابفروشی مفید.



۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۹ق). نهاية الإحكام فی معرفة الأحكام (ج ۲). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (بی تا). تذکرة الفقهاء (ج ۱۱). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۱۷. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (ج ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۸. قمی، سید تقی طباطبائی. (۱۴۱۳ق). عمدة المطالب فی التعليق علی المكاسب (ج ۳). قم: کتابفروشی محلاتی.
۱۹. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۴). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۰. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم، ۸ جلد). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (ج ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة (ج ۶). قم: نشر فقاہت.
۲۳. نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۲۳). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعه (ج ۱۴). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (بی تا). القواعد الفقہیة. قم. (بی تا).

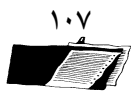


فہرہ

## References

\* The Holy Quran

1. Allameh Heli, H. (1419 AH). *Nahayat al-Ahkam fi Ma'arifah al-Ahkam*. (vol. 2). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
2. Allama Heli, H. (n.d.). *Tazkirah al-Foqaha*. (vol. 11). Qom: Alulbayt Institute.
3. Ameli (Shahid Awal), M. (1414 AH). *Qayat al-Murad fi Sharh Nokat al-Irshad*. (vol. 2). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
4. Ameli (Shahid Awal), M. (1417 AH). *Al-Dorus al-Shariah fi Fiqh al-Imamiyah*. (vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
5. Ameli (Shahid Awal), M. (n.d.). *al-Qava'ed va al-Fawa'id*. (vol. 2). Qom: Mufid Bookstore.
6. Ansari Dezfuli, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. (Vol. 5). Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
7. Bahrani Al-Asfur, Y. (1405 AH). *Al-hada'eq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
8. Fakhr al-Muhaqiqin Heli, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'ed*. (vol. 1). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
9. Hakim, S. M. T. (1414 AH). *Al-Qava'id al-Faqih va al-Ijtihad va al-Taqlid*. (vol. 5). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
10. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Tafsil Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shariah*. (vol. 18). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
11. Hosseini Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qava'id al-Alamah*. (vol. 4). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
12. Ibn Athir Jazri, M. (n.d.). *Al-Nahayah fi Qarib al-Hadith*. (vol. 2). Qom: Ismailian Press Institute.
13. Isfahani, F. H. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qava'ed al-Ahkam*. (vol. 7). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
14. Karaki (Muhaqiq Thani), A. (1414 AH). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qava'ed*. (vol. 4). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]



فقه

15. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqahah*. (vol. 6). Qom: Fiqahat publications. [In Arabic]
16. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4<sup>th</sup> ed.). (vol. 8). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
17. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram*. (Vol. 2). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
18. Najafi, M. H. (n.d.). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (vol. 23). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
19. Naraqi, M. A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia fi Ahkam al-Sharia* (Vol. 14). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
20. Naraqi, M. M. (n.d.). *al-Qawa'ed al-Fiqhiyah*. Qom.
21. Qomi, S. T. T. (1413 AH). *Umdat al-Matalib fi al-Ta'aliq ala al-Makasib*. (vol. 3). Qom: Mahallati Bookstore. [In Arabic]
22. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an*. Syria: Dar Al-Ilm. [In Arabic]
23. Rashti, M. H. (1407 AH). *Fiqh al-Imamiyah: Qism al-Khiarat*. (Vol. 5). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
24. Tabatabaei Qomi, T. (1381 AP). *Al-Anwar al-Bahiyah fi Al-Qawa'ed al-Faqhiyah*. Qom. [In Persian]
25. Taheri, H. (1418 AH). *Civil Law* (Vol. 4). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]



فقه



## A Feasibility Study of Guarantee of Material Property (Material Things) in Iranian Jurisprudence and Law

Mohammad Salehi Mazandarani<sup>1</sup>

Received: 11/01/2021

Accepted: 16/06/2021

### Abstract

A guarantee contract is defined in Article 684 of the Civil Code as guaranteeing the debt of another person and according to Article 698, the guarantee causes the transfer of liability. In addition, according to Article 691, a religious guarantee for which the cause has not yet been clarified is void. It is stated from the above-mentioned articles that according to the legislator, the subject of the contract should be transferable to another person, which means that it must be general. As a result, it is not possible to guarantee a contract in the realm of material property due to its externality and partiality, as well as its irrevocability. The terms of the Civil Code are ambiguous in this regard, because on the one hand, it has chosen to transfer the liability and on the other hand, in Article 697, it has accepted the guarantee of responsibility, part of which is the guarantee of rejection of the material property. There is no common law that is decisive in the dispute, the dispute in jurisprudence has not been resolved, and the religious texts have not written anything about it. However, according to Article 167 of the Constitution of Iran, the ruling on the issue must be determined based on jurisprudential criteria. Therefore, the issue of the present study is whether, according to the rules of jurisprudential-legal principles, it is possible to guarantee a contract of guaranteed property. That is, whether there is a possibility of development in the concept of guarantee or not. The conclusion is that based on the jurisprudential-legal rules and principles, it is not necessary that the subject of the guarantee of the contract be general, so there is no problem to guarantee the material property.

### Keywords

Guarantee, material property, responsibility, liability, religion.

---

1. Associate Professor, Department of Private Law, Qom University, Qom, Iran.

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

---

\* Salehi Mazandarani, M. (1400 AP). A Feasibility Study of Guarantee of Material Property (Material Things) in Iranian Jurisprudence and Law. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 110-135.

Doi: 10.22081/jf.2021.57912.2066.

## امکان سنجی ضمانت از اعیان خارجی در فقه و حقوق ایران

محمد صالحی مازندرانی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۲

### چکیده

عقد ضمان در ماده ۶۸۴ ق.م. به عهده گرفتن مال در ذمه دیگری تعریف شده، و بر اساس ماده ۶۹۸، ضمان موجب نقل ذمه است و همچنین به موجب ماده ۶۹۱، ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، باطل است. از مجموعه مواد مذکور استظهار شده است که به نظر قانون‌گذار، موضوع عقد باید قابلیت انتقال به ذمه را داشته باشد؛ یعنی دین و کلی باشد. در نتیجه، ضمان عقدی در حوزه اعیان به جهت خارجی و جزئی بودن، و همچنین غیر قابل تعلق بودن به ذمه، امکان‌پذیر نیست. مفاد قانون مدنی در این خصوص مبهم است، زیرا از یک طرف نقل ذمه را انتخاب کرده و از طرفی در ماده ۶۹۷، ضمان عهده را پذیرفته که قسمی از آن ضمانت به رد عین است. عرف مسلم هم وجود ندارد که قاطع اختلاف باشد، اختلاف در فقه نیز حل نشده است، و نصوص شرعی هم ساکت است. با این حال طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، بایسته است که حکم مسئله بر اساس موازین فقهی مشخص گردد. بنابراین مسئله پژوهش حاضر آن است که آیا طبق قواعد فقهی-حقوقی، امکان ضمانت عقدی از اعیان مضمونه وجود دارد یا نه؛ یعنی آیا امکان توسعه در مفهوم ضمان وجود دارد یا خیر. نتیجه آنکه مبتنی بر قواعد و اصول فقهی-حقوقی، ضرورتی ندارد که موضوع عقد ضمان، دین و کلی باشد، لذا ضمانت از عین خارجی و جزئی بلاشکال است.

### کلیدواژه‌ها

ضمان، اعیان خارجی، عهده، ذمه، دین.



فقه

سال بیست و هشتم، شماره دوم (پیاپی ۱۰۶)، تابستان ۱۴۰۰

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران. m.salehimazandarani@qom.ac.ir

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران.

\* صالحی مازندرانی، محمد. (۱۴۰۰). امکان سنجی ضمانت از اعیان خارجی در فقه و حقوق ایران. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۱۱۰-۱۳۵.  
 Doi: 10.22081/jf.2021.59894.2216

## مقدمه

در ماده ۶۸۴ قانون مدنی آمده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.» بر این اساس ماده ۶۹۸ مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌گردد.» نیز در ماده ۶۹۱ می‌خوانیم: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.» در راستای تبیین مواد مذکور، حقوق‌دانان شرایط عقد ضمان را بیان کرده‌اند که از جمله شرایط عبارت است از دین‌بودن، موجودبودن، کلی‌بودن و قابلیت نقل و انتقال داشتن. بر این اساس گفته شده است که ضمانت از عین به جهت فقدان سه ویژگی از موارد مذکور، نمی‌تواند در حوزه ضمانت عقدی واقع شود، و اگر ضمانتی هم شکل گیرد، به جهت خارجی بودن و جزئی بودن نمی‌تواند به معنای ضمان اصطلاحی باشد، بلکه ضمان به معنای التزام و تعهد به فعل ثالث است. بر همین اساس قسمی از ضمانت مذکور در ماده ۶۹۷ را توجیه نموده‌اند. از آنجا که مسئله مطروحه دارای آثار حقوقی زیادی است، در این مقال درصدد بررسی این سؤال هستیم که آیا بر اساس اصول و قواعد فقهی-حقوقی، امکان ضمانت عقدی از اعیان مضمونه وجود دارد یا نه؛ یعنی آیا امکان توسعه در مفهوم ضمان وجود دارد یا خیر.

درباره پیشینه تحقیق یادآوری می‌گردد که در موضوع ضمان، کتاب‌ها و مقالات زیادی تدوین گردیده که همت آنها بیشتر بررسی شرایط، ویژگی‌ها، آثار و ضمانت اجرای عقد ضمان بوده است و برخی از مقالات نیز متمرکز بر مقایسه عقد ضمان با ضمان قهری و مسئولیت مدنی بوده‌اند. دو مقاله نیز در خصوص موضوع ضمانت از اعیان نگاشته شده است که تقریباً با مقاله حاضر در عنوان مشابهت دارند؛ زیرا مقاله «ضمان از اعیان مضمونه» (پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۹) بیشتر به مباحث کلی در ضمان اعیان پرداخته و می‌توان گفت از حیث محتوا ارتباط چندانی با ضمانت از اعیان ندارد و در مقاله «تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران» (مجله فقه و اصول، شماره ۱۱۰) هر چند نویسندگان محترم تلاش خوبی داشته‌اند، اما اختلاف مقاله حاضر با مقاله مذکور علاوه بر چکیده، مقدمه، سؤال و محدوده بحث، محتوا،





نتیجه‌گیری و منابع، در بخش مهم و اساسی یعنی دلایل و مستندات و شیوه تجزیه و تحلیل و نقد ادله، بسیار جدی و اساسی است؛ به گونه‌ای که از شش اشکال مطروحه نظریه رقیب، فقط در یک اشکال، یعنی «ضمان مالم یجب» مشترک‌اند که در این اشکال نیز هم در تبیین و هم در نقد بسیار متفاوت‌اند. مقاله حاضر که بر اساس مسئله محوری تدوین گردیده است، در مقام حل یکی از ابهامات و خلأهای قانونی و در راستای اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی است.

مباحث مقاله در سه قسمت ارائه می‌گردد: ۱. مفاهیم: قبل از پاسخ به سؤال مذکور به بررسی برخی از واژگان کلیدی خواهیم پرداخت که در نتایج تحقیق تاثیرگذار است، ۲. بررسی دلایل و دیدگاه‌ها: در این قسمت انظار، دلایل و مستندات مخالف و موافق به صورت تحلیلی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد، ۳. در قسمت سوم دیدگاه نویسنده به صورت تحلیلی ارائه می‌گردد.

## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. ضمان

ضمان در لغت از ضَمِن، به معنای اشمال و دربرداشتن، و برای بیان احاطه و شمول است، چنان که معنای کلمه در ضمن کلمه است، و مضمون شعر محتوای آن است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۱۵۵؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۷۲؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۲۴؛ زبیدی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص ۳۴۸؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۰۱). چون در عقد ضمان، دین و تعهد دیگری در ذمه ضامن قرار می‌گیرد، مانند این است که وجود ضامن، ظرف تعهد مضمون‌عنه است و وجود هر ضامن و متعهدی ظرف تعهد او است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۱۴۷).

واژه ضمان در کتب لغت فارسی به معنای قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن و ام دیگری و ملتزم شدن (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۳۲، ص ۶۳؛ معین، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۱۹۱) آمده است.

واژه‌های Responsibility Warranty, Guarantee, Bail, Sponsorship, Pledge, Bond

Assurance, در زبان انگلیسی به مفهوم ضمان و ضمانت و مشابه آن به کار رفته است و در فرانسه Contrat de Cautionnement به معنای قراردادی است که به موجب آن کسی



متعهد می‌شود بدهی‌ای را که بر ذمه دیگری است بپردازد (کاتبی، ۱۳۹۲، صص ۶۰، ۹۳، ۱۷۷).  
 ضمان در فقه شیعه، از «ضمن»، به معنای قرار گرفتن و دربر گرفته شدن چیزی در چیزی دیگر است و لذا ضمان سبب تضمین و دربر گرفته شدن ذمه ضامن به مال موضوع ضمان است، و ضامن دینی شدن بدین معنا است که آن مال بر ذمه او قرار گرفته و ذمه شخص دین را در خود جای داده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۷۵۹)؛ از این رو عقد ضمان باعث تحقق یک حکم وضعی، یعنی انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌گردد؛ هر چند پس از تحقق ضمان، حکم تکلیفی و جوب پرداخت بر ضامن تحمیل می‌شود که این حکم تکلیفی از آثار حکم وضعی اشتغال ذمه است.

در مقررات قانونی، واژه ضمان به صورت مطلق در معانی مختلف اعم از ضمان مال و نفس به کار رفته است. در قانون مدنی، قانون‌گذار ضمان را از حواله و کفالت و همچنین التزام و تعهد جدا کرده و تعریف و مقررات آن را به صورت مستقل مقرر نمود. در ماده ۶۸۴ ق.م. راجع به تعریف عقد ضمان چنین آمده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له، و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

## ۱-۲. دین

غالب اهل لغت، دین را با تطبیق بر قرض (بندریگی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۸؛ جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۱۱۷؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۸، ص ۱۶۸) برخی نیز آن را به لحاظ محل استقرار تعریف کرده‌اند. تعریف مذکور در العین «کل شیء لم یکن حاضراً فهو دین» (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۷۲)، دین را به لحاظ کلی بودن و محل استقرار آن تعریف کرده و به نظر می‌رسد نسبت به تعاریف دیگر که آن را به لحاظ یکی از اسباب پیدایش تعریف کرده‌اند مناسب‌تر است. در فقه، جدایی دو مفهوم «عین» و «دین» مورد تأکید قرار گرفته و هر یک از آن دو، موضوع و مبنای احکام و مسائل متفاوت و متعددی واقع شده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۶). به علاوه، دین به عنوان ارتباط میان دائن و مال کلی در ذمه مدیون مطرح شده است، نه به عنوان ارتباط میان دائن و شخص مدیون، و نه به عنوان ارتباط میان دارایی



دائن و دارایی مدیون. با این حال، در حقوق غربی از آنجا که تصویری از مال کلی نداشته‌اند تا برای آن ظرفی اعتبار کنند، در ابتدا دین را به‌عنوان ارتباط میان دائن و شخص مدیون قلمداد نموده و به‌مرور این نظر تعدیل شده و کم‌کم دین به‌عنوان ارتباط میان دائن و اموال و دارایی مدیون تصور شد و لذا دین را حق عینی بر دارایی مدیون دانستند. در نهایت به این نتیجه رسیدند که دین دارای دو عنصر است: ۱. شخصی، ۲. خارجی و عینی. رکن شخصی آن همان ارتباط میان دائن و مدیون و حق شخصی دائن بر مدیون است، و رکن خارجی و عینی آن ارتباط دائن و اموال و دارایی مدیون و حق عینی دائن بر دارایی مدیون است. با این سیر تفکر بود که بالاخره به مفهوم دارایی برای ذمه رسیده و آن را مطرح کردند. البته درباره اینکه از دو رکن دین کدام قوی‌تر و غالب است، دیدگاه‌های متفاوتی طرح شده است؛ فرانسوی‌ها عنصر شخصی و حق شخصی را قوی‌تر می‌دانند و بعضی مانند آلمانی‌ها بر عنصر خارجی و حق عینی تأکید دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۵، صص ۵۸-۶۳). حق عینی، رابطه دائن با اموال و اعیان خارجی است که در برابر حق شخصی است که در آن رابطه میان دائن و شخص مدیون مطرح است (وزارت اوقاف و شئون، ۱۴۱۸ق، ج ۲۱، ص ۱۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، صص ۵۸-۶۳).

### ۱-۳. عهده و ذمه

عهده در لغت در معانی مختلفی استعمال شده است؛ از قبیل بیع‌نامه، نقص و کاستی در چیزی (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص ۱۰۲-۱۰۳؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۱۵؛ زبیدی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۱۴۴)، مثل ضعف در نوشته یا ادای حروف، ضعف در عقل، ضعف و سستی در کار، سوگندنامه و بازگشت (زبیدی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۱۴۴). واژه‌هایی چون Undertaking, Responsibility, Trust, Charge در زبان انگلیسی به‌معنای عهده به کار می‌رود.

ذمه در کتب لغت به قرائت‌های مختلفی نقل و برای هر قرائت معنای ویژه‌ای بیان گردیده است. مراد از «ذمه» در اینجا به «کسر ذال» از ریشه «ذمم» و معنای اصلی آن نکوهش کردن است. در مشتقات این ریشه هم معنای نکوهش به‌گونه‌ای لحاظ شده است. ذمام، ذمه و مذمه به‌معنای پیمانی است که عدم‌رعایت آن موجب سرزنش

می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۸۱؛ طریحی، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۴۶؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۱۲، صص ۲۲۰-۲۲۳). به عهد و پیمان از آن رو «ذمام» گفته‌اند که: «اشخاص بر عدم رعایت و تزییع آن نکوهش می‌گردند» (ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۴۶). راجع به نسبت ذمه و عهد اختلاف نظر وجود دارد:

الف. برخی فقیهان ذمه و عهد را دارای مفهوم واحد و مخزنی برای امر اعتباری دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۸) و گفته‌اند که ذمه ظرف اعتبار است، نه ظرف موجودات خارجی. گاهی نیز از ذمه به عهد یا رقبه تعبیر می‌کنند که همه آنها یکی هستند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۹).

برخی از حقوق‌دانان نیز مدعی‌اند که از دیدگاه فقهی، اختلافی در معنای ذمه و عهد نیست، چون هر دو به معنای تعهد هستند، بلکه اختلاف در این است که برخی از فقها در عهد، «متعهد به» را جزئی و در ذمه کلی می‌دانند. ایشان می‌نویسد: «معنای لغوی و اصلی عهد، تعهد و التزام است و همین معنی قابل‌استناد و اعتماد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۱۸). عهد دو قسم است: عهد کلی و عهد جزئی، و به تعبیر دیگر، عهد شامل ضمان دین و ضمان عین است؛ یعنی تعهد جزئی و کلی را شامل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۳۰). شهید صدر در بحث حواله، رابطه ذمه و عهد را عموم و خصوص من وجه می‌داند (صدر، ۱۳۷۹، ص ۳).

ب. بعضی دیگر میان عهد و ذمه فرق گذاشته و بر این عقیده‌اند که ذمه ظرف اموال کلی است، نه اعیان خارجی، ولیکن عهد ظرف اموال خارجی است (خوانساری، ۱۳۷۳، ص ۱۴۵).

ج. برخی نیز با فرق گذاشتن میان متعلق ذمه و عهد بر این عقیده‌اند که عهد مربوط به حکم تکلیفی و ذمه مربوط به حکم وضعی است، لذا این امر ربطی به مظروف نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۰۱).

## ۲. بررسی دلایل و مستندات

درباره ضمان عقدی راجع به اعیان مضمونه در فقه، و به تبع آن در حقوق، با دو دیدگاه



فقه

مواجهیم؛ جمعی از فقیهان امامیه از جمله فخرالمحققین، شهید ثانی و محقق ثانی، ضمانت از اعیان مضمونه را نپذیرفته‌اند و در مقابل، فقیهان بزرگی مثل شیخ، محقق حلّی، علامه و محقق اردبیلی و برخی فقیهان معاصر، چنین ضمانتی را مورد پذیرش قرار داده‌اند. بر این اساس در ادامه ابتدا ادله قابل طرح توسط مخالفان به صورت جامع تبیین می‌گردد و سپس به عنوان دیدگاه موافقان مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. مهم‌ترین دلایلی که می‌توان جهت بطلان ضمانت عین بدان تمسک جست عبارتند از:

## ۲-۱. فقدان موضوع

وجود موضوع در هر عقدی ضروری است و ضمان نیز از این امر مستثنا نیست. موضوع ضمان نیز دین مال ثابت در ذمه است، حال اینکه در اعیان، اولاً رد عین واجب است که مال در ذمه محسوب نمی‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۰) و ثانیاً موضوع ضمان باید کلی باشد و در جایی که مورد تعهد امری جزئی و متعلق به عین معین باشد، ضمان در آن متصور نیست؛ زیرا عین به ذمه نمی‌آید، پس چنین ضمانتی باطل است (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۸۲). در فقه تمایل بر این است که روابط شخص با شخص حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود؛ بدین ترتیب، بسیاری از موارد که در آنها پای دو شخص در میان است و رابطه آنها از لحاظ حقوقی - حق دینی -، رابطه شخص با شخص تلقی می‌شود، مانند دیون و مطالبات، از لحاظ فقهی رابطه شخص با شیء تلقی می‌شود.

پاسخ اینکه اولاً ضامن خود و جوب رد را ضمانت نمی‌کند، بلکه عین موجود را ضمانت می‌کند که غایت آن وجوب رد عین است. بنابراین صدق می‌کند که ضامن مال شده است (حائری طباطبایی، بی تا، ص ۱۳۲). لذا پذیرفتن این نظر دشوار است که بخواهیم تعهد مربوط به رد مال را تعهد به مال ندانیم تا بر مبنای تفاوت این دو مفهوم، ضمان از اعیان را خارج کنیم؛ زیرا تعهد به تسلیم مال نیز مانند تعهد به تملیک آن جنبه مالی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۳۱۶). ثانیاً کلی بودن موضوع ضمان خود محل نزاع است. مقتضای قاعده این است که کلیت موضوع تعهد عنصر عقد ضمان نباشد، زیرا فرق مؤثر بین تعهد کلی و تعهد جزئی دیده نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۱۶۱)، لذا نمی‌تواند

به عنوان ادله مثبتة اقامه گردد. همان گونه که در توضیحات بعدی می آید، تصور مستدل این است که عین خارجی در ضمان از عین قرار است به ذمه بیاید و بر این اساس آن را امری غیر ممکن و غیر قابل انتقال می داند. برخی از حقوق دانان در رد نظر فقیهانی که گفته اند «تعهداتی که موضوع آنها جزئی است در قلمرو عقد ضمان عموماً به صورت رد عین مال است و رد عین مال از واجبات است و این واجب را شخصاً باید انجام دهد»، چنین می گوید:

اولاً تعهد به نقاشی ساختمان معین یک تعهد جزئی است که ممکن است نقاش ثالثی آن را به موجب عقد ضمان تعهد کند. در اینجا صحبت و جوب رد عین مطرح نیست. ثانیاً وجوب «رد» در اصطلاحات حقوق اسلامی به معنای تعهد است و چون موضوع این تعهد مال است، تعهد مالی است و می تواند مورد عقد ضمان واقع شود. ثالثاً بر هر مدیون واجب است دین خود را ادا کند، همان طور که بر غاصب رد مال به مالک واجب است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۱۶۳).



فقه

## ۲-۲. عدم وجود دلیل بر صحت

هر گاه درباره ضمانت از اعیان مضمونه شک حادث گردد، آیا چنین ضمانتی صحیح و دارای اثر است؟ از آنجا که در منابع فقهی دلیل روشن بر ضمان اعیان اقامه نشده است، پس عدم پذیرش مورد تایید و اصل عدم جواز جاری می گردد (بحرانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، صص ۳۰-۳۵)؛ زیرا ادعای وجود سبب، یعنی مضمونه بودن عین، به تنهایی در ضمان برای نقل ذمه کفایت نمی کند. مضافاً اینکه با توجه به ادعای اجماع بر شرطیت مالی بودن حق مضمون، لا اقل درباره صحت و ترتب اثر بر چنین ضمانتی شک حادث می گردد، و اصل عدم ترتب اثر جاری است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۰).

تمسک به ادله عام نیز در این خصوص محملی ندارد، زیرا استدلال به «اوفوا بالعقود» از قبیل تمسک به دلیل در موضوع مشکوک است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۶)؛ به این جهت که نمی دانیم اساساً ضمانت از عین محقق می شود تا مصداق عقد باشد، یا نه. لذا در چنین حالتی تمسک و استدلال به آن صحیح نیست. بر این اساس «اوفوا بالعقود»

و امثال آن دلالت بر صحت عقد و تحقق مضمون دارد. همچنین تمسک به نبوی «الزعیم غارم» نیز ممکن نیست، زیرا اولاً مشکل سندی دارد، چون روایت عامی‌السند است و از طریق امامیه ثابت نیست و حتی در برخی اخبار تکذیب آن آمده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۰)، ثانیاً بر فرض پذیرش سند، از نظر دلالت نمی‌تواند مثبت ادعا باشد، چون فرض مسئله جایی است که عین موجود است و با وجود عین غرامتی نیست، بلکه گیرنده ملزم به رد عین مال است که رد نیز غرامت محسوب نمی‌گردد تا حدیث بر آن دلالت کند (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۵)، ثالثاً نبوی دلالتی بر موارد صحت و یا عدم صحت ضمان ندارد، بلکه اگر صحیح باشد، دلالت بر استقرار غرم بر ضامن در صورت صحت و تحقق ضمان دارد و متکفل بیان صحت ضمان اعیان خارجی مضمون نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۰۶).

بنابراین توجیه علامه بر صحت ضمان اعیان مضمونه به اینکه «۱. مراد التزام به رد خود عین باشد، ۲. ضمان به قیمت در صورت تلف»، اولی خروج از ضمان مصطلح و مرجعش ضم ذمه است و دومی برگشت به تعلیق در ضمان و ضمان مالیم‌یجب می‌کند که اجماع بر خلاف آن است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۲۰). با این حال در پاسخ می‌توان گفت که اولاً با وجود عموماتی مثل «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» و «المؤمنون عند شروطهم» و اطلاعات اوامری که امر به معروف می‌کنند، شکی حادث نمی‌گردد تا نوبت به جریان اصل برسد؛ زیرا عمومات مذکور بدون تردید دلالت بر صحت چنین ضمانتی دارند، هر چند قائل شویم که در عرف مثل چنین ضمانتی حقیقت در غیر شده است. (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۱۳۱). ثانیاً به قصور سند «الزعیم غارم» اشکال شده است؛ همان‌گونه که رسم فقها در نبویات است. با این حال ظاهر متن شهادت به صدور آن دارد (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۱۸، ص ۲۴۲).

### ۲-۳. عدم‌سازگاری ضمانت از عین با اثر مهم ضمان

مقتضی وجوب وفا به هر عقدی بر حسب مقتضای آن است که در ضمان عبارت است از نقل ذمه، و شرط آن ثبوت مال در ذمه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۰). در ضمانت از

عین، مادامی که عین مال باقی است، در واقع به معنای تعهد به رد عین در صورت بقا و رد بدل و مالیت آن در صورت تلف است. در این صورت ضمان اولاً و بالذات به عین تعلق گرفته و بعد از تلف شدن به بدل آن تعلق می‌گیرد. بر این اساس، آنچه در اعیان مضمونه بر ذمه ثابت است، وجوب رد عین است که حکم شرعی است، نه حق مالی، لذا قابلیت انتقال ندارد؛ حال اینکه یکی از ویژگی‌ها و آثار ضمان مهم ضمان نقل ذمه و براءت ذمه مضمون‌عنه است که در فرض مسئله، مادامی که عین باقی است، به اجماع، غاصب همچنان مکلف به رد است (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۸۲).

توضیح بیشتر اینکه اگر مضمون قول ضامن از «ضمانت می‌کنم»، «در برابر تو ملتزم به رد عین می‌گردم» باشد، در این صورت مالک عین درباره رد عین بر ضامن سلطه پیدا می‌کند و به غاصب ربطی ندارد؛ پس چگونه اقتضای عدم وجوب رد بر غاصب می‌کند؟ از آنجا که فقیهان شیعه قائل به فراغ ذمه مضمون‌عنه به موجب نص یا امتناع اشتغال دو ذمه به یک دین هستند، برای هیچ یک از دو اثر مذکور در اینجا مجال نیست؛ زیرا نص شامل اینجا نمی‌شود و ذمه غاصب نه به مال مشغول است و نه به رد. رد فقط وجوب تکلیفی است نه چیز دیگر. ظاهراً در اینجا ضامن ملتزم به رد است، بدون اینکه ذمه‌اش درباره رد در برابر مالک مشغول گردد و به همین جهت از باب وعده است نه از باب وضع و عقد. بدین جهت نمی‌توان به عموم وفای به عقد تمسک کرد، زیرا عقدی وجود ندارد، بلکه صرف وعده است.

اگر ضامن بگوید «به زودی مالت را برمی‌گردانم»، و یا بگوید «بر عهده من است که مالت را برگردانم»، اولی از باب وعده است و دومی عقد. آنچه در خارج واقع می‌شود، صورت اول است، و در فرض دوم، برای سقوط وجوب رد بر غاصب سببی وجود ندارد. لیکن اگر مفاد قول ضامن اینگونه باشد که «تعهد می‌کنم که غاصب مال را برگرداند»، مقتضای آن سقوط ذمه است. با این حال این امر محتاج قبول شارع است و بدون قبول شارع صحیح نیست، در حالی که عموماً عقود، مقتضای مشروعیت این فعل نیست؛ مثل آنجا که شخصی فرائض یومیه دیگری را ضمانت کند، عموم وفای به عقد مقتضای سقوط فریضه از مضمون‌عنه نمی‌گردد، چون دلالتی بر قابلیت محل برای





آن ندارد و عموم و جوب بر مضمون عنه محکم است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۶). به بیان دیگر، می‌توان گفت در جایی که ضامن می‌گوید «آنچه را که بر عهده فلانی است ضمانت می‌کنم»، مضمون عقد ضمان نقل مافی‌الذمه مضمون عنه به ذمه خودش است، حال آنکه التزام به رد مضمون یا ادای قیمت و رد مثل آن، مضمون عقد ضمان نیست تا مشمول «اوفوا بالعقود» گردد. اگر این معنای ضمان صحیح شرعی باشد، مفادش وجوب رد عین در صورت بقا و ادای مثل و قیمت در صورت تلف بر عهده ضامن و مضمون عنه است که برگشت آن به ضم ذمه است که با مذهب امامیه سازگار نیست و اجماع بر خلاف آن است (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۹۵؛ جنزودی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۹). پس اگر ضمانتی شکل بگیرد، ضمان به معنای اصطلاحی نیست، بلکه ضمانت به ردّ عین به معنای ضمان عرفی است، یعنی التزام و تعهد به رد خود عین که در آن نقل ذمه مطرح نیست (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۹۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۴).

در نقد ادعای مذکور می‌توان گفت که اولاً اینکه گفته شد ضمانت در اینجا ضمان مصطلح نیست، پذیرفته نیست، زیرا از آنجا که ضمان در اعیان مضمونه فعلی است و آثارش تعلیقی، پس ضمان در اینجا به معنای مصطلح است (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۱۸، ص ۲۴۲). مضافاً اینکه ضمان همانند سایر عناوین عقود و ایقاعات از مفاهیم عرفیه است و مادامی که شارع از آن ردع ننموده باشد تحقق آن دائرمدار صدق عرفی است. ثانیاً هر چند وفا به ضمان عقدی و همچنین تأدیه در ضمان ید، همانند تمامی احکام وضعیه‌ای که حکم تکلیفی شرعی داشته باشد واجب است، با این حال ضمان به هر وجهی که باشد، اعم از ضمان عقدی یا ضمان ید، ربطی به حکم شرعی ندارد. پس احتمال منع صحت در اینجا از این جهت مخدوش است (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۰). در واقع در اشکال مذکور میان حکم تکلیفی و وضعی خلط شده است. بدون شک ضمان در باره احکام تکلیفی مربوط به عین باطل است، اما اگر مورد ضمان به گونه‌ای باشد که در آن جهت وضعیه هم باشد، در این صورت ضمان از آن مورد به جهت حکم وضعی بلاشکال است، و بر مضمون عنه واجب است که ذمه‌اش را از جهت وضعی آن خارج کند. در این خصوص



می‌توان ضمان را با رهن مقایسه کرد؛ هرچند میان ضمان و رهن از جهاتی اختلاف است، اما ضمان در جهتی همانند رهن وثیقه تلقی می‌گردد؛ یعنی رهن وثیقه عینی است و ضمان وثیقه شخصی، لذا صحیح است که ضمانت برای عین وثیقه‌ای جهت وفای مورد تعهد و ادای عین باشد (طباطبایی، حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۲۸۴).

ثالثاً معلوم نیست نقل ذمه و برائت ذمه مضمون‌عنه به موجب ضمان، از لوازم ضمان است یا از شرائط آن (اردبیلی، ۱۴۰۴ق، ج ۹، ص ۱۴۲). رابعاً دلیلی نداریم که ضمان در همه موارد ناقل ذمه باشد، بلکه انتقال مضمون‌به به ذمه ضامن و برائت مضمون‌عنه در ضمان، جنبه غالبی دارد نه کلی. بنابراین اجماع و خبری که برخی فقیهان در این خصوص ادعا نموده‌اند، مربوط است به ضمان در غیراعیان (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۱۲) و همچنین مربوط به ضمان از دیون، حقوق مالیه مستقر در ذمه یا حقوقی است که به ذمه تعلق می‌گیرد (طباطبایی، حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۱۳۲). شاهد بر این ادعا کلمات فقهای مخالف در پذیرش ضمان عهده و فقدان چنین خاصیتی در کفالت است؛ با اینکه کفالت از مصادیق ضمان است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۱۲). از طرف دیگر، ادله دال بر نقل ذمه در مقام دلالت چنان نیستند که بیان‌گر مقتضای ذاتی بودن نقل در ضمان و نافی ضم ذمه حتی با شرط ضمن عقد باشند، بلکه نهایت دلالت آنها بر بیان مقتضای اطلاق بودن نقل است، لذا با شرط ضم ذمه در عقد ضمان، نه مخالفت با نقل صورت می‌گیرد و نه مخالفت عقلی. بر این اساس است که صاحب عروه می‌فرماید: «إِذَا تَحَقَّقَ الضَّمانُ الجَماعَ لِشَرائِطِ الصَّحَّةِ انْتَقَلَ الحَقُّ مِنَ ذِمَّةِ المَضمونِ عَنهُ إِلى ذِمَّةِ الضَّمانِ وَتَبَرَأَ ذِمَّةُ المَضمونِ عَنهُ بِالإجماعِ والنَّصوصِ، خِلافاً لِلجمهورِ حَيْثُ إِنَّ الضَّمانَ عِنْدَهُم ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلى ذِمَّةٍ. وَظاهِرُ کَلِماتِ الأَصحابِ عَدَمُ صِحَّةِ ما ذَكَرُوهُ حَتَّى مَعَ التَّصريحِ بِهَ عَلى هَذا النَحْوِ، وَیَمکنُ الحَکَمُ بِصِحَّتِهِ حَیثُ نَدَّ لِلعموماتِ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۴۱۱). مضافاً اینکه اشکال ضم ذمه می‌تواند در حالت قبل تلف قابل طرح باشد، اما بعد از تلف رجوع به ضامن متعین است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۴۵).



## ۲-۴. استلزام ضمان مالم یجب

اگر ضمانت از عینِ مربوط به بعد از تلف، یعنی تعهد به مثل یا قیمت باشد، این نوع ضمانت مصداق ضمان مالم یجب و باطل است؛ زیرا هنگام بقای عین، ضمان موکول به تلف شده است، حال آنکه مادام که تلف صورت نگرفته، سبب تعهد به پرداخت بدل محقق نشده است. همچنین از آنجا که هنوز ذمه مشغول نگردیده، پس ضمان مالم یجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۹۵؛ بحرانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۳۳) و بطلان آن نیاز به دلیل خاصی از نص و اجماع ندارد، زیرا از جمله قضایایی است که قیاساتها معها (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۰۴).

پاسخ اینکه اولاً منظور از ضمان مالم یجب، ضمان مالم یثبت فی الذمه است، هر چند به صورت واجب معلق باشد؛ زیرا آنچه به نحو واجب معلق ثابت می‌گردد، ثابت و واجب است، نه مالم یجب، و اختصاص به ضمان مصطلح پیدا می‌کند که امکان فرض چیزی ثابت در ذمه غیرضامن است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۳۶)، در حالی که یکی از اشکالات وارده، وقوع ضمان معلق است که بعداً خواهیم گفت اشکال ضمان مالم یجب با معلق بودن ضمان ناسازگار است. ثانیاً توجه به وجود مقتضی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۴۵)، خصوصاً اگر عرفاً در آینده بسیار نزدیک در معرض وقوع باشد (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۴)، ضمان مالم یجب بودن مضر نیست. بر این اساس مثلاً غضب «سبب» است و «تلف» شرط، یعنی وجود ضمان برای بدل در حین ضمان وجود دارد و تلف تنها کاشف است بر تعلقش به ذمه؛ شبیه اجازه در معامله فضولی (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۱۳۲). لذا این نوع ضمانت از این جهت با مانعی مواجه نبوده و مشمول عموماً می‌گردد. به عبارت دیگر، با توجه به منشأ بودن قریبه عرفیه، موضوع بحث به نظر عرف از قبیل «ضمان مالم یجب» نیست، هر چند به دقت عقل این گونه باشد، در حالی که امور شرعی مبتنی بر دقت‌های عقلی نیست (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۰). لذا می‌بینیم که در مواردی، علی‌رغم ضمان مالم یجب بودن به طور مسلم، حکم به صحت ضمان مالم یجب شده است که ظاهراً تنها جهت توجیه آنها این است که آن موارد عرفاً در معرض وقوع و تحقق‌اند، به گونه‌ای که اشخاص متعارف درباره صحت ضمان در آن



فقه

موارد شک نمی کنند (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۴). ثانیاً دلیلی از قبیل نص یا اجماع بر بطلان و عدم صحت ضمان مالیم، هر چند چنین ادعایی اشتها پیدا کرده است؛ زیرا فقهای مذکور در مواردی به طور قاطع حکم به صحت ضماناتی نموده اند که «ضمان مالیم یجب» محسوب می گردند و در مواردی هم راجع به آن اختلاف دارند و لذا اجماعی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۴۵).

## ۲-۵. استلزام ضمان معلق

اگر ضمانت از عین مربوط به بعد از تلف، یعنی تعهد به مثل یا قیمت باشد، از حالت ضمان به خود عین مشکل تر است؛ چون این حالت برگشت به تعلیق در ضمان می کند که اجماع بر بطلان آن است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۲)؛ زیرا اگر ضمانت از عین، تعهد به مثل یا قیمت باشد، یعنی ضمان اولاً و بالذات در ظرف تلف به بدل تعلق گیرد، در این صورت اگر منظور از ضمان التزام به رد باشد، معنایش این است که درباره رد خود عین، حکم فعلی است و درباره مثل یا قیمت تعلیقی و بر فرض تلف. پس، از آنجا که حکم اشتغال ذمه به بدل بر فرض تلف تعلیقی و حکم ضمان در عین مضمونه، مثل ضمان غاصب، تنجیزی است، چگونه ممکن است یکی از آن دو معنای دیگری باشد؟ (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۱۳۲).

اگر مراد از اشتغال ذمه به آن به صورت معلق باشد، از قبیل انشای معلق است که اجماعاً باطل است؛ چون تعلیق جز در موارد خاص مانع صحت عقد و ایقاع است، و اگر مراد ضمان به صورت واجب معلق باشد، در این صورت ضمان حالی و مضمون استقبالی است، و از آنجا که ضامن، تابع مضمون عنه است و هر وقت چیزی هر چند به صورت واجب معلق بر ذمه مضمون عنه ثابت نباشد، در ذمه ضامن هم ثابت نمی شود، در این حالت ضمان اصطلاحی نیست، بلکه ضمان عرفی است که محل بحث فقها نیست.

در نقد استدلال مذکور می توان گفت که اولاً تنها دلیل بر بطلان ضمان معلق اجماع است و حال اینکه در محل بحث وجود اجماع مورد اشکال است، زیرا بزرگانی از فقها مثل شیخ در مبسوط (شیخ طوسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۳۶)، محقق در شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۳ق،



ج ۲، ص ۱۰۹)، علامه در تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۹۰) و قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۷۸) قائل به صحت آن هستند. ثانیاً این نوع ضمانت در واقع از اقسام تعلیق بر مقتضای عقد است که صحت آن بلامنازع است، و بر این اساس مناقشه بر ادعای اجماع درباره اصل مسئله ظاهر می‌گردد. پس دلیلی بر بطلان ضمان از این جهت هم نیست. ثالثاً مفهوم ضمان همان تعهد است که مطلقاً فعلی است و تعلیق نیز در اثر آن است، نه در ذات تعهد. در چنین مواردی اصلاً دلیلی بر بطلان نیست، بلکه در بسیاری از عقود مانند جعاله، سبق، رمایه، سلف، نسبه و... واقع شده است (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۴).

## ۲-۶. عدم صلاحیت عرف جهت تصدیق موضوع

رجوع به صدق ضمان با مراجعه به عرف ممنوع است؛ زیرا با وجود نهی شرعی و ثبوت ضمان از نظر نص و فتوا، جایی برای دخالت عرف وجود ندارد، و همچنین ادعای ثبوت شرعیت آن به‌طور مطلق نیز ممنوع است، چون خود این مسئله محل اشکال و نزاع است و جماعتی از فقیهان مخالف ثبوت شرعیت بر وجه مذکورند (بحرانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۳۳). پاسخ اینکه بدون شک ضمان از جمله عناوینی نیست که در ادبیات فقهی دارای حقیقت شرعیه باشد و در هیچ‌یک از متون روایی نیز ردعی درباره ضمانت از عین به عمل نیامده است، لذا ضمان همانند سایر عناوین عقود و ایقاعات از مفاهیم عرفیه است و مادامی که شارع از آن ردع ننموده باشد تحقق آن دائرمدار صدق عرفی است؛ بنابراین هرگاه صدق عنوان صحیح باشد، بدون شک ادله نیز شامل آن می‌گردد. مقتضی مرتکبات نیز بر صحت عقد ضمان از عین است. بر این اساس، این ادعا که تمسک به عمومات و اطلاعات از قبیل تمسک به دلیل در موضوع مشکوک است، ممنوع می‌باشد؛ زیرا مطابق فرض عرف آن را ضمان می‌بیند و لذا موضوع محرز است و ادله نیز ناظر به موضوع عرفی‌اند، پس بدون اشکال بر مورد بحث، به‌گونه حقیقت عرفی، ضمان صدق می‌کند، و بر فرض پذیرش این ادعا که به حسب اصطلاح فقیهان، ضمان در غیر این معنی عرفی و به‌صورت عرف خاص حقیقت پیدا کرده، مانع از حمل اخباری مثل «الزعم غارم» ر آن نمی‌گردد، چون عرف خاص معارض عرف عام نیست (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۱۳۱).

### ۳. نظر برگزیده

ضمان عبارت است از وجود اعتباری چیزی در عهده و ذمه؛ چون وجود واقعی شیء، همانند دیگر اعراض و جواهر خارجی، در خارج وجود دارد و از قبیل موجودات عالم اعتبار تشریحی نیست. در این مفهوم ضمان فرقی میان ضمان المسمی (قراردادی) و ضمان واقعی نیست. نهایت امر اینکه در ضمان المسمی مالیت شیء را در مقدار مشخصی تعیین می‌کنند، اما آنچه در ضمان واقعی به ذمه می‌آید، مالیت شیء است، به گونه‌ای که اگر قیمی باشد قیمت، و اگر مثلی باشد مثل آن. لذا ضمان در عقد صحیح و فاسد به یک معنا است. ظاهر از ضمان در اعیان مضمون، بودن خودش در ذمه است، آن گونه که مقتضی ظاهر دلیل ضمان مانند علی‌البدل این است که خود مأخوذ ثابت در ذمه است و چون این مفهوم از ضمان مانع عقلی و غیرعقلی ندارد، التزام به آن لازم است.

اگر اشکال شود که با توجه به وجود خارجی اعیان چگونه ممکن است در ذمه بیایند، چون لازمه‌اش وجود شیء واحد در دو محل است که دارای محذور عقلی است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۱۴)، در پاسخ می‌توان گفت که اگر وجودها مختلف باشند، مثل وجود خارجی، ذهنی و اعتباری، در این صورت در تعدد وجود محذوری نیست. خارج ظرف وجود حقیقی است و ذمه ظرف وجود اعتباری، لذا مانعی ندارد یک شیء دارای دو وجود اعتباری و خارجی باشد، همانند وجود ذهنی. همان گونه که ممکن است برای موجود خارجی وجود ذهنی باشد، جایز است برای آن وجود ذمی باشد. بر این اساس چون غاصب و امثال او درباره عین مشغول‌الذمه هستند، ضمان از او صحیح است و به موجب ضمان ذمه‌اش از عین بری و ذمه ضامن به آن مشغول می‌گردد.

همان گونه که اعتبار دین در ذمه ضامن و نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن صحیح است، اعتبار عین در ذمه او هم صحیح است، چون اعتبار خفیف‌المؤونه است. مطابق بیان محقق سبزواری در مهذب الاحکام، نظر جمعی از مشایخ<sup>۱</sup> درباره اعیان

۱. ظاهراً منظورشان محقق عراقی است.



مضمونه و ملحق به اعیان مضمونه این است که خود عین بشخصه در ذمه غاصب است و به موجب تلف یا تعذر رد، خود مال یا نوع آن عین به مالیت و دادن مثل یا قیمت در زمان ادا تبدیل پیدا می کند (سبزواری، ۱۴۰۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۴)، لذا در اینجا نیز ضمان از عین جایز است، بدین صورت که خود عین در ذمه ضامن اعتبار گردد، بدون اینکه محذوری پیش آید. به عبارت دیگر، امکان اعتبار عین در عهده وجود دارد، اعم از اینکه بر عهده یک شخص باشد یا چند شخص به صورت طولی، همانند ایادی متعاقبه.

مرحوم بجنوردی در امکان تصویر در ذمه بودن اعیان مضمونه می نویسد:

امکان تصویر اعیان مضمونه به وجود اعتباری شان در ذمه است، نه به وجود حقیقی آنها، چون این حالت غیر معقول است. به این معنی، معنای ضمان عین این است که عین خارجی به وجود اعتباری شان در ذمه اعتبار می گردد، چون ذمه ظرف اعتبار است نه ظرف موجود خارجی، و از همین رو گاهی فقها از ذمه به عهده یا رقبه تعبیر می کنند. معنای حدیث شریف «علی الید» این است: هر مالی، اعم از عین یا منفعت که شخص بر آن سلطه پیدا کند و سلطه اش مالکانه یا مأذون شرعی و مالکی نباشد، آن مال در ذمه اش اعتبار می گردد و ذمه اش تا ادای آن مشغول است. پس فراغ ذمه اش به ادا کردن آن چیزی است که در ذمه اش اعتبار شد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۲۰).

بنابراین ضمان عین عبارت است از اعتبار آن عین در ذمه و عهده ضامن. اسباب ضمان عین نیز مثل اسباب ضمان مال متعدد است که از جمله آن عقد ضمان است. لذا وقتی شخصی بگوید «أنا ضامن للعین الفلانیه»، آن عین در عهده و ذمه اش اعتبار می گردد و ذمه اش بری نمی گردد، مگر به رد عین در صورت بقا یا رد مثل و قیمت در صورت تلف. پس ضمان عین فی حد نفسه اشکالی ندارد.

اما در خصوص این مطلب که حکم اولی در اعیان مضمونه بر وجوب رد است و آن هم ضمان بردار نیست، می توان گفت که وجوب رد از احکام عدم اذن در استیلا بر عین است، پس زمانی که اذن حاصل شد رد واجب نیست، هر چند با ضمان باشد؛ مثل مقبوض به سوم که مضمون است و مادامی که شخص مشغول به سوم است ردش

واجب نیست، اما در صورت عدم اذن رد واجب می‌گردد، حتی اگر ضمانی هم وجود نداشته باشد؛ مثل وجوب رد مورد امانت پس از پایان مدت با اینکه امین ضامن نیست، با این حال مکلف به رد مال است. بنابراین وجوب رد مال نه به معنای ضمان است و نه از احکام ضمان. مضافاً اینکه ضمانت از عین منافی با نقل به ذمه بودن ضمان هم ندارد، زیرا ضمان غاصب و ضمان ضامن دو حکم مثبت هستند و هیچ‌گونه تنافی میان آنها وجود ندارد.

اگرچه فقیهان در بیان شرایط حق مضمون گفته‌اند که باید مال باشد و در ذمه هم باشد و بر آن نقل اجماع شده است، و همچنین گفته‌اند که ضمان موجب نقل مال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است، با این حال در موارد زیادی با آن مخالفت کرده‌اند؛ از جمله:

۱. اعیان مغضوبه در صورت بقای عین؛ با اینکه در حین ضمان رد مال بر ذمه ثابت است، نه خود مال، و در صورت تلف هم «ضمان مالیس فی الذمه» است.
۲. ضمان در کی که به موجب تصرفات مشتری حادث می‌شود؛ با اینکه در حین ضمان در ذمه مضمون‌عنه وجود ندارد.
۳. ضمان عهده ثمن با وجود عین ثمن.
۴. در مثل «اللق متاعک فی البحر وأنا ضامن»؛ با اینکه مالی بر ذمه مضمون‌عنه نیست. لذا در مقام جمع می‌توان گفت که هر چند «تعلق ذمه به مال» فی الجمله اجماعی است، ولو به قیمت آن به شرط تلف یا وجوب رد در صورت بقا، با این حال شرط مذکور را حمل می‌کنیم به اینکه منظور این است که متعلق ضمان نفس نیست و فقیهان می‌خواسته‌اند با این قید کفالت خارج شود و همچنین «ضمان مالایملک یا حرام التملک» صحیح نیست و اجماع در «اشترط در ذمه بودن» ناظر به این است که در زمان ضمان اصلاً چیزی در ذمه نباشد، مثل اینکه شخص به دیگری بگوید هر آنچه را فلانی می‌خواهد به او بده و من ضامن او هستم. همچنین اجماعی بودن بطلان ضمان مالم یجب هم مربوط به جایی است که نه اشتغال ذمه باشد و نه سبب آن حاصل شده باشد و نه ضرورتی بر آن داعی باشد (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۸۴).





به نظر می‌رسد بر مبنای نظر فقهای امامیه که ضمان به معنای نقل ذمه است، می‌توان عقد ضمان را درباره اعیان جاری نمود؛ خواه خود عین موجود باشد و یا تلف شده باشد. در تمام اینها چون مضمون‌عنه اشتغال ذمه دارد، ضامن می‌تواند نقل ذمه به ذمه کند، یعنی از مضمون‌عنه تفریغ ذمه کند و به ذمه خود منتقل نماید.

اما این گفته که اگر ضمان مربوط به صورت تلف باشد از قبیل ضمان مال‌م‌یجب و واجب معلق است، هر دو حالت باطل است. ظاهراً تصور آنها این است که ضمان بعد از تلف محقق می‌گردد، لذا می‌گویند کسی که الان ضامن می‌شود و می‌گوید «من ضامنم و اگر مال تلف شود مثل و قیمت آن را می‌دهم»، این ضمان مال‌م‌یجب است، حال اینکه اگر واجب معلق باشد، دیگر ضمان مال‌م‌یجب نیست، چون ضمان مال‌م‌یجب یعنی ضمانی که وجوب نداشته باشد. در مقابل، امضای وجوب معلق یعنی وجوب فعلی و واجب استقبالی است. اگر وجوب فعلی باشد مشکلی وجود ندارد. مشکل در خود واجب معلق است که غیر عقلایی و غیر قابل پذیرش است. واجب معلق همیشه مشروط است، و مطابق بیان مرحوم آخوند در کفایه، هر جا وجوب فعلی بود، واجب هم باید فعلی باشد، و هر جا واجب استقبالی بود واجب فعلی معقول نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۵۴). همچنین با توجه به گفته دکتر لنگرودی، کسانی که این گونه ضمان را از قبیل واجب معلق می‌دانند، نباید آن را به حکم ضمان مال‌م‌یجب باطل تلقی کنند. در مقابل کسی که می‌گوید ضمان مال‌م‌یجب است، دیگر مسأله واجب معلق را نباید مطرح کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۱۰۰).

### نتیجه‌گیری

۱. بدون شك ضمان فاقد حقیقت شرعیه است و همانند سایر عناوین عقود و ایقاعات از مفاهیم عرفیه است و مادامی که شارع از آن ردع ننموده باشد تحقق آن دائر مدار صدق عرفی است.
۲. با صدق عنوان عموماتی مثل «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» و «المومنون عند



شروطهم»، بدون تردید این عموماً دلالت بر صحت چنین ضمانی داشته و دلالت بر الزامی بودن مفاد آن دارند.

۳. موضوع ضمان مال است نه دین، و همچنین مقتضای قاعده این است که کلیت موضوع تعهد، عنصر عقد ضمان نباشد، زیرا فرق مؤثر بین تعهد کلی و تعهد جزئی دیده نمی‌شود. از آنجا که ضامن، عین موجود را ضمانت می‌کند که غایت آن وجوب رد عین است، بنابراین صدق می‌کند که ضامن مال شده است؛ زیرا تعهد به تسلیم مال نیز مانند تعهد به تملیک آن جنبه مالی دارد.

۴. دلیلی نداریم که ضمان در همه موارد ناقل ذمه باشد، بلکه انتقال مضمون به ذمه ضامن و براءت مضمون‌عنه در ضمان، جنبه غالبی دارد نه کلی. همچنین با شرط ضم ذمه در عقد ضمان، نه مخالفت با نقل صورت می‌گیرد و نه مخالفت عقلی.

۵. در ضمانت از عین درباره تلف، نه ضمان مال می‌یابد و نه موجب تعلیق مبطل ضمان می‌گردد؛ زیرا منظور از ضمان مال می‌باشد، ضمان مال می‌باشد، هر چند به صورت واجب معلق باشد. آنچه به نحو واجب معلق ثابت می‌گردد، ثابت و واجب است، نه مال می‌یابد. از طرفی این نوع ضمانت در واقع از اقسام تعلیق بر مقتضای عقد است که صحت آن بلامنازع است و با توجه به وجود مقتضی، خصوصاً اگر عرفاً در آینده بسیار نزدیک در معرض وقوع باشد، ضمان مال می‌یابد مضر نیست.



## فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول (چاپ اول). قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲. ابن اثیر، مجدالدین. (۱۳۶۷). النهایه (چاپ چهارم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳. ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (چاپ اول). قم: مکتب الإعلام الاسلامی.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق). لسان العرب (چاپ اول). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۴ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان (چاپ اول، مصحح: مجتبی عراقی - علی پناه اشتهااردی - حسین یزدی اصفهانی). قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۶. بجنوردی، سیدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: الهادی.
۷. بحر العلوم، سیدمحمد. (۱۴۰۴ق). بلغة الفقيه (چاپ چهارم). تهران: نشر مکتبه الصادق.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۱۴ق). الحدائق الناضره (محقق: محمدتقی ایروانی). قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۹. بندریگی، محمد. (۱۳۸۹). فرهنگ عربی فارسی منجد الطلاب (چاپ اول). تهران: انتشارات اسلامی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۲). عقد ضمان (چاپ اول). تهران: شرکت سهامی کتاب های جیبی.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۶). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (چاپ دوم). تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۲. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح. بیروت: دار العلم للملایین.
۱۳. حائری طباطبایی، سید محمد مجاهد. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۱۴. حسینی عاملی، سید محمدجواد. (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول). بیروت: مؤسسة النشر الاسلامی.
۱۵. خوانساری، موسی. (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیه المكاسب. تهران: المکتبه المحمديه.



فهرست

۱۶. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). المفردات فی غریب القرآن (چاپ اول). بیروت: دار العلم - الدار الشامیه.
۱۸. زبیدی، محمدتقی. (۱۴۱۲ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). بیروت: مکتبه الاحیاء.
۱۹. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۰۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام. قم: مؤسسه المنار.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۷ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (چاپ اول، محقق: المؤسسة المعارف الاسلامیه. قم: المؤسسة المعارف الاسلامیه.
۲۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۶ق). المبسوط فی فقه الامامیه. بیروت: دار الاضواء.
۲۲. صدر، سید محمدباقر. (۱۳۷۹). حواله. فصلنامه فقه اهل بیت علیهم السلام، (۲۱)، صص ۳-۱۶.
۲۳. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۰۴ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مکتبه السید المرعشی علیه السلام.
۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۵ق). حاشیه مکاسب. تهران: مرکز نشر العلوم الاسلامی.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۷ق). عروة الوثقی (محشی، چاپ اول). قم: میثم تمار.
۲۶. طریحی، فخرالدین. (۱۴۰۴ق). مجمع البحرین. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). العین. قم: مؤسسه دارالهجره.
۳۰. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۵ق). قاموس المحيط. بیروت: دار العلم.
۳۱. کاتبی، حسینقلی. (۱۳۹۲). فرهنگ حقوقی فرانسه - فارسی (چاپ دوم). تهران: انتشارات گنج دانش.



۳۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). عقود معین (چاپ چهارم). تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات (چاپ اول). تهران: نشر یلدا.
۳۴. محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۳۵. محقق حلی، جعفر. (۱۴۰۳ق). شرائع الاسلام (چاپ اول). قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام للطباعة والنشر.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (چاپ اول). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. محقق قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱). جامع الشتات. تهران: چاپ کیهان.
۳۸. معین، محمد. (۱۳۷۱). فرهنگ فارسی معین. تهران: مؤسسه انتشاراتی امیرکبیر.
۳۹. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۹). عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی. میراث جاویدان، (۳۱-۳۲)، صص ۲۴-۱۲.
۴۰. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۳). عقد ضمان (چاپ دوم، محقق: ابوالفضل احمدزاده). تهران: مجمع علمی فرهنگی مجلد.
۴۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول، محقق: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی.
۴۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). مبانی العروة الوثقی (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخويي.
۴۳. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۱). ذمه و عهده در فقه شیعی. مجله فقه و اصول، (۹۰) صص ۱۷۶-۱۵۵.
۴۵. وزارت اوقاف و شئون اسلامیة کویت. (۱۴۱۸ق). الموسوعة الفقهية الكويتية. کویت: وزارت اوقاف.



فقه

## References

1. Akhund Khorasani, M. K. (1409 AH). *Kifayat al-Usul*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
2. Allama Heli, H. (1413 AH). *Qawa'ed al-Ahkam fi Ma'arif al-Halal va al-Haram*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
3. Allama Heli, H. (1414 AH). *Tazkirah al-Foqaha*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
4. Ardabili, A. (1404 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Azhan*. (1<sup>st</sup> ed., M. Iraqi., & A. Eshtehardi., & H. Yazdi Isfahani, Ed.). Qom: Mu'asisah al-Nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jama'at al-Mudaresin. [In Arabic]
5. Bahr al-Ulum, S. M. (1404 AH). *Balgha al-Faqih*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Al-Sadiq School Publications. [In Arabic]
6. Bahrani, Y. (1414 AH). *Al-Hada'eq al-Nazirah*. (M. T. Irvani, Ed.). Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
7. Bandarbeigi, M. (1389 AP). *Munjad al-Tollab Arabic to Persian Dictionary*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Islamic Publications. [In Persian]
8. Bojnourd, S. H. (1419 AH). *Al-Qava'ed al-Fiqhiyah*. Qom: Al-Hadi. [In Arabic]
9. Dekhoda, A. A. (1377 AP). *Dictionary*. Tehran: Institute of Publishing and Printing, University of Tehran. [In Persian]
10. Farahidi, Kh. (1409 AH). *Al-Ain*. Qom: Dar al-Hijra Institute. [In Arabic]
11. Firuzabadi, M. (1405 AH). *Qamous al-Muhit*. Beirut: Dar Al-Ilm. [In Arabic]
12. Haeri Tabatabai, S. M. M. (n.d.). *Kitab al-Manahil*. Qom: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
13. Hosseini Ameli, S. M. J. (1419 AH). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qava'ed al-Allamh*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
14. Ibn Athir, M. (1367 AP). *Al-Nahayah*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Persian]
15. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqa'is al-Loqat*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Maktab al-A'alam al-Islami. [In Arabic]
16. Ibn Manzur, M. (1408 AH). *Lisan al-Arab*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
17. Jafari Langroudi, M. J. (1352 AP). *Guarantee contract*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Pocket Books Company. [In Persian]



فقه

18. Jafari Langroudi, M. J. (1356 AP). *Extensive in Legal Terminology*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh Library. [In Persian]
19. Johari, A. (1410 AH). *Al-Sahah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'in. [In Arabic]
20. Katebi, H. (1392 AP). *French-Persian Legal Dictionary*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh Publications. [In Persian]
21. Katozian, N. (1374 AP). *Determined Contracts*. (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Publishing Company in collaboration with Bahman Borna. [In Persian]
22. Katozian, N. (1375 AP). *General Theory of Obligations*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Yalda Publications. [In Persian]
23. Khansari, M. (1373 AP). *Maniyah al-Talib fi Hashiyah al-Makasib*. Tehran: Al-Muhammadiyah Library. [In Persian]
24. Ministry of Endowments and Islamic Affairs of Kuwait. (1418 AH). *Al-Mawsu'ah al-Fiqhiyah al-Kuwaitiah*. Kuwait: Ministry of Endowments. [In Arabic]
25. Moein, M. (1371 AP). *Moein Persian Dictionary*. Tehran: Amirkabir Publishing Institute. [In Persian]
26. Mohaghegh Damad, S. M. (1388 AP). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
27. Mohaghegh Heli, J. (1403 AH). *Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom, Mu'asisah Alulbayt le Tab'a'ah va al-Nashr. [In Arabic]
28. Mohaghegh Qomi, A. (1371 AP). *Jame' al-Shatat*. Tehran: Kayhan Publications. [In Persian]
29. Mohaqeq Thani, A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qava'ed*. Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
30. Mousavi Bojnourdi, S. M. (1393 AP). *Guarantee contract*. (2<sup>nd</sup> ed., A. Ahmadzadeh, Ed.). Tehran: Majd Scientific and Cultural Association. [In Persian]
31. Mousavi Bojnourdi, S. M. (1379 AP). *Guarantee contract and its role in civil law*. Immortal Heritage, Fall and Winter 2000, 31-32, pp. 12-24. [In Persian]
32. Mousavi Khoei, S. A. (1418 AH). *Mabani Al-Urwa Al-Wothqa*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asiah Ihya Athar al-Imam Al-Khoei. [In Arabic]
33. Mousavi Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'a* (1<sup>st</sup> ed., The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works, Ed.). Qom: The In-



stitute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]

34. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
35. Nematollahi, E. (1391 AP). Duty and responsibility in Shiite jurisprudence. *Journal of Fiqh and Usul*, 90, 2011, pp. 155-176. [In Persian]
36. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Al-Mufradat Fi Gharib Al-Quran*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Ilm- Al-Dar Al-Shamiya. [In Arabic]
37. Sabzevari, S. A. A. (1403 AH). *Muhazab al-Ahkam fi Bayan al-halal va al-Haram*. Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
38. Sadr, S. M. B. (1379 AP). Hawaleh. *Journal of Fiqh Ahlul-Bayt*, 21, Spring 2000. [In Persian]
39. Shahid Thani, Z. (1417 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed., Islamic Knowledge Foundation. Qom: al-Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
40. Sheikh Tusi, M. (1406 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. Beirut: Dar Al-Azwa. [In Arabic]
41. Tabatabaei Hakim, S. M. (1404 AH). *Mustamsik al-Urvat al-Wosqa*. Qom: School of Sayyid al-Marashi. [In Arabic]
42. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1415 AH). *Hashiyah Makasib*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Arabic]
43. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1427 AH). *Urwa al-Wothqa*. (Mahshi, 1<sup>st</sup> ed.). Qom: Meysam Tamar. [In Arabic]
44. Tarihi, F. (1404 AH). *Majma' al-Bahrain*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
45. Zobeidi, M. T. (1412 AH). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamous*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Maktab al-Ihya. [In Arabic]



فقہ



## An Analysis of the Extent of the Prohibition of Retaliation against Pregnant Women from the Perspective of Criminal Law and Islamic Jurisprudence

Masha'allah Karimi<sup>1</sup>

Received: 27/09/2020

Accepted: 15/06/2021

### Abstract

The urgency and certainty of the execution of final criminal sentences are emphasized by the Sharia and the penal system. However, in some cases, according to the propositions of Islamic jurisprudence and - consequently - the penal system, such as qisas (retaliation) of a pregnant woman until after childbirth, and in case of fear of losing the baby until the appropriate time, this type of urgency is prohibited. However, the scope of this prohibition has not been well clarified due to the lack of specific research. Therefore, the question of the scope of this prohibition in conflict with the avenger of blood's right is an issue that needs to be explored until the answer stage. How to respect the right of the avengers of blood and preserve the life of the fetus in the shadow of the conflict between these two rights is one of the basic rules of Islamic jurisprudence and the Iranian penal system, which legitimizes the commitment of judicial authorities and avenger of blood. The current study has been carried out with the aim of reducing the applicability of this ruling and removing ambiguity from the legislator's approach in the light of recognizing the arguments related to the aforementioned ruling and explaining the scope of action by eliminating the conflict between the two rights. Achieving this goal in the light of comparative description and analysis of jurisprudential propositions and criminal law is possible through collecting library data, the result of which is to explain the reduction of the prohibition and prevent its possible consequences in the criminal justice system of Iran.

### Keywords

Pregnancy, avenger of blood, childbirth, regaining qisas.

---

1. Assistant Professor of Law, Ayatollah Boroujerdi University, Boroujerd, Iran.

karimi\_b2003@yahoo.com

---

\* Karimi, M. (1400 AP). An Analysis of the Extent of the Prohibition of Retaliation against Pregnant Women from the Perspective of Criminal Law and Islamic Jurisprudence. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 137-165. Doi: 10.22081 / jf.2021.57912.2066



## واکاوی گستره منع قصاص زن باردار از دیدگاه حقوق کیفری و فقه اسلامی

ماشاءالله کریمی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۰۶

### چکیده

فوریت و حتمیت اجرای احکام جزایی قطعی مورد تأکید شرع و نظام کیفری است. اما در مواردی به موجب گزاره‌های فقه اسلامی و -به تبع آن- نظام کیفری مانند قصاص زن باردار تا پس از زایمان، و در صورت بیم تلف نوزاد تا زمان مقتضی، ممنوع گردیده است. اما قلمرو ممنوعیت یادشده به جهت انجام نیافتن پژوهشی ویژه به‌خوبی روشن نگردیده است. از این رو پرسش از گستره این ممنوعیت در تراحم با حق ولی دم، موضوعی است که نیازمند کاویدن تا مرحله پاسخی درخور است. چگونگی رعایت حق ولی دم و حفظ حیات جنین در سایه تعارض میان این دو حق، از قواعد اساسی فقه اسلامی و نظام کیفری ایران است که مبنای پابندی مقامات قضایی و ولی دم به آن را مشروعیت می‌بخشد. پژوهش حاضر با هدف کاستن از اطلاق این حکم و ابهام‌زدایی از رویکرد قانون‌گذار در پرتو شناخت ادله ناظر بر حکم یادشده و تبیین گستره عمل به آن از طریق رفع تراحم میان دو حق، انجام یافته است. رسیدن به این مقصود در پرتو توصیف و تحلیل تطبیقی گزاره‌های فقهی و حقوق کیفری با گردآوری داده‌های کتابخانه‌ای میسر است که دستاورد آن تبیین کاستن از اطلاق ممنوعیت وارده و پیش‌گیری از تبعات احتمالی آن در نظام دادرسی کیفری کشورمان است.

### کلیدواژه‌ها

حمل، ولی دم، زایمان، استیفای قصاص.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی<sup>ع</sup>، بروجرد، ایران. karimi\_b2003@yahoo.com

\* کریمی، ماشاءالله. (۱۴۰۰). واکاوی گستره منع قصاص زن باردار از دیدگاه حقوق کیفری و فقه اسلامی. فصلنامه فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۱۳۷-۱۶۵. Doi: 10.22081/jf.2021.58944.2139



فَهْلَة

## ۱. مقدمه

احکام کیفری پس از قطعیت لازم‌الاجرا هستند، مگر در شرایطی خاص که تا برطرف شدن عذر به‌طور موقت به تعویق می‌افتند. در این راستا ممنوعیت قصاص زن باردار که در قرآن (اسراء، ۳۳؛ فاطر، ۱۸) و روایت (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۷) مورد تأکید قرار گرفته است، از سال ۱۳۶۱ وارد نظام کیفری ایران گردید. از آن پس تاکنون قانون‌گذار ما این ممنوعیت را به‌عنوان یک ضرورت حفظ نموده است تا به مصداق قاعده فقهی لاضرر، اجرای احکام جزایی موجب اضرار به غیر نگردد. از این رو به حکم «شرع»، «عقل»، «اصل احتیاط تام در دماء»، «قاعده لاضرر» و «قاعده جمع»، حق حیات جنین بر حق ولی دم مقدم می‌گردد تا با تأخیر در استیفای قصاص از زن باردار، هم حیات جنین حفظ شود و هم حق ولی دم پس از زایمان استیفا گردد. اما پذیرش مطلق این ممنوعیت و تعیین نکردن چارچوب برای آن - که موضوع بررسی این نوشتار است - ممکن است راه سوءاستفاده و از بین بردن حق مکتسب ولی دم گردد.

## ۲. پیشینه بحث

اجرانکردن قصاص زن باردار به‌عنوان ممنوعیت کیفری خاص در حقوق اسلامی، به‌استناد اصل چهارم قانون اساسی، طی حکمی کلی (ماده ۴۳۷ قانون مجازات اسلامی) مورد توجه قانون‌گذار ما نیز قرار گرفته است. پیرامون این ممنوعیت چند اثر پژوهشی در سال‌های اخیر انجام یافته است که از جمله مهم‌ترین آنها عبارتند از: ۱. پایان‌نامه خانم آسو محمودپور (۱۳۹۱) در دانشگاه قم، با عنوان «مجازات زن حامله در حقوق ایران و اسلام»، ۲. پایان‌نامه خانم نرگس پستویی (۱۳۸۹) در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، با عنوان «بررسی سیر تحولات تاریخی حقوق جزای زن (باب قصاص و دیه) در فقه و حقوق موضوعه» و پایان‌نامه خانم معصومه رضایی (۱۳۹۴) در دانشگاه یزد، با عنوان «حقوق و تکالیف زنان باردار در امور مدنی و جزایی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران». در این خصوص پژوهش‌های یادشده تنها راجع به لزوم رعایت این قاعده کلی به‌عنوان واکنش حمایتی و حقوق و امتیازات زن باردار در حالات بزه‌کاری/ بزه‌دیدگی

و ابهام ناشی از عدم قانون‌گذاری مناسب بر مبنای اصل شخصی بودن و فردی کردن مجازات درباره زنان باردار، به‌ویژه در زمینه حدود و قصاص، مطالبی مورد بحث قرار گرفته است، اما در هیچ‌یک از آنها جزئیات این حکم کلی بررسی نشده است. لذا آنچه این نوشتار را متمایز از پژوهش‌های انجام‌یافته می‌نماید، دو ویژگی زیر است:

۱. واکاوی اختصاصی ممنوعیت قصاص زن باردار با جزئیات و حالات احتمالی آن از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق کیفری، در پرتو آیات و روایت، به‌ویژه قاعده تزامم میان اهم و مهم.

۲. ابهام‌زدایی از سکوت خواسته یا ناخواسته قانون‌گذار در بیان این حکم مطلق، بر پایه ادله یادشده، به‌منظور کاستن از اطلاق موارد کاربست آن و نیز احتراز از پایبندی مجریان حکم به آثار و لواحق آن.

### ۳. مفهوم فقهی و حقوقی جنین

از باور برخی، حمل به موجودی گفته می‌شود که در رحم زن وجود پیدا می‌کند و آغاز وجود آن از تاریخ انعقاد نطفه است و انتهای آن ولادت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۵۲). بر اساس این دیدگاه، هر یک از موجودات در مسیر تحولاتی که برای رسیدن به یک هویت سپری می‌کند، هر اندازه که حرکت بیشتری صورت بگیرد و موجود بتواند به نقطه‌ای که هویتش در آن بروز خواهد کرد، نزدیک‌تر شود، تعیین و فعلیت او بیش‌تر و کامل‌تر می‌گردد... این یک جریان کاملاً طبیعی است که اختلاف دیدگاه‌های مکتبی، تفاوتی در آن ایجاد نمی‌کند. روایت «اسحاق بن عمار» (حُرّ عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۱۵)، دلیل صریحی بر اثبات مراحل تکون انسان از موقع استقرار نطفه در رحم است.

لذا چون موجودیت انسان از موقع استقرار نطفه در رحم آغاز می‌شود، پس تلف کردن آن تلف کردن مرحله‌ای از انسانیت است که در مسیر فعلیت و بروز هویت او قرار گرفته است؛ به همین دلیل نمی‌توان از بین بردن و سقط جنین انسانی را حتی پیش از وصول به هویت فعلی انسانی، با از بین بردن یک ماده مستعد به حیات مطلق که حتی جان‌داران نیز آن را دارا هستند مقایسه نمود (جعفری، ۱۴۱۹ق، صص ۲۴۷-۲۵۱).



اما برخی دیگر معتقدند که از ظهور روایات درباره جنین فهمیده می‌شود که مقصود از حمل، شامل مرحله‌ای است که روح در جنین دمیده شده باشد؛ زیرا قتل پس از دمیده شدن روح در جنین صدق می‌یابد. از این رو جنایت پیش از دمیده شدن روح، از مصادیق تلف، و پس از آن قتل محسوب می‌شود (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص ۴۴۵-۴۴۸). از جمع این دو دیدگاه برداشت می‌شود که در هر صورت و با عنایت به اطلاق ادله و نیز قواعد فقهی تقدم اهم بر مهم، لاضرر و...، با احتیاط، باید بر آن باشیم که نباید به هیچ‌روی حیات جنین، پیش و یا پس از دمیده شدن روح در آن، حتی با اجرای قصاص زن باردار که حق ولی دم است، مورد تهدید قرار گیرد.

#### ۴. دیدگاه‌های فقه اسلامی و حقوق کیفری پیرامون منع قصاص زن باردار

##### ۴-۱. دیدگاه اهل سنت

اهل سنت، به استناد قرآن (نحل، ۱۲۶؛ بقره، ۱۹۴؛ اسراء، ۳۳؛ فاطر، ۸) و روایت معاذ بن جبل به نقل از پیامبر اکرم ﷺ مبنی بر قصاص نشدن زن بارداری که مرتکب قتل شده بود (مقدسی، بی تا، ج ۹، صص ۲۹۴-۲۹۵؛ بهوتی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۷۴)، بر این باور اجماع دارند که استیفای قصاص از زن بارداری که مرتکب جنایت شده است، اعم از آنکه بارداری اش مشروع یا نامشروع باشد و یا پس از ارتکاب جنایت باردار شده باشد، تا پس از زایمان و نوشاندن آغوز به نوزاد که برای بقای سلامتی اش یا برای زنده ماندنش ضروری است، به تأخیر خواهد افتاد. همچنین در صورتی که پس از تولد کفیلی برای نگهداری از نوزاد، حتی با شیرهای جایگزین مانند شیر گاو، گوسفند و... یافت نشود، استیفای قصاص تا پس از دوران شیردهی به تأخیر می‌افتد (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۲۰؛ عوده، ۱۹۵۸م، ج ۲، صص ۱۴۹-۱۵۰؛ قرطبی اندلسی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۳۰؛ شافعی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۳؛ ربعی، ۱۴۳۲ق، ج ۱۲، ص ۵۶۰۳؛ بصری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۱۵؛ مقدسی، بی تا، ج ۹، صص ۲۹۴-۲۹۵؛ عثیمین، ۱۴۲۲ق، ج ۱۴، ص ۵۰؛ نووی، ۱۳۹۲ق، ج ۱۱، ص ۲۰۱؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۱۹۱؛ عاصمی، ۱۳۹۷ق، ج ۷، صص ۱۹۹-۲۰۰؛ بهوتی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۷۴؛ شیرازی، بی تا، ج ۳، ص ۱۹۳؛ عسقلانی، ۱۳۷۹ق، ج ۱۲، ص ۱۴۶؛ مروزی، ۱۴۲۵ق، ج ۷، ص ۳۵۶۳؛ أبوالمعالی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۶، ص ۱۵۷).



فقه

گذشته از اجماع به عمل آمده، برخی از آنان مانند الشعبی، مالک و ابو ثور، به استناد سیره حضرت امیر علیه السلام در باره شُراحة که به زنای خویش اقرار کرده بود، بر آنند که مجازات قصاص نفس را باید بلافاصله پس از زایمان در حق زنی که محکوم شده است اجرا نمود (نیسابوری، ۱۴۲۵ق، ج ۷، ص ۲۶۲).

#### ۴-۲. دیدگاه فقه امامی

فقه‌های امامی نیز به اجماع بر این باورند که استیفای قصاص نفس از زن باردار، به خاطر از بین رفتن جنین، تا پس از زایمان انجام نمی‌شود؛ زیرا جنین بی‌گناه است و نباید به خاطر رفتار مجرمانه دیگری از بین برود. در این راستا میان بارداری مشروع و نامشروع و نیز بارداری پیش از ارتکاب یا پس از ارتکاب و پیش از وجوب حکم تفاوتی نیست. همچنین بنابر اتفاق نظر فقها، زن باید آغوزش را پس از زایمان به نوزاد بنوشاند؛ زیرا به تعبیری نوشیدن آغوز سبب مقاوم شدن بدن نوزاد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۵۹) و به تعبیر دیگر نوشیدن آن برای زنده ماندن نوزاد ضروری است (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۶۲۸). در این میان برخی فقه‌های امامیه حق وابستگی غذایی نوزاد به مادر مجرمش را مقدم بر حق استیفای قصاص ولی دم یا مجنی علیه دانسته و واجب می‌دانند که ولی دم تا زمان استقلال غذایی نوزاد از مادر برای استیفای قصاص صبر کند. اما از نظر برخی دیگر، در صورت بودن دایه یا شیر جایگزین، حق ولی دم بر حق وابستگی غذایی نوزاد مقدم است و باید بلافاصله زن را پس از نوشاندن آغوز به نوزاد قصاص نمود (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۴۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۱۶۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۳۲۳؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۵۹).

به نظر می‌آید نه قول به وجوب نوشاندن آغوز از سوی مادر به نوزاد منطبق با واقع است، و نه قول به وجوب مطلق تأخیر اجرای قصاص تا پایان دوران شیردهی به نوزاد برای پیشگیری از تغییر در خلق و خوی نوزاد به واسطه شیر غیرمادر استدلال قابل‌پذیرشی است؛ زیرا بسیار دیده شده است که مادر به هنگام زایمان جان سپرده و نوزاد بدون نوشیدن آغوز زنده مانده است و یا در چنین وضعیتی نوزاد با شیر غیرمادر پرورش یافته است. از این رو این گونه نیک‌اندیشی‌ها ناظر بر استحباب است تا وجوب. باین همه،



تأخیر اجرای قصاص در مدت کوتاه نشان دادن آغوز، جهت مقاوم نمودن و تکمیل فرایند سلامت بدنی نوزاد در برابر خطرات احتمالی پسندیده تر است. همچنین در صورت عدم وجود مانع، همچون وابسته بودن نوزاد تنها به شیر مادر، چنانچه ولی دم با طیب خاطر پذیرد، استیفای قصاص به پس از دوران شیردهی موکول خواهد شد؛ در غیر این صورت و با عنایت به دگرگونی‌های شرایط کنونی بر خلاف گذشته و دسترسی به امکانات تغذیه‌ای مانند شیر خشک، مواد مکمل و نیز مراکز خدمات‌رسانی مانند بهزیستی، دیگر جای نگرانی برای تأخیر اجرای قصاص که در نظام کیفری اسلام از زمره حق‌الناس به شمار می‌رود وجود ندارد.

#### ۴-۳. دیدگاه حقوق کیفری

ضرورت عدم استیفای قصاص از زن باردار، به تبعیت از شرع مقدس و نظر مشهور فقهای امامی از سال ۱۳۶۱ به بعد در قانون کیفری ما انعکاس یافته است، اما آنچه در زمینه عدم استیفای قصاص از زن باردار در رویکرد قانون‌گذار (ماده ۴۳۷ قانون مجازات اسلامی) انعکاس یافته است، تنها اتکا به یک حکم کلی و پرهیز از ذکر جزئیات آن است. به‌طور قطع بی‌توجهی به جزئیات این ممنوعیت در فرایند دادرسی ممکن است در عمل تبعات احتمالی ناگواری برای مجریان حکم و افراد دخیل در پرونده به وجود آورد - که در مطالب بعدی به آنها اشاره خواهد شد -؛ زیرا که ممکن است فراوانی مخاطرات کنونی جوامع بشری نسبت به گذشته، مانند خطر تصادفات، ابتلا به بیماری واگیردار و -در شرایط امروزی- بیماری کرونا و... در دوران شیردهی، به مرگ زن و یا ولی دم بینجامد و در نتیجه زمینه اجرای حکم به دست تعویق بیفتد و یا به‌طور کلی منتفی گردد. از سوی دیگر باز گذاشتن پایان فرایند اعمال مجازات، آن هم از سوی قانون‌گذار، افزون بر مغایرت با حتمیت و فوریت مجازات‌ها، زمینه‌ساز تمسک به دستاویزی خواهد شد که قانون‌گذار خود آن را به دست داده است و در نتیجه مجازات بی‌محتوا خواهد شد؛ به‌گونه‌ای که پایبندی به اطلاق حکم ممنوعیت قصاص مرتکب، به‌صرف بارداری و بی‌توجه به زمان، منشأ، و مرتبه آن در ادوار مختلف دادرسی،



فقه

زمینه‌ساز گریز از مجازات خواهد شد و ممکن است مرتکب به امید فراهم شدن روزنه‌ای برای فرار از تحمل کیفر، به‌ویژه با عنایت به موارد اشاره‌شده، پس از وضع حمل نخستین، دوباره و حتی از راه نامشروع باردار گردد.

## ۵. فروض متصور در فرایند ممنوعیت اجرای قصاص از زن باردار

### ۵-۱. تزلزل حق ولی دم با به‌خطرافتادن جان زن در اثر بارداری

خطر ناشی از بارداری که تهدیدکننده جان زن، پیش یا پس از دمیده‌شدن روح در جنین و یا حتی به هنگام زایمان می‌باشد، ممکن است سبب تزلزل حق ولی دم گردد که در سایه قاعده تزاحم میان اهم و مهم موردبررسی قرار می‌گیرد.

### ۵-۱-۱. مرحله پیش از حلول روح

در این مرحله چنانچه ادامه بارداری زن به نظر متخصصان با خطر جانی همراه باشد، اما پدر جنین با آگاهی از محکومیت همسرش به قصاص خواستار ادامه بارداری باشد، در چنین وضعیتی فتوای موجود مبنی بر جواز، بلکه لزوم سقط جنین پیش از حلول روح است (مهرپور، ۱۳۷۲، ج ۳، صص ۲۲۸-۲۲۹)؛ زیرا در این فرض تزاحم میان اهم (حق ولی دم) و مهم (حفظ حیات جنین احتمالی) برقرار است و لذا حرمت درخواست ادامه بارداری برآمده از انتقای مصلحت اهم، یعنی لزوم استقرار حق ولی دم بر ذمه زن و مغایرت با قاعده لاضرر است. بر این اساس به چنین درخواستی توجه نخواهد شد و همچنان حق ولی دم مبنی بر استیفای قصاص مقدم بر حق پدر جنینی است که موجودی احتمالی با خوف تلف است.

### ۵-۱-۲. مرحله پس از دمیده‌شدن روح

این حالت دارای دو فرض به شرح زیر است:

فرض نخست: ادامه بارداری، قطعاً حیات مادر یا جنین دارای روح را تهدید می‌کند؛ لذا به‌لحاظ عدم ترجیح جان‌ها نسبت به یکدیگر برابر فتوای موجود (مهرپور، ۱۳۷۲، ج ۳، صص ۲۲۸-۲۲۹) باید منتظر ماند تا چه پیش می‌آید. پس اگر جنین در هنگام





زایمان تلف شود، مادر نیز به جهت استقرار حقّ ولی دم بر ذمه‌اش قصاص می‌گردد، اما چنانچه مادر هنگام زایمان فوت کند، حق ولی دم نیز به تبع از بین رفتن موضوع قصاص منتفی خواهد شد و به نظر مشهور فقهای شیعه، به دیه هم تبدیل نمی‌گردد؛ زیرا آنچه بدو و اصالتاً ثابت می‌شود قصاص است، نه یکی از دو مورد قصاص یا دیه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۵۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۶۱). اما قول غیرمشهور بر آن است که مجازات قتل عمد، قصاص یا دیه است که در این فرض، ولی دم می‌تواند مطالبه دیه نماید (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۷۵؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۸۳). در میان اهل سنت نیز همین اختلاف نظرها قابل مشاهده است (زحیلی، ۱۹۳۲م، ج ۷، صص ۶۰۰-۶۰۱؛ شیخ سید سابق، ۱۳۹۷ق، ج ۲، ص ۵۳۶؛ کاسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۲۴۶؛ مقدسی الجماعیلی، بی تا، ج ۹، ص ۳۲۱؛ بهوتی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۶۳۳؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۴۸؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ج ۷، ص ۲۹۹؛ شیرازی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۸).

در این زمینه رویکرد قانون‌گذار ما در ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی، متمایل به نظر غیرمشهور فقهای امامی است.

**فرض دوم:** ادامه بارداری قطعاً تلف مادر و جنین، هر دو، را با هم در پی خواهد داشت، لذا به حکم عقل و عمل به فتوای موجود (مهرپور، ۱۳۷۲، ج ۳، صص ۲۲۸-۲۲۹) باید از قاعده قرعه استفاده نمود و میان مادر و جنین با حضور ولی دم قرعه انداخت؛ پس چنانچه قرعه تلف به نام جنین افتد زن قصاص خواهد شد، اما چنانچه قرعه تلف به نام مادر افتد، چه به طور ضعیف بپذیریم که تلف مادر از باب استیفای قصاص که حق ولی دم است صورت می‌گیرد و چه بپذیریم که حق ولی دم به تبع منتفی شدن موضوع قصاص منتفی می‌گردد، نتیجه یکی است و مورد سالبه به انتفای موضوع است و دیه‌ای به ولی دم تعلق نخواهد گرفت.

## ۵-۲. احکام مربوط به استیفای قصاص از زن باردار

فرض نخست، قصاص زن باردار توسط ولی دم بدون توجه به حکم و اجازه حاکم: در این زمینه آرای غالب فقهی فریقین آن است که جنایت واقع بر جنین به دنبال قصاص مادر، اعم از آنکه ولی دم در باره وجود حمل آگاه باشد یا خیر، با توجه به اختلاف



مراحل جنین، مطلقاً پرداخت دیه است؛ با این تفاوت که اگر ولی دم دانسته اقدام به این کار نموده باشد، دیه جنین به دلیل شبه عمد تلقی شدن جنایت به عهده او است، و اگر نادانسته اقدام به این امر کرده باشد، دیه جنین به علت صدق خطایی بودن جنایت بر عهده عاقله او است (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۲۷؛ جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۲۰؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۴۳؛ موسوی خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۲، ص ۱۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۱۷۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، صص ۳۲۴-۳۲۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴ق، ص ۲۹۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص ۴۵۰-۴۵۳؛ سبحانی، ۱۱ بهمن ۱۳۹۰). در این حالت بقای تراحم میان اهم (حق حیات جنین) و مهم (حق قصاص ولی دم) و اینکه ولی دم برخلاف قاعده لا ضرر، اعمال حق خویش (قصاص مادر) را وسیله اضرار به نوزاد قرار داده است، پس عهده دار ضمان عمل خویش شناخته می شود.

فرض دوم، قصاص زن باردار توسط ولی دم با اجازه حاکم: در این خصوص گفته اند: «چنانچه مادر قصاصاً کشته شود و بچه او مرده به دنیا آید یا برای لحظاتی زنده متولد شود اما به دلیل مشکلات زیستی بمیرد به گونه ای که نوزادان شبیه او در چنین وضعیتی زنده نمی مانند، باید غُرّه<sup>۱</sup> پرداخت شود و چنانچه نوزاد زنده و بدون نواقص زیستی به دنیا آید به گونه ای که نوازادان شبیه او در چنین وضعیتی به حیات خود ادامه می دهند اما او به سبب آسیب های وارده ناشی از قصاص مادرش بمیرد، دیه باید پرداخت شود» (زحلی، ۱۹۳۲م، ج ۷، ص ۶۷۴). از این رو برخی بر آنند که حاکم به دلیل عهده دار بودن امر تحقیق و تفحص درباره بارداری زنی که محکومیت یافته است، به طور مطلق مسئول شناخته می شود و مسئولیتی متوجه ولی دم یا مأمور اجرا از جهت علم و جهل آنها به بارداری نیست (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۲۰؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۴۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، صص ۳۲۴-۳۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۵۵). اما از دیدگاه اکثر علمای عامه و خاصه، در تمامی حالات این فرض برای دریافت دیه به مباشر رجوع می شود (ابن قدامه، بی تا، ج ۹، صص ۴۴۹-۴۵۰؛ نووی، ۱۳۹۲ق، ج ۷، ص ۱۶؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۴۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴ق،

۱. مقصود از غُرّه، بنده و کنیز است؛ زیرا هر دوی آنها مال محسوب می شوند (قیمت هر کدام پنج شتر است؛ یعنی نصف عشر دیه).



فقه

ص ۲۹۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، صص ۳۲۴-۳۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۵۵؛ سبحانی، ۱۱ بهمن ۱۳۹۰).

اما باید توجه داشت که در متون فقهی یادشده، تنها از ضمان مباشر اجرای قصاص یا سبب آن (حاکم) در صورت علم به وجود حمل سخن به میان آمده و به نوع آن - که دیه باشد یا قصاص - اشاره نشده است. از سوی دیگر در این متون، موضوع از بین بردن جنین در اثر قصاص مادر با عباراتی مشابه و مبهم نگارش یافته است و تنها از حالات مختلف علم و جهل مباشر و سبب (حاکم) یا هر دوی آنها در اقدام به قصاص زن باردار بحث شده است. لذا به نظر می آید که مقصود نگارندگان این متون از علم مباشر یا حاکم به وجود حمل، ظنّ حاصل از حدس و گمان باشد؛ زیرا از علم به طور مطلق سخن گفته‌اند، بی آنکه علم به حکم (حرمت قصاص زن باردار) یا علم به موضوع (بارداری زن) از هم جدا شده باشد. بر این اساس، چنانچه جانی اراده ارتکاب فعل بدون قصد نتیجه را داشته باشد، جنایت او شبه عمد خواهد بود. در غیر این صورت، جنایت ارتكابی باید عمدی تلقی شود؛ زیرا برای تحقق جنایت عمدی، علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه هم باید احراز گردد (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۳۴۳؛ عاملی، ۱۳۹۸ق، ج ۱۰، ص ۱۰۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ص ۹۰۲)؛ وانگهی مقارنت و مطابقت بین علم و آگاهی و اراده ارتکاب در زمان ارتکاب جرم نیز شرط تحقق جنایت عمدی است.

با این حال برخی از فقها با استناد به روایتی از امام صادق علیه السلام که درباره سقط جنین کردن زنی فرموده بودند که اگر جنین دارای استخوان بوده و بر آن گوشت روییده باشد و چشم و گوش جنین تشکیل شده باشد، دیه بر عهده زن است که باید آن را به پدر فرزند بدهد (حز عاملی، بی تا، ج ۲۹، صص ۳۱۸، ۲۲۵)، جنایات عمدی بر جنین را مشمول پرداخت دیه از سوی مرتکب می دانند و بیان می دارند که چون روایت از قصاص قاتل جنین سخن نگفته است، پس متن روایت گویای آن است که قاتل جنین تنها به پرداخت دیه محکوم می شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص ۲۹۲؛ محسنی، ۱۳۸۲، ص ۶۲؛ طلعتی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۵؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۴، ص ۳۳۸). برخی مذاهب اهل سنت نیز قصاص قاتل

جنین را جایز ندانسته‌اند (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۱۱۷؛ سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۶، ص ۸۸؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۱۰۵؛ شروانی و العبادی، بی تا، ج ۹، ص ۴۳).

در مقابل، برخی از فقهای امامیه بر آنند که ذکر نشدن قصاص در این گونه روایات به جهت انتفای حکم قصاص نیست، بلکه به جهت آن است که این روایات تنها در مقام بیان حکم دیه‌اند (موسوی خونی، ۱۳۹۶ق، ج ۲، صص ۱۵۳، ۱۷۲؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۶، ص ۱۶۱). همچنین برخی از فقها صراحتاً قتل عمدی جنین کامل و دارای روح را موجب قصاص دانسته‌اند (سلار دیلمی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴۳؛ محقق اردبیلی، بی تا، ج ۱۳، ص ۳۳۸) و برخی این نظر را به مشهور فقها نسبت داده‌اند (سایت ویکی فقه، ۲۰ اردیبهشت ۱۳۹۳). برخی علمای مذاهب اسلامی مانند ابن حزم، ابن قاسم مالکی و ابن جوزی حنبلی نیز قصاص را در قتل عمدی جنین مشروع شمرده‌اند (ابن حزم، بی تا، ج ۱۱، ص ۳۱؛ غانم، ۲۰۰۱م، ص ۱۸۹).

در این زمینه، اما قانون‌گذار ما متأثر از نظریات فقهی گروه نخست امامیه، در ماده ۳۰۶ قانون مجازات اسلامی، به طور مطلق جنایت بر جنین را مشمول پرداخت دیه از ناحیه جانی بر شمرده است؛ حال آنکه در تبصره این ماده، جانی را در صورتی که جنین زنده به دنیا بیاید و سپس در اثر جنایت جانی بمیرد، سزاوار قصاص شناخته است.

در پاسخ به این سیاست دوگانه قانون‌گذار باید گفت مواردی که در روایت استنادی گروه نخست به آنها اشاره شده و امام علیه السلام به درستی حکم به پرداخت دیه نموده‌اند، ناظر به پیش از دمیده شدن روح در جنین است. لذا مستند قراردادن آن برای قصاص نکردن جانی به طور مطلق بی مورد است؛ زیرا بنابر تحقیقات پزشکی، شکل‌گیری چشم‌ها و جوانه زدن دست و پاها در هفته ششم بارداری رخ می‌دهد و شکل‌گیری گوش‌ها، دست و پاها، مشخص شدن انگشتان و همچنین چشم‌ها در جلوی صورت، در هفته دوازدهم (سه ماهگی) اتفاق می‌افتد (دبلیو سادلر، ۲۰۱۹م، صص ۴۷-۵۲). پس به طور قطع جنایات عمدی ارتكابی در این زمان علیه جنین مشمول پرداخت دیه است. بر این اساس، رویکرد کنونی قانون‌گذار مبنی بر عدم شمول قصاص به جنایات عمدی بر جنین در تمام مراحل، خلاف رسالت تقنینی قانون‌گذار است؛ زیرا بر اساس این رسالت تدابیر تقنینی باید به پیش‌گیری از ارتكاب بزه و بزه‌کاری بینجامد، نه آنکه محرک دارندگان زمینه



بزه کاری به ارتکاب بزه گردد. لذا پیامدهای ناگوار چنین رویکردی برای جامعه ممکن است یا گسترش سقط جنین‌های غیرقانونی باشد (اقدامی که به شدت مغایر ارزش‌های دینی در کشور اسلامی به شمار می‌رود)، و یا فراهم شدن بستر ارتکاب جنایت علیه جنین پیش از تولد، از سوی افرادی که به منظور برخورداری از سهم الارث بیشتر چشم به مطامع مادی دارند. از این رو ضروری است قانون‌گذار با پذیرش موضع سابق خود (ماده ۹۱ قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ و ماده ۶۲۲ قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵)، گامی مؤثر جهت کاهش تبعات ناخوشایند ناشی از رویکرد خود بردارد.

فرض سوم، قصاص زن بلافاصله پس از زایمان توسط ولی دم: در این فرض چنانچه ولی دم با علم به وابستگی حیات نوزاد به وجود مادر -مانند در دسترس نبودن شیر خشک، شیر دام‌های اهلی و دایه-، بلافاصله پس از زایمان زن را قصاص نماید و نوزاد نیز به سبب آن بمیرد، چون قتل مادر علت تأمه مرگ نوزاد محسوب می‌شود، عمل ولی دم مصداق قتل به تسبیب و موجب قصاص است. در غیر این صورت قصاص منتفی است، اما محتمل است مرتکب از باب پیشگیری از به‌هدر رفتن خون مسلمان، محکوم به پرداخت دیه نوزاد شود (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۲۰؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۴۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۵۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۱۶۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۳۲۳). استمرار ممنوعیت و حرمت قصاص در این حالت، از حیث وابستگی حیات نوزاد به وجود مادر است؛ زیرا به استناد قاعده لاضرر، ولی دم در راستای اعمال حق خویش (قصاص مادر) به نوزاد ضرر رسانده است، پس عهده‌دار ضمان عمل خویش است که در صورت عمدی بودن رفتارش محکوم به قصاص و در غیر این صورت محکوم به پرداخت دیه خواهد شد.

### ۳-۵. تردید یا ایراد شبهه بارداری پس از استیفای قصاص

در خصوص ایراد شبهه بارداری از سوی همسر یا بستگان زن، برخی با استناد به اصل عدم برآند که نیازی به شکافتن شکم زن نیست؛ زیرا این کار از مصادیق مثله کردن و مستلزم هتک حرمت مرده، و حرام است. اما از دیدگاه برخی، چون برداشت عرف

غالب جامعه از انجام تحقیقات، مثله کردن مصداق هتک حرمت و... نیست، لازم است تا حقیقت حتی با شکافتن شکم زن روشن شود.

در خصوص شک و تردید قاضی درباره وجود حمل نیز برخی لازم نمی‌دانند که قاضی دست به تحقیق و بررسی بزند؛ زیرا تحقیق در شبهات موضوعی به‌طور غالب لازم نیست و تجسس خلاف قاعده است، اما برخی باور دارند که قاضی باید بنابه تأکید شارع به حفظ دماء، حتی با شکافتن شکم زن تحقیق نماید تا موضوع روشن شود و در صورت باردار بودن، خون جنین به هدر نرود (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۴).

در این زمینه بهتر آن است که برای پیشگیری از اینگونه مباحث، قاضی اجرای احکام در قالب رویه‌ای قضایی پیش از اجرای قصاص با هزینه بیت‌المال، دستور گرفتن آزمایش بارداری را صادر و پس از دریافت پاسخ منفی آزمایش و درج آن در پرونده محکوم، اقدام به اجرای مجازات نماید.

## ۶. ادله عدم اجرای قصاص (نفس و عضو) زن باردار

مستندات حکم ممنوعیت قصاص از زن باردار عبارتند از:

### ۶-۱. قرآن

#### ۶-۱-۱. آیه حرمت اسراف

همان‌گونه که خداوند متعال در قرآن کریم اسراف در امور را به‌عنوان رفتاری مذموم که آسیبی بر پیکر اخلاق، اقتصاد و سلامتی فرد و جامعه است، موردنهی قرار داده است (انعام، ۱۴۱؛ اعراف، ۳۱) و در کلام معصومان علیهم‌السلام نیز اسراف رفتار شیطانی و زایل‌کننده نعمت توصیف شده است (حرانی، ۱۴۰۴ق، ص ۴۰۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۵۰، ص ۲۹۲)، به‌طریق اولی برابر کلام وحی (اسراء، ۳۳)، اسراف در قتل که مصداق بارز آن استیفای قصاص از زن باردار است، به دلیل زیاده‌روی در اعمال مجازات درباره جنین بی‌گناه، عملی ممنوع به شمار می‌رود.

#### ۶-۱-۲. آیات مسئولیت شخصی

از مفهوم آیات قرآن کریم پیرامون مسئولیت شخصی افراد در قبال رفتارشان (بقره، ۱۳۴؛





مدر، ۳۸؛ فاطر، ۱۸)، به دست می‌آید که در نظام حقوقی اسلام، هر کس تنها در گرو رفتار و کردار خود بوده و باید در برابر اعمال خویش پاسخ‌گو باشد و هیچ‌کس را نمی‌توان مسئول اعمال دیگران دانست؛ زیرا گذاشتن بار کسی بر دوش دیگری، به‌لحاظ عقلی امری زشت و ناپسند است. از این رو چون جنین برابر اصل برائت بی‌گناه است، پس نباید به‌واسطه جرم ارتكابی مادرش مجازات گردد.

### ۳-۱-۶. آیات تناسب جرم و مجازات

از مفهوم آیات قرآن کریم (شورا، ۴۰؛ نحل، ۱۲۶؛ بقره، ۱۹۴) پیرامون رعایت تناسب و برابری میان جرم و مجازات و خارج‌نشدن از مسیر عدالت، به دست می‌آید که سرپیچی از فرامین الهی و عمل نمودن بر اساس تمایلات شخصی، مانند فرونشاندن شعله خشم درون و... قطعاً به تجاوز از حد و مجازات بیش‌ازاندازه می‌انجامد که این امر موردنهی خداوند است (بقره، ۱۹۰). لذا چون بنای مجازات قصاص در اسلام، مماثلت و برابری است، پس استیفای قصاص از زن باردار نمونه‌ای آشکار از این تعدی به شمار می‌رود که به‌طور مطلق انجام آن نهی شده است؛ چراکه اسلام دین تجاوز و تعدی نیست، پس تعدی و تجاوز حتی در برخورد با مجرمان را نپذیرفته است و درست بر پایه همین منطق، سه دسته آیات یادشده، به ما اجازه اسراف در کشتن، تحمیل مسئولیت گناه‌کار بر بی‌گناه و نیز عدم رعایت تساوی و برابری در اعمال مجازات را نمی‌دهند.

### ۲-۶. سنت

ممنوعیت اجرای استیفای قصاص نفس بر زن باردار و نیز ممنوعیت مؤاخذه کسی به‌جای دیگری، در روایات متعددی از معصومان علیهم‌السلام مورد تأکید قرار گرفته است؛ از جمله روایت «المراة إذا قتلت عمداً لا تُقتل حتى تَضَع ما فی بطنها إن كانت حاملاً و حتى تکفل ولدها...» (شافعی، ۱۴۰۰، صص ۳۱۷-۳۱۸؛ قزوینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۹۹؛ عوده، ۱۹۵۸م، ج ۲، ص ۱۴۹؛ سجستانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۴۹؛ حُرّ عاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۳۸۱؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۵۵؛ طباطبائی بروجردی، ۱۳۹۹ق، ج ۲۵، ص ۳۶۵).

## ۳-۶. اجماع

پیرامون اجماع بر ممنوعیت استیفای قصاص از زن باردار، برخی ادعای اجماع کرده و نوشته‌اند: «اهل قبله همگی بر این امر اجماع دارند که زن باردار هرچند بارداری او پس از وقوع جنایت و از راه نامشروع پدید آمده باشد، تا پس از زایمان قصاص نمی‌شود» (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۴۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۳۲۲؛ جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۱۹؛ عوده، ۱۹۵۸م، ج ۱، ص ۷۶۳). از این رو اعتبار اجماع یادشده به دلیل کشف از قول معصوم علیه السلام است که شرح آن در سیره معصومان علیهم السلام گذشت.

## ۴-۶. سیره عقلا

سیره عقلا رفتاری است که همه عقلای عالم صرف نظر از اختلاف فرهنگ، زمان، مکان، دین و مذهب، آن را انجام می‌دهند. از این رو، سیره عقلی بر مبنای اصل شخصی بودن مجازات‌ها که یکی از پایه‌های اصولی و اساسی مسئولیت کیفری در حقوق جزای امروزی و یکی از ارکان جوهری حقوق کیفری اسلام است، حکم می‌کند که قصاص زن باردار تا پس از به دنیا آوردن نوزادش به تأخیر افتد؛ زیرا سیره عقلا اجرای این نوع مجازات را به عنوان تعدی و تجاوز به حقوق دیگران (حیات جنین)، امری زشت می‌داند. از طرفی نیز عقلا می‌دانند که لازمه نگهداری جنین، حفظ مادر است؛ بنابراین مادر خطا کار باید تا هنگام زایمان زنده بماند که حیات مورد احترام جنین آسیب نیند.

## ۵-۶. ادله فقهی

اهم ادله یادشده پیرامون ممنوعیت استیفای قصاص از زن باردار عبارتند از:

### ۱-۵-۶. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی در حوزه فقه و حقوق به شمار می‌آید؛ به گونه‌ای که برخی مانند قاضی حسین مرورودی، نفی ضرر را یکی از چهار رکن فقه



اسلامی شمرده‌اند (محصانی، ۱۹۸۲م، ص ۲۳) و برخی با تأکید بر ضرورت این قاعده در اسلام، حکومتش را بر ادله اولیه قهری دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۶۳). مرحوم نراقی نیز بیان داشته است: «ضرر و ضراری در دین اسلام وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، هر چه موجب ضرر و ضرار است، از احکام دین اسلام نیست... و هر چه ضرری باشد موجب رضایت خدا نیست و از احکام او محسوب نمی‌شود» (نراقی، ۱۳۷۵ق، ص ۱۰). نیز گفته‌اند که در کنار کتاب، سنت، عقل و منطق زندگی اجتماعی، قاعده لاضرر به‌عنوان قاعده‌ای اساسی در فقه اسلامی و قانون، به‌طور بدیهی حکم می‌کند. پس اگر این قاعده، از اضرار به غیر جلوگیری ننماید، زندگی اجتماعی نه‌تنها دشوار، بلکه امکان‌ناپذیر خواهد بود (جعفری، ۱۴۱۹ق، ص ۱۰۶).

از این رو نباید کسی -حتی در راستای اعمال و اجرای حق خویش- به دیگری ضرر رساند، و اگر چنین کند باید از عهده جبران خسارات وارده به او برآید؛ در غیر این صورت حرمت ادامه خواهد یافت. لذا در موضوع بحث استیفای قصاص از زن باردار، چون اضرار به جنین قطعی است و امکان جبران ضرر، یعنی برگرداندن حیات جنین پس از اجرای حکم وجود ندارد، حرمت اضرار تا زمان زایمان باقی است؛ لذا به اقتضای قاعده لاضرر، از ابتدا مانع اجرای حکم تا رفع عذر می‌شویم.

#### ۶-۵-۲. قاعده اهم و مهم

قاعده اهمّ و مهمّ در جایی است که دو حکم (مهم و مهم‌تر) در مقام عمل، تصادفاً با هم جمع شوند، به‌نحوی که امثال هر دوی آنها با هم در زمان واحد برای مکلف امکان نداشته باشد و تنها بتواند یکی از آنها را انجام دهد، در این صورت تراحم بین دو حکم رخ داده است (مظفر، ۱۴۲۴ق، ص ۲۸۰؛ مختاری مازندرانی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۹۸).

سیره عملی معصومان علیهم‌السلام نیز در روابط فردی، اجتماعی و حکومتی در تراحمات، لحاظ اهمّ بر مهمّ بوده است (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۶، صص ۱۳۴-۱۳۶). بر همین اساس، فقیهان امامیه و علمای اهل سنت نیز در پذیرش تقدیم اهم بر مهم، اتفاق نظر داشته و آن را به‌عنوان یکی از ضروریات دین برشمرده‌اند (مطهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۶).



بنابراین، هرگاه میان دو واجب به مصداق یکی از عبارات: «اذا تراحت مصالحتان قُدم أعلاهما»؛ «اذا تعارض مصالحتان حصلت العلیا منهما بتفویت الدنیا»؛ «اذا تعارض مصالحتان روعی اکبرهما بتفویت اصغرهما» (العثمین، بی تا؛ الزرکشی، ۲۰۰۰ و السعیدان، بی تا، به نقل از علی آبادی و اسفندیاری، ۱۳۹۴، ص ۲۴) و... که مترادف قاعده اهم و مهم هستند، تراحم پیش آید، به گونه‌ای که نتوان میان آن دو را جمع کرد، لازم است در مقام عمل و رفع تراحم، مصلحتی را که اهمیتش بیشتر از دیگری است، و جوباً مقدم و به آن عمل گردد. این راه حل را، قاعده لزوم تقدم اهم بر مهم گویند (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ص ۶۱۳). بنابراین وقتی گفته می‌شود تراحم مصلحت اهم با مهم، مراد مصلحت قوی‌تر است که به حکم عقل انجام کاری که اهمیت آن کمتر است، نه تنها عقلاً زشت است، بلکه گفته‌اند که اگر کسی به جای عمل به اهم، مهم را امتثال کند، عصیان کرده و باید مجازات شود (الصغار، ۲۰۰۸، به نقل از علی آبادی و اسفندیاری، ۱۳۹۴، ص ۱۲). لذا در بحث استیفای قصاص از زن باردار، حفظ حیات جنین مهم‌تر از قصاص محکوم است که با مدتی تأخیر می‌توان آن را استیفا نمود. از این رو است که حکم به لزوم ترجیح اهم (حفظ حیات جنین) بر مهم (قصاص محکوم) دریافت می‌شود.

### نتیجه‌گیری

قانون‌گذار به دلالت ادله وارده (آیات و روایت، قواعد تراحم و لاضرر) بر ممنوعیت قصاص زن باردار و در راستای حمایت از حیات جنین، حفظ حق حیات او را در صورت تراحم با حق ولی دم در استیفای قصاص از زن باردار، مقدم بر هر حقی شمرده است. با این همه، پژوهش حاضر پیرامون گستره این منع رسیده انجام گرفت تا در پرتو شناخت ادله ناظر بر حکم یادشده، ضمن ابهام‌زدایی از رویکرد قانون‌گذار کیفری در حالات گوناگون این حکم و تبیین گستره عمل به آن، موارد زیر را به منظور کاستن از اطلاق کاربست این ممنوعیت یادآور گردد:

۱. با توجه به شرایط کنونی در دسترسی به امکانات تغذیه‌ای همچون شیر خشک، مواد مکمل و نیز مراکز خدمات‌رسانی مانند بهزیستی، به نظر می‌آید که قول به وجوب





نوشاندن آغوز پیش از استیفای قصاص و نیز قول به وجوب تأخیر استیفای قصاص تا پایان دوران شیردهی با واقعیت اجتماعی همخوانی نداشته و رعایت آن پسندیده است. از این رو در صورت عدم وجود مانع، چون وابستگی نوزاد تنها به شیر مادر، دیگر جایی برای تأخیر اجرای قصاص وجود نخواهد داشت.

۲. در متون فقهی شیعه و سنی، اقدام ولی دم به استیفای قصاص زن باردار در صورت جهل به وجود حمل، پیش از زایمان و به دستور یا بدون دستور حاکم، خطأی محسوب شده و عاقله از طرف ولی دم و بیت‌المال از طرف حاکم، عهده‌دار پرداخت دیه شناخته شده‌اند. در صورت احراز علم (ظن حاصل از حدس و گمان) به وجود حمل، جنایت ارتكابی ولی دم به دلیل شبهه، شبه‌عمد محسوب شده و جانی عهده‌دار پرداخت دیه است، اما لازم است اقدام به تلف عمدی جنین پس از دمیده‌شدن روح را از مصادیق ارتكاب جنایت عمدی علیه انسانی کامل و موجب قصاص دانست. بنابراین در تمامی این حالات به دلالت ادله یادشده و نیز حکم عقل، حیات جنین به‌عنوان مصلحت اهم و قوی‌تر مقدم بر مصلحت مهم (حق استیفای قصاص ولی دم) می‌گردد. افزون بر این، اعمال و اجرای حق ولی دم سبب ایراد ضرر قطعی غیرقابل جبران به جنین است که اقتضای قاعده لاضرر، بر ممانعت و حرمت اجرای قصاص است. از این رو عمل کردن برخلاف چنین مصلحتی موجبات ضمان و مجازات متخلف را حسب مورد قصاص یا دیه در پی خواهد داشت.

۳. لازم است قانون‌گذار بر مبنای رسالت سیاست‌پیش‌گیرانه از وقوع بزه‌کاری، رویکرد جرم‌زای خود را در تعیین دیه ارتكاب جنایت بر جنین در تمامی حالات مورد بازنگری قرار دهد و با تفکیک میان جنایات ارتكابی پیش از دمیده‌شدن روح (جنایت مستلزم پرداخت دیه) و پس از آن (جنایت مستلزم قصاص در صورت احراز شرایط جنایت عمدی)، از بازماندن راه‌های سوءاستفاده از چنین رویکردی پیش‌گیری نماید تا به گسترش سقط‌جنین‌های غیرمجاز و یا کشاندن مستعدان بزه‌کاری به ارتكاب جنایت جهت رسیدن به مطامع دنیوی نینجامد.

۴. آنچه در ممنوعیت استیفای قصاص از زن باردار موضوعیت دارد و سبب تقدم

اهم (حفظ حیات جنین) بر مهم (حق ولی دم) می‌گردد، موجودیت جنین در زمان ارتکاب جنایت و یا پیش از صدور حکم است؛ چون در چنین حالتی جنین وجود داشته است، پس حشش مستقر و مقدم بر حق ولی دم است که پس از موجودیت جنین پدید آمده است. بر این اساس، چنانچه محکوم علیها پس از صدور حکم و با انگیزه پیداشدن روزنه‌ای برای نجات خود از راه نامشروع باردار گردد و یا در دوران شیردهی به نوازده که با رضایت ولی دم امکان‌پذیر شده است، با همان انگیزه از راه مشروع، دوباره باردار گردد، نباید چنین بارداری‌ای را که پس از استقرار حق ولی دم محقق گردیده است، به‌طور مطلق مانع از استیفای حق ولی دم دانست؛ زیرا مفاد روایات استنادی در برخی کتب اهل سنت و شیعه، به مصداق اصل «ما مِنْ عَامٍّ إِلَّا وَقَدْ حُصِّنَ» مطلق نبوده، بلکه ناظر به بارداری زن پیش از ارتکاب جنایت است و معصوم علیه السلام نیز با توجه به وضع زمان دادرسی متهم (بارداربودن) حکم به تعویق مجازاتش نموده است؛ از این رو چنانچه با این نوع بارداری‌ها در مرحله پیش از دمیده‌شدن روح، روبرو شویم، می‌توان با توجه به اضطرار پیش آمده و برابر قانون سقط جنین، مجوز سقط را صادر و در نتیجه پس از رفع مانع زن را قصاص نمود، اما چنانچه روح در جنین دمیده شده باشد، به دلیل احتیاط تام در دماء، ولی دم را برای صبر تا انجام زایمان متقاعد نمود.

۵. بهتر است برای پیشگیری از چالش‌های احتمالی پیرامون شک در وجود حمل و ایراد تردید درباره آن، قاضی اجرای احکام در قالب رویه‌ای قضایی، پیش از اجرای قصاص با هزینه بیت‌المال دستور آزمایش بارداری را صادر و پس از دریافت پاسخ منفی آزمایش و درج آن در پرونده محکوم، اقدام به اجرای مجازات نماید.

۶. لازم است قانون‌گذار در راستای رسالت سیاست جنایی که پیش‌گیری از بزه‌کاری است، انشا و نگارش حکم کلی ممنوعیت قصاص زن باردار را مورد بازنگری قرار دهد و با تعیین چارچوب و بیان جزئیات منع رسیده برای به تأخیرانداختن استیفای قصاص از زن باردار، راه سوءاستفاده از این منع وارده (امید به رهایی از مجازات) که مغایر حتمیت و فوریت کیفر و زمینه‌ساز طولانی شدن یا تضييع حق ولی دم است را ببندد.



## فهرست منابع

\* قرآن کریم.

۱. ابن حزم، علی بن احمد بن سعید. (بی تا). المحلی. بیروت: دار الفکر.
۲. ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (بی تا). المغنی (چاپ اول). بیروت: دار الكتاب العربی للنشر و التوزیع.
۳. أبوالمعالی الملقب بإمام الحرمين، عبدالملک بن عبدالله. (۱۴۲۸ق). نهاية المطلب فی درایة المذهب (چاپ اول). جدّه: دار المنهاج للنشر والتوزیع.
۴. اردبیلی (مقدّس اردبیلی)، أحمد بن محمّد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسين.
۵. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن. (۱۴۲۴ق). كشف اللثام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه (چاپ سوم). تهران: مؤسسه عروج.
۷. بصری البغدادی الشهير بالماوردي، علی بن محمد. (۱۴۱۹ق). الحاوی الكبير فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. بهوتی الحنبلی، منصور بن یونس. (۱۴۱۴ق). دقائق أولى النهی لشرح المنتهی المعروف بشرح منتهی الإرادات (چاپ اول). بی جا: عالم الکتب.
۹. جزیری، عبدالرحمن بن محمد. (۱۴۲۴ق). الفقه علی المذاهب الأربعة (چاپ دوم). بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق (چاپ ششم). تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری، محمدتقی. (۱۴۱۹ق). رسائل فقهی (چاپ اول). تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۱۲. جمعی از محققان. (۱۳۸۹). فرهنگ‌نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعه. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۴. حرانی، ابن شعبه. (۱۴۰۴ق). تحف العقول عن آل الرسول ﷺ (چاپ دوم). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.



۱۵. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۶. دبلیو سادلر، توماس. (۲۰۱۹م). جنین‌شناسی لاگمن (چاپ چهاردهم). تهران: گلبان.
۱۷. ربیع، علی بن محمد. (۱۴۳۲ق). التبصرة (چاپ اول). قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
۱۸. رملی، محمد بن أحمد شهیر بالشافعی الصغیر. (۱۴۰۴ق). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (چاپ سوم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق (چاپ سوم). قم: مؤسسه دارالکتاب.
۲۰. زحیلی، وهبه. (۱۹۳۲م). الفقه الإسلامی وأدلته (چاپ چهارم). دمشق: دارالفکر.
۲۱. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۰). درس خارج فقه: موضوع قصاص زن باردار. بازیابی شده در ۱۱ بهمن ۱۳۹۰، از <http://tohid.ir/fa/index/lessonview?aId=۴۷۹۹&cId=۴۰>
۲۲. سجستانی، ابن الأشعث. (۱۴۱۰ق). سنن أبی داود (چاپ اول). بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۳. سرخسی، محمد بن أحمد. (۱۴۰۶ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۴. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز. (۱۴۱۴ق). المراسم العلویة فی الفقه والأحكام النبویة. قم: المعاونة الثقافية للمجمع العالمی لأهل البيت علیهم السلام.
۲۵. شافعی، محمد بن إدريس. (۱۴۰۰ق). احکام القرآن. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۶. شافعی، محمد بن إدريس. (۱۴۱۰ق). الأم. بیروت: دار المعرفة.
۲۷. شرینی، محمد. (۱۳۷۷ق). مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۸. شروانی، عبدالحمید؛ العبادی، احمد بن قاسم. (بی تا). حواشی الشروانی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۹. شیخ سید سابق. (۱۳۹۷ق). فقه السنه (چاپ سوم). بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۰. شیرازی، إبراهیم بن علی. (بی تا). المهذب فی فقه الإمام الشافعی. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳۱. طباطبائی بروجردی، حسین. (۱۳۹۹ق). جامع أحادیث الشیعه. قم: المطبعة العلمیه.
۳۲. طباطبائی، السید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.





۳۳. طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن براج. (۱۴۰۶ق). المہذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. طلعتی، محمدہادی. (۱۳۸۷). رشد جمعیت، تنظیم خانوادہ و سقط جنین: آرا و مبانی فقہی (چاپ دوم). قم: بوستان کتاب.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقہ الإمامیہ (چاپ سوم). تہران: المکتبۃ المرتضویۃ لإحياء الآثار الجعفریہ.
۳۶. عاصمی الحنبلی، عبدالرحمن بن محمد. (۱۳۹۷ق). حاشیۃ الروض المربع شرح زاد المستقنع. بی جا: بی نا.
۳۷. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۳۹۸ق). شرح اللعۃ (چاپ دوم). نجف: منشورات جامعۃ النجف الدینیہ.
۳۸. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفہام إلی تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم، مؤسسۃ المعارف الاسلامیہ.
۳۹. عثیمین، محمد بن صالح بن محمد. (۱۴۲۸-۱۴۲۲ق). الشرح الممتع علی زاد المستقنع (چاپ اول). الدمام: دار النشر - دار ابن الجوزی.
۴۰. عسقلانی الشافعی، أحمد بن علی. (۱۳۷۹ق). فتح الباری شرح صحیح البخاری. بیروت: دار المعرفہ.
۴۱. علامہ حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۹ق). قواعد الاحکام فی معرفۃ الحلال والحرام (چاپ اول). قم: مؤسسۃ النشر الإسلامی التابعۃ لجماعۃ المدرسین.
۴۲. علی آبادی، عبدالصمد؛ اسفندیاری، رضا. (۱۳۹۴). واکاوی قاعدہ دفع افسد بہ فاسد از دیدگاہ مذاہب اسلامی. پژوهش نامہ مذاہب اسلامی، ۲(۳)، صص ۳۲-۹.
۴۳. عودہ، عبدالقادر. (۱۹۵۸م). التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی. بیروت: دار الكتاب العربی.
۴۴. غانم، عمر بن محمد بن ابراہیم. (۲۰۰۱م). أحكام الجنین فی الفقہ الإسلامی. جدہ: دار الاندلس الخضراء.
۴۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱). تفصیل الشریعۃ فی شرح تحریر الوسیلۃ: الحدود (چاپ اول). قم: مرکز فقہ الائمۃ الاطہار علیہ السلام.
۴۶. قرطبی اندلسی، أحمد بن رشد. (۱۴۱۵ق). بدایۃ المجتہد ونہایۃ المقتصد (چاپ اول). بیروت: دارالفکر للطباعہ والنشر والتوزیع.

۴۷. قزوینی، محمد بن یزید. (بی تا). سنن ابن ماجه. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
۴۸. کأسانی، أبوبکر. (۱۴۰۹ق). بدائع الصنائع (چاپ اول). پاکستان: المكتبة الحبيبيه.
۴۹. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار (چاپ سوم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۰. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). الفقه ومسائل طبية (چاپ اول). قم: بوستان کتاب.
۵۱. محمصانی، صبحی رجب. (۱۹۸۳م). النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلاميه: بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثه. بیروت: دار العلم للملايين.
۵۲. مختاری مازندرانی، محمدحسین. (۱۳۷۷). فرهنگ اصطلاحات اصولی. تهران: ابن سینا.
۵۳. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۱۵ق). القصاص علی ضوء القرآن والسنة (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۵۴. مروزی، إسحاق بن منصور. (۱۴۲۵ق). مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهویه (چاپ اول). مدینه: الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
۵۵. مطهری، مرتضی. (بی تا). دوره کامل آشنایی با علوم اسلامی (ج ۳). تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. مظفر، محمدرضا. (۱۴۲۴ق). اصول فقه. قم: انتشارات جهان.
۵۷. مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). دعائم الاسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۸. مقدسی الجماعلی الحنبلی، عبدالرحمن بن محمد بن احمد بن قدامه. (بی تا). الشرح الكبير علی متن المقنع. بیروت: دار الكتاب العربی للنشر والتوزيع.
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). بحوث فقهية هامة (چاپ اول). قم: مدرسة الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۰. مهرپور، حسین. (۱۳۷۲). مجموعه نظریات شورای نگهبان. تهران: کیهان.
۶۱. موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۸۴). تحرير الوسيلة (چاپ دوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۶۲. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۶ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ دوم). قم: المطبعة العلمیه.
۶۳. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.



۶۴. نراقی، ملا احمد. (۱۳۷۵ق). عوائد الأيام. بیروت: نشر مکتب الأعلام الإسلامی.
۶۵. نوری طبرسی، میرزا حسین. (۱۴۰۹ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (چاپ دوم). بیروت: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.
۶۶. نووی، محیی‌الدین یحیی بن شرف. (۱۳۹۲ق). المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج (چاپ دوم). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۶۷. نیسابوری، أبوبکر محمد بن إبراهيم. (۱۴۲۵ق). الإشراف علی مذاهب العلماء (چاپ اول). رأس الخيمة: مكتبة مكة الثقافية.
۶۸. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. (۱۴۲۷-۱۴۰۴ق). الموسوعة الفقهية الكويتية (الطبعة الثانية). الكويت: طبع الوزارة.
۶۹. سایت ویکی فقه. (۱۳۹۳). سقط عمدی جنین. بازیابی شده در ۲۰ اردیبهشت ۱۳۹۳، برگرفته از: <https://b2n.ir/u90216>



فقه



## References

\* The Holy Quran.

1. A group of researchers. (1389 AP). *Dictionary of Usul al-Fiqh*. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Persian]
2. Abulama'ali, A. (1428 AH). *Nahayah al-Matlab fi Dirayah al-Mazhab*. (1<sup>st</sup> ed.). Jeddah: Dar Al-Minhaj le al-Nashr va al-Tawzi. [In Arabic]
3. Aliabadi, A., & Esfandiari, R. (1394 AP). Analysis of the rule of repelling corruption to corruption from the perspective of Islamic religions. *Journal of Islamic Religions*, 2(3), pp. 9-32. [In Persian]
4. Allama Heli, H. (1419 AH). *Qava'id al-Ahkam fi Marifah al-Halal va al-Haram*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Muasisah al-Nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jame'ah al-Mudarasin. [In Arabic]
5. Ameli, Z. (1398 AP). *Sharh al-Lom'ah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Najaf: Mansurat Jame'ah al-Najaf al-Diniyah. [In Persian]
6. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom, al-Ma'arif al-Islamiyah Institute. [In Arabic]
7. Ardabili (Muqadas Ardabili), A. (n.d.). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan*. Qom: Islamic Publishing Institute affiliated with the Society of Teachers.
8. Asemi Al-Hanbali, A. (1397 AH). *Hashiah al-Rawz al-Muraba' Sharh Zad al-Mustaqna'*. [In Arabic]
9. Asqalani Al-Shafi'i, A. (1379 AH). *Fath al-Bari Sharh Sahih al-Bukhari*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah. [In Arabic]
10. Bahouti Al-Hanbali, M. (1414 AH). *Daqa'eq Awli al-Nahy le Sharh al-Montahi al-Ma'arouf be Sharh Muntahi al-Iradat*. (1<sup>st</sup> ed.). Alam al-Kitab. [In Arabic]
11. Basri Al-Baghdadi Al-Shaheer Balmawardi, A. (1419 AH). *Al-Hawi al-Kabir fi Fiqh Mazhab al-Imam Imam al-Shafi'i va Howa Sharh Mukhtasar Al-Muzani*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
12. Bojnurdi, S. M. (1401 AH). *Qava'ed al-Fiqhiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Orouj Institute. [In Arabic]
13. Fadhil Movahedi Lankarani, M. (1381 AP). *Tafsil al-Shari'ah fi Sharh Tahrir al-Wasila: Al-Hudood* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Markaz Fiqh al-A'emeh al-Athar. [In Persian]



فقه

14. Fiqh Wiki site. (1393 AP). *Intentional abortion*. May 10, 2014, from [http://wikifeqh.ir/%D8%B3%D9%82%D8%B7\\_%D8%B9%D9%85%D8%AF%DB%8C\\_%D8%AC%D9%86%DB%8C%D9%86](http://wikifeqh.ir/%D8%B3%D9%82%D8%B7_%D8%B9%D9%85%D8%AF%DB%8C_%D8%AC%D9%86%DB%8C%D9%86). [In Persian]
15. Ghanem, U. (2001). *Ahkam al-Janin fi al-Fiqh al-Islami*. Jaddeh: Dar Al-Andalus Al-Khadra.
16. Halabi, A. (1403 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh*. Isfahan: Amir al-Mo'menin Public Library. [In Arabic]
17. Harani, I. (1404 AH). *Tohaf al-Uqul an Ale al-Rasul*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Mu'asisah al-nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jama'ah al-Mudaresin. [In Arabic]
18. Hor Ameli, M. (n.d.). *Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shariah*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
19. Ibn Hazm, A. (n.d.). *al-Mahali*. Beirut: Dar al-Fikr.
20. Ibn Qudama, A. (n.d.). *Al-Mughni*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi le al-Nashr va al-Tawzi.
21. Isfahani (Fazel Hindi), M. (1424 AH). *Kashf al-Latham an Qava'ed al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asiah al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
22. Jafari Langroudi, M. J. (1372 AP). *Legal Terminology*. (6<sup>th</sup> ed.). Tehran: Treasure of Knowledge. [In Persian]
23. Jafari, M. T. (1419 AH). *Jurisprudential treatises*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Keramat Publishing Institute. [In Arabic]
24. Jaziri, A. (1424 AH). *Al-Fiqh ala al-Mazahib al-Arba'ah*. (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
25. Kasani, A. (1409 AH). *Bada'e al-Sana'e*. (1<sup>st</sup> ed.). Pakistan: Al-Habibiya Library. [In Arabic]
26. Maghribi, N. (1385 AH). *Duaim al-Islam*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
27. Mahmsani, S. R. (1983). *al-Nazariah al-Amah le al-Mujebat va al-Uqud fi al-Shariah al-Islamiyah: Bahth Muqarin fi al-Mazahib al-Mukhtalafah va al-Qavanin al-Hadithah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'ein.
28. Majlesi, M. B. (1403 AH). *Bihar al-Anwar*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
29. Makarem Shirazi, N. (1380 AP). *Bohouth Fiqhiyah Hamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School. [In Persian]



فقه

30. Marashi Njafi, S. S. (1415 AH). *al-Qisas ala Zaw'e al-Qur'an va al-Sunnah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi. [In Arabic]
31. Mehrpour, H. (1372 AP). *Collection of views of the Iranian Guardian Council*. Tehran: Kayhan. [In Persian]
32. Ministry of Endowments and Islamic Affairs. (1404-1427 AH). *The jurisprudential encyclopedia of Kuwait*. (2<sup>nd</sup> ed.). Kuwait: Tab'a al-Wizarah. [In Arabic]
33. Mohseni, M. A. (1382 AP). *Jurisprudence and medical issues* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
34. Mokhtari Mazandarani, M. H. (1377 AP). *Dictionary Terms of Usul*. Tehran: Ibn Sina. [In Persian]
35. Moqaddisi Al-Jama'ili Al-Hanbali, A. (n.d.). *al-Sharh al-Kabir ala Matn al-Muqana*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi le al-Nashr va al-Tawzi.
36. Morozi, I. (1425 AH). *Masa'il al-Imam Ahmad Ibn Hanbal va Ishaq Ibn Rahwiyah*. (1<sup>st</sup> ed.). Medina: al-Jame'ah al-Islamiyah be al-Madinah al-Munawarah. [In Arabic]
37. Motahari, M. (n.d.). *Complete course of introduction to Islamic sciences* (Vol. 3). Tehran: Islamic Publications Office.
38. Mousavi Khoei, S. A. (1396 AH). *Mabani al-Takmilah al-Minhaj*. (2nd ed.). Qom: al-Matba'ah al-Ilmiyah. [In Arabic]
39. Mousavi Khomeini, R. (1384 AP). *Tahrir al-Waseela*. (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
40. Muzaffar, M. R. (1424 AH). *Usul Fiqh*. Qom: Jahan Publications. [In Arabic]
41. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (2<sup>nd</sup> ed.). Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
42. Naraqi, M. A. (1375 AH). *Awa'id al-Ayam*. Beirut: Maktab al-A'alam al-Islami Publications. [In Arabic]
43. Nisaburi, A. (1425 AH). *al-Ishraf ala Madahib al-Ulama*. (1<sup>st</sup> ed.). Ra'as Al-Khaimah: Maktab Makat al-Thaqafiyah. [In Arabic]
44. Nouri Tabarsi, M. H. (1409 AH). *Mustadrak al-Wasa'il va Mustanbat al-Masa'il* (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Muasisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
45. Novi, M. (1392 AH). *Al-Minhaj Sharh Sahih Muslim Ibn Al-Hajjaj*. (2nd ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]



فقہ

46. Odeh, A. (1958). *al-Tashri al-Jina'e al-Isalmi Muqarina be al-Qanoun al-Waz'ei*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi.
47. Qazvini, M. (n.d.). *Sunan Ibn Majah*. Beirut: Dar al-Fikr le Tabah'ah va al-Nashr va al-Tawzi.
48. Qurtubi Andalusi, A. (1415 AH). *Bidayah al-Mujtahid va Nahayah al-Muqtasid*. (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr le Tabah'ah va al-Nashr va al-Tawzi. [In Arabic]
49. Ramli, M. (1404 AH). *Nahayah al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
50. Robi'i, A. (1432 AH). *Al-Tabsirah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qatar: Ministry of Endowments and Islamic Affairs. [In Arabic]
51. Rouhani, S. M. S. (1414 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (3<sup>re</sup> ed.). Qom: Dar al-Kitab Institute. [In Arabic]
52. Sajestani, I. (1410 AH). *Sunan Abi Dawood*. (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr le al-Tabah'ah va al-Nashr va al-Tawzi'. [In Arabic]
53. Salar Deilami, A. (1414 AH). *Al-Marasim al-Alawiyah fi al-Fiqh va al-Ahkam al-Nabawiah*. Qom: al-Mu'aviniyah al-Thaqafiyah le al-Majma al-Alami le Ahlulbayt. [In Arabic]
54. Sarakhsi, M. (1406 AH). *Al-Mabsut*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah le al-Tabah'ah va al-Nashr va al-Tawzi'. [In Arabic]
55. Shafei'i, M. (1410 AH). *Al-'Am*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah. [In Arabic]
56. Shafi'i, M. (1400 AH). *Ahkam al-Qur'an*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyah. [In Arabic]
57. Sheikh Sayyid Sabeq. (1397 AH). *Fiqh al-Sunnah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
58. Sherbini, M. (1377 AH). *Muqni al-Muhtaj ila Ma'arifah ila Ma'arifah Ma'ani Alfaz al-Minhaj*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
59. Sherwani, A., & Al-Ibadi, A. (n.d.). *Hawashi al-Sherwani*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
60. Shirazi, I. A. (n.d.). *al-Muhazab fi Fiqh al-Imam al-Shafi*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyah.
61. Sobhani, J. (1390 AP). *Kharij Fiqh Course: the subject of retaliation of a pregnant woman*. February 1, 2012, from: 40 & cId = 4799http://tohid.ir/fa/index/lessonview? AId = . [In Persian]



62. Tabatabaei Boroujerdi, H. (1399 AP). *Jame' Ahadith al-Shia*. Qom: al-Matba'at al-Ilmiyah. [In Persian]
63. Tabatabaei, S. A. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam be al-Dala'il*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
64. Tal'ati, M. H. (1387 AP). *Population growth, family planning and abortion: Opinions and jurisprudential principles* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
65. Terablesi, Q. (1406 AH). *al-Muhazab*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
66. Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: al-Maktabah al-Mortazaviah le Ihya al-Athar al-Jafarieh. [In Arabic]
67. Uthaymeen, M. (1422-1428 AH). *al-Sharh al-Mumta' ala zad al-Mustaqna*. (1<sup>st</sup> ed.). Dammam: Dar Al-Nashr - Dar Ibn Al-Jawzi. [In Arabic]
68. W. Sadler, Thomas. (2019). *Lagman Embryology*. (14<sup>th</sup> ed.). Tehran: Golban.
69. Zohaili, W. (1932). *Al-Fiqh al-Islami va Adilateh*. (4<sup>th</sup> ed.). Damascus: Dar al-Fikr.



فقه



## The Criteria for Appointment of a Non-mujtahid Judge Based on Secondary Titles of Expediency and Urgency

Zahra Najarzadegan Sarabi<sup>1</sup> Hadi Sadeghi<sup>2</sup>  
Mohammad Hossein Nazemi Esheni<sup>3</sup>

Received: 03/12/2020

Accepted: 16/06/2021

### Abstract

Ijtihad is one of the most important conditions that jurists have set for the judge. This viewpoint is based on the first rulings. The question now is whether it is possible to decree according to permissibility of muqallid's (the person who performs taqlid) judgement, based on secondary titles such as urgency, fear, expediency, etc. The jurists disagree on this point. The majority of them seem to be right in the permissibility of the muqallid's judgment. This study has been carried out with the aim of recognizing the scope of this permissibility and its conditions and the duties of each jurist and the muqallid's judge, assuming the realization of secondary titles of urgency and expediency, through descriptive-analytical method in the field of jurisprudential thoughts and library date collection method. The finding suggests that the ruling should be in the circle of Shari'a, the most important should take precedence over the important, consultation should be used in recognizing secondary titles, and the muqallid should decree as a judge according to the fatwa of the appointed Mujtahid and Consult in judicial affairs. In addition, the ruler has duties in relation to a non-mujtahid judge; including creating a suitable context for his judgment, legitimizing the judgment of non-mujtahids and prioritizing the best to the better.

### Keywords

Ijtihad of a judge, appointment of a judge, non-mujtahid judge, muqallid judge, secondary titles.

---

1. PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Law, Islamic Azad University, Mahallat, Iran. zns1349@gmail.com.

2. Professor, Quran and Hadith University, Qom, Iran. (Corresponding author). sadeqi.hadi@gmail.com.

3. Assistant Professor, Department of Education, Farhangian University, Semnan, Iran. m.h.nazemi@cfu.ac.ir

---

\* Najarzadegan Sarabi, Z., & Sadeghi, H., & Nazemi Esheni, M. H. (1400 AP). The Criteria for Appointment of a Non-mujtahid Judge Based on Secondary Titles of Expediency and Urgency. *Journal of Jurisprudence*, 28(106), pp. 167-193. Doi: 10.22081/jf.2021.58912.2135.

## ضوابط نصب قاضی غیرمجتهد بر پایه عناوین ثانوی مصلحت و اضطرار

زهرا نجارزادگان سرابی<sup>۱</sup>    هادی صادقی<sup>۲</sup>    محمدحسین ناظمی اشنی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۱۳    تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

### چکیده

«اجتهاد» از شروط مهمی است که فقها برای قاضی قرار داده‌اند. این نظر بر اساس احکام اولیه است. اینک مسئله این است که آیا بر اساس عناوین ثانوی مانند اضطرار، حرج، مصلحت و... می‌توان به جواز قضاوت مقلد حکم کرد؟ فقها در این مورد اختلاف دارند. به نظر می‌رسد حق با اکثریت آنها باشد که قضاوت مقلد را مجزی می‌دانند. این تحقیق با هدف شناخت محدوده این مجزی بودن و شرایط آن و وظایف هر یک از حاکم و قاضی مقلد، در فرض تحقق عناوین ثانوی اضطرار و مصلحت، با روش توصیفی-تحلیلی در حوزه اندیشه‌های فقهی و با گردآوری کتابخانه‌ای انجام شده است. نتیجه آن این است که باید «حکم حاکم در دایره شریعت باشد»، «اهم بر مهم مقدم گردد»، «در تشخیص عناوین ثانوی از مشورت استفاده شود» و مقلد هم باید در مقام قضاوت «بر اساس فتوای مجتهد ناصب» حکم کند و در امور قضایی «مشورت» نماید؛ به علاوه، اینکه حاکم وظایفی در رابطه با قاضی غیرمجتهد دارد؛ از جمله «ایجاد بستر مناسب برای قضاوت وی»، «مشروعیت بخشی به قضاوت غیرمجتهدان» و «تقدیم اصلح بر صالح».

### کلیدواژه‌ها

اجتهاد قاضی، نصب قاضی، قاضی غیرمجتهد، قاضی مقلد، عناوین ثانوی.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران. zns1349@gmail.com
۲. استاد دانشگاه قرآن و حدیث، قم، ایران (نویسنده مسئول). sadeqi.hadi@gmail.com
۳. استادیار گروه معارف دانشگاه فرهنگیان، سمنان، ایران. m.h.nazemi@cfu.ac.ir

\* نجارزادگان سرابی، زهرا؛ صادقی، هادی؛ ناظمی اشنی، محمدحسین. (۱۴۰۰). ضوابط نصب قاضی غیرمجتهد بر پایه عناوین ثانوی مصلحت و اضطرار. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۶)، صص ۱۶۷-۱۹۳.

Doi:10.22081/jf.2021.59416.2177



## مقدمه

هر نظامی برای اجرای عدالت نیازمند نظام دادرسی عادلانه و قاضی کارآمد است. بر اساس آیات و روایات، این مسئولیت از وظایف انبیا و اوصیاء<sup>علیهم السلام</sup> به شمار می‌رود و این وظیفه در زمان عدم حضور امام معصوم، به مقتضای عقل و نقل، به نایبان عام (مجتهدان جامع‌الشرائط) امام عصر<sup>علیه السلام</sup> واگذار شده است. شرط اجتهاد قاضی به‌عنوان حکم اولی در میان فقها امری شناخته‌شده است؛ هر چند گروهی از فقها، مانند میرزای قمی و صاحب جواهر، جواز قضاوت مقلد را با استفاده از ادله شرعی استفاده کرده‌اند، اما اغلب فقهای شیعه شرط اجتهاد قاضی را به حکم اولی قبول دارند.

کتاب‌های جامع‌فقهی بابتی درباره قضاوت دارند که در آن به شرایط قاضی اشاره کرده‌اند و معمولاً این موضوع را بر پایه شرایط عادی و احکام اولیه بیان کرده‌اند و کمتر به شرایط اضطراری و فقدان مجتهد پرداخته‌اند. از باب نمونه، علامه حلی در ارشاد، کتاب القضاء را آورده و مقصد اول آن را به صفات قاضی اختصاص داده و قضاوت فقیه جامع‌الشرائط را در زمان غیبت نافذ می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۸).

از سوی دیگر، عقل حکم می‌کند که در صورت فقدان مجتهد، نباید کار مسلمانان به اختلال گراید و باید کسانی را برای حل و فصل اختلافات مردم، حفظ نظام اجتماعی، دفاع از حقوق عمومی، احقاق حق و اجرای عدالت، به‌عنوان قاضی نصب کرد؛ زیرا شارع مقدس راضی به اختلال نظام نیست. بنابراین قضاوت امری ضروری است که باید بر پایه مبانی شرعی و اسلامی واقع شود. اینک باید پرسید در جایی که مجتهد مطلق به‌اندازه کافی وجود نداشته باشد، تکلیف جامعه اسلامی در امر قضاوت چیست و چه حدی از علم با چه شرایطی برای قاضی شرط است. اگر بخواهیم از قاضی غیرمجتهد در امر قضاوت استفاده کنیم، مبانی شرعی، شرایط و حدود آن چیست؟

در پیشینه عام این موضوع به این پرسش‌ها به‌صورتی کلی و اجمالی پرداخته شده است. فقهای متقدم همچون شیخ مفید و شیخ طوسی و ابن‌زهره، با عباراتی حاکی از ضرورت وجود علم برای قاضی سخن گفته‌اند. آنان از لفظ اجتهاد استفاده نکرده‌اند، اما صفاتی را ذکر کرده‌اند که منطبق بر اصطلاح اجتهاد نزد متأخرین است و در واقع



فتاوی



مقصودشان همان فقه‌های شیعه است.<sup>۱</sup> از قرن هفتم به بعد اصطلاح اجتهاد رایج شد و اکثر فقها شرط اجتهاد را برای شرایط عادی ذکر کرده‌اند. تعداد کمی از آنان به عنوان ثانوی اشاره کرده‌اند که در ضمن این نوشتار به نظریات آنان اشاره خواهد شد.<sup>۲</sup>

بخشی دیگر از پیشینه موضوع، آثار مستقلی است که به‌طور خاص به موضوع اجتهاد قاضی پرداخته‌اند؛ از جمله می‌توان به این موارد اشاره داشت: کتاب مبانی فقهی نفوذ حکم قاضی مأذون، از سید محمد یعقوب موسوی، دو اثر از مجتبی سروش و سید ابراهیم موسوی به‌نام بررسی شرط اجتهاد در قاضی و شرطية الاجتهاد فی القضاء، از جمله آثاری هستند که به‌صورت مختصر با ذکر اقوال به شرط اجتهاد در قاضی با عنوان ثانوی پرداخته‌اند. از دیگر آثار می‌توان از سه مقاله «ادله اعتبار اجتهاد در قاضی و نقد آنها»، از علیرضا عسگری و مصطفی عامری، «اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران» از محمد موحدی، و «قضاوت غیرمجتهد در فقه امامیه با رویکردی به نظریه امام خمینی» از محمد بهرامی خوشکار نام برد. در مقاله اول فقط به ادله پرداخته شده است که تفکیک عنوان اولی و ثانوی در آن یافت نمی‌شود و در نهایت نقد و جمع‌بندی ادله صورت گرفته است. در مقاله دوم به ادله لزوم اجتهاد قاضی بر پایه عناوین اولیه و نقد آنها پرداخته شده و به عناوین ثانوی اشاره نشده است.

این مقاله حاوی این نکته است که با توجه به نظام قضایی ایران، با قوانین موجود و لوازمی که دارد، گزینش قضات مجتهد در همه دادگاه‌ها امکان‌پذیر نیست و چاره‌ای جز استفاده از قضات غیرمجتهد نیست، پس باید قائل به عدم شرطیت اجتهاد شد. در

۱. به‌عنوان نمونه می‌توان عبارت شیخ مفید را آورد که در المقعنه چنین می‌نویسد: «عالماً بالکتاب و ناسخه و منسوخه و عامه و خاصه و ندبه و إيجابه و محکمه و متشابهه عارفاً بالسنة و ناسخها و منسوخها عالماً باللغة مضطلعاً بمعانی کلام العرب بصیراً بوجوه الإعراب». شیخ طوسی نیز شبیه همین عبارت را در انهاییه آورده است و در الخلاف با بیانی دیگر بدون استفاده از لفظ اجتهاد، عدم جواز تقلید در قضاوت را ذکر کرده است. ابن‌زهره نیز در الغنیه «يجب فی متولی القضاء أن یكون عالماً بالحق...» را به کار برده، بدون اینکه به لفظ اجتهاد یا حتی فقاقت اشاره کند؛ بلکه گفته است که نباید مقلد باشد و همچنین نباید بر اساس فتوا قضاوت کند. البته ظاهراً مقصود وی از فتوا، نوع فتوایی است که در میان اهل سنت رایج است و شامل قیاس باطل می‌شود.

۲. از جمله می‌توان از این فقها نام برد: شهید ثانی، فیض کاشانی، مقدس اردبیلی، محقق حلی، فاضل هندی، شیخ انصاری، میرزا حبیب‌الله رشتی، میرزای آشتیانی، آیت‌الله گلپایگانی، امام خمینی و آیت‌الله سبحانی.



مقاله سوم هم ادله با فرض عنوان اولی بیان شده و سه قول در فرض اضطرار به صورت مختصر مطرح گردیده است.

نکات و امتیازات زیر، مقاله حاضر را از آثار پیشین متمایز می‌سازد:

۱. تمرکز بحث بر عناوین ثانوی و تفکیک مصادیق عناوین ثانویه مانند اضطرار و مصلحت.

۲. بیان نقش و وظیفه حاکم در نصب قاضی مقلد.

۳. ارائه ضوابطی برای تجویز قضاوت مقلد.

۴. بیان مفهوم جدید «اجتهاد قضایی».

روش تحقیق در این اثر توصیفی-تحلیلی است؛ به این صورت که اقوال و ادله هر یک از آنها در مسئله اجتهاد قاضی بر اساس عناوین ثانوی مورد بحث واقع می‌شود، و سپس نقد، بررسی و جمع‌بندی نهایی صورت می‌گیرد.

## ۱. عناوین ثانوی در موضوع اجتهاد قاضی

گاهی انجام تکالیف شرعی اصلی و اولی به جهت شرایطی خاص بسیار دشوار یا ناممکن می‌شود، به طوری که مکلفان قادر به انجام آن نیستند. شارع مقدس برای این شرایط احکامی ثانوی وضع کرده است که مردم به مشقت نیفتند. این حالات استثنایی یا خاص را که از دوام و استمرار کمتری برخوردار بوده و غالباً کوتاه‌مدت و موقتی‌اند، عناوین ثانویه می‌نامند؛ به گونه‌ای که در صورت ایجاد یکی از این حالات ثانویه یا استثنایی، حکم اولی تغییر کرده و حکم دیگری درباره آن موضوع جاری می‌شود که به حکم جدید حکم ثانوی می‌گویند (مکارم، ۱۴۲۷ق ب، ص ۴۸۰). عناوین ثانوی متعددند و ملاک کلی آن این است که عرفاً امکان انجام تکلیف در شرایط عادی وجود نداشته باشد. این شرایط شامل اضطرار، ضرر، اضرار به دیگری، عسر و حرج، تقیه، مقدمه واجب یا حرام، قاعده اهم و مهم در موارد تزاحم، نذر، عهد و قسم، مصلحت و... می‌شود. در این مقاله به عناوین ثانویه اضطرار و مصلحت در انتصاب قاضی غیرمجتهد استناد می‌شود و از عناوین ثانویه دیگر همچون اهم و مهم، هرج و مرج و اختلال نظام، و مقدمه واجب به طور ضمنی سخن می‌گوییم.

## ۱-۱. اضطرار

اضطرار در لغت مصدر باب افتعال از ریشه ضرر به معنی ناچاربودن از پذیرش ضرر، یعنی آسیب و گزند، و ضرورت، اسم مصدر آن است (راغب، بی تا، ج ۱، صص ۳۰۲، ۳۰۳). اضطرار در فقه حالتی است که برخی از محرّمات را با شرایطی مباح، و برخی از امور ممنوعه را با شرایطی مجاز می سازد. معنای اضطرار در فقه همان معنای لغوی است (مشکینی، بی تا، ص ۷۴). اضطرار هنگامی مصداق می یابد که خطری عمده پیش آید و حرام برای رفع آن خطر، حرمت خود را از دست می دهد و گاه به حد وجوب می رسد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۲۸۰). تفاوت اضطرار با اکراه در آن است که اضطرار تنها حکم تکلیفی را برمی دارد و اکراه، هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی را برمی دارد (مشکینی، بی تا، ص ۷۴). فقها در اینکه آیا اجتهاد برای قاضی صرفاً در حال اختیار شرط است یا شرط مطلق است، به صورتی که مشروط در حال اضطرار همراه با شرط ساقط است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۷۸)، سه گروه شده اند:

### ۱-۱-۱. گروه اول: عدم جواز قضاوت غیر مجتهد مطلقاً

ظاهر کلمات برخی این است که شرط اجتهاد مطلق است و با فرض اضطرار هم حکم عدم جواز قضای مقلد برداشته نمی شود (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۲۸؛ فیض، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۴۰) و ادعای اجماع بر این مسئله شده است (فیض، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۷).

### ۱-۱-۲. گروه دوم: تفصیل بین شبّهات موضوعی و حکمی

برخی از فقها (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۵۵-۶۰؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، صص ۷۹-۸۲) بین شبّهات موضوعی و حکمی تفصیل قائل شده اند؛ به این شکل که قضاوت غیر مجتهد در شبّهات موضوعیه جایز است، ولی در شبّهات حکمیه جایز نیست. توضیح اینکه تنازع دو طرف یا در شبهه موضوعیه است یا در شبهه حکمیه، و در هر دو صورت یا مجتهد امکان نصب مقلد را به عنوان قاضی دارد یا امکان وجود ندارد؛ به این صورت که دسترسی به مجتهد سهل نیست یا اصلاً مجتهدی وجود ندارد.





در شبهات موضوعیه دو حالت وجود دارد؛ یا مجتهدان بسط ید دارند و می‌توانند مقلدان را منصوب نمایند یا نمی‌توانند؛ اگر نتوانند که تکلیفی نیست و در صورت امکان نصب، این سؤال پیش می‌آید که آیا نصب مقلد به قضاوت شرعاً جایز است یا خیر. حق این است که جایز است، زیرا در صورت منع از قضاوت وی چهار حالت پدید می‌آید که همه آنها باطل است: یا باید دو طرف را از مخاصمه منع کرد که در این صورت ابطال حق لازم می‌آید، یا اینکه بر مخاصمه باقی بمانند که در این صورت اختلال نظام پدید می‌آید. صورت سوم این است که به حاکم جور مراجعه کنند، این هم باطل است، و در نهایت صورت چهارم این است که به حاکم شرعی که دسترسی به او سخت است مراجعه نمایند. در این صورت عسر و حرج شدید لازم می‌آید. بنابراین وقتی چهار صورت باطل شد، باید حکم به جواز قضاوت مقلد در شبهات موضوعیه کرد.

اما در شبهات حکمیه، قضاوت غیرمجتهد جایز نیست؛ بدین معنا که نمی‌توان در جایی که حکم شرعی کلی روشن نیست، بر پایه ظن و گمان درباره حکم شرعی نظر داد و سپس به قضاوت پرداخت؛ چرا که در صورت وجود مجتهد، بر مردم واجب است حکم مسئله را از مجتهد پرسند و در چنین پرسشی هیچ عسر و حرجی لازم نمی‌آید.

### ۱-۱-۳. گروه سوم: جواز قضاوت غیرمجتهد در شرایط اضطرار

عده‌ای از فقها اجتهاد قاضی را به نحو مطلق (در شبهات حکمیه و موضوعیه) تنها در حال اختیار شرط دانسته و قضاوت غیرمجتهد را در شرایط اضطرار جایز می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۲۴؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص ۱۰۱-۱۰۲).

### ۱-۲. مصلحت

مصلحت بر وزن مَفْعَلَه از ماده صلح گرفته شده و به معنای منفعت است و ضد آن فساد است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ماده صَلَح). صاحب جواهر، مانند برخی دیگر از فقها، این معنی را با توسعه بخشیدن به معنای منفعت که منفعت دنیوی و اخروی را شامل گردد، به کار برده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۳۴۴).

مصالح انسان از جهت ارزش همگی به یک پایه نیستند و برخی بر برخی دیگر ترجیح دارند؛ چراکه متعلق مصالح یکسان نیست. از این رو مصالح معتبر را در پنج گروه قرار داده‌اند که به ترتیب اهمیت عبارت است از: دین، جان، عقل، نسل و مال. البته هر چیز که مصداق یکی از این پنج چیز باشد معتبر نیست؛ مصلحت مالی (سود) مورد ادعای رباخواران از این قسم است. قسم دیگر مصالح مرسله است که به آن مصالح مسکوت عنها نیز گفته می‌شود. مصالح مرسله منافعی است که خواه به دلیل نبودن موضوع و یا علت دیگری از سوی شارع، سخنی در رد یا امضای آن به میان نیامده است و اهل سنت (لا اقل بخشی از آنها) آن را قبول دارند، اما فقهای شیعه با آن مخالف‌اند و اعتباری برای آن قائل نیستند.

مصلحت همان‌طور که می‌تواند مبنا برای احکام اولیه و ثانویه باشد، در کلمات برخی از فقها جزو عناوین ثانوی محسوب شده است (مکارم، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹۸). در واقع باید دانست که مصلحت معتبر به دو معنا به کار می‌رود؛ در معنای اول جزو عناوین ثانوی نیست، زیرا اوامر شرعی دائرمدار عنوان مصلحت نیستند، بلکه به خود مصلحت وابسته‌اند، برخلاف عناوین دیگر مثل اضطرار. علاوه بر اینکه عناوین دیگر مثل اضطرار و حرج در لسان ادله آمده‌اند، ولی عنوان مصلحت نیامده است. اما در معنای دوم مصلحت، در این مقاله بر پایه نظر این فقهای گرام، مصلحت را ذیل عناوین ثانویه ذکر کرده‌ایم. باید توجه داشت که شرط اعتبار این نوع مصلحت آن است که بتواند ذیل عناوین پنج‌گانه مهم ذکر شده در آید و اگر تحت هیچ‌یک از آن عناوین مهم در نیاید، اعتباری پیدا نمی‌کند و به مصالح مرسله تبدیل می‌شود.

اصل اولی در باب شرایط قاضی این است که قاضی باید مجتهد باشد؛ حال اگر مصلحت اقتضا کند که غیر مجتهد به‌عنوان قاضی به قضاوت بپردازد، آیا ولایت او منعقد می‌شود یا خیر؟ در این مسئله دو قول وجود دارد: یکی جواز و دیگری منع. منشأ اختلاف اصحاب در این است که امیر المؤمنین علیه السلام شریح را در منصب قضاوت قرار دادند، با اینکه او فاقد برخی از شروط قاضی از جمله علم و عدالت بود. کسانی که قائل



به جواز شده‌اند، یکی از ادله خود را عمل حضرت قرار داده و کسانی که قول به عدم جواز را پذیرفته‌اند، این عمل را توجیه می‌کنند؛ چراکه ممکن است این انتصاب از روی تقیه صورت گرفته باشد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، صص ۳۶۲-۳۶۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۳۵). البته می‌توان گفت که همین تقیه خود دلیل بر وجود مصلحت است. بنابراین باید پذیرفت که بر پایه وجود مصلحت می‌توان ولایت قاضی غیرمجتهد را نیز پذیرفت. برخی قضاوت غیرمستکمل جمیع شرائط را حتی در صورت مصلحت هم ممنوع دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۲۳). در نتیجه، بر پایه نظر ایشان، غیرمجتهد در هیچ شرایطی نمی‌تواند قاضی شود.

علامه حلی این نصب را دلیلی کافی برای جواز قضاوت غیرمجتهد نمی‌داند؛ چراکه نفوذ حکم شریح منوط به تأیید امام علیه السلام بوده و او شخصاً حکم نمی‌کرده است (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۱۷). ولی اگر قرار بود تمام احکام قضایی شریح را امام شخصاً تأیید کنند، در این صورت نصب او لغو می‌شد؛ زیرا حضرت می‌بایست برای تأیید یا رد نظر شریح تمام فرایند دادرسی را طی کند و ادله طرفین را بازبینی نماید. این کار، هم امکان‌پذیر نبود و هم موجب اطاله دادرسی می‌شد. افزون بر اینکه در سایر مناطق کشور پهناور اسلامی درباره بقیه قضات امکان اجرایی نداشت. بنابراین باید گفت شرط امام علیه السلام برای شریح صرفاً مربوط به امور مهم و حیاتی بوده است، نه تمام قضاوت‌ها. یعنی امام علیه السلام به شریح اجازه قضاوت داده‌اند، اما او را در امور مهمی مانند جان آدمیان محدود کرده، اجرای حکم را منوط به تأیید خودشان فرموده‌اند. این شبیه کاری است که اینک در امور مهمی مانند قصاص نفس صورت می‌گیرد و پس از طی همه مراحل تحقیقات و صدور حکم در دادگاه کیفری یک و تأیید حکم در دیوان عالی کشور، در انتها باید استیذان صورت گیرد و شخص رئیس دستگاه قضایی با اذنی که از رهبری دارد حکم را تأیید کند.

در جمع‌بندی این قسمت باید گفت که اولاً عمل امیرالمؤمنین علیه السلام در نصب شریح قاضی حجت است و بر پایه آن می‌توان به جواز قضاوت غیرمجتهد در فرض وجود مصلحت حکم کرد. در این حال حتی تقیه نیز نوعی مصلحت به حساب می‌آید. ثانیاً

مصلحت اهم در حفظ نظام اجتماعی است و با فرض عدم وجود مجتهد یا سختی دسترسی به وی، جامعه دچار هرج و مرج و اختلال می شود و شارع مقدس راضی به این امر نیست.

بنابراین مصلحت اقتضا می کند که شخصی عالم به مسائل قضا به این امر پردازد و مسائل مردم را بر پایه فتوای فقها حل و فصل نماید، حتی اگر بی نظمی و هرج و مرج به حد ضرورت و اضطرار نرسد.

## ۲. شرایط و ضوابط تطبیق عناوین ثانوی

بدیهی است که در هر جایی نمی توان به عناوین ثانوی استناد کرد. شرایط و ضوابطی برای تطبیق عناوین ثانوی وجود دارد. آن شرایط و ضوابط چیستند؟ غیرمجتهد در مقام قضاوت چه وظایفی دارد؟ حاکم شرعی که او را در این منصب قرار می دهد چه نقشی دارد؟ لازم است نقش حاکم و وظایف قاضی غیرمجتهد در شرایطی که عناوین ثانوی صدق می کنند روشن شود.

### ۲-۱. مبحث اول: نقش حاکم اسلامی

وظیفه و نقش حاکم را می توان در دو جایگاه مشاهده کرد:

الف. نقش حاکم در تطبیق عناوین ثانوی.

ب. نقش حاکم در رابطه با قاضی غیرمجتهد.

ضروری است که وظیفه حاکم در هر دو مورد بررسی شود تا قضاوت غیرمجتهد بر اساس ضوابط صورت گیرد.

### ۲-۱-۱. نقش حاکم در تطبیق عناوین ثانوی

در جایی که مجتهد به اندازه کافی وجود ندارد، حاکم اسلامی در نصب قضات چند اقدام انجام می دهد. این اقدامات شامل تحدید و تطبیق موضوعات، تقدیم اهم بر مهم و مشورت می شود.



فقہ

## ۲-۱-۱-۱. تحدید و تطبیق موضوعات

موضوعات در یک تقسیم‌بندی به دو دسته موضوعات صرفه و موضوعات مستنبطه تقسیم می‌شوند. موضوعات صرفه آن موضوعاتی هستند که معنای‌شان واضح است و تشخیص آنها به عرف واگذار شده است (عراقی، ۱۳۸۰، ص ۱۵). موضوعات مستنبطه گاهی شرعی‌اند و گاهی عرفی. در موضوعات مستنبطه شرعی مانند نماز، روزه و... شارع حدود و شرایط آنها را بیان می‌کند و فقیه وظیفه تحدید حدود آنها را دارد. موضوعات مستنبطه عرفیه، آن دسته از موضوعاتی هستند که معنای آنها روشن نیست و فهم‌شان نیاز به تخصص دارد، مانند غنا. طبق برخی اقوال در این دسته نیز نیاز به اجتهاد است (خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱). قضاوت از موضوعات مستنبطه عرفی است که طبق دیدگاه برخی فقها، به دلیل نیاز به تخصص، باید حدود آن را مجتهد تعیین کند.

اما درباره تطبیق موضوعات از کلمات برخی از فقها استفاده می‌شود که تحدید موضوع و تطبیق آنها در امور فردی بر عهده خود آنها است، اما در آن دسته از اموری که متعلق به اجتماع و امت است، به خاطر اهمیت آنها، تطبیق موضوعات بر عهده ولی فقیه است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، صص ۶۶۵-۶۶۶؛ مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۶۹). فقیه در این موارد از آن جهت که ولایت دارد، باید عناوین ثانوی را بر موضوع‌شان تطبیق دهد، نه از آن جهت که فتوا می‌دهد؛ مانند فتوایی که میرزای شیرازی در حرمت تنباکو داد. ایشان حکم کلی الهی را بر عدم جواز تضعیف مسلمین و تقویت کفار صادر کرد و آن را بر تنباکو تطبیق نمود (مکارم، ۱۴۲۲ق، ص ۲۶۵).

بنابراین، حاکم می‌بایست موضوعات و امور مهمی مانند قضاوت را که مربوط به اجتماع است، مستقیم یا با واسطه تحدید نماید و حکم کلی الهی را بر آنها تطبیق کند.

## ۲-۱-۱-۲. تقدیم اهم بر مهم

یکی از مسلمات فقه که با ادله اربعه بر آن استدلال شده است، تقدیم اهم بر مهم به هنگام تراحم است. فقیه در مقام فتوا و حاکم اسلامی در مقام اجرا وظیفه دارند به هنگام تراحم دو حکم اولی، اهم را برگزینند. به عنوان مثال در مقام تراحم بین مصلحت جامعه



و فرد، به تقدیم مصلحت جامعه بر فرد حکم می‌شود؛ زیرا حفظ اساس اسلام از مهمترین اولویت‌هایی است که هیچ حکمی بر آن مقدم نمی‌شود و به همین جهت رعایت حال اکثریت اهم از رعایت حال اقلیت است (خلخال، ۱۴۲۲ق، ص ۵۱؛ هاشمی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۶۳).

در موضوع قضاوت نیز وضع از همین قرار است. دو حکم اولی وجود دارد: شرط اجتهاد قاضی و لزوم حفظ نظام از اختلال. اگر جامعه در فرض کمبود مجتهد در امر قضاوت دچار هرج و مرج شود، حاکم مصلحت اهم حفظ نظام را بر مصلحت مهم شرط اجتهاد قاضی مقدم می‌نماید و حکم به جواز قضاوت مقلد می‌کند.

#### ۲-۱-۱-۳. مشورت

خداوند متعال به پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله دستور داده است: «و در کارها با آنان مشورت کن، و چون تصمیم گرفتی بر خدا توکل کن» (آل عمران، آیه ۱۵۹). امر ظهور در وجوب دارد؛ پس یکی از کارهای لازم بر حاکم مشورت کردن است. دو مطلب از این آیه استفاده شده است: یکی اینکه مرجع ضمیر نوع امت است، ولی از روی مناسبات حکمیه، به عقلا و ارباب حل و عقد تخصیص می‌خورد، دوم اینکه کلمه «الأمر» مفرد محلی به «ال» است که افاده عموم اطلاقی می‌کند و از این رو متعلق مشورت کلیه امور از جمله امور سیاسی است (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص ۸۴).

پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام با اینکه از مقام عصمت برخوردار بودند، در بسیاری از مسائل به مشورت می‌پرداختند. حتی گاهی از اوقات به جهت موافقت با اکثریت، مخالف نظر خودشان حرکت می‌کردند. جنگ احد یک نمونه بارز مشورت در صدر اسلام است که پیامبر گرامی خدا صلی الله علیه و آله با وجود داشتن نظری دیگر، سخن مشاوران را پذیرفتند و برای جنگ با مشرکان به بیرون از شهر رفتند و شکست خوردند.

از آنجا که حاکم اسلامی در زمان غیبت دارای همه تخصص‌ها نیست، نیاز است با افراد متخصص مشورت نماید تا بتواند به حق نزدیک‌تر شود (خیمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۶۵-۶۶۶). امام خمینی به این امر توجهی ویژه داشت. به عنوان مثال، ایشان ابتدا قائل به





کفایت مجلس شورای اسلامی برای تطبیق عناوین ثانوی بود؛ زیرا تطبیق را کار عرف می‌دانست و آنها نمایندگان مردم و عرف بودند و امور را با مشورت به سرانجام می‌رساندند؛ با این حال برای اینکه جانب احتیاط رعایت شود و اختلاف‌های بین مجلس و شورای نگهبان برطرف شود، مجمع تشخیص مصلحت نظام را تشکیل داد تا تطبیق بر مصادیق با دقت بیشتری انجام گیرد (خمینی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۳۲۱؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۴۶۴). بر این اساس می‌توان مشورت در موضوعات مربوط به قضاوت و تعیین حدود و ضوابط آن را وظیفه حاکم دانست.

افزون بر موارد ذکر شده، در مقام تعیین حدود و تطبیق مصادیق باید به این امور نیز توجه کرد: اهداف شریعت، نقش زمان و مکان، و حفظ ماهیت عناوین ثانوی با پرهیز از استفاده بیش از اندازه از احکام ثانوی و اکتفا به حداقل (مکارم، ۱۴۲۲ق، صص ۲۶۵-۲۶۶).

## ۲-۱-۲. نقش حاکم در رابطه با قاضی غیر مجتهد

### ۲-۱-۲-۱. ایجاد بستر مناسب برای قضاوت غیر مجتهد

یکی از مسائل علم اصول فقه، موضوع مقدمه واجب است. مقدمه واجب را از دو ناحیه عقلی و شرعی می‌توان بررسی کرد. وجوب عقلی مقدمه، بحثی واضح است که اصولیان آن را قبول دارند (قمی، ۱۳۰۳، ص ۹۱؛ مظفر، ۱۳۸۷، ص ۲۶۵؛ عبدی، ۱۳۹۷، ص ۱۸۵). آن چیزی که مورد بحث و اختلاف واقع شده است، وجوب شرعی مقدمه است و برخی تا ده قول درباره آن ذکر کرده‌اند (مظفر، ۱۳۸۷، ص ۲۹۷).

در هر صورت عنوان «مقدمیت» در کلمات فقها عنوانی ثانوی محسوب شده است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۷۷؛ مشکینی، ۱۳۷۴، ص ۱۲۴؛ مکارم، ۱۴۲۲ق، ص ۲۶۰؛ مکارم، ۱۴۲۷ق، ب، ص ۴۸۱)، به این معنا که هر عمل مباحی در صورتی که مقدمه برای امری واجب یا حرام واقع شود، خود واجب یا حرام می‌گردد. به عنوان مثال، حفظ نظام جزء واجبات است و هر عملی که مقدمه آن باشد، هر چند به عنوان اولی مباح باشد، به عنوان ثانوی واجب می‌گردد. به این قبیل واجبات و محرمات «واجب غیری» و «حرام غیری» گفته می‌شود، در مقابل واجب و حرام نفسی.

با توجه به این مقدمه باید گفت که اگر قضاوت غیرمجتهد خلاف اصل باشد و بر اساس حکم ثانوی جایز شود، حاکم برای حفظ نظام اجتماعی و ممانعت از اختلال نظام، باید از باب مقدمه واجب بستر مناسبی برای قضاوت وی ایجاد نماید تا حکم او نزدیک‌تر به حق باشد؛ بنابراین نیاز است قوانینی وجود داشته باشد تا قاضی طبق آنها عمل کند.

امام خمینی در فرمان هشت ماده‌ای که به قوه قضاییه داد، به این امر توجه ویژه داشت. ایشان در ماده اول، قوه قضاییه را به تهیه قوانین شرعی و تصویب و ابلاغ آنها با دقت و سرعت لازم مأمور کرد تا کار آنها به تأخیر یا تعطیل نکشد و در زندگی مردم خللی وارد نیاید (خمینی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۱۳۹). بنابراین حاکم باید بسترهای قانونی و اجرایی لازم را برای قضاوت غیرمجتهدان فراهم سازد تا قضاوتی نزدیک به حق در جامعه اسلامی جریان یابد.

## ۲-۲-۱-۲. مشروعیت بخشی به قضاوت قضات غیرمجتهد

هرچند که به دلایلی که گفته شد، در شرایط کمبود مجتهد، شرط اجتهاد در قاضی برداشته می‌شود، ولی مفهوم آن این نیست که مردم بتوانند هر شخصی را در منصب قضاوت قرار دهند؛ زیرا این احتمال وجود دارد که برای دفع هرج و مرج و حفظ نظام، منصوب کردن او از جانب حاکم شرع در این حالت مدخلیت داشته باشد. به همین جهت باید به قدر متیقن در مخالفت با اصل اولی عمل کرد و انتصاب به دست مجتهد صورت گیرد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۶۰؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۴۴۳؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۲).  
امام خمینی علیه السلام ضمن توجه به این نکته، وظیفه منصوب کردن قضات غیرمجتهد را بر عهده مجتهدان قرار داده است (خمینی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۲۱۳). ایشان در ماده دوم از فرمان هشت ماده‌ای، یکی از وظایف قوه قضاییه را رسیدگی سریع به صلاحیت قضات، دادستان‌ها و دادگاه‌ها قرار داده است تا جریان امور، شرعی و الهی باشد و حقوق مردم ضایع نگردد (خمینی، بی‌تا، ج ۱۷، ص ۱۳۹). بنابراین می‌توان یکی از وظایف حاکم را مشروعیت بخشی به قضاوت قضات غیرمجتهد خواند.



## ۲-۱-۲-۳. تقدیم اصلح بر صالح

فقها در بسیاری از مسائل فقهی حکم به مقدم داشتن فردی کرده‌اند که در انجام امور اصلح، اعلم و افضل از دیگران است. (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۷۹؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۹۲؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۸۶۶).

فقها در مقدم داشتن دو مجتهد بر یکدیگر صفاتی را بیان کرده‌اند، مثل اعلم بودن و باتفاوت بودن. اگر قاضی مجتهد عالم باشد و اعلم از او هم وجود داشته باشد، درباره اینکه آیا او می‌تواند به قضاوت پردازد یا خیر، اقوال مختلفی وجود دارد که در این مجال نمی‌گنجد، اما اگر مقلد به حکم ثانوی منصوب شد، آیا مقلد هم باید دارای چنان صفاتی باشد یا خیر؟

از یک سو می‌توان گفت که اینها شرایط مجتهد است و دلیلی نداریم که آنها را به مقلد هم تسری دهیم؛ از سوی دیگر، اصل اولی قضاوت مجتهد است و در صورت مخالفت با اصل اولی، قدر متیقن این است که کسی منصوب شود که دارای این صفات باشد؛ زیرا «الضرورات تقدر بقدرها». به همین دلیل فقها معتقدند که حاکم وظیفه دارد به خاطر عمل به قدر متیقن، کسی را در منصب قضاوت در میان مردم قرار دهد که اعلم در دانش (هرچند تقلیدی)، اورع در عمل و از جهت سایر صفاتی که در مرجحات مجتهدان وجود دارد، برتر از بقیه باشد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۶۳؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۸۳؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۳). علاوه بر اینکه به مقتضای قاعده عقلی اهم و مهم، در صورتی که دو نفر وجود داشته باشند که یکی افضل از دیگری است، عقل حکم به مقدم داشتن افضل بر فاضل می‌نماید (مکارم، ۱۳۷۰، ص ۱۴۲).

به نظر برخی در فرض پیداشدن قاضی اصلح جایز است قاضی قبلی را که صالح است عزل نمود؛ زیرا مصلحت چنین اقتضا دارد که شخصی که اکمل است متصدی باشد (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۴۰۵)، اما این سخن جای تأمل دارد.

پس می‌توان سومین وظیفه حاکم در رابطه با قاضی غیرمجتهد را این دانست که اشخاصی که اصلح از دیگری هستند را انتخاب و در این منصب قرار دهد تا به قدر متیقن در هنگام ضرورت عمل شود.



فقه

## ۲-۲. مبحث دوم: وظیفه قاضی منصوب

مقلدی که در منصب قضاوت گماشته شده است، با توجه به اینکه فاقد شرط اجتهاد است، نیازمند ضوابطی است تا با رعایت آنها قضاوتی نزدیک تر به واقع داشته باشد.

### ۲-۲-۱. قضاوت بر اساس فتوای ولی فقیه

قاضی غیرمجتهدی که از سوی حاکم شرع به منصب قضاوت نصب شده، آیا موظف است از دیدگاه حاکم شرع یا مجتهدی که او را نصب کرده پیروی کند یا می تواند بر اساس آنچه خود تشخیص می دهد اقدام نماید؟ قدر متیقن هنگام خروج از اصل اولی حرمت قضاوت غیرمجتهد، این است که این شخص باید طبق نظرات مجتهد قضاوت نماید؛ زیرا نظر او نزد شارع اعتباری ندارد و مرجحات ذکر شده در علم اصول در موضوع تراحم برای مجتهد قرار داده شده است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۶۲؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۸۵؛ مکارم، ۱۴۲۷ق الف، ج ۱، ص ۱۴۳). پس چه باید کرد؟ راهکار این مسئله این است که قضات منصوب از سوی مجتهدان، طبق قوانین مصوب - که بر مبانی فقهی وضع شده - دادرسی کنند، نه بر اساس رأی خویش (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۶۸). قوانین هم توسط مجتهدان جامع الشرائط، مستقیم یا با واسطه، تأیید شده است؛ پس جایز نیست غیرمجتهد بر اساس نظر خود به قضاوت پردازد.

اینک باید پرسید که قاضی باید بر اساس رأی کدام مجتهد عمل کند؟ بر اساس نظر مجتهدی (مانند رئیس قوه قضاییه) که او را نصب کرده است یا حاکم اسلامی یا مرجع تقلید خودش یا مرجع تقلید محکوم علیه؟

در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی آمده است که قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. مطابق این اصل، قاضی در ابتدا باید به قوانین مراجعه نماید، قوانین هم بر اساس نظر مشهور یا نظر حاکم اسلامی است و در صورتی که حکم مسئله را در قوانین نیافت، به منابع معتبر





اسلامی (برای مجتهدان) یا فتاوی معتبر (برای مقلدان) مراجعه می نماید. اما در این زمینه اقوال و نظریات متفاوت است و لازم است هر کدام جداگانه بیان شود.

در شرایط فعلی و بر پایه قوانین جمهوری اسلامی ایران، همه قضات، اعم از مجتهد و مقلد، منصوب مستقیم یا با واسطه حاکم اسلامی هستند، با این حال وظیفه دارند که بر پایه قوانین حکم کنند. اینک باید پرسید که بر چه پایه‌ای چنین قانونی وضع شده است و مبنای شرعی و فقهی آن کدام است؟

برخی از فقها که قضاوت غیرمجتهد را جایز نمی دانند، بر این باورند که چنین شخصی اگر بر کرسی قضاوت تکیه زد، فقط باید فتوای مرجع تقلید متهم را بیان نماید، نه اینکه حکم کند (صافی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۲۸). اما اقوال فقهایی که قضاوت غیرمجتهد را جایز می دانند می توان در سه نظریه خلاصه کرد:

**قول اول: قضاوت بر اساس فتوای مجتهد ناصب**

گروهی از فقها معتقدند قاضی منصوب باید بر اساس نظریات همان مجتهد ناصب عمل کند، چه از باب جواز ابتدایی نصب غیرمجتهد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۱۹) و چه با عنوان ثانوی (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۶۳؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۸۴؛ فاضل، بی تا، ج ۱، ص ۴۸۴)؛ چون او وسیله‌ای است برای پیاده ساختن نظرات مجتهد ناصب و در حقیقت منصب قضاوت از آن مجتهد است و قاضی غیرمجتهد جنبه ابزاری دارد.

**قول دوم: قضاوت بر اساس فتوای اعلم**

برخی دیگر از فقها برخلاف نظریه اول، قائل به قضاوت بر اساس فتوای اعلم شده اند؛ زیرا وظیفه او تقلید از اعلم است، پس باید بر اساس همان هم حکم کند (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص ۷۹؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۳).

**قول سوم: تفصیل**

گروهی دیگر چنین تفصیل داده اند که اگر تعارضی بین قوانین با فتوای مرجع تقلید خود قاضی نباشد، بر اساس رأی مرجع تقلید خودش عمل می کند و اگر تعارض بین

قوانین با فتوای مرجع باشد، دو حالت دارد: اگر احتیاط ممکن است احتیاط کند و اگر احتیاط ممکن نیست یا موجب عسر و حرج و ضرر و زیان است، دو حالت دارد: در مسائل عمومی و اجتماعی از قوانین جمهوری اسلامی متابعت نماید و در مسائل خصوصی بر اساس فتوای مرجع تقلید خودش حکم کند (مکارم، ۱۴۲۷ق الف، ج ۱، ص ۲۱).

برخی از فقها دوران را بین فتوای مرجع تقلید قاضی و مرجع تقلید محکوم علیه برده‌اند و در این مسئله قائل به عمل به احتیاط بین دو قول شده‌اند و حرفی از جایی که احتیاط ممکن نباشد به میان نیاورده‌اند (گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، صص ۱۵۸-۱۵۹).

بنابراین سه قول در مسئله وجود دارد و به نظر می‌رسد قول اول صحیح باشد؛ یا از باب حکومت ادله ولایت فقیه (به نقل از: هاشمی، ۱۴۲۶ق، ج ۴۲، صص ۱۰۱-۱۰۲) یا از باب عمل به قدر متیقن و جلوگیری از هرج و مرج؛ چرا که در نظام قضایی با توجه به اینکه قضات را ولی فقیه، ولو با واسطه، نصب می‌کند، قدر متیقن این است که طبق نظر او عمل کنند.

علاوه بر اینکه گفته شد نظام قضایی نیازمند تهیه قانون مدون است که همه قضات طبق آن قضاوت کنند، حال اگر هر قاضی طبق فتوای مجتهد خود عمل کند، نظام قضایی دچار اختلال می‌شود و نمی‌توان آن را به‌خوبی اداره کرد؛ مگر در احوال شخصی که اتفاقاً در قوانین مدنی این امر درباره پیروان ادیان و مذاهب دیگر پذیرفته شده است.

بر پایه آنچه ذکر شد، قاضی مقلد وظیفه دارد بر اساس نظر مجتهد حاکم قضاوت کند؛ زیرا اگر در غیر احوال شخصی بر پایه نظر دیگر مجتهدان قضاوت کند، موجب تشتت در آرای قضایی و فقدان وحدت رویه خواهد شد و نظام حاکمیت را دچار خدشه می‌کند. فقهای که به ضرورت پیروی از نظر مجتهد ناصب سخن گفته‌اند، گویا به همین نظر گرایش داشته و مقصودشان پیروی از کسی است که بسط ید دارد و قاضی را منصوب می‌کند. این همان مفاد ولایت است که در گذشته به دلیل فقدان بسط ید کمتر از آن سخن گفته شده است و امام خمینی توانست به این مفهوم جان دهد و آن را در عمل پیاده سازد. بنابراین برای حفظ وحدت رویه و انسجام نظام قضاوت، نمی‌توان به آرای مختلف مراجعه کرد؛ نه پیروی از مرجع تقلید اصحاب دعوا جایز است و نه





پیروی از مرجع تقلید قاضی و نه هیچ مرجع دیگری، بلکه تنها باید نظام قضاوت را بر پایه یک فتوا پایه‌گذاری کرد و آن فتوای ولی فقیه است. البته ولی فقیه می‌تواند این موضوع را، مانند هر موضوع دیگری که مصلحت ببیند، به اشخاص خبره دیگری واگذار کند، اما در این حال نیز باید با اذن و تأیید او اقدام شود و وحدت نظام حکمرانی در نظر گرفته شود.

### ۲-۲-۲. مشورت در امور قضایی

قاضی مجتهد هنگام صدور حکم باید به تنهایی حکم کند؛ یعنی نمی‌تواند به صورت شورایی حکم صادر کند. اما در مقدمات حکم مانعی برای مشورت نیست؛ به همین جهت می‌تواند با اهل خبره در آن مسئله و دیگر قضات مشورت کند، ولی حکم را در نهایت خودش باید بدهد (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۶۷؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۶۲).

حال سؤال این است که درباره قضاوت غیرمجتهد چگونه است؛ آیا باید به تنهایی حکم کند و حق حکم به صورت شورایی ندارد؟ یا اینکه می‌تواند به صورت شورایی حکم کند.

برخی از فقها در اینجا نیز انشای حکم را فقط به صورت فردی جایز می‌دانند؛ یعنی بر این باورند که قاضی می‌تواند در مقدمات حکم با اهل خبره و قضات دیگر مشورت کند، ولی در انشا و نهایت امر نمی‌تواند به صورت شورایی حکم نماید (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۶۷؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۶۲). البته برخی مشورت کردن در مقدمات را، از باب اینکه حکم او اقرب به واقع و حق باشد، واجب می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۲).

امام خمینی در پاسخ به پرسش از مشورت در صدور رأی و ارائه نظر، فرمودند: «در مورد قضات مأذون مانع ندارد که متعدد باشند و با مشورت عمل کنند» (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۶۷).

### ۲-۲-۳. بهره‌گیری از دانش‌های مربوط به موضوع‌شناسی قضایی

معمولاً علم حقوق نقش استنباط قاضی را در اثبات دعوا و کشف حقیقت منحصر کرده و عنصر استنباط را به‌عنوان رکن معنوی در امارات قضایی محصور می‌سازد (زراعت و



حاجی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۴۵۴؛ البته نقش استنباط قاضی در تفسیر قوانین را نیز نمی‌توان نادیده گرفت. هر چند دانشمندان حقوق به این مسئله تصریح نکرده‌اند، ولی به آزادی قاضی در برداشت از قوانین اشاره کرده‌اند که لازمه آن تأثیر عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم است (بهرامی، ۱۳۹۰، صص ۹۷-۹۸).

همچنین در مواردی که قانون قاضی را برای صدور مجازات متناسب با وضعیت مجرم آزاد گذاشته است نیز می‌توان دخالت عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم را ملاحظه کرد.

اما فقها تنها به بررسی اجتهاد فقهی و اشتراط آن در قاضی پرداخته‌اند و از اجتهاد قضایی بحثی به میان نیاورده‌اند. اصولیان از موضوعات و احکام و کیفیت استنباط آن سخن گفته‌اند، لکن به دلیل آنکه بحث از موضوعات خارج از غایت علم اصول است (حکیم، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۷)، اصولیان به صورت جدی به این بحث پرداخته‌اند و تنها به کلیاتی در باب موضوعات، همچون تخطئه و تصویب در موضوعات، حجیت ظنون تعبدی در موضوعات و ... پرداخته‌اند (موسوی قزوینی، ۱۳۵۸ق، ص ۱۳۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۸۱ق، ج ۱، صص ۲۰۹، ۲۱۰).

قاضی در مسیر استنباط خود، یا به دنبال کشف حقیقت رخ داده در خارج است (مرحله اول)، یا به دنبال کشف و تفسیر قانون و تشخیص صحیح قانون منطبق بر موضوع (مرحله دوم)، و یا به دنبال کشف و تشخیص راه علاج صحیح برای موضوع حقوقی یا کیفری است (مرحله سوم). می‌توان نام این سه مرحله را اجتهاد قضایی گذاشت. بدین ترتیب، اجتهاد قضایی عبارت است از: به کارگیری تمام توان شخص در مسیر کشف حقیقت، تطبیق آن بر قانون شریعت و تشخیص حکم مناسب. اجتهاد قضایی ماهیتی از سنخ کشف و تشخیص دارد.

البته استنباط قاضی در هر یک از این مراحل، منوط به اجازه شرعی و قانونی است؛ بدین معنا که اگر قانون و شریعت در هر یک از مراحل دادرسی، قانون و حکم معینی داده باشد، آن مورد از محدوده اجتهاد قضایی خارج شده و داخل در حوزه اجتهاد فقهی می‌شود. بنابراین اجتهاد قضایی تنها در چارچوب قانون و شرع معنا پیدا می‌کند.



## جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

فقها درباره شرط اجتهاد قاضی در جایی که عنوان ثانوی باشد سه گروه شده‌اند: برخی قضاوت غیرمجتهد را مطلقاً جایز نمی‌دانند، عده‌ای بین شبهات موضوعیه و حکمیه تفصیل قائل شده‌اند و در شبهات موضوعیه، قضاوت غیرمجتهد را جایز و در شبهات حکمیه غیرجایز دانسته‌اند، برخی هم قائل به عدم اشتراط اجتهاد شده‌اند.

حاکم در تطبیق عناوین ثانوی وظایفی دارد؛ همچون تحدید و تطبیق موضوعات، تقدیم اهم بر مهم، مشورت، ایجاد بستر مناسب برای قضاوت غیرمجتهد، مشروعیت‌بخشی به قضاوت غیرمجتهد و تقدیم اصلح بر صالح.

قاضی مقلد باید در سه مرحله کشف حقیقت، استنباط و تطبیق قانون و صدور رأی مناسب، بر اساس فتوای مجتهد حاکم حکم کند و از مشورت در امور قضایی خود استفاده کند.

پیشنهاد می‌شود این موضوع بر پایه عناوین ثانویه دیگری همچون عسر و حرج، حفظ نظام، مقدمه واجب، قاعده اهم و مهم و ضرر و اضرار نیز به تفصیل موردتحقیق قرار گیرد؛ زیرا در تحقیقات پیشین به صورت دقیق به این موضوع از این زاویه نگاه نشده است. همچنین تبیین اصول و قواعد «اجتهاد قضایی» نیازمند تحقیق بیشتری است.

## تقدیر و تشکر

این مقاله حاصل بخشی از تحقیقات انجام‌شده مربوط به رساله دکتری خانم زهرا نجارزادگان سرابی است که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد محلات انجام شده است.



فقه

## فهرست منابع

\*قرآن کریم

\*\*نهج البلاغه

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر. (۱۴۲۵ق). کتاب القضاء (چاپ اول). قم: انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی رحمته.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار صادر.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اصفهانی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). القضاء و الشهادات (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۶. بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۸ق). استفتائات (چاپ اول). قم: دفتر آیت الله بهجت.
۷. بهرامی، بهرام. (۱۳۹۰). بایسته‌های تفسیر قوانین و قراردادها. تهران: نگاه بینه.
۸. حکیم، سید محسن طباطبائی. (۱۴۰۸ق). حقائق الأصول فی شرح کفایة الأصول. قم: بصیرتی.
۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۲۰ق). أجوبة الاستفتائات (چاپ سوم). بیروت: الدار الاسلامیه.
۱۱. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی. (۱۴۲۲ق). حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. خمینی، روح الله الموسوی. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۳. خمینی، روح الله الموسوی. (۱۴۲۲ق). استفتائات (چاپ پنجم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. خمینی، روح الله الموسوی. (بی تا). صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۵. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی (چاپ اول)، قم: مؤسسه إحياء آثار



## الإمام الخوئي رحمته الله

١٦. راغب اصفهاني. (بي تا). معجم مفردات الفاظ القرآن (ج ١، گردآورنده: نديم مرعشلي). بيروت، دار الكتاب العربي.
١٧. رشتي، ميرزا حبيب الله. (١٤٠١ق). كتاب القضاء (چاپ اول). قم: دار القرآن الكريم.
١٨. زراعت، عباس؛ حاجي زاده، حميدرضا. (١٣٩٠). ادله اثبات دعوا. كاشان: قانون مدار.
١٩. سبحاني تبريزي، جعفر. (١٤١٨ق). نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٢٠. صافي، لطف الله. (١٤١٧ق). جامع الأحكام (چاپ چهارم). قم: انتشارات حضرت معصومه عليها السلام.
٢١. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم. (١٤٠٩ق). العروة الوثقى فيما تعلم به البلوى (چاپ دوم). بيروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
٢٢. طوسي، محمد بن حسن. (١٣٨٧ق). المبسوط في فقه الإمامية. (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٢٣. عاملي كركي، علي بن حسين. (١٤١٤ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٢٤. عاملي، زين الدين بن علي شهيد ثاني. (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٢٥. عاملي، محمد بن مكى شهيد اول. (بي تا). القواعد و الفوائد (چاپ اول). قم: كتابفروشي مفيد.
٢٦. عبادي، محمد حسين. (١٣٩٧). الأساس في اصول الفقه (چاپ اول). قم: مركز مديريت حوزه علميه قم.
٢٧. عراقى، عبد النبي نجفى. (١٣٨٠). المعالم الزلفى في شرح العروة الوثقى (چاپ اول). قم: المطبعة العلمية.
٢٨. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى. (١٤١٠ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٢٩. فاضل موحدى لنكرانى، محمد. (بي تا). جامع المسائل فارسى (چاپ يازدهم). قم: امير قلم.
٣٠. فيض، محمد محسن بن شاه مرتضى. (بي تا). مفاتيح الشرائع (چاپ اول). قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى عليه السلام.



فقه

۳۱. قمی، محمدحسین. (۱۳۰۳). توضیح القوانين (چاپ اول). تهران: دارالطباعه.
۳۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء (چاپ اول)، قم: دار القرآن الکریم.
۳۳. مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۷۴). اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها (چاپ ششم). قم: الہادی.
۳۴. مشکینی اردبیلی، علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. بی جا: بی نا.
۳۵. مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۷). اصول الفقه (چاپ پنجم، تعلیقه نویس: زارعی). قم: بوستان کتاب.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۰). القواعد الفقهية (چاپ سوم). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ق). بحوث فقهية هامة (چاپ اول). قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق الف). استفتائات جدید (چاپ دوم). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق ب). دائرة المعارف فقه مقارن (چاپ اول). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۰. موسوی قزوینی، سید ابراهیم. (۱۲۵۸ق). نتائج الأفكار (چاپ اول). بمبئی.
۴۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا. (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل (چاپ دوم). قم: دارالقرآن الکریم.
۴۲. مومن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سديدة فی مسائل جدیدة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. مومن قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسيلة- القضاء و الشهادات (چاپ اول، محققان: گروه پژوهش مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۴. مهنا، عبدالله علی. (۱۴۱۳ق). لسان اللسان (چاپ اول)، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۵. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۴۲۴ق). تنبیه الأمة و تنزیه الملة (چاپ اول، مصحح:



- سیدجواد ورعی). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۶. نجفی، علی بن محمد رضا (کاشف الغطاء). (۱۳۸۱ق). النور الساطع فی الفقه النافع (چاپ اول). نجف: مطبعة الآداب.
۴۷. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.



فقه

## References

- \* The Holy Quran
- \* Nahj al-Balaghah
- 1. Abdi, M. H. (1397 AP). *al-Asas fi Usul al-Fiqh*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Qom Seminary Management Center. [In Persian]
- 2. Ameli Karaki, A. (1414 AH). *Jame' o al-Maqasid fi Sharh al-Qava'ed*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
- 3. Ameli, M, Shahid Awal. (n.d.). *al-Qava'id va al-Fawa'id*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Mofid Bookstore.
- 4. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed.). Qom: al-Ma'arif al-Islamiyah Institute. [In Arabic]
- 5. Ansari, M. (1415 AH). *al-Qaza va al-Shahadat*. (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Ansari. [In Arabic]
- 6. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhan*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- 7. Ashtiani, M. M. H. (1425 AH). *Kitab al-Qaza*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Zuhair Publications, Allameh Ashtiani Congress. [In Arabic]
- 8. Faiz, M. (n.d.). *Mafatih al-Shara'e*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.
- 9. Fazel Movahedi Lankarani, M. (n.d.). *Jame' o al-Masa'il al-Farsi*. (11th ed.). Qom: Amir Qalam.
- 10. Mousavi Golpayegani, S. M. R. (1409 AH). *Majma' al-Masa'il*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
- 11. Mousavi Golpayegani, S. M. R. (1413 AH). *Kitab al-Qaza*. (1st ed.), Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
- 12. Hakim, S. M. T. (1408 AH). *Haqayeq al-Usul fi Sharh Kifayah al-Usul*. Qom: Basirati. [In Arabic]
- 13. Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah ala Madhab al-Imamiyah*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
- 14. Iraqi, A. (1380 AP). *al-Ma'alim al-Zolfi fi Sharh Al-Urwa Al-Wothqa*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: al-Matba'ah al-Ilmiyah. [In Persian]
- 15. Isfahani, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qava'id al-Ahkam*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]



16. Kashif al-Ghatta Najafi, A. (1381 AH). *al-Nour al-Sati' fi al-Fiqh al-Nafi*. (1st ed.). Najaf: Matba'ah al-Adab. [In Arabic]
17. Khamenei, S. A. (1420 AH). *Ajoubah al-Istifta'at*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: al-Dar al-Islamiyah. [In Arabic]
18. Khoei, A. (1418 AH). *Mawsuat al-Imam Al-Khoei*. (1<sup>st</sup> ed.), Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
19. Khomeini, R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'e*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
20. Khomeini, R. (1422 AH). *Istifta'at*. (5<sup>th</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
21. Khomeini, R. (n.d.). *Sahifeh Imam*. Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini.
22. Mahna, A. A. (1413 AH), *Lisan al-Lisan*. (1st ed.), Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyah. [In Arabic]
23. Makarem Shirazi, N. (1370 AP). *al-Qava'id al-Fiqhiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School. [In Arabic]
24. Makarem Shirazi, N. (1422 AH). *Bohouth al-Fiqhiyah Hamah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
25. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *Encyclopedia of Contemporary Jurisprudence*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
26. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Questions*. (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
27. Meshkini Ardabili, A. (1374 AP). *Istilahat al-Usul va Mu'azam Abhathoha*. (6<sup>th</sup> ed.). Qom: Al-Hadi. [In Persian]
28. Meshkini Ardabili, A. (n.d.). *Mustalahat al-Fiqh*.
29. Momen Qommi, M. (1415 AH). *Kalamat Sadidah fi Masa'il Jadidah*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
30. Momen Qommi, M. (1422 AH). *Mabani Tahrir al-Wasilah, al-Qaza va al-Shahadat*. (1<sup>st</sup> ed., Research Group of the Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, Ed.). Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
31. Mousavi Qazvini, S. E. (1258 AH). *Results of Thoughts*. (1<sup>st</sup> ed.). Bombay: Mu'alif. [In Arabic]
32. Muzaffar, M. R. (1387 AP). *Usul al-Fiqh*. (5<sup>th</sup> ed., Zarei, Ed.). Qom: Bustan



فقه



Kitab. [In Persian]

33. Naeini, M. (1424 AH). *Tanbih al-Amah va Tanziyah al-Milah*. (1<sup>st</sup> d., S. J. Wari, Ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
34. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7<sup>th</sup> ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
35. Qomi, M. H. (1303 AP). *Tawzih al-Qavanin*. (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Dar al-Taba'ah. [In Persian]
36. Ragheb Isfahani. (n.d.). *Mujam Mufradat al-faz al-Qur'an*. (Vol. 1, N. Marashli, Ed.). Beirut, Dar al-Kitab al-Arabi.
37. Rashti, M. H. (1401 AH). *Kitab al-Qaza*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
38. Safi, L. (1417 AH). *Jame'o al-Ahkam*. (4<sup>th</sup> ed.). Qom: Hazrat Masoumeh Publications. [In Arabic]
39. Sobhani Tabrizi, J. (1418 AH). *Nizam al-Qaza va al-Shahadah fi al-Shariah al-Islamiyah al-Ghara'* (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
40. Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3<sup>rd</sup> ed.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafariyah Works. [In Arabic]
41. Tabatabai Yazdi, S. M. K. (1409 AH). *al-Urwat al-Wosqa fima Ta'alam behi al-Balwa*. Beirut: Mu'asisahh al-A'alami le al-Matbu'at. [In Arabic]
42. Ibn Manzour, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. (3<sup>rd</sup> ed.). Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
43. Behjat, M. T. (1428 AH). *Istifta'at*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Behjat's office. [In Arabic]
44. Bahrami, B. (1390 AP). *Requirements for interpreting laws and contracts*. Tehran: Neqah Bayenah. [In Persian]
45. Zere'at, A., & Hajizadeh, H. R. (1390 AP). *Proof of litigation*. Kashan: Qanoon Madar. [In Persian]
46. Mousavi Khalkhali, S. M. M. (1422 AH). *Sovereignty in Islam or Velayat-e-Faqih*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
47. Hashemi Shahroudi, S. M. (1426 AH). *The Dictionary of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt*. (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic]
48. Allama Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Azhan ila Ahkam al-Iman*. (1<sup>st</sup> ed.). [In Arabic]



فقہ

## **Editorial Board**

### **Abdorrezza Eizadpanah**

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

### **Reza Esfandiari (Islami)**

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

### **Sayyed Ahmad Hoseini**

Member of Society of Seminary Teachers of Qom, and professor of advanced levels at Qom Seminary

### **Mohammad Zarvandi Rahmani**

Associate Professor, Al-Mustafa International University

### **Sayyed Abbas Salehi**

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

### **Seifollah Sarrami**

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

### **Ahmad Moballeghi**

The head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership

### **Sayyed Ziya Mortazavi**

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

### **Mohammad Sadegh Mazinani**

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

### **Mohammad Hassan NajafiRad**

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

---

## **Reviewers of this Volume**

Reza Esfandiari (Islami), Sayyed Mohammad Reza Asefa Agah, Mohammad Rasul Ahangaran, Hamed Rostami Najafabadi, Asadollah Rezaei, Taha Zargarian, Adel Sarikhani, Mohammad Salehi Mazandarani, Abdosamad Aliabadi, Alireza Fajri, Mohsen Malek Afzali Ardakani, Mohammad Hassan Najafi Rad.



*Fiqh*

A Quarterly Scientific-Research Journal

**Vol. 28, No. 2, Summer 2021**

**106**

Islamic Propagation Office, Qom Seminary  
Islamic Science and Culture Academy  
(Research Center for Jurisprudence and Law)  
[www.isca.ac.ir](http://www.isca.ac.ir)

Director-in-Charge:  
**Abdorreza Eizadpanah**

Editor-in-Chief:  
**Reza Esfandiari (Islami)**

Secretary of the Board:  
**Abdul Samad Aliabadi**

Executive expert:  
**Sayyed Hosein Mousavi**

Translator of Abstracts and References:  
**Mohammad Reza Amouhosseini**

---

Tel.: +98 25 31156912 • P.O. Box. 37185-3688  
[Jf.isca.ac.ir](http://Jf.isca.ac.ir) • [Feqh.osul@gmail.com](mailto:Feqh.osul@gmail.com)



## راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

### فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۹۶۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	علوم سیاسی	تاریخ اسلام	آیین حکمت
یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰

نام پدر:	نام و نام خانوادگی:	نام:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:	نهاد: شرکت:

کد اشتراک قبل: پیش شماره: تلفن ثابت: تلفن همراه:	کد پستی:	استان: شهرستان: خیابان: کوچه: پلاک:	نشانی:
	صندوق پستی:		
	رایانامه:		

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی  
کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹  
تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷  
شماره پیامک: ۳۰۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی