



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هشتم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۰

۱۰۷

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

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سرمدیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)

دبیر تحریریه: عبدالصمد علی آبادی

کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی

مترجم چکیده‌ها و منابع: محمدرضا عموحسینی

یادآوری

۱. 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.
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 موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمی 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: ۰۲۵ - ۳۱۱۵۶۹۱۲
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 شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

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)

سیدضیاء مرتضوی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی

(پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی‌راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

رضا اسفندیاری (اسلامی)، اسماعیل آقابابائی‌بنی، محمدرسول آهنگران، حسین حسن‌زاده، مهدی درگاهی، اسدالله رضایی، طه زرگریان، محمدجعفر صادق‌پور، سیدجعفر صادقی‌فدکی، احمد مبلغی، محمدحسن نجفی‌راد.

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 فقه‌های 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 ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد 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.

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)

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.

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)

تذکره: (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.

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، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، 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 جدید بودن موضوع مقاله)؛

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

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

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؛
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 حجیت قاعده مدعی بلامعارض بدون ید
و کاربرد آن از منظر فقه امامیه
علی سائلی
سیدمرتضی تقوی
محسن ابراهیمی
- ۴۰ بررسی فقهی ضمان ناشی از خودداری مجنی علیه از درمان
علیرضا فجری
- ۶۶ تأثیر رجوع از اذن سابق بیمار در انگاره اثبات و انکار مسئولیت پزشک
مهدی کیانمهر
رحیم سیاح
سید حسام‌الدین حسینی
- ۹۶ بازنگری در دلالت‌شناسی ادله خاص قرآنی و روایی
برپایی آستان‌های مقدس
سیف‌الله صرامی
- ۱۲۲ بررسی مشروعیت وقف منقطع و سرنوشت عین موقوفه
بعد از انقراض صاحبان وقف
سیدتقی واردی
- ۱۵۱ جستاری انتقادی در حکم تعدد زوجات
مهناز دهقانی
محمدجعفر صادق‌پور
- ۱۷۹ بررسی ادله احتیاط با رویکرد جواز تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین
محمد زروندی رحمانی



Research Article

The Validity of the Unopposed Claimant without Authority and Its Application from the Perspective of Imamiyah Jurisprudence¹

Ali Sa'eli²

Sayyid Morteza Taghavi³

Mohsen Ebrahimi⁴

Received: 25/01/2021

Accepted: 15/08/2021

Abstract

One of the principles of jurisprudence (fiqh) is the principle of unopposed claimant, which is mentioned in Islamic jurisprudence with the titles of unopposed claimant, uncontested claimant and Ma-la-Yadon-le-Ahaden-Alayh claimant. The importance of jurisprudential principles, especially judicial ones in the field of government jurisprudence is clear to anyone. Therefore, the question of the validity of the unopposed claimant principle and its application from the perspective of Imamiyah jurisprudence is an issue that needs to be explored to the point of answering. Although the above principle has been raised as an issue in the works of most jurists, it is an important jurisprudential principle that many arguments, including news, indicate the validity of the principle and its cases, and it also applies to judgment. This study has been carried out with the aim of identifying the areas of the arguments of the unopposed claimant in case of lack of authority on it and its application from the perspective of Imamiyah and achieving this goal has been made possible by describing and analyzing jurisprudential propositions through collecting library data.

Keywords

Jurisprudential principles, without authority, unopposed claimant, uncontested claimant, Ma-la-Yadon-le-Ahaden-Alayh claimant.

1. Taken from a doctoral dissertation entitled: Principles and cases of accepting the claim of the claimant without evidence in Islamic jurisprudence and law of Iran. (Supervisor: Ali Sa'eli, Consultant Professor: Morteza Taghavi), Al-Mustafa International University, Higher Education Complex of Jurisprudence, Higher School of Fiqh and Usul, Islamic Jurisprudence, Qom, Iran.
2. Assistant Professor, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. alisaeli1963@gmail.com.
3. Lecturer of Kharij Fiqh, Islamic seminary, Qom, Iran. mortazataghavi@yahoo.com.
4. PhD student in Islamic jurisprudence, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding author). Ebrahimi4678@hotmail.com.

* Saeli, A., & Taghavi, S. M., & Ebrahimi, M. (1400 AP). The Validity of the Unopposed Claimant without Authority and Its Application from the Perspective of Imamiyah jurisprudence. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 8-38.
Doi: 10.22081/jf.2021.60007.2226.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

مقاله پژوهشی

حجیت قاعده مدعی بلامعارض بدون ید و کاربرد آن از منظر فقه امامیه^۱

علی سائلی^۲ سیدمرتضی تقوی^۳ محسن ابراهیمی^۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۶

چکیده

یکی از قواعد فقهی، قاعده مدعی بلامعارض است که در فقه اسلامی با عناوین مدعی بلامعارض، مدعی بلامنازع و مدعی ما لا ید لأحد علیه، از آن یاد شده است. اهمیت قواعد فقهی خصوصاً قواعد قضایی در عرصه فقه حکومتی بر کسی پوشیده نیست؛ از این رو پرسش از حجیت قاعده مدعی بلامعارض و کاربرد آن از منظر فقه امامیه، مسئله‌ای است که نیازمند کاویدن تا مرحله پاسخی در خور است. قاعده فوق گرچه در آثار اکثر فقها به صورت یک مسئله مطرح شده است، اما یک قاعده مهم فقهی است که ادله زیادی از جمله اخبار بر حجیت اصل قاعده و موارد آن دلالت دارند و در باب قضا هم کاربرد دارد. این تحقیق با هدف شناخت حدود و ثغور ادله قاعده مدعی بلامعارض در صورت عدم ید بر آن و کاربرد آن از منظر امامیه انجام شده و نیل به این مقصد در سایه توصیف و تحلیل گزاره‌های فقهی با گردآوری داده‌های کتابخانه‌ای میسر شده است.

کلیدواژه‌ها

قواعد فقهی، بدون ید، مدعی بلامعارض، مدعی بلامنازع، مدعی ما لا ید لأحد علیه.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان: *مبانی و موارد قبول ادعای مدعی بدون بینه و یمین در فقه اسلامی و حقوق ایران* (استاد راهنما: علی سائلی، استاد مشاور: مرتضی تقوی)، دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، مجتمع آموزش عالی فقه، مدرسه عالی فقه و اصول، رشته فقه اسلامی، قم، ایران می‌باشد.
۲. استادیار جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. alisaeli1963@gmail.com
۳. مدرس خارج فقه، حوزه علمیه، قم، ایران. mortazataghavi@yahoo.com
۴. دانشجوی دکتری فقه اسلامی دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول). Ebrahimi4678@hotmail.com

* سائلی، علی؛ تقوی، سیدمرتضی و ابراهیمی، محسن. (۱۴۰۰). حجیت قاعده مدعی بلامعارض بدون ید و کاربرد آن از منظر فقه امامیه. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۸-۳۸. Doi: 10.22081/jf.2021.60007.2226

مقدمه

برخی از فقهای امامیه از قاعده مدعی بلامعارض بدون ید، تحت عنوان «هر کس مدعی چیزی شود که هیچ فردی یدی بر آن نداشته باشد، به سود او قضاوت می شود» نام برده‌اند. همچنین از آن با عناوین مدعی بلامعارض، مدعی بلامنازع و مدعی ما لا ید لأحد علیه یاد شده است، و بالاخره به صورت یک قاعده فقهی مطرح شده است و حتی برخی آن را به صورت دو قاعده ذکر نموده‌اند و قاعده مدعی بلامعارض را اعم از «ما لا ید لأحد علیه» دانسته‌اند؛ زیرا مدعی بلامعارض، اموری را که قابلیت تحت ید قرار گرفتن را هم ندارند در بر می‌گیرد، در حالی که قاعده دوم فقط به اموری اختصاص دارد که قابلیت دخول تحت ید را دارند، ولی بالفعل یدی بر آن وجود ندارد. گرچه در قاعده دوم قید بلامنازع وجود ندارد، ولی این قاعده هم به مواردی اختصاص دارد که منازعی وجود نداشته باشد؛ لذا علامه حلی در کتاب قواعد، قید بلامنازع را هم هنگام ذکر قاعده «ما لا ید لأحد علیه» به آن افزوده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۵۵).

در این مقاله هر دو قاعده مدعی بلامنازع و مدعی ما لا ید لأحد علیه، اولاً به صورت یک قاعده محسوب گردیده است و ثانیاً از دیدگاه نویسنده، قاعده بودن آن از امور مسلم است و سخن در تمام یا ناتمام بودن ادله حجیت آن و همچنین در گستره موارد و مصادیق آن است.

مسئله مورد پژوهش آن است که حجیت قاعده مدعی بلامعارض در صورتی که مدعی درباره مدعی به هیچ گونه تصرفی نداشته باشد، با ادله آن بررسی شود و همچنین موارد کاربرد قاعده در فقه امامیه تبیین گردد؛ بنابراین سؤال پژوهش آن است که ادله حجیت قاعده مدعی بلامعارض بدون ید و موارد کاربرد آن در مذهب امامیه کدام است.

فرضیه این مقاله آن است که قاعده مدعی بلامعارض بدون ید، گرچه در آثار اکثر فقها به صورت یک مسئله مطرح شده است، اما از دیدگاه نویسنده، یک قاعده مهم فقهی است که ادله زیادی از جمله اخبار بر حجیت اصل قاعده و موارد آن دلالت دارد و در موارد زیادی حتی در باب قضا هم کاربرد دارد.

ضرورت و اهدافی که موجب انگیزه نویسنده برای نگارش این مقاله بود را می‌توان موارد ذیل دانست:

۱. ادله حجیت قول مدعی بلامعارض بدون ید در فقه امامیه، به‌طور کامل بررسی شود و نحوه دلالت آنها بر قاعده، و نیز مستند یا غیرمستند بودن آن روشن شود.
۲. ارائه راه‌حل به نظام حقوقی کشور برای سماع دعاوی مدعی بلامنازع در موارد جریان قاعده در صورت اثبات آن.
۳. ارائه راه‌حل به محاکم قضایی مبنی بر اکتفانمودن به قول مدعی بلامنازع در موارد جریان قاعده، بدون نیاز به ادله و اماراتی مانند بینه و ید، در صورت اثبات حجیت آن.

علی‌رغم اهمیت موضوع حاضر، بنابر تتبع به‌عمل آمده، تاکنون در خصوص این قاعده، مطلب مستقلی به رشته تحریر در نیامده است و در برخی از کتب فقهی به‌عنوان یک مسئله و در برخی دیگر با عنوان یک قاعده به موضوع اشاره شده است، ولی نوعاً از بررسی کامل قاعده حتی در کتب معروف قواعد فقهی خبری نیست و پژوهش مستقلی در خصوص این قاعده وجود ندارد. فقط یک پایان‌نامه کارشناسی ارشد با عنوان «دعوی بدون منازع»، اثر محمدصادق محرابی سی‌سخت، و همچنین مقاله‌ای برگرفته از پایان‌نامه مذکور با همان عنوان یافت شد. شباهت اثر مذکور با این مقاله صرفاً در برخی از مستندات پذیرش دعوی بدون منازع است که از ادله حجیت قاعده مدعی بلامعارض هم به شمار می‌آید. اما وجه تمایز مقاله حاضر با پژوهش فوق در چند جهت است:

۱. این مقاله درصدد بررسی حجیت یک قاعده فقهی با عنوان قاعده مدعی بلامعارض است که در صورت اثبات آن، قول مدعی بلامعارض پذیرفته می‌شود، در حالی که در بحث دعوی بدون منازع، سخن از شرایط صحت استماع دعوی است که در دعاوی معروف، منازعه به‌عنوان یکی از شروط صحت استماع دعوی است و در دعوی بدون منازعه که شبه‌دعوی است، با فقدان منازع، سخن در صحت یا عدم صحت آن است. حال برخی از فقها با مستنداتی، قائل به صحت استماع چنین دعاوی‌ای شده‌اند

که تحقیق مذکور به دنبال بررسی این گونه دعوی است.

۲. در این مقاله حجیت قول مدعی بدون معارض بدون اماره ید (تصرف) اثبات می‌شود، در حالی که در دعوی بدون منازع، سخن از اصل پذیرش دعوی است؛ اعم از اینکه همراه با ید و تصرف باشد یا نباشد.

۳. در صورت اتمام ادله حجیت قول مدعی بدون معارض، قول مدعی بدون نیاز به بینه پذیرفته می‌شود، در حالی که در بحث دعوی بدون منازع، سخن از پذیرش دعوی بدون بینه نیست، بلکه تنها سخن از صحت یا عدم صحت آن است.

۴. در موارد و مصادیق هم گرچه بین قاعده مدعی بلامعارض با دعوی بدون منازعه موارد مشترکی وجود دارد، اما اکثر موارد حقوقی دعوی بدون منازعه، مانند دعوی تنظیم قرارداد و دعوی تنفیذ، مصداق مدعی بلامعارض به شمار نمی‌آید.

بنابراین به مجرد اینکه قاعده مدعی بلامعارض و دعوی بدون معارضه در برخی از مستندات یا حتی تمام مستندات اشتراک داشته باشند، دلیل نمی‌شود که این دو موضوع را یکی به شمار آورد و پژوهش در یکی را موجب بی‌نیازی از پژوهش در موضوع دیگر دانست.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم ید

در اینکه مقصود از مفهوم «ید» که در قاعده ما لا ید لأحد علیه نفی شده است چیست، سه احتمال وجود دارد:

نخست اینکه ید به طور مطلق در دو حالت دعوی و ماقبل آن نفی شده است. دوم، ید در حال دعوی و همچنین ید قبل از دعوی برای ذی‌الید معلوم نفی شده است، و سوم، فقط ید در حالت دعوی نفی شده است. بدون تردید احتمال اول مقصود نیست؛ همان گونه که برخی از فقها بدان تصریح می‌کنند، زیرا در این صورت قاعده به مباحث اصلی اختصاص پیدا می‌کند و بی‌فایده خواهد بود. پس مقصود از ید یکی از دو احتمال

دیگر است؛ گرچه احتمال سوم، هم نفعش اعم است و هم از ظاهر کلمات فقها مستفاد است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۶۳)؛ به نظر می‌آید که مقصود از ید منفی در قاعده، احتمال سوم، یعنی ید در زمان دعوی است و ماقبل آن را در بر نمی‌گیرد؛ حتی در صورتی که قبل از دعوی علم به وجود ید سابق بر عین داشته باشیم.

۱-۲. مفهوم معارض و منازع

درباره معارض و منازعی که در قاعده نفی شده است، همان سه احتمالی وجود دارد که در مفهوم نفی ید بود. با توجه به مفاهیم سه گانه فوق، مفاد قاعده روشن می‌گردد که مقصود این است که فردی مدعی امری شود که خود او و دیگری بر آن ید ندارند و ادعای معارضی از سوی فرد دیگری غیر از مدعی بر آن امر مطرح نشود. در اینجا سخن مدعی قابل قبول است و آثار ملکیت بر آن مترتب می‌شود و تصرف مدعی مشروع خواهد بود.

۲. جریان قاعده

در خصوص اینکه قاعده فوق در چه اموری قابل استناد است اقوال مختلفی وجود دارد؛ برخی از فقها قاعده مذکور را در همه امور بلا معارض، اعم از اموال و حقوق و ادعای ارتباطات پذیرفته‌اند. یکی از فقها تصریح می‌کند که این قاعده اختصاصی به اموال ندارد، بلکه هر کسی چیزی را ادعا کند و معارضی در برابر او نباشد، دعوای او مسموع خواهد بود؛ خواه امور مالی باشد یا امور غیر مالی (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۳؛ آشتیانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۷۳). به تعبیر برخی از فقها، در جریان قاعده در معاملات به معنای اعم هیچ اختلافی وجود ندارد و قاعده هم به باب خاصی از فقه اختصاص ندارد (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۰۴).

مرحوم آیت‌الله گلپایگانی هم تصریح می‌نماید که قاعده بر مصادیق مختلف منطبق می‌شود، خواه درهم و دینار باشد یا حیوان و کتاب یا غیر از آنها، و بدون بینه و یمین به

نفع مدعی حکم می‌شود. سپس آن را یک امر مقبول نزد جمیع عقلا می‌داند و به نظر ایشان بر حاکم و قاضی هم لازم است که بر سیره عقلا اعتماد نمایند و آن را طریقی برای واقع قرار دهند؛ به دلیل آنکه وجود مرافعه همیشه در حکم حاکم لازم نیست (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۱).

پس دیدگاه گروه اول آن است که قاعده در تمامی موارد اعم از املاک، اموال و حقوق و ارتباطات قابل اجرا است. برخی از فقها قول مدعی را به صرف ادعا در هیچ موردی نمی‌پذیرند، بلکه معتقدند که هیچ کدام از ادله‌ای که بر قبول قول مدعی بلامعارض بدان اسناد شده است، بر مدعا دلالت نمی‌کند و برخی از فقها حتی ادعای اینکه حکم امام به نفع مدعی - در روایت منصور بن حازم - مستند به ادعای او باشد - نه به يد - را ادعای واهی دانسته و معتقدند که دلیل واضحی بر حجیت ادعای مدعی بلا معارض وجود ندارد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، صص ۱۲۱-۱۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۸). مرحوم آقاضیاء عراقی، ضمن پذیرفتن قاعده درباره اموال و املاک، از حیث جریان قاعده در حقوق قائل به تفصیل است و حقوق را بر دو قسم می‌داند: امور اضافی انتزاعی مثل تملک شخص بر اشیا، و امور ربطی مثل زوجیت و مطلق انتساب. طبق دیدگاه ایشان، قاعده در اموال و امور انتزاعی جریان دارد و دلیل را بنای اصحاب بر اکتفانمودن به صرف دعوی در حکم به تملک می‌داند. اما ایشان معتقد است که قاعده در امور ربطی مانند ادعای زوجیت و نسب جریان ندارد، مگر آنکه طرف مقابل تصدیق نماید. البته ادعای نسب درباره صغیر را مشمول قاعده می‌داند (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۰۴).

۳. مستندات قاعده

۳-۱. اخبار

مهم‌ترین مستند درباره قبول ادعای مالکیت بر مال بلامنازع، روایات واصله از معصومان است. برخی از احادیث به‌طور ضمنی اشاره به دعوی مدعی بلامنازع دارند:

۳-۱-۱. صحیحہ یا موثقہ منصور بن حازم از ابی عبد اللہ امام صادق علیه السلام

محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن الولید عن یونس عن منصور بن حازم عن ابی عبد اللہ علیه السلام قال قلت عَشْرَةَ كَانُوا جُلُوسًا وَوَسَطَهُمْ كَيْسٌ فِيهِ أَلْفٌ دِرْهَمٌ فَسَأَلَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا أَلَكُمُ هَذَا الْكَيْسُ فَقَالُوا كُلُّهُمْ لَا وَقَالَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ هُوَ لِي فَلَمَنْ هُوَ قَالَ لِلَّذِي ادَّعَاهُ؛ منصور بن حازم می گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم که ده نفر نشسته بودند و بین شان کیسه‌ای بود که در آن هزار درهم بود و هر کدام که از دیگری سؤال می کردند که آیا کیسه از آن شما است. همه آنها جواب شان این بود که خیر، و یکی از آنها گفت از آن من است. حال مال کیست؟ امام فرمود: مال مدعی آن است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۹۲، ح ۸۱۰-۱۷).

حدیث از نظر سندی طبق نقل شیخ طوسی حداقل موثق است و در بحث اشکالات سندی، طرق دیگر ذکر خواهد شد. حدیث مذکور علاوه بر کتب حدیث، در کتب مختلف فقهی از جمله نهایه شیخ طوسی در باب احکام و قضایا (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۵۰) و سرائر ابن ادریس (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۱) ذکر شده است. مطابق این حدیث، از آنجا که همگی به جز یک نفر از خود سلب مالکیت نمودند، گرچه مدعی مالکیت ادعای خود را در نزد دادگاه مطرح نکرده است، اما امام صادق علیه السلام حکم به مالکیت شخص مدعی نمود. در این حدیث از حکم معصوم به خوبی استفاده می شود که دعاوی ای با چنین مضامینی، بدون نیاز به دلیل دیگری از قبیل بینه و یمین، بلکه به صرف ادعای آن توسط مدعی پذیرفته می شوند. بنابراین حدیث بر حجیت قول مدعی بلامعارض دلالت می کند.

۳-۱-۲. صحیح بزنتی از امام رضا علیه السلام

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَضْرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَا علیه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَصِيدُ الطَّيْرَ يَسَاوِي دَرَاهِمَ كَثِيرَةً وَهُوَ مُسْتَوِي الْجَنَاحِينَ فَيَعْرِفُ صَاحِبَهُ أَوْ يَجِيئُهُ فَيَطْلُبُهُ مَنْ لَا يَتَّهِمُهُ فَقَالَ لَا يَحِلُّ لَهُ إِفْسَاكُهُ يَرُدُّهُ عَلَيْهِ فَقُلْتُ فَإِنْ صَادَ مَا هُوَ مَالِكٌ لِجَنَاحِهِ لَا يَعْرِفُ لَهُ

طَالِباً قَالَ هُوَ لَهُ؛ بزنتی می گوید: از امام رضا علیه السلام درباره مردی پرسیدم که پرنده‌ای را صید کرده بود که قیمت آن درهم‌های زیادی بود و بال‌هایش سالم بود (می‌توانست پرواز کند)، و صاحبش را می‌شناخت، یا کسی که او را متهم نمی‌داند نزد او می‌آید و از او طلب می‌نماید، امام فرمود: برای او نگه‌داری‌اش حلال نیست، به آن فرد برگرداند. روای می‌گوید: عرض کردم اگر پرنده‌ای را که می‌تواند پرواز کند صید کند در حالی که طلب‌کننده‌ای برایش نشاناسند، فرمود: مال خود او است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۲۲، ح ۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۶۱، ح ۲۵۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۳۸۸، باب ۳۶، ح ۲۹۸۱۴).

۳-۱-۳. صحیح دوم بزنتی از امام رضا علیه السلام

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَا علیه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَصِيدُ الطَّيْرَ الَّتِي يَسْوَى ذَرَاهِمَ كَثِيرَةً وَهُوَ مُسْتَوِي الْجَنَاحِينَ وَهُوَ يَعْرِفُ صَاحِبَهُ أَيْحِلُّ لَهُ إِمْسَاكُهُ فَقَالَ إِذَا عَرَفَ صَاحِبَهُ رَدَّهُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهُ وَمَلَكَ جَنَاحَهُ فَهُوَ لَهُ وَإِنْ جَاءَكَ طَالِبٌ لَا تَنَّهُمُهُ رَدَّهُ عَلَيْهِ؛ بزنتی می گوید: از امام رضا علیه السلام درباره مردی که پرنده‌ای را صید کرده بود که قیمت آن درهم‌های زیادی بود و می‌توانست پرواز کند، و او صاحبش را می‌شناخت، سؤال کردم که آیا نگه‌داری‌اش حلال است؟ امام فرمود: زمانی که صاحبش را می‌شناسد، باید به او برگرداند و اگر صاحبش را نمی‌شناسد و پرنده می‌تواند پرواز کند، پس مال خود او است، و اگر طلب‌کننده‌ای که آن را متهم به کذب نمی‌دانی نزد آمد و مدعی آن شد، صید را به او برگردان (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۹۴، ح ۱۱۸۶-۲۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۵، ص ۴۶۱، باب ۱۵، ح ۳۲۳۵۵-۱).

دلالت دو صحیح بزنتی بر مدعا:

پیش از بررسی نحوه دلالت حدیث دوم و سوم، لازم است که موضع‌گیری در واحد یا دو گانه بودن آنها روشن شود. وحدت راوی (محمد بن ابی‌نصر بزنتی)،

مروی عنه (امام رضا علیه السلام) و همچنین وحدت موضوع (رد صید) در دو نقل، قرائنی بر واحد بودن حدیث است. بنابراین با توجه به این سه قرینه، ص حیح بزنی یکی است نه دو تا. اما قرائنی مانند نقل دو حدیث با اسناد مختلف، خصوصاً نقل دو حدیث توسط شیخ طوسی با دو سند و در دو باب مختلف فقه، یکی در باب صید و دیگری در باب لقطه، اختلاف در عبارات دو حدیث، وجود قاعده کلی در حدیث دوم بزنی (وَ إِنْ جَاءَكَ طَالِبٌ لَا تَتَّهِمُهُ رُدَّةَ عَلَيْهِ) به گونه‌ای که برخی از فقها همین بخش حدیث را به‌عنوان حدیث دوم نقل کرده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۲۰۴) و تبعیت برخی از فقها از شیخ در کتب فقهی دلالت می‌کند که صحاح بزنی دو حدیث است و نویسنده هم قرائن دو حدیث بودن را قوی‌تر می‌داند و آنها را دو حدیث مستقل می‌داند. امام در دو حدیث به وجوب رد صید به مدعی غیر متهم حکم نموده است، یا در حدیث دوم به رد هر چیزی که طلب‌کننده‌ای غیر متهم داشته حکم نموده است؛ بنابراین دو حدیث بر قبول قول مدعی بلامعارض دلالت دارند و قول او را بدون هیچ اماره و دلیل دیگری حجت می‌دانند.

۳-۱-۴. صحیح منصور بن حازم در باب امامت امیرالمؤمنین از امام صادق علیه السلام

مَحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَادَانَ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ... فَعَرَفْتُ أَنَّ الْقُرْآنَ لَا يَكُونُ حُجَّةً إِلَّا بِقِيَمٍ فَمَا قَالَ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ كَانَ حَقًّا فَقُلْتُ لَهُمْ مَنْ قِيَمَ الْقُرْآنَ فَقَالُوا ابْنُ مَسْعُودٍ قَدْ كَانَ يَعْلَمُ وَعَمْرٌ يَعْلَمُ وَحَدِيثُهُمْ يَعْلَمُ قُلْتُ كَلُّهُ قَالُوا لَا فَلَمْ أَجِدْ أَحَدًا يُقَالُ إِنَّهُ يَعْرِفُ ذَلِكَ كَلُّهُ إِلَّا عَلِيًّا عليه السلام وَإِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ الْقَوْمِ فَقَالَ هَذَا لَا أُذْرِي وَقَالَ هَذَا لَا أُذْرِي وَقَالَ هَذَا لَا أُذْرِي فَأَشْهَدُ أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ قِيَمَ الْقُرْآنِ... فَقَالَ رَحِمَكَ اللَّهُ؛ منصور در ضمن سخن با امام می‌گوید: چون در فهم قرآن اختلاف است، پس دانستم که قرآن بدون قیَم حجت نیست، پس هر چه قیَم از آن بگویند حق است و می‌گویند به مخالفان امامت علی گفتیم که قیَم قرآن چه کسی است؟ آنها گفتند که ابن مسعود، عمر و حدیفه به قرآن علم داشتند. راوی می‌گوید به

آنها گفتم آیا آنها به همه قرآن علم داشتند؟ گفتند نه. پس هیچ کسی را نیافتم که گفته شود به همه قرآن علم دارد، جز علی علیه السلام، و وقتی امری بین مردم چیزی باشد که همه بگویند نمی دانم ولی یک نفر بگوید می دانم (علی علیه السلام مدعی علم به قرآن است)، پس شهادت می دهم که علی که مدعی علم به همه قرآن است، قیم قرآن است. امام فرمود: خداوند تو را رحمت کند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، صص ۱۶۹-۱۶۸، ح ۲).

بررسی دلالت حدیث

راوی ضمن حدیث می گوید که هیچ کدام از اصحاب جز علی علیه السلام، چون علم به همه قرآن ندارند، نمی توانند قیم قرآن باشند؛ زیرا هیچ کدام مدعی علم به همه قرآن نیستند و علی علیه السلام مدعی علم به همه قرآن است، پس علی علیه السلام قیم قرآن است. امام سخن او را تأیید نمود و در حقیقت دعا کرد. عموم سخن راوی در جمله ای که گفت مدعی درایت و فهم بر غیرمدعی تقدم دارد، نشان می دهد که این سخن مقبول و متبع و مفروغ عنه عندالعقلا است و به صورت یک قاعده کلی است و امام آن را تقریر نمود (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۶۸)، لذا این حدیث هم بر حجیت قاعده مدعی بلامنازع دلالت می کند.

۳-۱-۵. اشکالات سنندی اخبار

طبق نقل مرحوم گلپایگانی، محقق اردبیلی در سند حدیث منصور بن حازم، بر اساس نقل شیخ طوسی در تهذیب، اشکال کرده که یونس چون اسم پدرش ذکر نشده است، محرز نیست که یونس بن عبدالرحمن باشد که فردی ثقه است و بنابراین نمی توان حدیث را موثق دانست (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۱۳).

در پاسخ اشکال سنندی حدیث مذکور می توان گفت که حدیث منصور بن حازم به سه طریق نقل شده است:

۳-۱-۵-۱. طریق اول

طریق شیخ طوسی در تهذیب از محمد بن احمد بن یحیی از محمد بن ولید بجلی از

یونس از منصور بن حازم نقل کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۹۲، ح ۱۷) که در این طریق همه افراد جز یونس افرادی ثقه هستند و یونس چون پدرش ذکر نشده است، معلوم نیست که یونس بن عبدالرحمن است که از اصحاب اجماع و در نتیجه حدیث صحیح خواهد بود و یا یونس بن یعقوب بجلی است که حتی بنا بر نقلی که در آغاز فطحی بوده باشد، از فطحی بودن برگشته است و او هم در هر حال فردی ثقه است و در نتیجه حدیث موثق خواهد بود. بنابراین حدیث طبق این نقل حداقل موثق است.

۳-۱-۵-۲. طریق دوم

طریق نقل شیخ در نهاییه است که شیخ از یونس بن عبدالرحمن و یونس از منصور بن حازم نقل کرده است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۵۰). البته چون در این طریق شیخ مستقیماً از یونس بن عبدالرحمن نقل کرده است، و واسطه‌ها را حذف کرده، حدیث مرفوع و ضعیف می‌شود، ولی قرینه‌ای است بر اینکه یونس همان یونس بن عبدالرحمن است نه یونس بن یعقوب بجلی.

صاحب مفتاح الکرامه در پاسخ محقق اردبیلی معتقد است که گرچه شیخ در تهذیب اسم پدر یونس را ذکر نکرده، ولی در نهاییه اسم پدرش را هم ذکر کرده است. بنابراین حدیث از نظر سند صحیح است و هیچ ایرادی ندارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۳).

۳-۱-۵-۳. طریق سوم

طریق کلینی در کافی است از علی بن ابراهیم و علی بن ابراهیم از پدرش ابراهیم بن هاشم و ابراهیم از بعضی اصحاب و بعضی اصحاب از منصور بن حازم و منصور هم از امام صادق علیه السلام نقل کرده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۲۲، ح ۵) که طبق این نقل حدیث مرسل و ضعیف است.

صاحب وسائل، حدیث را با طریق کلینی آورده است و به دو نقل شیخ هم اشاره نموده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۷۲، ص ۲۷۳، باب ۱۷، ح ۱)؛ اما سه حدیث دیگر از نظر سندی صحیح هستند و هیچ ایرادی ندارند.

۳-۱-۶. اشکالات دلالی اخبار

اشکالات موثقه منصور بن حازم

۳-۱-۶-۱. اشکال اول

حکم امام صادق علیه السلام به نفع مدعی در حدیث منصور بن حازم، به خاطر بلامنازع بودن مدعی نبوده است، بلکه به خاطر ذی‌الید بودن او بوده است؛ زیرا وجود کیسه در وسط آن جمع موجب می‌شود که به همه آنها ذی‌الید صدق نماید و زمانی که همه جز یک نفر ملکیت کیسه را از خود نفی نمایند، ذی‌الید بودن فردی که ملکیت خویش را نفی نکرده ثابت می‌ماند، حال آنکه مورد بحث جایی است که فرد مدعی ملکیت باشد و ذی‌الید نباشد. اولین فقیهی که به دلالت حدیث چنین ایرادی را مطرح نموده است، مرحوم ابن‌ادریس حلی است. ایشان ضمن نقل حدیث در بحث نوادر قضا، دیدگاهش این است که حکم امام علیه السلام به ملکیت مدعی صرفاً به خاطر ادعایش نیست، بلکه به جهت ذی‌الید بودن او است. ایشان ید را بر دو نوع می‌داند: ید مشاهده‌ای و ید حکمی، و در بحث حدیث، گرچه ید مشاهده‌ای برای کسی وجود ندارد، اما ید حکمی وجود دارد؛ زیرا همه افراد ید خودشان را از آن متاع سلب کردند و ید حکمی مدعی باقی ماند. پس سایر افراد نه ید مشاهده‌ای دارند و نه ید حکمی، ولی مدعی ید حکمی دارد. لذا امام علیه السلام حکم به مالکیت او نموده است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۱).

بحرالعلوم نقل می‌کند که برخی از فقها ذی‌الید محسوب شدن افراد قریب به لقیط در باب لقطه را به‌عنوان مؤیدی بر ذی‌الید بودن افراد به کیسه در حدیث مذکور دانسته و معتقدند که وقتی نزدیکی به لقیط موجب صدق ذی‌الید می‌شود، چگونه افرادی که کیسه در وسط‌شان است ذوالید محسوب نشوند؟ (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۶۴).

جواب اشکال اول:

جواب اول: صدق ذی‌الید درباره کیسه و افراد در حدیث قابل قبول نیست، زیرا مجرد قرب و نزدیکی چیزی به شخصی موجب صدق ید شخص بر آن شیء نخواهد شد؛ لذا از دیدگاه اکثر فقها ذی‌الید به فرد قریب لقیط در باب لقطه صدق نمی‌کند (بحر

العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۶۴). به نظر نگارنده، جواب اشکال دقیق است، زیرا اولاً اولویت صدق ذی‌الید به افراد درباره متاع در حدیث در مقایسه با فرد قریب به لقیط در باب لقطه قابل قبول نیست؛ چرا که هیچ‌گونه اولویتی در کار نیست و مجرد وسط‌بودن متاع نسبت به اطراف دیگر ترجیحی ندارد. ثانیاً دیدگاه اکثر فقها در باب لقطه هم این است که فرد قریب به لقیط را ذی‌الید نمی‌دانند، در نتیجه نه در حدیث و نه در باب لقطه به افراد فریب، ذی‌الید صدق نمی‌کند. ثالثاً وسط‌بودن کیسه، اعم از تحت‌یدبودن آنها است، پس اشکال اول وارد نیست.

جواب دوم: مرحوم آیت‌الله گلپایگانی حرف ابن‌ادریس را قابل قبول نمی‌داند، زیرا اگر در محل بحث آن‌گونه که ابن‌ادریس مدعی است یدی وجود داشته باشد و بر فرضی که عین در حقیقت مال دیگری باشد و به سبب تلف سماوی از بین برود، لازم می‌آید که همه افراد ضامن آن عین باشند، چون ذوالید هستند و حال آنکه هیچ‌کس چنین چیزی را نگفته است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۴).

۳-۱-۶-۲. اشکال دوم

حکم امام علیه السلام در روایت منصور بن حازم به نفع مدعی به خاطر علم به مالک بودن مدعی است، نه به خاطر بلامنازع بودن او؛ زیرا ظاهر حال بر آن است که آن افراد مالک کیسه هستند و متاع از آنها خارج نیست و زمانی که بقیه افراد ملکیت خویش را سلب نمودند، ملکیت منحصر در مدعی است؛ بنابراین حکم به تعلق کیسه برای مدعی از باب علم به مالک بودن مدعی است، نه صرف ادعای بلا معارض (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۳۹).

جواب اشکال دوم: در حدیث چیزی که مشعر به علم به مالک بودن مدعی باشد وجود ندارد، بلکه سؤال نشان می‌دهد که هیچ‌گونه علمی به آن در کار نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۲۰۴)، پس با توجه به اینکه هیچ‌گونه قرائنی بر حمل حدیث مذکور در صورت علم به مالکیت مدعی بر متاع وجود ندارد، بلکه سؤال افراد از یکدیگر در حدیث اول قرینه‌ای بر عدم علم به مالکیت مدعی است، اشکال دوم هم وارد نیست.

اشکال صحاح بزنتی (حدیث دوم و سوم)

در دو صحیح بزنتی هم امر به رد مال مقید به عدم اتهام فرد شده است و در حقیقت عدم اتهام یعنی عدم تجویز کذب برای فرد؛ زیرا با تجویز کذب برای فرد، اتهام صدق می‌کند و از طرفی با عدم تجویز کذب برای فرد، علم به ملکیت آن فرد حاصل می‌شود. پس دو حدیث بزنتی هم بر مدعا دلالت ندارند، بلکه مفهوم احادیث آن است که در صورت علم به مالکیت مدعی مال باید به او داده شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۳۹).
جواب: حقیقت عدم اتهام به معنای عدم تجویز کذب فرد نیست، بلکه بدان معنا است که در حق مدعی، احتمال اراده اکل مال غیر نباشد و این معنا موجب علم به ملکیت نمی‌شود؛ خصوصاً گرچه احتمال اراده اکل مال دیگران در مورد مدعی مطرح نباشد، اما احتمالات دیگری مثل خطا و... در حق مدعی وجود دارد؛ بنابراین حمل احادیث به صورت علم به مالکیت مدعی وجهی ندارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۲۰۴).

۲۱

فقه

۳-۱-۶-۳. اشکال حدیث چهارم

در حدیث چهارم، احتجاج راوی به ادعای حضرت علی علیه السلام بعد از فراغ از حجیت قول همه صحابه است؛ بدین معنا که در صدر اول قول صحابه را حجت می‌دانستند و لذا راوی به عدم مرجعیت ابن مسعود، عمر و حذیفه به اعتراف خود آنها - که علم به همه قرآن ندارند - استدلال نمود، نه به عدم اعتبار قول آنها، حتی در آیاتی که بدان علم دارند. پس استناد به قول حضرت علی علیه السلام و ادعای آن حضرت به اینکه به همه قرآن علم دارد، به جهت مدعی بلامعارض بودن آن حضرت نیست، بلکه به خاطر صحابی بودن حضرت و حجیت قول صحابی است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۱۱۶).

ارزیابی اشکال: حمل قبول ادعای حضرت علی علیه السلام در علم داشتن به قرآن، بر حجیت قول صحابی، خلاف ظاهر حدیث است، زیرا هیچ جمله‌ای در حدیث وجود ندارد که بر حجیت قول صحابه دلالت نماید تا حجیت قول علی علیه السلام را از آن باب بدانیم.

اما به نظر می‌آید که حدیث بر قبول قول مدعی بلامنازع دلالت نمی‌کند، بلکه تنها بر قبول قول عالم در برابر جاهل دلالت می‌کند و بین قبول مدعی علم به امری با مدعی

مال و حق هیچ گونه تلازمی وجود ندارد. بنابراین حدیث مذکور بر حجیت قاعده مدعی بلامنازع دلالت ندارد.

۳-۲. اجماع

برخی از بزرگان مکتب فقهی امامیه، مانند صاحب ریاض و صاحب جواهر، مدعی اجماع بر قاعده فوق‌الذکر هستند (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۹۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص ۳۵۸)؛ حتی بالاتر از اجماع، ص احب ریاض و مرحوم نراقی ادعای ضرورت دارند. برخی از فقها اجماع منقول در محل بحث را مؤید و معتضد به شهرت منقوله و محققه می‌دانند (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۶۳) و برخی که اجماع منقول را قبول ندارند، در اینجا چون آن را معتضد به شهرت و سایر امارات می‌دانند، قائل به حجیت آن هستند (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۶) و صاحب جواهر پس از نقل قول محقق درباره قاعده «من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له»، ضمن افزودن عبارت «من دون بینة و یمین»، اجماعی بودن مسئله را با تعبیر «بلا خلاف أجده فیه، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه» متذکر شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۹۸).

نقد و بررسی اجماع

اجماع بر فرض وجودش، اجماع سندی است و سند آن یا نص است که بررسی شد و یا اصالت صحت که خواهد آمد و در هر دو صورت اجماع مدرکی خواهد بود که حجت نیست؛ بنابراین با اجماع نمی‌توان بر قاعده استدلال نمود، همان گونه که برخی از فقها بر این اشکال تصریح نموده‌اند (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۷۲).

۳-۳. سیره عقلا

یکی دیگر از مدارک و مستندات است که برخی از فقهای شیعه بر قاعده مدعی بلامنازع و مصادیق آن اقامه نموده‌اند، سیره عقلا است. اهمیت سیره در حدی است که حتی برخی از فقها پذیرش اصل قاعده را موقوف بر وجود آن دانسته‌اند (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۷۲) و صاحب جواهر حتی حدیث چهارم را یک اصل عقلایی دانسته است (نجفی،

۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۹۹) و برخی از آن به عنوان عمده دلیل قاعده یاد نموده‌اند (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۱۲۱) و چنین سیره‌ای شرعاً مورد امضا است (ایروانی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۲۰۱) و قاضی هم باید به سیره اعتماد نماید و آن را به عنوان طریقی برای واقع قرار دهد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۱).

۳-۴. سیره متشرعه

برخی از فقها بهترین و قوی‌ترین دلیل بر قاعده مذکور را سیره متشرعه دانسته‌اند، زیرا با تفحص در ابواب مختلف فقه مانند ادعای مالکیت بدون معارض، ادعای زوجیت فردی بدون انکار طرف، ادعای وقفیت اموال و ادعای فقر برای اخذ زکات، قول مدعی پذیرفته می‌شود و آثار شرعی بر آن مترتب می‌شود و سیره متشرعه هم چون ردعی از طرف شارع از آن صورت نگرفته است، به زمان معصوم منتهی می‌شود و حجت است (عزاقی کزازی، ۱۴۲۱ق، صص ۳۰۳-۲۹۷).

نقد و بررسی سیره عقلا و متشرعه

سیره دارای قدر متیقن است و قدر متیقن آن در اموال و حقوقی است که قوام آن به طرفین باشد و معارضی از جهت ذی‌الحق بودن نداشته باشند و به تعبیر فقها حقوقی که از دو نفر تجاوز نکند. اما قبول قول مدعی در مواردی مانند قبول ادعای افراد در طهارت یا نجاست چیزی، رؤیت هلال، ذبح شرعی و امثال آن، از آنجا که همه مردم و مسلمین در آن اشتراک دارند و حق به فرد خاصی اختصاص ندارد را نمی‌توان به سیره مستند نمود؛ زیرا در چنین مواردی نه تنها استقرار سیره بر آن محرز نیست، بلکه خلاف آن محرز است؛ همچنین در مواردی که در حجیت آن شک شود، سیره حجیت نیست، زیرا سیره دلیل لیبی است و اطلاق یا عمومی ندارد که در مورد شک به آن تمسک شود، بلکه باید به قدر متیقن بسنده شود و موارد مشکوک را نمی‌توان به آن ملحق نمود، بلکه حکم موارد مشکوک مانند سایر دعاوی است که خودشان حجیت ندارند و نیازمند دلیل هستند.

۳-۵. اصالت حمل قول و فعل مسلم بر صحت

برخی از بزرگان، اصالت صحت در افعال و گفتار مسلمین را از ادله قبول مدعی بلامنازع دانسته‌اند؛ از جمله صاحب ریاض، نه تنها ادعای اجماع و ضرورت بر قاعده دارد، بلکه از باب ادعای وجوب حمل اقوال و افعال مسلمین بر صحت، بر آن استناد می‌کند (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۳). مرحوم صاحب جواهر هم از او تبعیت نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۹۸) و پس از این دو فقیه، سایر فقها آن را مورد مذاقه و بررسی قرار داده‌اند.

اشکال اول، اخص بودن دلیل از مدعی: خود مرحوم صاحب ریاض که دلیل را نقل نموده است، آن را اخص از مدعی می‌داند، زیرا سماع قول مدعی بلامعارض اختصاصی به مسلم ندارد، بلکه شامل کافر هم می‌شود و حال آنکه دلیل درباره قول و فعل مسلمان است. البته صاحب جواهر از آنجا که به اشکال صاحب ریاض التفات داشته است، در ضمن دلیل اصالت حمل قول و فعل مسلم بر صحت، قید «بل کل مدع ولا معارض له» را افزوده است تا اخص بودن دلیل از مدعی لازم نیاید.

ممکن است گفته شود که جمله «بل کل مدع ولا معارض له» در جواهر به اصل قاعده «ما لا ید لأحد علیه» برمی‌گردد و صاحب جواهر مقصودش این است که حکم قضاوت به سود مدعی بدون بینه و یمین، اختصاصی به مدعی بدون ید ندارد، بلکه شامل هر مدعی بدون معارض می‌شود و در نتیجه از نظر صاحب جواهر، قاعده مدعی بدون معارض اعم از قاعده مدعی بدون ید خواهد بود؛ در نتیجه عبارت جواهر مربوط به دلیل اصالت صحت نخواهد بود تا بحث التفات او به اشکال اخص بودن دلیل اصالت صحت از مدعا مطرح شود. با ذکر دو مقدمه می‌توان پاسخ این احتمال را چنین بیان نمود:

اولاً غالب فقها دو عبارت «ما لا ید لأحد علیه» و «کل مدع ولا معارض له» را حاکی از یک قاعده دانسته‌اند و هیچ اعتقادی به دو قاعده بودن آنها ندارند، بلکه برخی از فقها از آن با عبارت اول یاد نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۰۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۵ق، ص

۱۶۷؛ اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۶۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۵۰۸؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۳۵۴) و برخی با عبارت دوم (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۱۱۶) و بسیاری از فقها پس از نقل عبارت اول، قید عدم منازع را بر آن افزوده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۴۹؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۳۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۷۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۱).

برخی هم عبارت دوم را تعبیر دیگر عبارت اول دانسته‌اند (رشتی، ۱۴۰۱ق، صص ۱۱۱-۱۱۲؛ تبریزی، بی‌تا، ص ۳۳۶)؛ بنابراین از تصریح یا ظاهر عبارات این دسته از فقها استفاده می‌شود که هر دو مضمون از یک قاعده حکایت می‌کنند. تنها عده قلیلی از فقها قاعده «مدعی بلامنازع» را اعم از قاعده «ما لا ید لأحد علیه» دانسته‌اند (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۶۱؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۳).

ثانیاً برای فهم دقیق مقصود صاحب جواهر، لازم است عین عبارت جواهر به‌طور کامل ذکر شود. صاحب جواهر می‌فرماید: «من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له به من دون بینة ویمین بلا خلاف أجده فیه، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، لأصالة صحة قول المسلم وفعله بل کل مدع ولا معارض له» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۹۸)، و از عبارت جواهر که پس از نقل اصل عبارت شرائع (من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له) با دو تعبیر بلاخلاف و تحصیل الاجماع، به دلیل اجماع اشاره کرده است، معلوم می‌شود که ایشان هم مانند محقق، قاعده را فقط با تعبیر «ما لا ید لأحد علیه» قبول دارد و عبارت دوم را ذکر نکرده است؛ چه برسد به اینکه قائل به اعم بودن قاعده دوم از قاعده اول باشد. سپس برای امکان تحصیل اجماع، به اصالت صحت قول و فعل مسلم استناد کرده است و پس از آن از اصالت قول و فعل مسلم به هر مدعی بلامعارض ترقی نموده است. بنابراین کلمه «بل» در عبارت ایشان عطف بر «المسلم» است و مقصودش آن است که اصالت صحت اختصاصی به مسلم ندارد، بلکه شامل هر مدعی بلامعارض می‌شود و نمی‌توان حرف بل را عطف بر کلمه «من» یا کلمه دیگری گرفت؛ زیرا علاوه بر اشکال در معنی از نظر ادبی هم اشکال پیدا خواهد کرد. بنابراین واضح است که عبارت «بل کل مدع ولا معارض له» به اصل قضیه بر نمی‌گردد، بلکه به دلیل اصالت صحت بر می‌گردد.

اشکال دوم: مرحوم نراقی ضمن پذیرفتن اشکال اعم بودن مدعا از دلیل، اعتقاد دارد

که احتیاج بر مدعا از راه وجوب حمل افعال مسلمین بر صحت در صورتی صحیح است که چنین قاعده‌ای ثابت باشد و حال آنکه اصل چنین قاعده‌ای در حیز منع است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص ۳۵۹).

اشکال سوم: اصالت حمل قول مسلم بر صحت هم در مورد بحث تمام نیست؛ زیرا حمل قول بر صحت سه معنا می‌تواند داشته باشد: ۱. صدق، ۲. حجیت، و ۳. مشروعیت و عدم لغویت.

معنای اول: هیچ دلیلی وجود ندارد که وجوب حمل قول مسلم بر صحت، بر صدق قول او دلالت نماید.

معنای دوم: اگر اصالت صحت در قول مسلم به معنای حجیت آن باشد که همین معنا صحیح است، یعنی قول مسلمان حجت است، مگر آنجایی که با دلیلی خارج شود که در محل بحث، ظاهر ادله بر خلاف آن است.

معنای سوم: گرچه دلیل بر وجوب حمل قول مسلم بر مشروعیت و عدم لغویت آن وجود دارد، اما صحت به این معنا ربطی به محل بحث ندارد و به نفع مستدل نخواهد بود. اشکال چهارم: اگر اصل در قول مسلم حجیت و صدق آن باشد، لازم می‌آید که بر اصالت ید هم اگر مقابلش باشد به نحو ورود تقدم داشته باشد؛ نظیر بینه که بر ید وارد است. پس در نتیجه به بینه نیاز نخواهد داشت و حال آنکه هیچ کسی به این لازم ملتزم نشده است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۶).

جواب اشکال: مقصود از اصالت حمل قول و فعل مسلمان بر صحت، حمل افعال متعلق به او بر صحت، و شنیدن کلام او در هر امری است که متعلق به او است. بنابراین هرگاه فردی مدعی شود که چیزی مال او است و معارضی هم نداشته باشد، قولش شنیده می‌شود، از آن جهت که او آگاه‌تر به امور خود و آشنا تر به اموال و متعلقات و حقوق خویش است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۳).

به نظر می‌آید که در جواب مرحوم آیت‌الله گلپایگانی، اصالت حمل بر صحت معنا نشده است و معلوم نیست که تبیین ایشان خارج از یکی از سه معنای صدق، حجیت و مشروعیت باشد. بنابراین اشکال به قوت خودش باقی است.

۳-۶. عدم دلیل بر منع مدعی بلامعارض از تصرف

شهادت ثانی در مسالک ادعا نموده است که در صورت عدم منازع، منع نمودن مدعی از تصرف در اموال مورد ادعایش وجهی ندارد و همچنین طلب بینه یا یمین هم وجهی ندارد، زیرا در مورد بحث خصمی در کار نیست (شهادت ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۶۷). پس از شهادت، ص احب ریاض هم همان دلیل را با اندک تفاوتی ذکر نموده است (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۳).

نقد و بررسی دلیل ششم

مرحوم آشتیانی دلیل شهادت ثانی را در غایت ضعف دانسته و سه اشکال به این دلیل وارد کرده است:

اشکال اول: مجرد عدم مدعی از تصرف در مورد ادعا، اقتضای جواز قضا و حکم به سود او به صرف ادعا را ندارد.

اشکال دوم: عدم مطالبه بینه از مدعی هم اقتضا نمی کند که قضا به نفع او بدون بینه جایز باشد، بلکه می شود که قضا را متوقف کند.

اشکال سوم: مطالبه بینه در محل بحث به معنای آن است که بینه شرط است و حکم بدون بینه جایز نیست و این نیاز به دلیل خاصی ندارد؛ در صورتی که ادله عام بر اعتبار بینه وجود داشته باشد (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۵).

به نظر می آید که اشکال اول و سوم آشتیانی به شهادت ثانی وارد است، ولی اشکال دوم وارد نیست، زیرا توقف قضا خصوصاً در صورت مراجعه مدعی به محکمه با ادله لزوم قضا سازگار نیست.

پس از نقد و بررسی مجموع ادله قاعده مذکور، می توان به این نتایج رسید که دلالت احادیث و سیره عقلا و متشرعه بر حجیت قاعده تمام است و دلالت دلیل عدم دلیل بر منع مدعی از تصرف در برخی از موارد قابل قبول است و به طور مطلق بر حجیت قاعده دلالت ندارد، اما دلالت اجماع و اصالت حمل بر صحت بر قاعده ناتمام است. بنابراین اصل قاعده با توجه به مستندات مذکور صرف نظر از وسعت و ضیق موارد

انطباق قاعده بر آن و همچنین صرف نظر از رابطه آن با قواعد دیگری مانند بینه که پژوهش دیگری می‌طلبد، حجت است و حجیت آن مستند به ادله تام است.

۴. کاربرد قاعده از منظر فقه امامیه

فقه‌های امامیه موارد متعددی را به‌عنوان مصادیق قاعده «ما لا ید لأحد علیه» یا «مدعی بلا منازع» در ابواب مختلف فقه ذکر نموده‌اند که در برخی مصادیق اتفاق نظر و در برخی اختلاف نظر دارند که در ادامه اشاره می‌شود.

۴-۱. ادعای مالکیت بدون منازع بر اموال

فقه‌های امامیه در باب قضا از مسئله‌ای تحت عنوان «هر کس مدعی چیزی شود که هیچ فردی یدی بر آن نداشته باشد، به سود او قضاوت می‌شود» نام برده‌اند. طبق جستجو در این پژوهش، مرحوم محقق در شرایع برای اولین بار آن را به‌صورت یک مسئله فقهی ذکر نموده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۰۰) و پس از او علامه حلی قید عدم منازع را بر آن افزوده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۱۸۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۷۳۴) و سپس این مسئله به‌صورت یک قاعده درآمده است و شارحان شرایع مصادیق دیگری را به‌عنوان زیرمجموعه این قاعده در آورده‌اند. بنابراین اولین مصداق قاعده مدعی بلا منازع، ادعای مالکیت بر اموال است که قول مدعی بدون بینه و یمین پذیرفته می‌شود. همچنین اگر فردی ادعای رقیت فرد دیگری برای خودش نماید و معارضی هم نداشته باشد، حکم به رقیت فرد برای مدعی می‌شود (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۹).

۴-۲. ادعای ذی‌حق بودن بدون منازع در حقوق طرفینی

اگر فردی مدعی زوجیت زنی شود و او سکوت کند و مدعی معارضی هم نداشته باشد، حکم به زوجیت آن زن برای آن فرد می‌شود و تمام آثار زوجیت بر آن بار می‌شود (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۸). فقه‌های شیعه چنین مواردی را از باب مصداق می‌دانند و در

حقوق مذکور و نظیر آنها معتقدند که دأب اهل شریعت بر آن نیست که از مدعی یمین یا بینه مطالبه کنند، بلکه سخن مدعی را بدون دلیل می‌پذیرند (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۸).

۳-۴. ادعای فقر و استحقاق زکات

اگر فقیری ادعای فقر و استحقاق زکات داشته باشد، در صورتی که صدق او معلوم باشد و همچنین در صورتی که هیچ کدام از صدق یا کذب او معلوم نباشد، قول او بدون یمین پذیرفته می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۱۱)، بلکه برخی از فقها هم خود ادعای نفی خلاف از آن نموده‌اند و هم موضع وفاق بودن را از فقهای دیگر نقل نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۵، ص ۳۲). تنها برخی از فقها آن را محل تأمل دانسته (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۰۰) یا شمول اطلاق دلیل ادعای بلا معارض به مسئله و موارد مشابه را محل نظر یا منع نموده‌اند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۵۱۵).

۴-۴. ادعای زوجه در خروج از موانع نکاح

در فقه اسلامی مواردی از قبیل در علقه مرد دیگری بودن، عده طلاق یا وفات و نظائر آن، از موانع ازدواج برای زن به شمار می‌آید. حال، ادعای زن در خصوص عاری بودن از موانع نکاح، مانند نداشتن شوهر، وفات شوهر، مطلقه بودن، خروج از عده و سایر موانع نکاح، بدون نیاز به بینه استماع می‌شود (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، بخش ۲، ص ۳۱۹). طبیعی است که مورد مذکور جای یمین هم نیست. بنابراین سخن زن به صرف ادعا و بدون حاجت به دلیل دیگر از وی پذیرفته می‌شود.

صاحب حدائق معتقد است که از دیدگاه فقهای امامیه، ادعای زن در موارد فوق‌الذکر به عنوان نمونه‌ای از دعوای بلا منازع محسوب می‌شود (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، صص ۱۶۹-۱۷۰).

اخبار و روایات متعددی در مورد پذیرش قول زنان در امور مربوط به خودشان مانند ایام حیض و عده (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۱۰۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۹۸؛ ح ۶۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق،

ج ۸ ص ۱۶۵؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۱۴۸)، طهر و حمل (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص ۴۴۱، ح ۶۶) و مجرد و تأهل (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۱) وارد شده است که برخی از فقها در خصوص تصدیق سخن زنان به آنها از باب مدعی بلامنازع استناد نموده‌اند (بحرانی، ۱۴۲۳ق، صص ۱۶۹-۱۷۰)، اما در این مقاله به آن اخبار به‌عنوان ادله قاعده استناد نشد، نه بدان جهت که دعاوی زنان از مصادیق قاعده «کلما لا یعلم إلا من قبل المدعی» به شمار می‌آید - زیرا نسبت بین دو قاعده از نظر مصادیق، عموم و خصوص من وجه است نه تباین، و بسیاری از دعاوی زنان در موضوعات مربوط به خودشان از مصادیق و موارد اجتماع هر دو قاعده به شمار می‌آید - بلکه بدان جهت که اخبار مربوط به زنان، قاعده کلی را نمی‌تواند اثبات نماید، زیرا الغای خصوصیت از آنها به سایر دعاوی بلامنازع کار آسانی نیست. البته در زمان معاصر به دلیل دفاتر ثبتی، دعاوی زنان در امور مرتبط به آنان بسیار نادر خواهد بود و معمولاً واجد ادله اثبات دعوی هستند.

۴-۵. ادعای اثبات نسب بلامنازع

اگر نسب فردی مورد اختلاف واقع شود، از باب مثال فردی خود را فرزند مشروع، پدر یا مادر مشروع دیگری معرفی نماید؛ در این صورت مسئله اثبات نسب مطرح می‌شود و فردی که مدعی نسب است، باید آن را با دلایل به اثبات برساند. یکی از ادله مهمی که در مورد اثبات نسب مورد استفاده قرار می‌گیرد اقرار فرد است. اما اقرار به نسب از آنجا که گاهی به سود و گاهی هم به زیان مقرر است، در واقع یک ادعا به شمار می‌رود، نه اقرار اصطلاحی. به همین مناسبت علاوه بر شرایط عمومی اقرار، فقهای امامیه مجهول بودن نسب را نیز شرط نموده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص ۱۲۳).

در فقه امامیه یکی از شرایط لازم برای صحت اقرار به فرزند صلیبی، نبودن منازع است و آن گونه که از دیدگاه فقها استفاده می‌شود، در این مسئله اختلاف نظری وجود ندارد. در دعاوی اثبات نسب مطابق قاعده، تصدیق «مقرر له» ضروری است و به همین دلیل در خصوص شخص کبیر آنچه در قانون مدنی و فقه اسلامی آمده است موافق قاعده است؛ حال آنکه تصدیق مقرر له در رابطه با صغیر شرط نیست و این امر به‌عنوان

استثنایی بر قاعده فوق به رسمیت شناخته شده است. بنابراین هرگاه منازعی در این دعوا وجود نداشته باشد، دعوای وی بدون نیاز به بینه پذیرفته خواهد شد و نمونه بارز دعوای مدعی بلامنازع است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص ۳۵۹-۳۵۸). در این پنج مورد کلی که هر کدام می‌توانند مصادیق زیادی داشته باشد، قول مدعی بدون بینه و یمین بر اساس قاعده مدعی بلامنازع مورد قبول غالب فقهای است که به اصل قاعده یا مصادیق آن در ابواب فقه پرداخته‌اند.

از جمع‌بندی اقوال فقها می‌توان نتیجه‌گیری نمود که برخی از فقها قاعده مذکور را در همه امور بلامعارض، اعم از اموال و حقوق و ادعای ارتباطات پذیرفته‌اند. برخی از فقها تصریح می‌کنند که حکم این قاعده اختصاصی به اموال ندارد، بلکه هر کسی چیزی را ادعا کند و معارضی در برابر او نباشد، دعوای او مسموع خواهد بود؛ خواه امور مالی باشد یا امور غیرمالی (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۶۳؛ آشتیانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۷۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۱۱). پس دیدگاه گروه اول از فقها آن است که قاعده مدعی بلامعارض در تمامی موارد، اعم از املاک، اموال و حقوق و ارتباطات، قابل اجرا است. برخی از فقها قول مدعی را به‌صرف ادعا در هیچ موردی نپذیرفته‌اند، بلکه معتقدند هیچ‌کدام از ادله‌ای که بر قبول قول مدعی بلامعارض بدان اسناد شده است، بر مدعا دلالت نمی‌کند و معتقدند که دلیلی واضح بر حجیت قول و ادعای مدعی بلامعارض وجود ندارد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، صص ۱۲۱-۱۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۸).

برخی از فقها معتقدند گرچه در جریان قاعده در معاملات به معنای اعم آن هیچ اختلافی وجود ندارد و قاعده هم در آن به باب خاصی از فقه اختصاص ندارد، اما در حقوق قائل به تفصیل شده‌اند و جریان قاعده در برخی از حقوق را نپذیرفته‌اند (عراقی کزازی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۰۴).

با توجه به تمام بودن حداقل برخی از ادله قاعده، مانند اخبار و سیره عقلا و متشرعه، عدم پذیرش قول مدعی بلامعارض به‌طور مطلق بدون دلیل، غیر قابل قبول است و قول به تفصیل در امور انتزاعی و ربطی هم نیاز به دلیل دارد که از ادله چنین تفصیلی بر نمی‌آید. از آنجا که اخبار ظهور در اموال دارند و سیره هم به‌خاطر دلیل‌بی‌بودن، اطلاق یا

عمومیت ندارد؛ قدرمتیقن آن، اموال و حقوقی است که قوام آنها به طرفین باشد و از دو نفر تجاوز نکند و معارضی از جهت ذی‌الحق بودن نداشته باشند؛ پس جریان قاعده در موارد مذکور پذیرفته می‌شود.

اموری که همه مردم و یا مسلمین در آن اشتراک دارند، مثل ابواب طهارت، نجاست، هلال، ذبح و امثال آن و همچنین موارد مشکوک، نه تنها دلالت سیره بر آن محرز نیست، بلکه خلاف آن محرز است و قول مدعی در چنین دعاوی ای مانند سایر دعاوی است که خودش حجیت ندارد، بلکه نیازمند ادله و امارات دیگری مانند بینه است. در هر حال بر فرض که در موارد و مصادیق قاعده هم اختلاف نظر باشد، اما اصل قاعده فی‌الجمله از مسلمات است و ادله بر حجیت آن دلالت دارد؛ بنابراین قاعده مدعی بلامعارض حجت است و مصادیق متعددی دارد.

نتیجه‌گیری

۱. قاعده مدعی بلامعارض بدون ید از جمله قواعد مهم و کاربردی است که در باب قضا کاربرد دارد. برخی از فقها قاعده مذکور را در همه امور بلامعارض، اعم از اموال و حقوق و ادعای ارتباطات پذیرفته‌اند و برخی این را نمی‌پذیرند.

۲. مهم‌ترین مستند این قاعده روایات واصله از معصومان است، ولی به ادله دیگری از جمله اجماع، سیره مشرعه و عقلائییه، و اصالة‌الصحة استناد شده است.

۳. محقق حلی اولین فقیهی است که به این قاعده تحت این عنوان استناد می‌کند: «هرکس مدعی چیزی شود که هیچ فردی یدی بر آن نداشته باشد، به سود وی قضاوت می‌شود.»

۴. موارد کاربرد این قاعده در فقه امامیه عبارت است از: الف. ادعای مالکیت بدون منازع بر اموال، ب. ادعای ذی‌حق بودن بدون منازع در حقوق طرفینی، ج. ادعای فقر و استحقاق زکات، د. ادعای زوجه در خروج از موانع نکاح، و هـ اثبات نسب بلامنازع.

فهرست منابع

* قرآن.

* نهج البلاغه.

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن. (۱۴۲۵ق). کتاب القضاء (محقق: علی اکبر زمانی نژاد، چاپ اول، ج ۱ و ۲). قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی.
۲. آشتیانی، میرزا محمدحسن. (۱۴۲۶ق). کتاب الزکاة (محقق: سید علی غضنفری و علی اکبر زمانی نژاد، چاپ اول، ج ۲). قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (چاپ دوم، ج ۲). قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۴. اسماعیل پور قمشه ای، محمد علی. (۱۳۸۰). البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء (چاپ اول، ج ۲). قم: محمد علی اسماعیل پور قمشه ای.
۵. ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق). دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه (چاپ سوم، ج ۱). قم: دار الفقه للطباعة والنشر.
۶. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه (چاپ سوم، ج ۱). تهران: مؤسسه عروج تاریخ.
۷. بحر العلوم، محمد. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقيه (چاپ چهارم، ج ۳). تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۲۳ق). الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیه (چاپ اول، ج ۲). بیروت: دار المصطفی ﷺ لإحياء التراث.
۹. تبریزی، جواد. (بی تا). اسس القضاء والشهادة (چاپ اول). قم: دفتر مؤلف.
۱۰. حر عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (محقق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت، چاپ اول، ج ۲، ۱۳، ۱۵، ۱۶، ۱۸، ۲۷). قم: مؤسسه آل البیت ﷺ.
۱۱. حسینی روحانی، سید صادق (قمی). (۱۴۱۲ق). فقه الصادق ﷺ (چاپ اول، ج ۲۵). قم: دارالکتاب - مدرسه امام ﷺ.
۱۲. حسینی شیرازی، سید صادق. (۱۴۲۵ق). التعليقات علی شرائع الإسلام (چاپ ششم). قم: انتشارات استقلال.

۱۳. حسینی عاملی، سیدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (محقق: محمدباقر خالصی، چاپ اول، ج ۲، ۵، ۱۰، ۱۵ و ۲۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۴. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۱ق). کتاب القضاء (محقق: سیداحمد حسینی، چاپ اول، ج ۲). قم: دارالقرآن الکریم.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام (چاپ اول، ج ۱۴). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۶. طباطبایی حائری، سیدعلی. (بی تا). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (چاپ اول، ج ۲). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۷. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۵ق). هداية الأعلام إلى مدارک شرائع الأحکام (چاپ اول). بی جا: انتشارات محلاتی.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی (محقق: سید محمدحسین طباطبائی، چاپ اول، ج ۳-۲). قم: کتاب فروشی داوری.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار (چاپ دوم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العربی.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۲. عراقی کزازی، آقا ضیاء الدین. (۱۴۲۱ق). کتاب القضاء (مقرر: میرزا ابوالفضل نجم آبادی، محقق: مؤسسه آیت الله العظمی بروجردی، چاپ اول). قم: انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین (محقق: محمدهادی یوسفی غروی، چاپ اول). تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول، ج ۳-۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۵. فخرالمحققین حلی، محمد. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد

- (تعلیق نویسان: حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهااردی و عبدالرحیم بروجردی، چاپ اول، ج ۴). قم: چاپخانه علمیه.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (مصحح: علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، ج ۶، ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (محقق: مرکز تحقیقات دارالحدیث، چاپ اول، ج ۲، ۵، ۶ و ۷). قم: دار الحدیث للطباعة والنشر.
۲۸. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (محقق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۹). قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۲۹. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (مصحح: عبدالحسین محمدعلی بقال، چاپ دوم، ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ق). فقه القضاء (چاپ دوم). قم: بی نا.
۳۱. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء (مقرر: سیدعلی حسینی میلانی، چاپ اول، ج ۲). قم: دار القرآن الکریم.
۳۲. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، ج ۴۰). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة (محقق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ج ۱۷). قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۳۴. همدانی، آقارضا بن محمد هادی. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه (محقق: محمد باقری و دیگران، چاپ اول، ج ۱). قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث - مؤسسه النشر الإسلامی.

References

* The Holy Qur'an.

* Nahj al-Balaghah.

1. Allameh Heli, H. (1411 AH). *Tabsirah al-Muta'alimin fi Ahkam al-Din*. (M. H. Yousefi Gharavi, Ed.). (1st ed.). Tehran: Publishing Institute affiliated to the Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'ed al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1st ed., vols. 1-3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]
3. Ashtiani, M. M. H. (1425 AH). *Kitab al-Qaza*. (A. A. Zamani Nejad, Ed.). (1st ed., vols. 1 & 2). Qom: Zuhair Publications - Allameh Ashtiani Congress. [In Arabic]
4. Ashtiani, M. M. H. (1426 AH). *Kitab al-Zakat*. (S. A. Ghazanfari., & A. A. Zamani Nejad, Ed.). (1st ed., vol. 2). Qom: Zuhair Publications - Allameh Ashtiani Congress. [In Arabic]
5. Bahr al-Ulum, M. (1403 AH). *Balgha al-Faqih*. (4th ed., vol. 3). Tehran: Al-Sadiq Library Publications. [In Arabic]
6. Bahrani, Y. (1423 AH). *al-Durar al-Najafiyah min al-Multaqetat al-Yusofiyah*. (1st ed., vol. 2). Beirut: Dar Al-Mustafa le Ihya al-Torath. [In Arabic]
7. Bojnurdi, S. M. (1401 AH). *Rules of jurisprudence*. (3rd ed., vol. 1). Tehran: Oruj Tarikh Institute. [In Arabic]
8. Esmailpour Ghomshei, M. A. (1380 AP). *al-Barahin al-Wazihat- Dirasat fi al-Qaza*. (1st ed., Vol. 2). Qom: M. A. Esmailpour Ghomshei. [In Persian]
9. Fakhr al-Muhaqiqin Heli, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qava'ed*. (H. Mousavi Kermani., & A. Eshtehardi., & A. Boroujerdi, Ed.). (1st ed., vol. 4). Qom: Ilmiyah Printing House. [In Arabic]
10. Hamedani, A. R. (1416 AH). *Mesbah al-Faqih*. (M. Baqeri et al, Ed.). (1st ed., vol. 1). Qom: Mu'asisah al-Jafariyah le Ihya al-Torath- Islamic Publishing Foundation. [In Arabic]
11. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Tafsil Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shriah*. (Research Group of Alulbayt Institute, 1st ed., vols. 2, 13, 15, 16, 18, 27). Qom: Al-Albayt Institute. [In Arabic]
12. Hosseini Ameli, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'ed al-Allamah*. (M. B. Khalesi, Ed.). (1st ed., vols. 2, 5, 10, 15 and 22). Qom: Islamic

Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]

13. Hosseini Rouhani, S. S. (Qomi). (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (1st ed., vol. 25). Qom: Dar al-Kitab – Imam School. [In Arabic]
14. Hosseini Shirazi, S. S. (1425 AH). *al-Taliqat ala Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram al-Islam*. (6th ed.). Qom: Esteghlal Publications. [In Arabic]
15. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sarai Al-Hawi le tahrir al-Fatawa*. (2nd ed., vol. 2). Qom: Mu'assisah al-nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jama'a al-Mudaresin. [In Arabic]
16. Iraqi Kazazi, Z. (1421 AH). *Kitab al-Qaza*. (M. A. Najmabadi, Ed.). (Ayatollah Boroujerdi Institute, 1st ed.). Qom: Imam Reza Institute of Islamic Education Publications. [In Arabic]
17. Irvani, B. (1426 AH). *Durus Tamhidiyah fi al-Qava'ed al-Fiqhiyah*. (3rd ed., Vol. 1). Qom: Dar al-Fiqh le al-Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
18. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (A. A. Ghaffari, Ed.). (4th ed., vols. 6, 7). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
19. Koleyni, M. (1429 AH). *Al-Kafi*. (Dar al-Hadith Research Center, Ed.). (1st ed., vols. 2, 5, 6, and 7). [In Arabic]
20. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram*. (A. H. M. Baqala, Ed.). (2nd ed., vol. 4). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
21. Mohaqeq Thani, A. (1414 AH). *Jame al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'ed*. (Research Group of Alulbayt Institute, Ed.). (vol. 9). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
22. Mousavi Ardabili, S. A. (1423 AH). *Fiqh al-Qaza'*. (2nd ed.). Qom. [In Arabic]
23. Mousavi Golpayegani, S. M. R. (1413 AH). *Kitab al-Qaza*. (S. A. Hosseini Milani, Ed.). (1st ed., vol. 2). Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
24. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*. (A. Quchani., & A. Akhundi, Ed.). (2nd ed., vol. 40). Beirut: Dar Al-Ihya' Al-Torath Al-Arabiya. [In Arabic]
25. Naraqji, M. A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia fi Ahkam al-Shariah*. (Research Group of Al-Albayt Institute, Ed.). (1st ed., vol. 17). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]

26. Rashti, M. H. (1401 AH). *Kitab al-Qaza*. (S. A. Hosseini, Ed.). (1st ed., vol. 2). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]
27. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram al-Islam*. (1st ed., vol. 14). Qom: Mu'asiah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
28. Tabatabaei Haeri, S. A. (n.d.). *Riyadh al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam be Dalal'il*. (1st ed., vol. 2). Qom: Alulbayt Institute.
29. Tabatabaei Qomi, S. T. (1425 AH). *Hidayah al-A'alam ila Madarik Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram al-Ahkam*. (1st ed.). Mahallati Publications. [In Arabic]
30. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1414 AH). *Takmilah al-Urwat al-Wothqa*. (S. M. H. Tabatabaei, Ed.). (1st ed., vols. 2-3). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
31. Tabrizi, J. (n.d.). *Tafsil Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shariah*. (1st ed.). Qom: Author's office.
32. Tusi, M. (1390 AH). *al-Istibsar fima Ikhtalaf min al-Akhbar*. (2nd ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
33. Tusi, M. (1400 AH). *al-Nahayah fi Mujarad al-Fiqh va al-Fatawa*. (2nd ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabiya. [In Arabic]
34. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdib*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]



Research Article

A Jurisprudential Study of the Guarantee Resulting from the Victim's Refusal of Treatment

Alireza Fajri¹

Received: 19/05/2021

Accepted: 29/08/2021

Abstract

One of the most common crimes at the community level is strife and conflict, and consequently the bodily injuries that occur due to the conflict, and unfortunately in some cases lead to minor injuries and the death of the victim. In such cases where the victim refuses his or her treatment, there is a difference of opinion among the jurists about the person responsible and in charge of the murder, and most of the jurists have issued fatwas guaranteeing the life of the victim. This article studies all aspects and areas of the victim's refusal to seek treatment by examining the books of jurisprudence and the viewpoints of the jurists. These views and reasons are sometimes very different or contradictory. The final goal of this study is to clarify the aspects of this challenging issue in order to determine the exact guarantor in these cases and to pave the way for providing effective legislation to protect the rights of the criminal and the victim. This study deals with the most important theoretical issues that influence decision making on this topic. Finally, we conclude that the intentional refusal of the victim is due to different assumptions and each assumption must be examined separately in order to decide whether to guarantee it.

Keywords

Intentional crimes, guarantee, transmission of crime, premeditated murder, Qisas, refusal of treatment.

1. Researcher and lecturer at Islamic seminary and university, Qom. Iran. ar.fajri@gmail.com.

Fajri, A. R. (1400 AP). A Jurisprudential Study of the Guarantee Resulting from the Victim's Refusal of Treatment. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 40-63. Doi: 10.22081/jf.2021.60955.2294.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

مقاله پژوهشی

بررسی فقهی ضمان ناشی از خودداری مجنی علیه از درمان

علیرضا فجری^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۲۹

چکیده

یکی از جرائم گسترده در سطح جوامع، نزاع و درگیری و به تبع آن صدمات جسمانی است که به اطراف درگیری وارد می‌آید و متأسفانه در مواردی صدمات مختصر سرایت کرده و به مرگ مجنی علیه می‌انجامد. در این گونه موارد که مجنی علیه از درمان خویش خودداری می‌نماید، درباره مسئول و ضامن قتل، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و مشهور فقها به ضمان جانی فتوا داده‌اند. این مقاله با بررسی کتب فقهی و آرای فقها به بررسی تمام زوایا و جنبه‌های خودداری مجنی علیه از درمان می‌پردازد. این دیدگاه‌ها و دلایل مطروحه گاه بسیار متفاوت یا در تقابل با یکدیگرند. هدف نهایی این مطالعه، روشن تر کردن ابعاد این موضوع چالش برانگیز به منظور تعیین دقیق ضامن در این موارد و فراهم شدن زمینه‌ای برای ارائه قانون گذاری مؤثر برای حفظ حقوق جانی و مجنی علیه است. این مقاله به مهم ترین مباحث نظری که تصمیم گیری درباره این موضوع را تحت تأثیر قرار می‌دهد می‌پردازد و در نهایت به این نتیجه دست می‌یابیم که خودداری عمدی مجنی علیه فروض مختلفی داشته و بایستی هر فرض را جداگانه مورد بررسی قرار داد تا بتوان درباره ضمان یا عدم ضمان آن حکم نمود.

کلیدواژه‌ها

جنايات عمدی، ضمان، سرایت جنایت، قتل عمدی، قصاص، خودداری از درمان.

ar.fajri@gmail.com

۱. پژوهشگر و مدرس حوزه و دانشگاه، قم، ایران.

* فجری، علیرضا. (۱۴۰۰). بررسی فقهی ضمان ناشی از خودداری مجنی علیه از درمان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۴۰-۶۳.
Doi: 10.22081/jf.2021.60955.2294.

مقدمه

برخی از موضوعات فقهی و حقوقی کمتر مورد توجه فقها و حقوق دانان قرار گرفته است، در حالی که نیازمند آن است که با نکته‌سنجی‌های دقیق‌تر مورد بررسی قرار گیرد؛ چراکه با مباحثی چون جان انسان‌ها در ارتباط است. یکی از این موضوعات خودداری از درمان توسط مجنی‌علیه و سرایت جنایت است. سرایت یکی از موجبات ضمان شمرده شده (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۸۵) و از نگاه مشهور فقها، اگر فردی به دیگری جنایتی وارد کند و این جنایت سرایت نماید و سبب فوت مجنی‌علیه گردد، جانی مسئول و مستوجب کیفر قصاص خواهد بود؛ هر چند مجنی‌علیه از درمان خویش تسامح ورزیده یا خودداری نموده باشد.

هر چند قواعدی چون حرمت خون مسلمان اقتضا می‌کند که خون مجنی‌علیه نادیده انگاشته نشود، اما به نظر می‌رسد نمی‌توان به راحتی درباره این موضوع حکم نمود، چراکه می‌تواند با حیات انسانی دیگر (جانی) در ارتباط باشد و احتیاط در دماء نیز اقتضا می‌کند که وی قصاص نشود.

هدف از این پژوهش پاسخ‌گویی به این پرسش است که سرایت جنایت عمدی به نفس در اثر خودداری از درمان مجنی‌علیه که در واقع یک سوی آن خود مجنی‌علیه است، با توجه به منابع فقهی و از دید فقها و اصول حقوقی چه حکمی خواهد داشت.

هر چند این موضوع برای برخی از حقوق دانان مهم بوده و مقالات مجزایی با عناوینی چون «امتناع از درمان»، «خودداری از درمان»، «سرایت جنایات» و ... منتشر کرده یا در ضمن یادداشت‌ها و مقالات خود به این موضوع اشاره کرده‌اند، اما هیچ‌کدام از منظر موضوع‌شناسی به موضوع ننگریسته و بحث‌های فقهی که ارائه شده نیز کامل و دقیق نبوده و این نوشتار در موضوع‌شناسی و نتایجی که ارائه نموده کاملاً نو و فرید بوده و هیچ نویسنده‌ای آن را ارائه ننموده است.

بر این اساس مباحث این مطالعه درباره خودداری و امتناع از درمان در جنایات عمدی است که منجر به مرگ مجنی‌علیه می‌گردد و سایر موارد از جمله سرایت جنایت به سایر اعضا و جنایات غیر عمدی را مورد اشاره قرار نمی‌دهد؛ هر چند ممکن است در

برخی از موارد حکم مشابه و یکسانی با فروض مطروحه در این مقاله داشته باشند. هرچند این موضوع مربوط به جنایات علیه تمامیت جسمانی است و جایگاه اصلی آن کتاب القصاص است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق، ص ۸)، اما نوعاً فقها آن را در فصل‌های غیرمرتبط همچون کتاب الغصب آورده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، صص ۱۸۰، ۱۸۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۶۸).^۱

به هر ترتیب، در پردازش این مسئله ابتدا تبیین معانی واژگانی و سپس به بیان دیدگاه فقها و مستندات‌شان و نیز بررسی آنها موردتوجه قرار خواهد گرفت و پس از آن نظریه مختار ارائه خواهد گردید.

۱. بررسی واژگانی

۱-۱. سرایت

سرایت در لغت به معنای سیر و حرکت در شب است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۳۸۲)، و در اصطلاح فقهی نیز از معنای لغوی دور نمانده و به همان معنای حرکت است. این واژه در باب‌های مختلف فقهی مورد استفاده فقها قرار گرفته است؛ از باب عتق گرفته که وقتی مولا بخشی از برده خود را آزاد کند، آیا آزادی به همه برده سرایت کرده و او را آزاد می‌کند یا نه، تا باب سوگند که وقتی فردی با سوگند، گوشت یا شیر حیوانی را بر خود حرام می‌کند، آیا این حکم به بچه‌های آن حیوان نیز سرایت می‌کند یا خیر. اما آنچه که ما در این بحث به دنبال آن هستیم سرایت جنایت است که خاستگاه آن باب‌های حدود، قصاص و دیات است و مورد توجه جدی فقها قرار گرفته است، لذا وقتی گفته

۱. شهید ثانی در بحث غضب، فرعی را مطرح می‌نماید تحت عنوان «النقصان الحاصل فی المغضوب» که در ضمن آن به عیب و نقص‌هایی می‌پردازند که توسط غاصب به مال مغضوب وارد می‌شود. ایشان هم نظیر سایر فقها این عیب و نقص را دو گونه برمی‌شمارند: ۱. عیبی که مستقر شده و دیگر کم و زیاد نمی‌شود، مانند آنکه پیراهن مغضوب پاره شود، ۲. عیبی که مستقر نشده و احتمال زیاد شدن و سرایت آن وجود دارد، مانند آنکه گندم مغضوب خیس شود، به نحوی که مستعد برای پوسیدگی و گندیدگی باشد. در اینجا (مورد دوم نقصان) شهید نظیری از موضوع مورد بحث ما، یعنی خودداری از درمان پیش می‌کشد و بیان می‌نماید: «لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته علیه، فإنه لا يكون مضموناً».

می‌شود «سری الجرح من العضو إلى النفس»، یعنی درد و جرح ادامه پیدا کرد تا اینکه به مرگ منجر شد، یا «قطع کفه فسری إلى ساعده»، به این معنا است که اثر جراحی تجاوز کرد و به ساعد دست رسید (عبدالرحمان، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۰). سرایت جنایت در سه مصداق کلی: ۱. سرایت جنایت به نفس، ۲. سرایت جنایت به عضو، و ۳. سرایت جنایت به منفعت، قابل تصور است و در این جستار علمی تنها به سرایت جنایت به نفس خواهیم پرداخت.

۱-۲. امتناع از درمان

امتناع و خودداری از درمان می‌تواند به شکل مخالفت با شروع یک اقدام درمانی یا به شکل تقاضای قطع یک برنامه درمانی باشد و نیز می‌تواند علاوه بر درمان، هر نوع اقدام بالینی دیگر مانند اقدامات تشخیصی یا توانبخشی را نیز شامل شود (مدنی و مدنی، ۱۳۹۲، ص ۱۳).

۲. دیدگاه فقها و ادله آنان

۱-۲. دیدگاه ضمان جانی

آنچه از عبارت برخی از فقها همچون علامه (حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۵۲۹)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۷۳)، محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۳۸۴)، فاضل هندی (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۱)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷) و آیت‌الله خویی (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، صص ۶، ۷) به دست می‌آید آن است که جانی مطلقاً ضامن سرایت جنایت است، چه ترک مداوا و درمان عمدی باشد و چه سهوی، چه جلوگیری از مرگ برای مجنی علیه امکان‌پذیر باشد و چه نباشد. در اینجا ابتدا به نظر فقها و سپس ادله آنان اشاره می‌گردد:

شهید ثانی می‌نویسد: «... أن یجرحه فیتترك مداواة جرحه إلى أن مات. وهنا لا إشكال فی الضمان و ثبوت القود، وإن كانت المداواة ممكنة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۷۳). محقق اردبیلی تصریح می‌کند که قصاص ثابت است، هر چند ترک درمان از روی

سستی، و عمدی هم باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۳۸۴).

از این میان هرچند برخی از فقها به منشأ ترک درمان اشاره‌ای نکرده‌اند، اما از اطلاق کلام‌شان این‌گونه استفاده می‌شود که در هر صورت جانی ضامن است، چه ترک درمان عمدی باشد و چه سهوی، چه درمان امکان‌پذیر باشد و چه نه (حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۵۲۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۱).

ادله قائلان و بررسی آن

فقها در رابطه با ضمان جانی در موارد امتناع و خودداری مجنی‌علیه از درمان به سه دلیل استناد نموده‌اند:

الف. جراحت واردشده ضمان آور بوده، لذا مرگ حاصل از آن نیز ضمان آور خواهد بود. صاحب جواهر می‌نویسد: «اگر شخصی به دیگری جراحتی وارد کند و مجنی‌علیه معالجه و درمان را ترک نماید و سپس مجنی‌علیه [در اثر سرایت جراحت] بمیرد، بر اساس اتفاق علما، جانی ضامن است، زیرا این سرایت به‌همراه ترک مداوا و درمان، از آثار جراحتی است که ضمان آور بوده و ضمان آن بر عهده جانی بوده؛ هم در ابتدا و هم در سرایت. و تقصیر در ترک درمان منافاتی با استناد سرایت به جرح ندارد و منافاتی ندارد که آن را از آثار جراحت بدانیم (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷).

مرحوم محقق پیشگام طرح این دلیل بوده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۸۲) و مرحوم علامه (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۸۵)^۱ و فقهای دیگر در بیان این دلیل، از ایشان سرمشق گرفته‌اند. ظاهر عبارت محقق و علامه و دیگران آن است که چون جراحت اولیه ضمان آور بوده، لذا آثار مترتب بر آن، از جمله مرگ نیز ضمان آور خواهد بود.

نقد و بررسی: این دلیل عام بوده و نمی‌تواند موردادعا را ثابت نماید، زیرا این احتمال وجود دارد که منظور فقها مطلق تمامی جروح نباشد، بلکه فقط موردی را مدنظر داشته باشند که ترک مداوا نقشی در سرایت نداشته باشد. شاهد این ادعا، کلام

۱. «ولو جرحه فترك المداواة من الجرح المضمون فمات ضمنه، لأن السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون».

علامه در قواعد است. ایشان در کتاب خویش در بحث ضمان جارج، دلیل فوق را مطرح می‌نمایند، اما در صفحات بعدی کتاب خویش و همچنین در سایر کتاب‌های خود به این مطلب تصریح می‌نماید که در صورتی می‌توان ضمان را بر عهده جارج دانست که جرح مهلک بوده و دفع آن امکان‌پذیر نباشد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۹۱).

ب. قتلی که اتفاق افتاده، به موجب سرایتی بوده که از جراحت حاصل شده و ترک درمان هیچ نقشی در سرایت نداشته است. به عبارت دیگر، چه درمان می‌کرده و چه نمی‌کرده، این جراحت سرایت می‌کرده و به مرگ می‌انجامیده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۷۲).

نقد و بررسی: این دلیل نیز قابل تسری به تمام مصادیق سرایت نیست. این دلیل مواردی را در بر می‌گیرد که عدم مداوا نقشی در سرایت نداشته باشد؛ در این صورت مرگ به جانی منتسب خواهد شد و نمی‌توان مجنی‌علیه را برای ترک مداوا بازخواست نمود؛ لذا این دلیل مواردی را که عدم مداوا نقش مثبت در سرایت دارد، شامل نمی‌شود.

تفاوت دلیل اول و دوم در این است که در دلیل دوم اشاره به این است که درمان و مداوا نمی‌توانسته هیچ نقشی در جلوگیری از سرایت ایفا نماید، اما در دلیل نخست اصلاً به این مسئله اشاره نمی‌نماید و همین که جراحت ضمان آور بوده را کافی می‌داند تا تمامی آثار آن نیز ضمان آور باشد.

ج. قتل مستند به همان فعل و جراحت اولیه است. فقها در تبیین این دلیل این‌گونه بیان می‌کنند که قتل مستند به همان فعل اولیه است و ترک مداوا هرچند در مرگ دخیل باشد، اما مرگ به امتناع و خودداری از درمان مستند نخواهد بود، چرا که فعل اولیه از قبیل مقتضی، و مداوا از قبیل مانع است و قتل به همان فعل مستند می‌شود، نه به امر عدمی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۷۳؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۶؛ تبریزی، ۱۳۸۴ق، ص ۱۹).

نقد و بررسی: اولاً این دلیل نیز کامل نیست، چرا که مقتضی مرگ در اینجا از دو جزء تشکیل شده است: یکی جرح و دیگری مسامحه و اهمال در ترک مداوا، و این دو باهم مقتضی را تشکیل داده‌اند. ثانیاً قاعده اقتضا و مانعیت در جایی جاری است که در مانعیت مانع شک داشته باشیم، درحالی که در اینجا این‌گونه نیست؛ به‌عنوان مثال، در

جایی که مجروح یا مصدوم به بیمارستان رسانده شود و پزشکی که موظف به درمان بوده از درمان خودداری نماید و مجنی علیه فوت نماید، فقها پزشک را ضامن قتل دانسته‌اند، نه جانی اولیه را (مکارم، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹). در مانحن فیه هر چند مقتضی موجود است، اما مانع توانسته بر مقتضی اثر بگذارد و ضمان را جابه‌جا نماید. ثالثاً در اینجا می‌تواند با شرایطی مصداق خودکشی واقع شود؛ چگونه است که زمانی که شخصی مجروح می‌شود اما از خوردن غذا امتناع می‌کند و می‌میرد، جراح ضامن نیست، همین‌طور وقتی شخص مجروح می‌شود و از درمان خودداری می‌کند و می‌میرد نیز جراح ضامن نخواهد بود. رابعاً اصل مهم در تمامی جرائم (اعم از عمدی و غیرعمدی) آن است که برای اینکه بتوانیم بار مسئولیت و جنایت را بر عهده شخصی بگذاریم باید رابطه سببیت بین فعل او و جنایت برقرار گردد. در مواردی که جانی جنایتی وارد می‌نماید و مجنی علیه از درمان خودداری می‌کند، در واقع رابطه سببیت بین جانی و قتل قطع شده و این رابطه بین مجنی علیه و قتل شکل خواهد گرفت و وی مباشر قتل خود خواهد بود.

۲-۲. دیدگاه ضمان مجنی علیه

هر چند معروف و مشهور آن است که در سرایت جنایت به نفس، جانی ضامن است و برخی از فقها ادعای «اتفاق» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷)^۱ یا «عدم خلاف بین اصحاب» (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، صص ۶-۷)^۲ کرده‌اند، لیکن دیدگاه خلاف مشهوری نیز ابراز شده است که بر اساس آن جانی را در بسیاری از موارد ضامن قتل نمی‌پندارد و معتقد است باید بین فروض مختلف آن تفاوت قائل شد. مرحوم علامه درباره جنایت‌هایی که به مرگ می‌انجامد، چند فرض را مطرح می‌نماید:

فرض اول: جنایت نوعاً کاشنده و مهلک بوده و جلوگیری از سرایت جنایت و قتل

۱. «لو جرح فترك المداواة فمات المتفق على ضمان الجاني فيه».

۲. «لو أحرقه بالنار قاصداً به قتله أو جرحه كذلك فمات فعليه القصاص وإن كان متمكناً من إنجاء نفسه بالمداواة وتركها باختياره؛ بلا خلاف بين الأصحاب».

اطمینان‌بخش نبوده باشد؛ مانند آنکه جراحی به شخص وارد آید و شخص هم در این صورت معالجه را ترک نماید و بمیرد. در این فرض بر جانی قصاص است، زیرا جنایتی که مهلك و ضمان آور بوده سرایت کرده است و سرایت ربطی به خودداری از درمان ندارد.

فرض دوم: جنایت نوعاً کشنده و مهلك نباشد و جلوگیری از قتل هم اطمینان‌بخش باشد، مانند جایی که شخص اقدام به فصد کرده اما رگ خود را نمی‌بندد تا می‌میرد، یا در آب قلیلی افتاده، اما در آن خوابیده تا اینکه غرق شده است. در اینجا قصاص ثابت نیست.

فرض سوم: جنایت نوعاً کشنده و مهلك بوده، اما جلوگیری از سرایت جنایت و قتل سهل و امکان‌پذیر بوده باشد، مانند آنکه شناگری را در آب زیادی بیندازند و وی شنا نکند، یا او را در آتش بیندازند و وی بیرون نیاید تا اینکه بسوزد. در این فرض اگر علم و یقین داشته باشیم که مجنی‌علیه به جهت سستی و عمد از قتل خویش جلوگیری ننموده، ضمان قتل بر عهده سبب و جانی نیست، زیرا بر قتل خویش کمک و اعانه نموده است و اقرباً عدم‌دیه است، زیرا در تلف نفس خویش استقلال داشته است. اما اگر علم نداشته باشیم، قصاص بر جانی است، زیرا چه بسا اعصاب او با برخورد با آتش متشنج می‌شود و دیگر حرکت متعسر می‌شود؛ اما اگر دانسته شود که وی از روی سستی و تخاذل بیرون نیامده، قصاص نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۴۲۵).

تحلیل و بررسی: از دیدگاه علامه در بحث سرایت جنایت، تفاوتی نمی‌کند که جنایت نوعاً مهلك باشد یا نه، بلکه آن چیزی که از دید وی در این مسئله تأثیرگذار است آن است که جلوگیری از قتل امکان‌پذیر بوده یا نه، و اگر امکان‌پذیر بوده، آیا مجنی‌علیه به این امر اقدام نموده است یا نه. علامه معتقد است اگر جلوگیری از قتل اطمینان‌آور نبوده باشد (هرچند در واقع ممکن است امکان‌پذیر بوده باشد)، جانی ضمان خواهد بود، اما اگر جلوگیری امکان‌پذیر بوده باشد و مجنی‌علیه سستی کرده باشد، دیگر نمی‌توان جانی را ضمان دانست. ایشان سرایت جنایت و خودداری از درمان توسط مجنی‌علیه را برای فرضی مثال می‌زند که جنایت مهلك بوده و جلوگیری از قتل

هم اطمینان آور نبوده است و در انتهای این مثال می‌فرماید «لأنّ السّرایة من الجرح المضمون لا من ترك المداواة». این کلام بدان معنا است که خودداری مجنی علیه از درمان، نقش و تأثیری در قتل نداشته، بلکه چون جراحت به گونه‌ای بوده که منجر به مرگ می‌شده و ضمان می‌آورده، لذا قصاص ثابت خواهد بود، و الا اگر درمان نقشی در جلوگیری از قتل داشته باشد، تحت فرض سوم خواهد رفت.

علامه در قواعد نیز همچون تحریر این مسئله را بیان می‌نماید (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۹۱)، اما با این تفاوت که در قواعد، بعد از اهمال علاج جرح دیگر، این جمله معروف «لأنّ السّرایة من الجرح المضمون لا من ترك المداواة» را نقل نمی‌کند، اما در شش صفحه قبل تر این مطلب را بیان نموده است. در قواعد می‌نویسد: «ولو جرحه فترك المداواة من الجرح المضمون فمات ضمنه لأنّ السّرایة مع ترك المداواة من الجرح المضمون» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۸۵). در اینجا نیز علامه بدون اینکه از فروض نامی ببرد، برای هر سه فرض مطرح در کتاب تحریر مثال می‌زند، لذا خواننده ممکن است این مثال علامه را برای فرضی تصور کند که سرایت جراحت مطلقاً ضمان آور است، در حالی که مقصود علامه آن است که سرایت آن جراحتی ضمان آور است که اولاً جنایت مهلک باشد و ثانیاً جلوگیری از سرایت اطمینان بخش نباشد.

به همین جهت اگر در بین کتب فقهی با عباراتی این گونه مواجه شدیم، بایستی طبق بحث ما تفسیر شوند؛ مثلاً این عبارت که بیان می‌دارد:

ولو جرحه فترك المداواة من الجرح المضمون فمات ضمنه، لأنّ السّرایة مع ترك المداواة من الجرح المضمون. بخلاف الملقى فی النار مع القدرة علی الخروج إذا تركه تخاذلاً، لأنّ التلف من النار لیس بمجوز الإلقاء بل بالاحتراق المتجدّد، ولو لا المكث لما حصل.

عبارت مذکور این گونه تفسیر می‌شود که سرایت جراحت با لبث در آتش تفاوت دارد، اما تفاوتش در این است که در لبث در آتش به جهت آنکه جلوگیری از مرگ امکان‌پذیر بوده اما شخص مکث کرده و احراق هم متجدد شده، ضمانی نیست، اما در سرایت جنایت جلوگیری از مرگ اطمینان بخش نبوده است و بر خلاف القای در آتش

که سرایت منتسب به لبث و تجدید احراق است، مرگ به واسطه همان جراحت مضمون و معد برای مرگ است و سبب جدیدی حاصل نشده است؛ لذا در کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۶۷۵) می‌خوانیم: «انّ الملقى فی النار لم یتلف بمجرّد الإلقاء بل بالإحراق المتجدّد المستند الی لبثه وهو من فعله، بخلاف من ترك مداواة الجرح، فانّ التلف منها ليس بترك المداواة بل بسراية الجرح، وهي مستندة الی فعل الجراح».

در اینجا هم ذکر شده که تلف ربطی به ترك مداوا نداشته، بلکه مستند به فعل جراح است (چون در واقع دیگر کاری از معنی علیه بر نمی‌آید).

۲-۳. نظر برگزیده (تفصیل در ضمان)

با توجه به ادله‌ای که از دو گروه ارائه گردید و نقدی که به دنبال آن آمد، به نظر می‌رسد که نمی‌توان به طور مطلق جانی یا معنی علیه را ضامن قتل وقوع یافته دانست، بلکه به حسب اوضاع و احوال و اقدامات انجام یافته از سوی معنی علیه و جانی، ممکن است مسئول ضمان تغییر یابد؛ لذا بایستی این اوضاع و احوال و فروض مختلف مسئله (خودداری معنی علیه از درمان) به درستی تبیین گردد تا بتوان حکم ضمان را در هر فرضی مشخص نمود.

فروض مختلف خودداری از درمان

ترك درمان از سوی معنی علیه به طور کلی ممکن است صورت‌های مختلفی داشته باشد، اما به نظر بایستی مبنای تقسیم فایده‌مند بودن درمان باشد و گرنه چه بسا ترك عمدی مداوایی صورت پذیرد که اگر آن درمان هم صورت می‌پذیرفت، فایده‌ای بر آن مترتب نبود.

اول) بی‌فایده بودن درمان

ممکن است درمان جنایت، فایده و تأثیر معنابهی در خصوص جنایت وارد شده نداشته

باشد و یا آنکه به صدمات بیشتری بینجامد؛ به عنوان مثال اگر مجنی علیه نارسایی قلبی داشته باشد یا احتمال قطع نخاع در عمل جراحی وجود داشته باشد یا در آنژیوگرافی امکان پاره شدن رگ و یا حتی مرگ وی وجود داشته باشد، در این موارد درمان بی فایده تلقی خواهد شد و به درمان پرداخته نخواهد شد و بیمار فقط تحت مراقبت قرار می گیرد تا هر چند روزی که عمرش به این دنیا است زنده بماند.

فقطها نیز در پاسخ به این سؤال که اگر درمان تأثیر چندانی نداشته باشد و به واسطه عملیات درمانی چند ماه یا نهایتاً یک-دو سال می توان وی را زنده نگه داشت، در اینگونه موارد آیا باید درمان صورت پذیرد یا می توان آن را ترک نمود، پاسخ داده اند که این مسئله به عرف عقلا واگذار می شود؛ چنانچه عقلا ترک درمان را جایز بدانند، از منظر شرعی نیز می توان آن را ترک نمود (حائری، ۱۳۸۲، ص ۲۷۸، مسئله ۹۲۲).

در این گونه موارد که درمان یا بی فایده است یا موجب آسیب های جدی دیگری در فرد می شود، جانی ضامن سرایت جنایت به نفس بوده و رجوع یا عدم رجوع مجنی علیه به پزشک نیز تأثیری در حکم ندارد، لذا اگر مجنی علیه عمداً از مراجعه به پزشک برای درمان خودداری نماید و در اثر جنایت فوت نماید، در این مورد نیز جانی ضامن خواهد بود؛ البته به شرط آنکه پس از فوت وی، بی فایده بودن درمان معزز گردد.

تعیین بی فایده بودن درمان بر عرف خاص و متخصصان امر درمان است و عرف عام نمی تواند در این زمینه نظری ارائه نماید و اگر مجنی علیه بر اساس نظر عرف عام از درمان خودداری کرده باشد، در حالی که تشخیص عرف نیز خطا بوده باشد و به تبع عدم درمان جنایت سرایت نموده باشد، در این صورت خود مجنی علیه ضامن سرایت خواهد بود.

دوم) فایده مند بودن درمان

در بسیاری از موارد درمان جنایت فایده مند بوده و از سرایت آن جلوگیری خواهد کرد. در این گونه موارد اگر مجنی علیه از مداوا و درمان خویش خودداری نماید، بایستی بررسی نمود که علت خودداری شخص چه بوده است. در اینگونه موارد باید بررسی

شود که خودداری مجنی علیه از درمان اگر بدون عذر جدی و قابل قبول بوده و موجب شده که رابطه سببیت بین مرگ و جنایت اولیه از بین برود، در این صورت قطعاً خود وی مقصر بوده و جانی صرفاً به همان میزان جنایت اولیه ضامن خواهد بود و نه بیشتر، و درباره مرگ بری‌الذمه خواهد شد، اما اگر امتناع از درمان به واسطه عذر جدی قابل قبول بوده باشد، این خودداری تأثیری در ضمان جانی در سرایت نخواهد داشت.

در اینجا برخی از مصادیق عذرهای قابل قبول و عذرهای غیر قابل قبول مورد بررسی قرار گرفته است. هرچند تلاش شده که با بررسی‌های میدانی، همه عذرهای احصا و تعیین شوند، اما این بدان معنا نیست که قابلیت اضافه شدن عذر دیگری وجود ندارد:

الف) عذرهای غیر قابل قبول

چنانچه امتناع و خودداری مجنی علیه از مداوا، عمدی بوده و برای امتناع خویش عذر قابل قبولی ارائه ننماید و یا حتی فراتر از آن، امتناع وی همراه با انگیزه‌های شیطانی باشد، قطعاً کسی جز خود وی ضامن سرایت نخواهد بود. در اینجا برخی از فروع عذرهای غیر قابل قبول و غیر موجه برای امتناع از درمان اشاره می‌گردد. این موارد عبارتند از:

۱) قصد خودکشی

۲) **قصد اخاذی و اخذ دیه:** گاهی مجنی علیه پس از ایراد جنایت به این فکر می‌افتد که اگر جنایت وارد آمده سرایت کند و اعضای بیشتری از او را در بر گیرد، خواهد توانست دیه بیشتری از جانی اخذ نماید، اما بر خلاف تصور وی جنایت به نفس وی سرایت می‌نماید. چشم‌پوشی از سلامتی و معیوب‌ساختن خود به انگیزه اخاذی از جانی، نه تنها بعید نبوده، بلکه پرونده‌های متعددی را به خود اختصاص داده است. در حال حاضر یکی از معضلات شرکت‌های بیمه، تشخیص موارد عمد یا غیر عمد از افرادی است که خود را جلوی ماشین می‌اندازند تا دیه بگیرند یا خود را به کشتن می‌دهند تا دیه قتل آنها برای خانواده‌هایشان راهگشا باشد.

۳) **قصد انتقام از جانی:** گاهی مجنی علیه با انگیزه انتقام از جانی از درمان خودداری می‌نماید تا جنایت وارد شده به دیگر اعضا سرایت نماید و یا حتی در اثر آن بمیرد تا

بتواند بدین جهت جراح را قصاص نفس یا قصاص در اعضای بیشتری نماید. این مورد بیشتر در مواردی دیده می‌شود که مجنی علیه قصد خودکشی داشته و الان با مهیا شدن زمینه آن و کینه‌توزی‌ای که درباره جانی دارد، با یک تیر دو نشان (خودکشی و انتقام از جانی) را هدف قرار می‌دهد.

در این گونه از موارد که مجنی علیه درمان را بدون عذر موجه ترک نموده، جانی فقط به میزان جنایتی که وارد آورده ضامن بوده و سرایت جنایت مستند به وی نخواهد بود، زیرا مجنی علیه با ترک درمان خویش رابطه انتساب بین جنایت جانی و مرگ در اثر سرایت جرح را از بین برده است.

ب) عذرهای قابل قبول

چنانچه ترک درمان از سوی مجنی علیه عمدی بوده، اما برای امتناع خویش عذری ارائه نماید که از نگاه عرف عقلا و -به تبع آن- شرع مورد پذیرش قرار گیرد، ضمان سرایت جنایت بر عهده جانی خواهد بود و خودداری از درمان راه فراری برای جانی و مرتکب جنایت ایجاد نخواهد کرد.

در اینجا برخی از فروض عذرهای قابل قبول و موجه برای امتناع از درمان اشاره می‌گردد. این موارد عبارتند از:

۱) **عذر مذهبی:** در برخی از موارد ممکن است عقاید مذهبی بیماران علت و اساس اجتناب آنان از درمان باشد. به عنوان مثال ممکن است این پدیده در مواردی روی دهد که انتقال خون به فرد مجروح نیاز است، اما فرد مجروح تزریق خون را بر اساس عقاید مذهبی خود نمی‌پذیرد، کما اینکه برخی از فرقه‌ها از جمله مسیحیان یهوه از تزریق و انتقال خون اجتناب می‌نمایند (فیستا، ۱۳۷۷، صص ۱۹۸-۱۹۶)، یا غیرمسلمانان از گرفتن خون مسلمانان خودداری کرده‌اند، یا برعکس. حتی در برخی از کشورها شاهد حمایت قانون از حق بیمار درباره اجتناب از انتقال خون به دلیل مسائل اعتقادی هستیم و این حمایت تا زمانی است که بیمار فرد عاقل و بالغ بوده و از معالجه اجتناب ورزد (فیستا، ۱۳۷۷، صص ۲۰۰-۱۹۶) و برخی از نویسندگان نیز امتناع از درمان با زمینه‌های مذهبی را یکی از موارد

حق امتناع از درمان برمی شمارند (شفیعیان، ۱۳۸۹، ص ۷۰). نمونه دیگر، سقط جنین در جایی است که جان مادر در خطر باشد، اما دین و مذهب مجنی علیه سقط جنین را جایز نداند، حتی اگر جان مادر در خطر باشد. پیوند عضو نیز نمونه دیگری از این موضوع است. هر چند چنین احکامی جایی در دین مرفعی اسلام ندارد، اما چنانچه مجنی علیه معتقد به دینی باشد که در آن دین با این نوع درمانها مخالفت می شود و حتی شرایط اضطرار را نیز به رسمیت نمی شناسد، می توان گفت که برای مجنی علیه عذر محسوب می شود و ضمان بر عهده جانی خواهد بود. البته در این موارد از باب حفظ نفس مجنی علیه و نهی از منکر (خودکشی) درمان وی واجب خواهد بود و حتی اگر این امر به زدو خورد نیز بینجامد، ایرادی نخواهد داشت.

۲) عذر مالی: در برخی از موارد دلیل عدم مراجعه مجنی علیه به پزشک و وضعیت مالی و فقر او است که توان پرداخت هزینه های درمان را ندارد. اگر فقر مجنی علیه به حدی باشد که به هیچ عنوان متمکن از پرداخت هزینه های درمانی خود نبوده و امکان تأمین آن را نیز نداشته باشد و در مقابل هم هیچ پزشکی حاضر به درمان بدون هزینه نبوده و مؤسسه یا نهادی نیز متکفل پرداخت هزینه های وی نشود،^۱ در این صورت عذر مالی می تواند رافع مسئولیت مجنی علیه در خودداری از درمان محسوب گردد. نمونه بارز این مورد کارتن خواب ها هستند.

البته اگر مجنی علیه بتواند به نحوی از انحاء، هزینه ها را تأمین نماید، ولو با سختی و مشقت، مثلاً مجبور شود فرش زیر پای خود را بفروشد یا وام بگیرد یا دست نیاز به سوی خویشان و آشنایان دراز نماید، در این صورت عذر مالی پذیرفتنی نخواهد بود. به طریق اولی اگر جانی حاضر باشد تمام هزینه های مجنی علیه را پردازد، اما به هر علت مجنی علیه نپذیرد، در اینجا خود مجنی علیه مسئول خواهد بود.

۳) جهل به خطرات عدم درمان: از جمله موارد شایع در ترک درمان توسط بیماران

۱. در بیمارستان های دولتی قسمتی به مددکاری اختصاص یافته است که افراد بی بضاعت به آن مراجعه می نمایند و در صورت احراز عسر مالی، بخشی از هزینه ها توسط دولت یا امور خیریه تأمین می شود.

علی‌رغم توصیه پزشکان، جهل آنان به خطرات عدم درمان است. اگر جهل وی عرفاً بر اساس عرف عام قابل قبول باشد، عذر وی در ترک درمان پذیرفته خواهد بود، مانند اینکه پای مجنی‌علیه در تصادف رانندگی مجروح شده و خودش آن را پانسمان می‌کند، اما پس از مدت کوتاهی از بین می‌رود و دلیل این امر آمبولی یا ویروس کزاز و مانند آن تشخیص داده می‌شود. در این گونه موارد احتمال سرایت توسط مجنی‌علیه داده نمی‌شد تا برای درمان آن به پزشک مراجعه نماید. اما اگر جراحات به حدی باشد که عرف آن را شدید می‌داند و عدم مراجعه به پزشک را قبیح می‌شمارد، در این گونه موارد ادعای جهل به خطرات عدم درمان مسموع نیست.

بر این اساس اگر جانی یا مسئولان بیمارستان و کارشناسان درباره خطرات عدم درمان یا تسامح در درمان، به مجنی‌علیه گوشزد نموده و تذکرات لازم را ارائه نموده باشند، دیگر ضمانتی بر عهده جانی نیست. دلیل بر این مطلب، قاعده تحذیر است. قاعده تحذیر بر اساس اصل عقلایی سبب و مباشر است که در این مورد، شخص هشدار داده شده، به علت توجه نکردن به اعلام خطر و اقدامش در ورود به قلمرو خطر، نسبت به مباشر تلف اقوی محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۴۲).

رویه کنونی در بیمارستان‌ها درباره افرادی که مراجعه کرده و بستری شده، اما قصد خروج بدون اتمام عملیات لازم درمانی را دارند، بر این است که توضیحات کافی و دلایل لزوم اقامت در بیمارستان و نتایج ترک بیمارستان به صورت کتبی به بیمار اطلاع داده می‌شود و به امضای بیمار می‌رسد. این مسئله درباره بیماران به ویژه بیماران سال‌خورده شایع است که از درمان و گرفتن دارو خودداری می‌کنند و پزشکان موظف‌اند تمامی توصیه‌های احتمالی و مشکلات را به صورت مکتوب در پرونده قرار دهند (شفیعیان، ۱۳۸۹، ص ۷۰). بنابراین اگر به مجنی‌علیه خطرات عدم درمان گوشزد شود، دیگر کسی غیر از خودش ضامن نخواهد بود.

آنچه که مهم است، علم مجنی‌علیه به خطرات ناشی از ترک درمان است؛ لذا اگر مجنی‌علیه پزشک باشد، دیگر ضرورت نخواهد داشت که بیمارستان وی را درباره خطرات توجیه نماید، چرا که وی علم به خطرات عدم درمان دارد.

۴) **عذر عرفی:** ترس از دو حیث قابل بررسی است؛ گاهی ترس از عمل جراحی است و گاهی ترس از دیگران.

الف. ترس از عمل جراحی: برخی از مردم به لحاظ شخصیت روانی خود از عمل جراحی بیم‌ناک هستند و حتی اگر امر دایر بر عمل جراحی یا مرگ شود، ترجیح می‌دهند بمیرند اما عمل جراحی بر روی بدن آنان صورت نگیرد. البته این ترس می‌تواند از میزان پایین شروع شود و تا بالاترین میزان وجود داشته باشد. اگر مجنی علیه به جهت جنایتی که به وی وارد شده نیاز به عمل جراحی داشته باشد، اما امارات و مستندات حاکی از آن باشد که وی از عمل جراحی گریزان بوده و به جهت شدت ترس نمی‌تواند آن را تحمل نماید، مثلاً سابقه او نیز نشان می‌دهد که حتی در اوج بیماری نیز دکتر نرفته یا آمپول نزده است و... در این گونه موارد خودداری وی از درمان عذر محسوب می‌شود.

ب. ترس از دیگران همچون والدین: مثلاً بچه‌ای با رفقایش ضرب و جرح داشته و مجروح شده، اما از ترس اینکه والدینش او را سرزنش نمایند و کتک بخورد و...، جراحت خود را پنهان می‌کند و آن جراحت کم کم سرایت کرده و به مرگ وی می‌انجامد.

۵) **عذر آبرویی:** گاهی دلیل خودداری مجنی علیه از رجوع به پزشک و بیمارستان، ترس از ریختن آبرو و حیثیت وی است؛ مثلاً شخص مشهوری که روی بدنش خالکوبی‌های نامتعارف دارد و کسی هم از آن خبر ندارد و در صورت مراجعه به بیمارستان به احتمال زیاد سر و راز او فاش خواهد شد و موقعیت کنونی خویش را از دست خواهد داد یا شخص مشهوری که مقطوع‌الآله است. البته باید توجه داشت که هرچند عذر آبرویی نوعاً نمی‌تواند مجوزی شود که شخص خود را در مهلکه قرار دهد، اما با توجه به اینکه آبرو و حیثیت مسئله‌ای نسبی بوده و عوامل متعددی در آن تأثیرگذار است، لذا این موضوع به عرف واگذار می‌شود و عرف در برخی از موارد مجوز ترک درمان را صادر می‌نماید.

۶) **عسرو جرح در عملیات درمانی یا در ادامه زندگی:** گاهی ممکن است خودداری

شخص از مداوا به جهت آن باشد که الف. نفس عملیات درمانی موجب عسرو حرج شدید شخص باشد، همچون آنکه بخشی از صورت وی مجروح شده و باید ده‌ها عمل جراحی و زیبایی انجام دهد تا بخشی از زیبایی قبلی خود را باز یابد و این تعداد عمل‌های جراحی موجب سختی و عسرو حرج است، و ب. گاهی در صورت مداوا، ادامه زندگی‌اش همراه با عسرو حرج همراه خواهد بود، زیرا تمامی جنایت وارده قابل مداوا نیست؛ همچون آنکه ممکن است درمان به این صورت باشد که منجر به قطع نخاع شود، یا به شخص گفته شود که در صورت عمل جراحی احتمال قطع نخاع بسیار است، یا باید چشم وی را تخلیه نمایند که باید تا آخر عمر نایبنا زندگی کند، یا باید پای وی را قطع نمایند. در این صورت مجنی علیه ترجیح می‌دهد بمیرد تا اینکه تا آخر عمر با عسرو حرج زندگی نماید.

قاعده نفی عسرو حرج در غیر مورد تکلیف مالایطاق قاعده‌ای امتنانی است؛ به این معنا که نفی عسرو حرج از باب لطفی است که خداوند تعالی بر بندگان خود روا داشته است. بنابراین در صورتی تکلیف به سبب عسرو حرج ساقط می‌شود که سقوط آن لطف بر بندگان محسوب شود (خویی، بی‌تا، ص ۳۸)؛ به همین سبب آنجا که تحمل سختی و مشقت لازمه حفظ حیات فرد یا جامعه است و یا برای تهذیب نفس و کسب کمالات ضرورت داشته باشد، رفع آن با امتنان توأم نیست، در نتیجه تکلیف توأم با چنین مشقتی به موجب قاعده نفس عسرو حرج ساقط نمی‌شود، مگر آنکه تحمل آن خارج از توان فرد بوده و مالایطاق باشد.

از یکی از فقهای معاصر سوالی در این زمینه شده است:

بیماری که طبق تشخیص اطبای حاذق در صورت ترک عمل جراحی به زودی خواهد مرد، و در صورت اقدام به این عمل به احتمال قوی زنده می‌ماند ولی تا پایان عمر دچار درد و رنج شدید و طاقت‌فرسا خواهد شد و هر چند احتمال مرگ در این صورت نیز منتفی نیست، ولی در صورتی که زنده بماند دچار درد و رنج شدید و طاقت‌فرسا خواهد شد، تکلیفش چیست؟

جواب: مخیر است که یکی از این دو طرف را انتخاب کند (مکارم، ۱۳۸۷، ص ۲۳۸).

این فقیه معاصر نیز شدت و طاقت فرسای بودن را ملاکی برای پذیرفته شدن عسرو حرج و مجوزی برای ترک درمان قلمداد کرده است. البته همان طور که بیان شد، درد و رنج شدید و عسرو حرج، مسئله‌ای مشکک و دارای شدت و ضعف بوده و نسبی بوده و درباره افراد مختلف متفاوت است؛ به عنوان مثال ممکن است قطع پا برای یک جوان عسرو حرج شدید محسوب نشود، اما برای فردی که سنی از او گذشته و کسی را در این دنیا ندارد و قطع پا موجب خانه نشین شدن او خواهد شد، عسرو حرج شدید محسوب شود.

البته برای مستند نمودن اینکه بیمار به جهت عسرو حرج شدید درمان را ترک نموده یا جهت دیگری داشته، باید شواهدی یافت و نمی توان بیماری را که به بیمارستان مراجعه نموده و فوت کرده را به این جهت که درمان برای او عسرو حرج پیش می آورده بری دانست و جانی را ضامن قتل دانست، مگر آنکه خود بیمار پزشک بوده باشد یا به بیمارستان مراجعه نموده باشد و پزشکی قانونی خطرات و عوارض جراحی یا درمان را به بیمار گوشزد نموده باشد.

نکته حائز اهمیت آن است که عذر عسرو حرج، عذر آبرو و عذر عرفی، با عذرهای دیگر (عذر مذهبی، عذر جهل و عذر مالی) متفاوت است؛ از این حیث که در سه عذر مذکور، قابلیت ارائه حکم واحد مبنی بر پذیرش آن به عنوان عذر قابل قبول یا عدم پذیرش آن به عنوان عذر غیر قابل قبول وجود ندارد؛ چراکه این عناوین در زمره مفاهیمی مشکک به شمار می روند و درباره هر شخصی از شدت و ضعف برخوردار است و به همین جهت هیچ فقیهی برای آن معیار و ضابطه‌ای ارائه نکرده است، اما می توان این شاخصه را ارائه نمود که عسرو حرج یا سایر اعداز مشکک اگر ضعیف و قابل تحمل باشد، عذر قابل قبولی نخواهد بود، خصوصاً در جایی که حفظ جان به آن گره خورده باشد، اما اگر شدید بوده و مجنی علیه را مورد تنگنا قرار دهد و شخص هم نتواند عادتاً آن را تحمل نماید، می تواند به عنوان عذر قابل قبول تلقی گردد. البته می توان از تلفیق ضابطه شخصی و نوعی، برای تطبیق بهتر مصادیق آن بهره برد.

۳. تأسیس اصل

تأسیس اصل در این بحث بسیار حائز اهمیت است؛ از آن جهت که در بسیاری از موارد شك داریم که مجنی علیه به چه دلیل از درمان امتناع ورزیده است. آیا دلیل قابل قبولی برای ترک درمان داشته یا نه؟ در این موارد اصل بر این است که جانی ضامن سرایت جنایت خواهد بود، مگر آنکه دلیلی ارائه نماید مبنی بر اینکه مجنی علیه بدون عذر موجه اقدام به ترک عملیات درمانی نموده است، لذا بار اثبات دلیل بر عهده جانی خواهد بود نه مجنی علیه. مبنای این اصل قواعد و اصول متعددی است که مهم ترین آن اصل صحت (حمل فعل مؤمن بر وجه صحیح و جایز) است. بر مبنای این اصل که بر پایه حُسن ظن بناگذاری شده، ظاهر حال هر کس آن است که عمداً کار خود را ناقص نمی گذارد و معمولاً در حین عمل توجه و التفات بیشتری دارد که با غفلت و سهو او منافات دارد و اقتضا می کند که فعل آنان مباح دانسته شود و رفتار مجنی علیه بر وجه حسن حمل گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، صص ۲۹۷-۲۸۵؛ مکارم، ۱۴۱۱ق، ص ۱۴۰).

نتیجه گیری

علی رغم اینکه مشهور فقها به قصاص نفس جانی در فرض خودداری از درمان توسط مجنی علیه و سرایت آن به نفسش حکم داده اند، اما به نظر رسید که این موضوع دارای فروض متفاوتی است که حکم هریک با دیگری متفاوت است.

اگر درمان جنایت بی فایده بوده و تأثیر معتناهی نداشته باشد، در هر صورت جانی ضامن خواهد بود؛ چه مجنی علیه از درمان خودداری کرده باشد یا نه، اما اگر درمان دارای فایده بوده باشد و مجنی علیه می توانسته از سرایت جنایت جلوگیری نماید، اما به عمد درمان را ترک نموده، بایستی ملاحظه شود که اگر عذر قابل قبولی برای ترک عملیات درمانی ارائه نماید، عذر وی مورد پذیرش قرار خواهد گرفت و جانی ضامن سرایت نفس نیز خواهد بود؛ در صورتی که خودداری وی همراه با عذرهایی از قبیل عذر مذهبی، عذر عرفی همچون ترس از جراحی، عذر آبرویی، عذر مالی، جهل به

خطرات عدم درمان، عسرو حرج شدید در عملیات درمانی یا در ادامه زندگی باشد. اما اگر خودداری وی بدون هرگونه عذر قابل قبول و همراه با انگیزه‌های شیطانی همچون قصد خودکشی، قصد انتقام از جانی، قصد اخاذی و اخذ دیه و... باشد، با توجه به یافته‌های این پژوهش و علی‌رغم نظر مشهور فقها، خود وی ضامن سرایت خواهد بود و جانی فقط به میزان جنایتی که وارد آورده ضامن خواهد بود.

در موارد مشکوک نیز اصل بر این خواهد بود که جانی ضامن سرایت و قتل خواهد بود، مگر آنکه ثابت نماید مجنی علیه بدون هرگونه عذر قابل قبولی اقدام به ترک درمان نموده است.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، جمال‌الدین. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم، ج ۱۴). بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع - دار صادر.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول، ج ۱۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. بجنوردی، سیدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (چاپ اول، ج ۱). قم: نشر الهادی.
۴. تبریزی، جواد. (۱۳۸۴). تنقیح مبانی الأحکام: کتاب القصاص (چاپ اول). قم: دارالصدیقه الشهیده.
۵. حائری، سید کاظم. (۱۳۸۲). الفتاوی المنتخبة: مجموعة إجابات فی فقه العبادات و المعاملات (چاپ اول). قم: دارالتفسیر.
۶. حلّی، شمس‌الدین. (۱۴۲۵ق). معالم‌الدین فی فقه آل یاسین (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول، ج ۴۲). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۸. خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهه (ج ۲). بیروت: دار الهادی.
۹. شفیعیان، شهرام. (۱۳۸۹). خطاهای پزشکی و پیشگیری از آن (چاپ اول). تهران: جهاد دانشگاهی.
۱۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول، ج ۱۲). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه (چاپ سوم، ج ۷). قم: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۱۲. عبدالرحمان، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیه (ج ۲). بی جا: بی تا.
۱۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام (چاپ اول، ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه (چاپ اول، ج ۵). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۱۵. عمیدی، سیدعمیدالدین بن محمد اعرج حسینی. (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (چاپ اول، ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول، ج ۱۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. فیستا، جانین. (۱۳۷۷). حقوق و مسئولیت پرستاران (چاپ اول، مترجمان: محمود عباسی، مهین عباسی). تهران: طیب.
۱۸. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم، ج ۶). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۱۹. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم، ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (چاپ دوازدهم، ج ۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۱. مدنی کاشانی، رضا. (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء والخوارج (چاپ دوم). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. مدنی، منصوره؛ مدنی، انسیه. (۱۳۹۲). مبانی نظری (اخلاقی، فلسفی و فقهی) امتناع از درمان. فصلنامه اخلاق و تاریخ پزشکی، ۶(۵)، صص ۲۳-۱۲.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۷). احکام پزشکی (چاپ اول). قم: نشر امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه (چاپ سوم). قم: نشر امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۵. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم، ج ۴۲). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

References

1. Abdul Rahman, M. (n.d.). Dictionary of Terms and Jurisprudential Words. (Vol. 2).
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). Qawa'id al-Ahkam al-Shara'e al-Islam fi Ma'arif al-Halal va al-Haram. (1st ed., vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1420 AH). Tahrir al-Ahkam al-Sharia ala Madhab al-Imamiyah. (1st ed., vol. 5). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
4. Amidi, S. A. (1416 AH). Kanz al-Fawa'id fi Hal Mushkilat al-Qawa'id. (1st ed., vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
5. Ardabili, A. (1403 AH). Mjama al-Fa'idah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Adhan. (1st ed., Vol. 13). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
6. Bojnourdi, S. H. (1419 AH). al-Qawa'ed al-Fiqhiyah. (1st ed., vol. 1). Qom: Al-Hadi Publications. [In Arabic]
7. Fazel Hendi, M. (1416 AH). Kashf al-Latham va al-Ibham an Qawa'id al-Ahkam. (1st ed., vol. 11). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
8. Fiesta, Janine. (1377 AP). Nurses' Rights and Responsibilities. (1st ed., M. Abbasi., & M. Abbasi, Trans.). Tehran: Tayeb. [In Persian]
9. Haeri, S. K. (1382 AP). al-Fatawa al-Muntakhabah: Majmou'at Ijabat fi Fiqh al-Ibadat va al-Mu'amilat. (1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir. [In Persian]
10. Helli, S. (1425 AH). Ma'alim al-Din fi Fiqh Ale Yasin. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
11. Ibn Manzour, J. (1414 AH). Lisan al-Arab. (3rd ed., Vol. 14). Beirut: Dar Al-Fikr le Taba'at va al-Nashr va al-Tawzi'- Dar Sader. [In Arabic]
12. Karaki, A. (1414 AH). Jame al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id. (2nd ed., vol. 6). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
13. Khoei, A. (1422 AH). Mabani Takmilah al-Minhaj. (1st ed., vol. 42). Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
14. Khoei, S. A. (n.d.). Mesbah al-Fiqahah. (vol. 2) Beirut: Dar al-Hadi.
15. Madani Kashani, R. (1410 AH). Kitab al-Qisas le al-Foqaha va al-Khawas. (2nd ed.). Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]

16. Madani, M., & Madani, E. (1392 AP). Theoretical foundations (moral, philosophical and jurisprudential) for refusal of treatment. *Journal of Medical Ethics and History*, 6(5), pp. 12-23. [In Persian]
17. Makarem Shirazi, N. (1387 AP). *Medical rulings*. (1st ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib Publications. [In Persian]
18. Makarem Shirazi, N. (1411 AH). *al-Qawa'id al-Fiqhiyah*. (3rd ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib Publications. [In Arabic]
19. Mohaghegh Damad, S. M. (1406 AH). *Rules of Jurisprudence*. (12th ed., Vol. 2). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Arabic]
20. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram*. (2nd ed., vol. 4). Qom: Esmaelian Institute. [In Arabic]
21. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*. (7th ed., vol. 42). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
22. Shafieian, S. (1389 AP). *Medical Errors and its Prevention*. (1st ed.). Tehran: University Jihad. [In Persian]
23. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed., vol. 12). Qom: Islamic Knowledge Institute. [In Arabic]
24. Tabrizi, J. (1384 AP). *Tanqih Mabani al-Ahkam: Kitab al-Qisas*. (1st ed.). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shuhada. [In Persian]
25. Tusi, M. (1387 AP). *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed., vol. 7). Qom: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Works. [In Arabic]



Research Article

The Effect of Reversion of the Patient's Prior Permission on the Assumption of Proving and Denying the Doctor's Responsibility¹

Mahdi Kian Mehr²

Rahim Sayyah³ Sayyid Hesamodin Hosseini⁴

Received: 26/04/2021

Accepted: 20/08/2021

Abstract

"Reversion of the patient's prior permission" is one of the important issues in medical jurisprudence, which unfortunately has not had its proper place in jurisprudential studies and today has created a gap in the relationship between patients and doctors. With the assumption of proving or denying the doctor's responsibility, by not refusing treatment during the patient's reversion of the prior permission, and by examining Article 308 of Iranian Penal Code, considering ownership as human domination over the organs of the body and taking possession of the patient's property (body) through dominance of the doctor in treatment, the responsibility of the doctor will be clarified. This viewpoint, although seems strong, but it cannot be correct. Doctors have considered the reasons for avoiding self-harm and the prohibition of suggestion of death, the principle of Dar' and the doctor's moral responsibility for avoidance of reversion of the patient

1. This paper is taken from the doctoral dissertation entitled "Jurisprudential and legal review of Reversion of previous clearance seizures" (Supervisor: Rahim Sayyah, Advisor: Seyed Hesamuddin Hosseini), Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ahvaz Branch.
2. PhD Student, Department of Jurisprudence, and Fundamentals of Islamic Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. mehdikiyanmehr@gmail.com
3. Visiting Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran and Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Ahvaz Faculty of Petroleum, University of Petroleum Industry, Ahwaz, Iran (Corresponding Author) sayah_rahim@gmail.com.
4. Assistant Professor, Department of Jurisprudence, and Fundamentals of Islamic Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. shesamhosseini@yahoo.com.

* Kian Mehr, M., & Sayyah, R., & Hosseini, S. H. (1400 AP). The Effect of Reversion of the Patient's Prior Permission on the Assumption of Proving and Denying the Doctor's Responsibility. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 66-93.
Doi: 10.22081/jf.2021.60785.2280.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

after the initial permission. In contrast, patients believe in the situational and obligatory responsibility of the doctor by arguing for self-domination, corruption of permission in case of patient reversion, and Istishab (an Islamic term used in the jurisprudence to denote the principle of the presumption of continuity). The researcher seeks to resolve the conflicts by compensating for patient's damage by the government, through using a descriptive-analytical method and accepting the responsibility of physicians in case of non-refusal of treatment despite the reversion of the patient's prior permission in unnecessary cases and believing in non-reversion of the patient's treatment permission.

Keywords

Reversion of previous clearance seizures, reversion of the prior permission, in the sentence of usurpation, usurpation.

مقاله پژوهشی

تأثیر رجوع از اذن سابق بیمار در انگاره اثبات و انکار مسئولیت پزشک^۱

مهدی کیان‌مهر^۲ رحیم سیاح^۳ سید حسام‌الدین حسینی^۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۶

چکیده

«رجوع از اذن سابق بیمار» از موضوعات مهم در فقه پزشکی است که متأسفانه جایگاه شایسته خود را در مطالعات فقهی نیافته و امروزه خلأی در روابط بیمار و پزشک ایجاد نموده است. در انگاره اثبات یا انکار مسئولیت پزشک، با وضع عدم‌امتناع از درمان در اثای رجوع بیمار از اذن سابق، و با ژرف‌نگری در ذیل ماده ۳۰۸ ق.م.ا، با تلقی مالکیت به‌عنوان تسلط انسان بر اعضای بدن و احتساب تصرف در مال بیمار (بدن) با استیلاي پزشک در درمان، مسئولیت پزشک جلوه‌گر شود؛ این نظر هرچند اقوی به نظر می‌رسد، ولی نمی‌تواند صواب باشد. پزشکان برای عدم رجوع بیمار بعد از اذن ابتدایی به ادله جلوگیری از اضرار به نفس و ممنوعیت القا در هلاکت، قاعده درء و مسئولیت اخلاقی پزشک استناد نموده‌اند؛ در مقابل، بیماران با استدلال به سلطه بر نفس، فساد اذن در صورت رجوع بیمار، و استصحاب، قائل به مسئولیت تکلیفی و وضعی پزشک هستند. محقق درصدد است با روش توصیفی-تحلیلی و پذیرش مسئولیت پزشکان در صورت عدم‌امتناع از درمان با وجود رجوع از اذن سابق توسط بیمار در مواقع غیرضروری و قائل شدن به عدم رجوع از اذن درمان توسط بیمار با وجود ضرورت، به تعارضات مطروحه با چاره‌جویی جبران خسارت بیمار توسط دولت خاتمه دهد.

کلیدواژه‌ها

رجوع از تصرفات ترخیص مسیق، رجوع از اذن سابق، در حکم غصب، غصب.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان: بررسی فقهی و حقوقی رجوع از تصرفات ترخیص مسیق (استاد راهنما: رحیم سیاح، استاد مشاور: سید حسام‌الدین حسینی)، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اهواز می‌باشد.
۲. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.
mehdikiyanmehr@gmail.com
۳. استادیار مدعو گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران (نویسنده مسئول).
sayah_rahim@gmail.com
۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.
shesamhosseini@yahoo.com

* کیان‌مهر، مهدی؛ سیاح، رحیم و حسینی، سید حسام‌الدین. (۱۴۰۰). تأثیر رجوع از اذن سابق بیمار در انگاره اثبات و انکار مسئولیت پزشک. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۶۶-۹۳. Doi:10.22081/jf.2021.60785.2280.93-66

مقدمه

در متون فقه و حقوق پزشکی، اذن مسبق (سابق) بیمار بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ متضمن ابراء پزشک است که درباره مشروعیت شرعی و قانونی آن نظرات مختلفی وجود دارد و بنابر بند دوم ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، علاوه بر رضایت و اخذ براءت، رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی نیز برای رفع مسئولیت ضروری به نظر می‌رسد. با نگاه کلی می‌توان دریافت که محور تمام دلایل و استدلال‌های قائلان ابراء پزشک، قاعده اذن در تصرف سابق بیمار است، اما متأسفانه در ارتباط با رجوع از اذن تصرف در درمان، مباحث مکفی در فقه و حقوق پزشکی موجود نیست و فقها و حقوق‌دانان به‌طور خاص فرض مذکور را طرح و تبیین نکرده‌اند.

کلیت و الحاق موضوع «رجوع از تصرفات با اذن سابق بیمار» و «تصرفات پزشک»، باعث درهم‌ریختگی آرای قضایی در زمینه ابراء پزشک یا مسئولیت وی گردیده است؛ زیرا که امتناع بیمار از درمان و تأثیر آن بر ضمان پزشک خاطی در فروع و حالات مختلف، احکام متفاوتی را به دنبال دارد. لذا جلوگیری از اشتباه در تشخیص مبادی تصویری، نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقه و حقوق پزشکی، خلأ موجود برطرف شود.

سیر مطالب نوشتار پیش رو به این گونه است که در ابتدا به مفاهیم فقهی و حقوقی موضوع پرداخته و اختلاف در تعریف بین فقها و حقوق‌دانان که با سکوت قانون یا بعضاً مؤاخذه مواجه شده بررسی می‌شود، سپس ماهیت حقوقی رجوع از اذن را با نگرش به نظریه نوین تبیین کرده و با استمداد از تراش فقهی، انتقادات اصلی وارد بر آن را طرح و حتی المقدور پاسخ داده و در نهایت با ارائه نظریه مسئولیت مدنی دولت، در صدد هستیم تا در زمینه رسیدگی قضایی به وحدت رویه‌ای مطلوب برسیم.

بنابراین تحقیق پیش رو توصیفی-تحلیلی است، روش گردآوری اطلاعات آن مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و تحلیل منابع موجود می‌باشد و با امعان نظر در مباحث فقها و حقوق‌دانان، تلاش می‌کند موضوع را تبیین و تشریح نماید. ابزار گردآوری اطلاعات از

طریق فیش برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و استفاده از نرم‌افزارهای تخصصی است.

مقاله پیش رو، بر استظهار از بحث رجوع از اذن توسط بیمار بر ضمان پزشک استوار است. بدواً برای مشخص شدن نتایج «رجوع از اذن سابق بیمار در تصرف» ناگزیر باید با مفهوم آن آشنا شد.

۱. مفهوم‌شناسی

با توجه به مبانی تصویری، گوناگونی و پیوستگی مفهوم، نگارنده اهتمام دارد که در بدایت نوشتار، تعریف جامع و مانعی عرضه نماید.

۱-۱. تعریف رجوع

رجوع در لغت به معنای انصراف است (عبدالرحمان، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۳۱). حق رجوع، در اصطلاح، حق بازگشت و برهم‌زدن عقد، ایقاع یا قرارداد معارفه است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۳۶). رجوع بیمار از اذن درمان ممکن است به‌انگیزه به‌هلاکت‌انداختن خود و پذیرش غیرقابل توجیه مرگ، عدم‌توانایی در پرداخت هزینه‌های درمان و اجتناب از درمان به‌خاطر کهولت سن و... صورت گیرد.

۱-۲. تعریف تصرف

تصرف در لغت به معنای دست‌به‌کاری‌زدن، دگرگون‌شدن و چیزی را تحت‌استیلا و اقتدار خویش داشتن است (عبدالرحمان، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۴۵). مراد از تصرف در فقه و حقوق عبارت است از: «انجام هر کار ارادی دارای اثر شرعی بر مال» (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۹۹). در تعریفی دیگر تصرف بدین معنا آمده است: «هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی -عمّ از عین و غیرعین- که دارای اثر شرعی است؛ خواه این اثر به‌سود تصرف کننده باشد یا به‌زیان او» (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۰۵). با انعقاد قرارداد درمان، بیمار به پزشک، اذن در تصرف می‌دهد. بنابراین اقدامات درمانی که به‌وسیله

کادر درمان صورت می‌گیرد، نوعی تصرف در نفس دیگری است (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۸، ج ۴۲، ص ۲۳۰). به نظر می‌رسد که تصرفات پزشک در بدن بیمار از نوع تصرف در مال بیمار است و تعهد آن نیز مالی است، و عدم امتناع پزشک در صورت رجوع بیمار از اذن سابق، باعث تحقق حکم غصب می‌گردد. بر این اساس با دو موضوع روبرو هستیم:

الف. مفهوم تصرف پزشک در درمان و تلقی تصرف در مال: مال در لغت به معنای ثروت، دارایی یا چیزی است که در تصرف شخصی باشد (دهخدا، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۱۹۹۸۴؛ معین، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۹۸۴). بررسی ظاهر گرایانه موضوع نشان می‌دهد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال می‌شود و نحوه جبران خسارت آن نیز مالی است. این دیدگاه در ردّ ادعای عدم مالیت اعضای بدن اظهار می‌دارد که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، آن بدن مال شمرده می‌شود و قابلیت خرید و فروش را در برخی اعضا دارا است؛ مانند «صحة بیع الأعضاء المقطوعة فإنها مال عند العقلاء إن لم يدلّ دليل آخر علی خلافها» (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۲۵۹؛ محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۸۵؛ مدنی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰؛ صفایی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۲۳). افزون بر این در استدلال به مالیت اعضای بدن آمده است که: «ومن جملة ما يمكن الاستدلال به لجواز المعاملة والبيع فی الأعضاء ما دلّ علی «أن الله فوّض إلى المؤمن أموره كلّها عدا إذلال نفسه» فإنّ بیعه لأعضائه من جملة اموره وشؤونه فهو مفوّض إليه (قائمی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۳۱؛ لنکرانی، ۱۳۸۵ق، ص ۵۶۵؛ محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۸۲). مضافاً منافی که در خون، اجزای مردار و مانند آن کشف شد به این موضوعات ارزش و اعتبار و مالیت بخشید، به گونه‌ای که امروز همانند سایر کالاها، بلکه به قیمت گزاف خرید و فروش می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۶۰). افزون بر این، برخی فقها تصریح نموده‌اند که نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت کافی است و لازم نیست مال حتماً منجر به برآورده شدن نیاز فعلی انسان گردد و همین میزان که شأنیت انتفاع داشته باشد، می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن را نمود (حسینی عاملی، ۱۴۱۷ق، ص ۷۴). بنابراین اذن یا عدم اذن مالک به شخص ثالث، باعث جواز یا عدم جواز تصرف در ملک وی می‌شود؛ اعم از اینکه عدم اذن بودن به مال یا بدن مالک باشد و بالعکس (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۸۱).

با پذیرش مالیت اعضای بدن به صورت اعتبار عرفی، منفعت عقلایی و اقتصادی، اذن و رخصت فرد، در حکم تصرف و اثبات ید بر مال است؛ همچنین عدم اذن در مال و نفس بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» پذیرفته شده و منع شرعی ندارد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۰۷). ممکن است ایرادی در زمینه مالیت اعضای میت یا انتقال در مالیت مطرح گردد که در پاسخ می توان بیان نمود که آیات و روایاتی که از آن منع نموده اند، به جنبه حلال و محله میته توجه نکرده اند و اگر انتفاع محله از میته متصور باشد، انتفاع جایز می شود. در ارتباط با انتقال اعضا می توان ابراز نمود که خیلی از اموال هستند که قابلیت انتقال ندارند ولی مال محسوب می شوند؛ مانند اموال وقفی یا اموال عمومی (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۶۶۰). به عبارت دیگر، انتقال از الزامات جوهری مال نیست. به نظر می رسد برای جمع میان نظریات مالیت اعضای بدن و عدم فروش اعضا، باید بر این نظر قائل بود که مالیت و مالکیت انسان بر اعضای بدن خود ذاتی است (توحیدی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۸؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۳۲۷)، اما حق واگذاری به ثالث را نداشته باشد. با نگرش عدم امتناع از تصرف پزشک، تحقق در حکم غضب به دلیل اثبات بدون مجوز بر مال غیر، در ذیل بررسی می گردد.

ب. بررسی عدم امتناع از تصرف پزشک و تحقق در حکم غضب: تئوریزه کردن نظریه مالیت اعضای بدن توسط نگارنده باعث می گردد که عدم امتناع پزشک از درمان و مداخله در بدن بیمار با وجود رجوع بیمار از اذن ابتدایی، منجر به تحقق حکم غضب و مصداق مفاد شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م.تلقی شود و ضمانت اجرا و جبران خسارت برای پزشک را مطرح نماید. نگارنده در نظریه ای نوین اظهار می دارد که رجوع از اذن ابتدایی بیمار، با عدم امتناع از درمان توسط پزشک، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز محقق می گردد. بر این اساس، در حقوق موضوعه ایران بر اساس ماده ۳۰۸ ق.م.ت: «غضب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غضب محسوب می شود.» با ژرف نگری در شق دوم ماده مذکور و استدلال به احتساب تسلط انسان بر اعضای بدن خود از باب مالکیت در اموال، کلیت موضوع اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بیمار)، و «در حکم غضب» نمایان است. نگارنده

معتقد است که این نظریه هر چند اقوی به نظر می‌رسد، ولی به دلیل ایرادات مبنایی جهت در حکم بودن ذیل ماده ۳۰۸ ق.م.نسبت به صدر ماده و همچنین تفریق در مفهوم و احکام و عدم وجود دلایل کافی برای اثبات مالیت بدن، در حکم غصب بودن رجوع بیمار از اذن سابق محرز نمی‌شود.

۱-۳. ترخیص (اذن)

ترخیص در لغت به معنای رخصت (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۴۴۸)، جواز ارتکاب (عاملی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۲)، اذن بعد از نهی (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۲۴۶۲)، و حکمی که به واسطه اصل برائت، اباحه، حلیت و مانند آن به اثبات برسد آمده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ص ۴۳۶). این واژه در نوشته‌های فارسی با کلمه اذن عجین است. اذن نیز به معنای رخصت در تصرف پیش از تصرف و انجام کار از سوی مالک است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۳۳۱؛ اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ص ۱۷۹؛ علم‌الهدی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۶۳) که اذن‌دهنده با ترخیص خویش (اذن سابق)، اباحه و جواز تصرف را انشا می‌نماید.

۱-۴. مُسبق (سابق)

مُسبق در لغت به معنای پیشین، پیشینه، قبل، قبلی، گذشته، در گذشته، اول، مقدم، جلو و ضد لاحق است (معلوف لوئیس، ۲۰۰۰م، ص ۶۴۴). اصطلاح رجوع از اذن ابتدایی بیمار با ورود به علم پزشکی امروزه به عنوان یکی از بحث‌های مهم در اخلاق پزشکی مطرح است. به نظر می‌رسد که اصطلاح «رجوع از اذن مسبق در اعمال تصرفات» زمانی شایع است که «بازگشت از اذن سابق بیمار با وجود دلیل قطعی»، «استنکاف بیمار از قبول درمان بعد از اذن ابتدایی» یا «اذن سابق و رجوع از اذن لاحق» وجود داشته باشد.

۲. ماهیت اذن بیمار در درمان

بعضی از توافقات و تراضی بین طرفین عقد، فقط ایجاد اذن و اباحه جهت تصرف در مال دیگری می‌کند و به موجب آن افراد می‌توانند برای انجام بعضی امور به یکدیگر اذن

دهند که موجب تصرف در مال گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۴۲). بنابراین برای تشخیص امکان رجوع از اذن، تشخیص ماهیت حقوقی آن اهمیت دارد.

۲-۱. گفتمان‌شناسی انتقادی اذن و رجوع از آن در قالب فرضیه‌سازی

در این بخش، نگارنده قصد دارد تا به نظریه‌ها، فرضیه‌ها و روش‌های بررسی‌تیینی اذن با هدف تعدیل مناسبات با ماهیتی انتقادی بپردازد. در ابتدا باید قائل بر این نظر باشیم که اجازه و اذن در معنا مشترک‌اند، جز در تقدّم و تأخّر (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۳۷).

الف. واقعه حقوقی بودن اذن: بر این اساس، اذن نه عقد است و نه ایقاع. با این حال، همانند اقرار (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۱۲۸)، عملی ارادی است که آثار حقوقی در پی دارد. به بیان دیگر، اذن قائم به قصد انشا نیست و اذن‌دهنده هیچ چیز را از نظر حقوقی به وجود اعتباری ایجاد نمی‌کند، بلکه تنها مانع قانونی را مرتفع می‌سازد؛ مثلاً تصرف در مال غیر طبق قانون ممنوع است و مالک با دادن اذن در تصرف در مال خود فقط این منع را از میان برمی‌دارد. لذا اعلام رضایت واقعه حقوقی صرف است (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۴۰) و رجوع از اذن در هر زمان ممکن است (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۶۶؛ قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹).

ب. اذن به‌عنوان عمل حقوقی: عمل حقوقی، گاه برای ایجاد رابطه خواستار یک اراده و گاه اراده طرفین است که در قالب عقد یا ایقاع می‌گنجد (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۸۳). برخی معتقدند عقد بودن اذن بیمار در تحلیل حقوقی رابطه پزشک و بیمار مشهود است؛ بنابراین رابطه‌ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک، وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۳۱). اذن بودن و تحقق عقد ممکن است ناشی از عقد لازم باشد؛ مانند اینکه به‌موجب شرط ضمن عقد بیع، به خریدار اذن در عبور از ملک بایع داده شود که برابر ذیل ماده ۱۰۸ ق.م.نمی‌توان از اذن عدول کرد. بر اساس ماده ۲۲۰ ق.م، توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آنها ایجاد می‌شود، آنان را ملزم به اجرای مفاد می‌کند و حق رجوع و برهم‌زدن آن وجود ندارد. این تعهدات

می‌تواند به صورت دو طرفه باشد و یا اینکه صرفاً برای طرف دیگر ایجاد تعهد کند که در هر دو صورت غیر قابل رجوع خواهد بود. البته می‌توان عقد بودن را با قابلیت جایز بودن از طرف بیمار و لازم بودن از ناحیه پزشک نیز متصور شد، اما باید اشاره نمود که هر چند می‌توان قائل به عقود اذنی شد، ولی خروج عقود اذنی از معنای عقد به طور تخصصی است نه تخصیصی (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۱۶۲).

برخی نیز بر ایقاع بودن اذن قائل‌اند؛ بر این اساس، اذن با اراده اذن‌دهنده محقق می‌شود و مأذون در تحقق و وقوع این عمل حقوقی نقشی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۹۷). لذا اذن عمل حقوقی است و به انشا نیاز دارد، و در واقع اذن اباحه مورد اذن را انشا می‌کند. در موارد گوناگون قانون مدنی به قابل رجوع بودن اذن تصریح شده است؛ لذا می‌توان فهمید که قانون مدنی هم نظریه ایقاعی بودن ماهیت حقوقی اذن را ترجیح داده است (شهیدی، ۱۳۵۷، ص ۳۲؛ صفایی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۱). برخی از فقیهان همچون محقق خوانساری (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۴۷۶) صاحب عناوین (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص ۱۸۴) و امام خمینی (قدیری، ۱۳۷۶، ص ۲۳۹) و برخی از حقوق دانان معاصر مانند جعفری لنگرودی (لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۳۸۹) و کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۵) به ایقاع بودن اذن تصریح کرده‌اند. همچنین با توجه به قرائنی مانند معتبر دانستن انشا در پیدایش اذن در تألیفات برخی از فقیهان همچون صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۱۸۱) و سید کاظم یزدی (محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۵۸۶) می‌توان نظریه ایقاع بودن اذن را به آنان نسبت داد. بنابراین اذن قانونی به موجب اباحه تصرف برای مأذون می‌شود، لکن مسئولیت او را بر طرف نمی‌کند. از ماده ۱۷۱ ق.م نیز این قاعده را می‌فهمیم؛ به این معنا که اذن قانونی موجب پیدایش اباحه باضمان است. لذا به طریق اولی رجوع از اذن، و امتناع پزشک از درمان، باعث مسئولیت وی می‌گردد.

ج. نظریه ماهیت مسبوق به نیابت: به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی بین پزشک و بیمار چیزی غیر از واقعه حقوقی، عمل حقوقی، عقد یا ایقاع بودن باشد (امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۰۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۷۷) اگر اصل استقلال و عدم سلطه اقتضا دارد که تصرف در مال منوط به نیابت باشد، پس تصرف در بدن و درمان انسان نیز مستلزم آن است.

نیابت شأنی بالاتر از اباحه دارد. بر این اساس پزشکان برای تصرف در بدن بیمار به چیزی بیشتر از اباحه نیاز دارند. در برخی موارد بیمار در عمل جراحی سزارین اذن محدود به پزشک می‌دهد و مشاهده گردیده که در حین عمل جراحی پزشک به مواردی برخورد می‌کند که ممکن است در تخصص وی نباشد و احتیاج به همراهی پزشک دیگر باشد و اذن قبلی شامل رفع مسئولیت پزشک جدید نیست. اذن اباحه و دفع مسئولیت می‌کند، ولی در این موارد قائل به نیابت هستیم که پزشک در صورت ضرورت جهت سلامتی بیمار از دیگر پزشکان مساعدت بجوید. لذا باید ماهیت حقوقی میان بیمار و پزشک را تلقی به نیابت کنیم و اذن را به معنای برخورداری از منشأ نیابت حمل کنیم، نه اباحه و رخصت. لازم به ذکر است که قرارداد پزشکی وکالت نیست، زیرا موکل باید قادر به انجام امر مورد وکالت باشد (ماده ۶۶۲ ق.م)؛ هم‌چنان که کسی که استنابه در حفظ یا تصرف را به هر دلیلی، مثل کهولت سن، به دیگری می‌دهد، استنابه آنها مشکلی ندارد. بنابراین پزشک با اعطای نیابت از طرف بیمار، متعهد به انجام امور مربوط به نیابت می‌شود. علی‌هذا اذن بیمار منشأ نیابت است، ولی به‌خودی‌خود منشأ سقوط ضمان نیست، بلکه نیابت در قالب اذن شخصی جایز است (عقود اذنی) و رجوع از آن ممکن است و عدم امتناع پزشک از درمان باعث مسئولیت آن است.

۲-۲. امکان سنجی رجوع بیمار از اذن

برای تشکیل هر ماهیت حقوقی، علاوه بر وجود اهلیت طرفین عقد و توافق، اذن لازم است تا قرارداد منعقد بین طرفین حاصل گردد (انصاری، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۷۵؛ نائینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۳۴؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴). با احتساب اذن به‌عنوان نیابت، واقعه حقوقی یا عمل حقوقی در قالب عقد جایز یا ایقاع، قابلیت رجوع بیمار از اذن متصور است و پزشک در صورت عدم امتناع از درمان مسئول شناخته می‌شود.

ذکر یک نکته ضروری است که اگرچه اذن قابل رجوع توسط شخص اذن‌دهنده است، ولی به‌طور کلی رجوع از اذن در همه موارد ممکن است امکان‌پذیر نباشد و اذن

او تبدیل به امر لازم حقوقی می‌شود و در نتیجه قابل تأیید و اثبات برای رجوع از اذن نخواهد بود (مستفاد از ماده ۱۲ ق.م)؛ مانند: الف. هرگاه طرفین به‌وجه ملزومی ملزم به توافق شده‌اند، ب. هرگاه رجوع از اذن منجر به ایجاد ضرر برای طرف مقابل باشد و دفع ضرر به طریق دیگر ممکن نباشد، ج. هرگاه رجوع از اذن به حکم قانون منع شده باشد. علاوه بر این موارد، حکم تلقی کردن اذن باعث عدم رجوع آن می‌گردد (امامی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۰۲؛ قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۹)؛ به‌عنوان مثال، اذن ولی در نکاح دختر یا اذنی که به نظم عمومی برمی‌گردد (توکلی، ۱۳۸۹، ص ۷۴). مضافاً درباره اذن زن در ازدواج شوهرش با دختر برادر یا دختر خواهر او، زن نمی‌تواند این اختیار خود را به دیگران منتقل نماید، یا آن را اسقاط کند، و مرد نیز نمی‌تواند در ضمن عقد، شرط عدم اعتبار اذن یا اسقاط آن نماید (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۹). ذکر این نظریه مصداق عدم رجوع توسط بیمار از منظر نگارنده نیست، بلکه معتقدیم می‌شود از این فرضیه به‌عنوان راهکاری جهت عدم رجوع از اذن بیمار برای غایت سلامتی وی فایده جست. نگارنده برای وصول به هدف غایی خویش دو موعده را برای رجوع بیمار از اذن متصور است:

الف. رجوع در زمان توانایی در درمان توسط غیر: زمانی که عقد یا ایقاعی صورت می‌گیرد، اصل عدم جواز فسخ و رفع آثار در آنها جاری می‌شود، مگر آنکه دلیلی آنها را از این اصل خارج کرده باشد (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۷)، اما غایت برخی ایقاعات، ایجاد تعهد، اسقاط حق، یا انحلال عمل حقوقی نیست و انشاکنده ایقاع نمی‌خواهد با این کار خویش را پایبند گرداند یا تعهدی بر دوش گیرد. بنابراین در اذن قابلیت بازگشت و رجوع وجود دارد. در نتیجه زمانی که بیمار یا ولی وی اذن می‌دهد، می‌تواند به هر دلیل از اذن خویش برگردد؛ مانند اینکه پزشک یا بیمارستان دیگری را برای درمان مناسب‌تر بداند و بدین سبب از اذن خویش بازگردد (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۷). به نظر می‌رسد در صورتی که بیمار استطاعت جسمی جهت مراجعه به پزشک دیگر را جهت سلامتی و دفع بیماری دارا باشد، می‌تواند در هر مرحله از درمان با وجود اذن ابتدایی به پزشک، رجوع نماید. بر اساس وضعیت بیمار، حکم تکلیفی پزشک نسبت به اقدام درمان متفاوت خواهد بود. بی‌تردید در صورتی که وضعیت بیمار حاد نباشد و

عدم درمان وی سبب هلاکت و ضرر شدید به وی نگردد، اقدام به درمان توسط پزشک نیز ضرورت نخواهد داشت، بلکه در بسیاری موارد، ضرورتی برای مراجعه به پزشک مشخصی وجود ندارد. در نتیجه، عدم ضرورت درمان بیمار سبب می‌شود که درمان بر پزشک نیز واجب نباشد (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۲۱۴).

ب. عدم رجوع در صورت ضرورت بعد از اذن: نگارنده در این مبحث قائل به نظریه منع رجوع در صورت ضرورت است. این نظریه به عدم رجوع از لحاظ نوع و جنس ضرورت ناشی از پردازش اطلاعات بیمار و تداعی‌هایی اشاره می‌نماید که باعث ضرر منجر به فوت یا غیرقابل جبران برای بیمار می‌گردد. در شرع مقدس، نمونه‌هایی از الزام به دلیل ضرورت و عدم رجوع از اذن و تأکید بر درمان استنباط می‌شود. به عنوان مثال، در صورتی که زندگی بیمار متوقف بر درمان باشد، بر او واجب است برای درمان خود اقدام کند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۹۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷، ص ۳۲۲). فقیهان معاصر نیز به مسئله وجوب درمان در پاره‌ای موارد توجه کرده‌اند. آیت‌الله فاضل لنکرانی در این باره می‌فرماید: «از دیدگاه اسلامی، انسان در بین سایر موجودات از جایگاه والا و ارزش ویژه‌ای برخوردار است. حفظ حیات انسان مورد تأکید اسلام قرار گرفته و حفظ جان هر فرد را بر دیگران واجب کرده و آن را یکی از مهم‌ترین واجبات شمرده است» (لنکرانی، ۱۳۸۵، ص ۷۸). در قرآن کریم هم آمده است: «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»؛ و هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است (مائده، ۳۲)؛ افزون بر اینکه نجات جان مؤمن و مسلمان یکی از واجبات روشن میان مسلمانان است. از جمله روایاتی که در حد تواتر معنوی درباره حق مؤمن بر مؤمن و لزوم حفاظت از جان و مال آنان وارد شده است (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۲۱۳). همچنین در جایی که درمان نکردن منجر به ضررهای فاحش، مثل نقص عضو می‌شود؛ همان‌سان که فقیهان ترک غذا خوردن را در صورت ایجاد ضرر شدید برای بدن، حرام دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۶، ص ۴۳۲)، از این رو اگر ترک درمان، ضرر قابل توجهی دارد، بیمار نمی‌تواند از درمان خویش سرپیچی نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص ۲۳۵) و می‌توان از این عبارت عدم رجوع از اذن ابتدایی را برداشت نمود. بنابراین در این وضعیت بیمار باید

اذن به درمان دهد و خویش را درمان نماید و جسم خود را از فساد محافظت نماید. آیه شریفه «وَلَا تُقْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، ۱۵۹)؛ خویشتن را به دست خویش به هلاکت میندازید، نیز بر این مهم تأکید دارد. به تعبیر مرحوم شیخ انصاری، از دلایل عقلی و نقلی استفاده می‌شود که ضرر زدن به نفس حرام است (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۱۶). لذا موارد مذکور بر وجوب درمان و معالجه تأکید می‌نماید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۵۰)؛ به این معنا که اذن‌دهنده می‌تواند از اذن خود بازگردد، مگر آنکه مانعی وجود داشته باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۷۳)؛ و این مانع چیزی جز هلاکت بیمار نیست.

باید توجه داشت که ما در این طرح‌واره جنس ضرر را بررسی کرده و با قائل شدن به شرط ضمن عقد لازم، از رجوع بیمار جهت سلامتی و دفع ضرر جلوگیری به عمل می‌آوریم. به نظر می‌رسد که در صورت قائل شدن به رجوع بیمار از اذن در هر مرحله‌ای و با هر وضعیتی، با نوعی تقارن وارونه مواجه شده و عملاً قوانین وضع شده جامعه را برای داشتن پزشکان دلسوز، متعهد و باوجدان از دست داده و منجر به ایجاد جامعه پزشکی تألم‌ناپذیر، بی‌حس و غیرمنفعل می‌گردد؛ زیرا قوانین در حمایت از پزشک دلسوز بر اثر انعکاس جبران خسارت بیمار از طریق دیه و ایجاد خوف در پزشکان، عملاً بی‌حاصل و بدون تغییر باقی می‌ماند.

در پایان، نگارنده معتقد به امکان خاص برای پزشک و بیمار است، نه امکان عام؛ و سلب ضرورت باید از دو طرف (پزشک و بیمار) باشد، نه فقط سلب ضرورت از یک طرف. بنابراین چنانچه پزشکی از معالجه بیماری امتناع نماید و منجر به فوت بیمار شود، پزشک به عنوان مجازات تعزیر می‌گردد. باید قائل به این امکان نیز باشیم که پزشک بتواند برای دفاع از جان بیمار توجهی به رجوع از اذن نکرده و به مداوای بیمار ادامه دهد و با تقویت این نظریه، از قوانین غیرمتکافی، نامتناسب و غیرمتماثل در این زمینه جلوگیری کنیم.

۳. ضمان یا عدم‌ضمان پزشک در فرض رجوع بیمار از اذن

بیمار با بازگشت از اجازه سابق در درمان، تصرف در بدن خویش را توسط پزشک

سلب می‌کند. در این باره بین فقهای امامیه و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی قائل به سقوط ضمان و ابراء پزشک با استدلال به اذن ابتدایی و برخی قائل به ضمان وی هستند.

۳-۱. نظرات قائلان عدم ضمان پزشک

قانون‌گذار در جهت حمایت از پزشک و بیمار، به لزوم اذن در مواردی که اخذ اذن ممکن است و عدم لزوم آن در موارد ضرور، تصریح و با رعایت مقررات و موازین فنی، پزشک را فاقد مسئولیت مدنی و کیفری دانسته است (اردبیلی، ۱۳۹۰، ص ۲۳۸). افزون بر این در جایی که تحصیل اذن از بیمار ممکن نباشد، در ماده ۴۹۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ با توسعه در تعیین مصداق ولی مقرر داشته است که «ولی بیمار خاص یا عام» به‌اعطای برائت به پزشک اقدام می‌نماید. همچنین در مواردی که اخذ فوری اذن مریض امکان‌پذیر نباشد، در تقلیل مسئولیت پزشک، ماده ۴۹۷ قانون مذکور، پزشک را ضامن تلف و یا صدمات نمی‌داند. محدوده‌های مطرح‌شده دلایلی هستند که به‌وفور در ارتباط با آن مطالبی بیان شده و از بحث ما خروج موضوعی دارد (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۹۸). با وجود جواز ضمان پزشک در صورت رجوع از اذن توسط بیمار، از منظر نگارنده، قائلان عدم ضمان پزشک در صورت وجود اذن ابتدایی، به دلایل ذیل تمسک نموده‌اند:

الف. استدلال به شبهه دارئه در عدم ضمان پزشک: برخی معتقدند که اذن ابتدایی بیمار موجب شبهه دارئه برای عدم ضمان پزشک است. به بیانی دیگر، استناد به اذن ابتدایی برای مشروعیت دادن به درمان پزشک حداقل این تردید و شبهه را ایجاد می‌نماید که ضمان پزشک به‌واسطه آن درء و رفع می‌گردد و اصاله‌البرائه را جاری می‌کنیم. موارد مشابه در فقه وجود دارد که اذن و اباحه درباره موضوع، موجب شبهه دارئه شده است؛ به‌عنوان مثال، اباحه‌ای که از طریق نکاح ایجاد می‌شود، در صورتی که مشخص گردد که نکاح دارای شبهه است، اباحه باعث اجرای شبهه دارئه است (ابن‌قدمه، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۱۵۲)؛ همچنین اذن در قتل؛ که در این صورت اذن موجب شبهه می‌شود و شبهه دارئه (رافع از حد) است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۸۵).

ب. استدلال به مسئولیت اخلاقی و حقوقی پزشک: مسئولیت اخلاقی عبارت است از مسئولیتی که قانون گذار متعرض آن نشده و تنها ضمانت اجرای درونی و وجدانی دارد (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۶۴۲). اخلاق پزشکی، اصول و قواعد اخلاقی است که برای پزشک لازم‌الرعایه است. پیروان عدم مسئولیت پزشک معتقدند که آنچه پزشک تعهد به انجام آن می‌کند درمان بیمار است و این امر به زندگی انسان بستگی دارد و قابل دادوستد نیست و در حیطة قراردادها نمی‌گنجد.

پ. اذن به‌عنوان عقد لازم و عدم رجوع بیمار از درمان توسط پزشک: اعتقاد به لازم‌بودن اذن بیمار به عقد لازم باعث می‌گردد که رابطه‌ای دوسویه بین پزشک و بیمار مبتنی بر حقوق و تعهداتی همچون ارائه خدمات توسط پزشک جهت درمان بیمار و تعهد بیمار به پرداخت اجرت درمان پزشک به وجود آید (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۳۱). بنابراین با استدلال به ماده ۱۰۸ ق.م.نمی‌توان از اذن عدول کرد. بر این اساس، مبتنی بر توافق میان بیمار و پزشک و تعهداتی که برای آنها ایجاد می‌شود، ملزم به اجرای مفاد آن هستند و حق رجوع و برهم‌زدن آن را ندارند (مستفاد از ماده ۲۲۰ ق.م.).

۳-۲. نظرات قائلان ضمانت پزشک

الف. استدلال به قیاس اولویت: مطابق نظر مشهور فقها، چنان‌چه پزشک حاذق و متبحر با اذن بیمار یا ولی او به طبابت پردازد و موجب نقص عضو، فوت یا آسیب بیمار گردد، ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۱۵۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۴۷۶؛ عاملی، ۱۴۱۰، ص ۴۱۲). افزون بر این، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، بر این مهم صحه می‌گذارد که پزشک ملزم به رعایت موازین فنی در درمان شده است و هر اذنی توسط بیمار لزوماً به معنای ابراء پزشک نیست (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۹۸). بنابراین وقتی اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت ایراد خسارت باید جبران نماید (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۴؛ ماده ۳۱۹ ق.م.)، به طریق اولی، رجوع از اذن ابتدایی توسط بیمار، باعث ضمانت پزشک است.

ب. سلطه بر نفس و استدلال به ضمانت پزشک: تسلط بر نفس در برخی از روایات

به‌عنوان قاعده‌ای فقهی مطرح گردیده است و بیان می‌دارند که «الناس مسلطون علی اموالهم وانفسهم»، لذا بیمار می‌تواند بر نفس خود نیز مسلط باشد (حسینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۴۷). برخی شبهه دفع‌اضرار را برای دخالت پزشک در درمان مطرح نموده‌اند. در پاسخ باید بیان نمود که هر زمان که بیمار رجوع از تصرفات پزشک (درمان) را اعلام می‌دارد، با توجه به اصل عدم‌سلطه بر نفس دیگری، پزشک وظیفه‌ای ندارد، بلکه می‌توان دخالت درمان توسط پزشک را نوعی اضرار به خود تعبیر نماییم؛ لذا پزشک مسئول خساراتی است که به بیمار وارد می‌کند (ساریخانی، ۱۳۹۲، ص ۱۲).

پ. اعراض شبهه دارئه و استدلال به ضمان پزشک: در پاسخ تقریر اول قائلان عدم‌ضمان پزشک و استدلال به قاعده درء و دفع‌ضمانت به دلیل اذن ابتدایی، باید بیان نمود که رجوع از اذن باعث فساد اذن می‌گردد؛ چنان‌چه در وصیت نیز باعث عدم‌ثبوت وصیت و بطلان آن می‌شود. لذا چنین شبهه‌ای بلاوجه است؛ زیرا اذن مذکور ابتدایی به‌خاطر رجوع از آن فاسد بوده و اعتباری ندارد. اگر بخواهیم قائل به این نظر باشیم، رجوع از اذن به مستأجر در تصرف، رجوع از اذن به ودیعه، و رجوع از اذن به امانت جهت مشروعی ندارند و مستأجر با اذن ابتدایی تا همیشه در حال تصرف، ودیعه تا ابد در دست مستودع، و مال‌الأمانه نزد امین باقی خواهد ماند.

ت. استصحاب و استدلال به ضمان پزشک: به نظر می‌رسد که در ارتباط با ضمان پزشک می‌توان به استصحاب نیز اشاره نمود. به این شکل که اذن همیشه متضمن ابراء پزشک نیست و پزشک در صورت خسارت باید جبران نماید. حال شک می‌شود که با رجوع از اذن سابق توسط بیمار، اذن ابتدایی متضمن ابراء پزشک است یا نه. استصحاب بر ضمان پزشک و عدم‌ابراء صحه می‌گذارد. استدلال به استصحاب اذن برای اثبات اینکه مأذون می‌تواند بار دیگر به وضع اذن ابتدایی بیمار استدلال نماید به نظر صحیح نمی‌رسد؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، اذنی که از مالک صادر گردیده بود، اذنی مشخص و معین بود که با رجوع اذن برای بار اول یقیناً مورد آن فاسد شده و اذن از بین رفته است. در حقیقت، ارکان استصحاب در اینجا ناتمام است؛ زیرا اساس استصحاب، شک در بقای متیقن است و حال آنکه در انتفای اذن متیقن شکی نیست.

ث. ماده ۱۲۱ ق.م و استدلال به ضمان پزشک: برخی از حقوق دانان مستفاد از ماده ۱۲۱ ق.م، استدلال به ضمان پزشک نموده‌اند. ماده ۱۲۱ ق.م. بیان می‌دارد که «هرگاه به‌اذن صاحب دیوار سرتیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد، نمی‌تواند مجدداً بگذارد، مگر به‌اذن جدید از صاحب دیوار، و همچنین است سایر تصرفات.» اظهار نظر مذکور و علت حکم قانون‌گذار، انصراف مأذون است. با توجه به ذیل ماده که می‌گوید: «و همچنین است سایر تصرفات»، می‌توان حکم مذکور را به موارد مشابه نیز تسری داد.

۴. مسئولیت پزشک و دولت در فرض رجوع از اذن ابتدایی

طرح راهبردی مسئولیت پزشک یا دولت در فرض عدم ضمان پزشک از تفرق مسئولیت نشأت می‌گیرد. بر اساس دیدگاه نگارنده، پاسخ‌دهی متوجه پزشک و دولت است که در ذیل به تبیین آن می‌پردازیم.

۴-۱. کفایت تبیینی به مسئولیت پزشک

مسئولیت در لغت به معنای ضمانت، تعهد، مؤاخذه، موظف‌بودن به انجام کاری و متعهدبودن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۴، ج ۴۲، ص ۴۴۸). در قرآن کریم نیز این معنا به گونه‌ای آمده است: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»؛ به عهد و پیمان وفا کنید، زیرا درباره عهد و پیمان سؤال و مؤاخذه می‌شود (اسراء، ۲۴). در اصطلاح می‌توان مسئولیت کیفری را نوعی الزام شخص به تحمل عواقب و نتایج رفتار مجرمانه‌اش توصیف کرد (ولیدی، ۱۳۹۴، ص ۲۶). پزشک مسئول در این فرض، علاوه بر مجازات قانونی، ملزم به جبران خسارت مدنی به معنای تعهد و الزام شخص به جبران زیان وارده به دیگری است؛ چه زیان و اراده در اثر عمل خود شخص یا اشخاص وابسته به او باشد، یا ناشی از اشیا و اموال تحت مالکیت یا تصرف او (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۸؛ حسینی‌نژاد، ۱۳۹۵، ص ۱۳) با وجود شرایط خاص باشد. لذا با احتساب حق‌بودن رجوع از اذن توسط بیمار نه حکم، بیمار می‌تواند در هر مرحله از درمان از اذن رجوع کرده و در صورت عدم امتناع پزشک از درمان، مسئولیت مدنی و کیفری متوجه پزشک گردد. به نظر می‌رسد که قائل‌شدن به مسئولیت

پزشک زمانی است که بیمار استطاعت جسمی جهت مراجعه به پزشک دیگر را جهت سلامتی و دفع بیماری دارا باشد و در این صورت می‌تواند از اذن رجوع نموده و عدم امتناع پزشک از درمان بلاوجه است. قانون‌گذار نیز به پیروی از نظریه مشهور حقوق‌دانان اسلامی، جنایت واقع شده پزشک را از مصادیق جنایت شبه‌عمد دانسته است، زیرا طیب با هدف درمان مجنی‌علیه، فعل انجام شده بر او را قصد کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۹). بنابراین به موجب ماده ۲۵۹، پزشک مسئول پرداخت دیه تلف حاصل از درمان خواهد بود.

۴-۲. کفایت توجیهی مسئولیت دولت

مسئولیت مدنی دولت برگرفته از استدلال قیاسی ناشی از متغیر تبیینی و زاییده فکر نگارنده به معنای نوعی استدلال منطقی است که در آن از قضیه‌ای کلی به نتیجه‌ای جزئی رسید و متغیری به دست آورد که بر اساس علیت، رابطه یا پیامد مشاهده شده را بررسی کرد؛ به این صورت که با تعمیم جبران خسارت بیمار به دولت، جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر داشته باشیم. با توجه به اینکه در حوزه سلامت و درمان خطرپذیری پزشک ممنوع است و نیز اینکه گاهی مواردی پیش می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است، بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت (الضرورات تبیح المحظورات) مطرح می‌گردد و حکمت اقتضا می‌کند که ابراء پزشک و سقوط ضمان از او صحیح باشد و اگر شارع در این مورد به ضمان حکم کند، باعث ضرر و عسر و حرج مریض می‌گردد، زیرا در این صورت پزشکان به سبب ترس از ضمان از معالجه بیماران خودداری می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۶۵۰؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۶۲؛ عاملی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۵، ص ۳۲۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۲۹۳). مضافاً اینکه طیب در فعل خویش مُحسن است و با اقدامات درمانی خود درباره بیمار احسان و نیکی می‌کند و نیکوکار را نمی‌توان مسئول شمرد (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۳): *مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَهَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ* (توبه، ۹۱)؛ لذا این قاعده حکم عقل است که به منعم نباید اسائه کرد. آیه شریفه هم که می‌گوید: *«هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ»*

اشاره به همین حکم عقلی دارد و محسن بر گردن دیگری حق پیدا می‌کند. پس باید در مقابل احسان به او احسان کرد و قاعده ملازمه (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) در آن جاری است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۷).

لازم به ذکر است که در ارتباط با حکم تکلیفی درمان مریض در معرض هلاکت می‌توان به انقاذ فرد در معرض هلاکت اشاره نمود. شهید ثانی در بحث انقاذ، از حیث وجوب انقاذ شخص مشرف به هلاکت، ادعای ضرورت می‌کند (عاملی، ۱۴۰۴، ج ۷، ص ۷۲). فقیهان دیگر نیز در مباحث مختلف، وجوب انقاذ را امری روشن و مفروغ‌عنه به شمار آورده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۷، ج ۸، ص ۱۵۸)، بلکه آن را ارسال مسلمات شمرده‌اند و به همین دلیل ارتکاب برخی از محرمات و یا قطع پاره‌ای از واجبات را برای نجات و انقاذ کسی که مشرف به هلاکت است مباح شمرده‌اند. برخی از فقیهان معاصر (شیرازی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۹۳) میان بیماری‌های کوچک و کم‌خطر و بیماری‌های سبب هلاکت، تفصیل داده‌اند و درمان و معالجه توسط پزشک در بیماری‌های مشرف به هلاکت از واجبات کفایی شمرده شده است. بنابراین، روشن می‌شود که انقاذ مریض مسلمان از مرگ، بر پزشک واجب است؛ البته به صورت وجوب فوری کفایی توصلی (قاسمی، ۱۳۹۵، ص ۲۱۵).

البته باید این معیار را مدنظر گرفت که اباحه محظور تا زمانی است که ضرورت باقی باشد، زیرا مجوز ارتکاب محظور تا زمان وجود ضرورت است و با رفع ضرورت، مجوزی برای بعد از آن نیست (قمی، ۱۴۱۲، ج ۲۴، ص ۲۲۴). معیار دیگر خطرپذیری، درمان با وجود داروهای مؤثر (سیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۵)، درمان قبل از رسیدن به تسلط کامل بر امور پزشکی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹، ص ۵۴) و خطرپذیری با درمان بر اساس روش‌های قدیمی ممنوع است. بر این اساس، به دلیل رجوع بیمار از اذن، جبران خسارت وی ضروری است؛ لذا در صورتی که با تصمیم کادر پزشکی و با وجود رجوع از اذن سابق بیمار، انجام درمان ضروری باشد، در صورت بروز مشکل و ایراد خسارت، وزارت بهداشت باید به نمایندگی از دولت جبران خسارت را بر عهده گیرد.

کفایت توجیهی مسئولیت دولت در موعده ضرورت باعث ایجاد آینده‌نگری برای

پزشکان شده که متعهد به سلامت بیماران باشند و این مهم باعث تقویت حس مسئولیت اخلاقی پزشکان در جامعه می‌گردد. به عبارتی مسئولیت دولت در قبال خسارات پزشک در صورت ضرورت، مابازای منفعتی است که پزشک به جامعه می‌رساند. باید تأکید نمود که مسئولیت مدنی را نباید تنها از منظر ضرر و... مشاهده نمود، بلکه می‌توان آن را با تکیه بر انتفاع ثابت کرد.

همچنین بر اساس قاعده «من له الغنم فعلیه الغنم»، باید دید چه کسانی از درمان پزشکان دلسوز منتفع می‌شوند (شریف کاشانی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۰) که قطعاً دولت یکی از آنها است. لذا باید در صورتی که خسارتی به بیمار وارد شود، آن را جبران نماید. همچنین، از عدالت به دور است که منفعت پزشک به تمام جامعه برگردد، ولی خسارت در صورت درمان ضروری بر جامعه پزشکی تحمیل شود. با این وجود، مسئولیت مدنی دولت برای جبران خسارت بیمار قابل تأمل است.

بر اساس اصل بیست و نهم قانون اساسی و سند چشم‌انداز بیست ساله، حق بر سلامت و مراقبت‌های پزشکی برای همگان به رسمیت شناخته شده و از وظایف اصلی دولت محسوب گردیده است. از طرفی قرارداد پزشکان با بیمارستان‌ها مشمول قانون کار است و بر اساس ماده ۱۲ ق.م کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی شده‌اند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است. بند اول ماده ۲ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران زیرنظر دولت، اشعار می‌دارد که تلاش در جهت تحقق بخشیدن به ارزش‌های عالی اسلامی در کلیه امور پزشکی، از اهداف سازمان است. مضافاً برخی پزشکان مستقیماً زیرنظر سازمان تامین اجتماعی و زیرنظر دولت فعالیت می‌نمایند. لذا جبران خسارت به دلیل روابط کاری و عدم تقصیر پزشک از الزامات مسئولیت دولت به شمار می‌رود. جبران خسارت پزشک در فرض رجوع بعد از اذن سابق با وجود ضرورت به معنای رسیدن دولت به منافع والاتر است و عدم پرداخت غرامت فقط صرفه‌جویی کوتاه‌مدت است، در حالی که این عدم پرداخت در درازمدت منجر به وقوع نتایج زیانباری خواهد شد که هزینه‌های هنگفتی را به دولت تحمیل می‌کند و

دولت را با مشکل در مواجهه با کادر درمان متعهد مواجه می‌سازد. لذا پرداخت خسارت بر اثر صدمات وارده حاصل از بیماری‌های مُسری و طرح‌های واکسیناسیونی در این دسته‌بندی جای می‌گیرد و اصلی‌ترین ملاک به‌جهت برقراری این مسئولیت همانا برقراری تأمین اجتماعی، اجرای عدالت و رعایت انصاف است. امیرالمؤمنین علیه السلام در فرمان خود به مالک اشتر می‌فرماید: «آری، کلیه نیازمندی‌ها و حوائج مردم بر خراج مملکت تحمیل می‌شود». در ارتباط با تأمین نیاز به درمان می‌توان تمام مؤیدات ذکرشده در این بخش را به‌نحوی تأویل بر وجوب تأمین از طرف حکومت اسلامی دانست. به نظر می‌رسد در مواردی که طبیب با تجربه که با رعایت احتیاط کامل مبادرت به عمل جراحی می‌نماید و از این راه به بیمار جراحی و خسارت وارد می‌آید، چون طبیب از باب قاعده احسان و وجوب معالجه اقدام نموده است، دیه باید از بیت‌المال پرداخت شود.

نتیجه‌گیری

۱. شتاب‌زدگی و بی‌تجربگی قانون‌گذار در زمینه مسئولیت پزشکی و اذن بیمار، ابهام‌هایی را در تدوین قانون به وجود آورده است.
۲. قانون‌گذار تمام توجه را به اذن و عدم اذن بیمار اختصاص داده و درباره رجوع بیمار از اذن سابق در درمان ساکت است.
۳. از نگاه این تحقیق، حاکمیت اراده بیمار در مرحله درمان، بالاخص در رجوع از اذن ابتدایی به‌عنوان یکی از طرفین رابطه، ضروری و غیرقابل سلب به نظر می‌رسد.
۴. عدم امتناع پزشک از درمان در صورت رجوع از اذن سابق توسط بیمار، باعث حکم تکلیفی ضمان و حکم وضعی جبران خسارت بیمار توسط پزشک است.
۵. پزشکان برای ردّ مسئولیت ضمان از خود به وجود شبهه دارئه، مسئولیت اخلاقی پزشک و لازم بودن قرارداد بین پزشک و بیمار و عدم قبول رجوع اذن بیمار از درمان، اشاره نموده‌اند.
۶. قائلان به ضمان پزشک، با استناد به قیاس اولویت، استصحاب، رد شبهه دارئه،

اصل خودمختاری و مواد ۱۰۸ و ۱۲۱ قانون مدنی، مسئولیت پزشک را در صورت رجوع بیمار از اذن سابق پابرجا می‌دانند.

۷. نظریه در حکم غصب بودن برای تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک و تلقی به تصرف در مال، ثابت نیست. لذا مسئولیت پزشک با شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م منطبق نیست و تصرف پزشک در درمان، برابر با اثبات ید بر مال (بدن) غیر نیست.

۸. به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی بین پزشک و بیمار، چه برگرفته از واقعه حقوقی، عمل حقوقی، عقد یا ایقاع بودن باشد، بیمار می‌تواند در هر مرحله از درمان از اذن رجوع نماید.

۹. نگارنده معتقد است که رابطه حقوقی بیمار و پزشک از نوع نیابت است، ولی نه نیابت از جنس و کالت؛ بلکه استنباه در حفظ یا تصرف که به هر دلیلی مثل کهنولت سن و... قابل رجوع است.

۱۰. در صورت رجوع از اذن ابتدایی توسط بیمار، با وجود عدم ضرورت و عدم امتناع پزشک از درمان، مسئولیت پزشک محرز و در فرض ضرورت درمان بعد از اذن ابتدایی، جبران خسارت بیمار با دولت است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۰). حقوق کیفری. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳. اصفهانی، سیدابوالحسن. (۱۳۹۳). وسیلة النجاة. قم: چاپخانه مهر.
۴. امامی، سیدحسن. (۱۳۸۸). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۴ق). رسائل فقهیه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۸ق). تقریرات مصباح الفقاهه. تهران: مکتبه الداوری.
۷. توکلی، احمدرضا. (۱۳۸۹). تفاوت عقود اذنی با نهاد حقوقی اذن. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۳(۵)، صص ۶۵-۷۹.
۸. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ق). اصطلاحات فقهی (ناظر: سید محمود هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۹. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ناظر: سید محمود هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۰. جمعی از مؤلفان. (۱۳۸۸). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (ناظر: سید محمود هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۱. حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۷ق). مفتاح الکرامه. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
۱۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۳. حسینی، سیدمحمد. (۱۴۱۳ق). قواعد الفقهیه. بیروت: مؤسسه امام رضا علیه السلام.
۱۴. حسینی نژاد، حسینقلی. (۱۳۹۵). مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات سمت.
۱۵. حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۶. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع. قم: انتشارات آیت‌الله مرعشی نجفی.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکولوم. بیروت: دار الفکر المعاصر.

۱۸. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۸۱). فقه فتاوی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۹۲). البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۰. خوانساری، سیداحمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۶). لغت‌نامه. تهران: انتشارات سمت.
۲۲. ساریخانی، عادل. (۱۳۹۲). وظیفه پزشک در صورت مخالفت بیمار به درمان. فصلنامه فقه پزشکی، ۵(۱۷)، صص ۳۵-۱۲.
۲۳. شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالك. قم: مکتبه الملیه.
۲۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۵۷). حقوق مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۶. حسینی شیرازی، سیدمحمد. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المكاسب. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. صالحی، حمیدرضا. (۱۳۹۲). مطالعه مسئولیت مدنی پرستاران در حقوق ایران و فرانسه. فصل‌نامه حقوق پزشکی، ۷(۲۶)، صص ۹۲-۶۵.
۲۸. صفایی، علی. (۱۳۸۹). مقالات حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۹. طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: المعارف الإسلامیه.
۳۱. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه. تهران: کتاب‌فروشی داوری.
۳۲. عبدالرحمان، محمود. (۱۴۱۴ق). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه. بیروت: انتشارات التراث.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۸). تذکره الفقها. قم: مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام.
۳۴. علم‌الهدی، علی بن حسین. (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف المرتضی. قم: دارالقرآن الکریم.
۳۵. فاضل‌آبی، حسن بن ابی‌طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

۳۶. قائمی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة: المسائل الطیبة. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار علیهم السلام.
۳۷. قاسمی، محمد علی. (۱۳۹۵). فقه درمان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۸. قدیری، محمد حسن. (۱۳۷۶). البیع. تهران: مرکز نشر انتشارات امام خمینی.
۳۹. حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الامام الصادق علیه السلام. قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۴۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). الزامات خارج از قرارداد. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۱. لنگرانی، فاضل. (۱۳۸۵). احکام پزشکان و بیماران. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۲. لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج سخن.
۴۳. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). الفقه ومسائل طیبة. قم: بوستان کتاب.
۴۴. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۱ق). قواعد فقه. قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۹ش). فقه پزشکی. تهران: انتشارات حقوقی.
۴۷. مدنی، جلال الدین. (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۴۸. مراغی، میر عبد الفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. معلوف، لوئیس. (۲۰۰۰م). المنجد فی اللغة العربی. بیروت: دارالمشرق.
۵۰. معین، محمد. (۱۳۸۱). لغت نامه. تهران: انتشارات امیر کبیر.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). دائرة المعارف فقه مقارن. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ق). احکام پزشکی. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام.
۵۴. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۵۵. نائینی، محمد حسین. (۱۴۲۱ق). الرسائل الفقهیه. قم: مؤسسه اسلامی امام رضا علیه السلام.
۵۶. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۷. نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۸. ولیدی، محمد صالح. (۱۳۹۴). مسئولیت کیفری. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

References

* The Holy Quran.

1. Mohaghegh Damad, S. M. (1389 AP). *Medical jurisprudence*. Tehran: Legal Publications. [In Persian]
2. A group of authors. (1388 AP). *Journal of Jurisprudence of Ahl al-Bayt*. (Supervisor: S. M. Hashemi Shahroudi). Qom: The Institute for Encyclopedia of Islamic Jurisprudence.
3. A group of researchers. (1426 AH). *Culture of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt*. (Supervisor: S. M. Hashemi Shahroudi). Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
4. A group of researchers. (1426 AH). *Jurisprudential Terms* (Supervisor: S. M. Hashemi Shahroudi). Qom: The Institute for Encyclopedia of Islamic Jurisprudence. [In Arabic]
5. Abdul Rahman, M. (1414 AH). *Dictionary of jurisprudential terms and words*. Beirut: Al-Torath Publications. [In Arabic]
6. Alam al-Huda, A. (1405 AH). *Rasa'el Al-Sharif Al-Murtadha*. Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
7. Allameh Heli, H. (1388 AP). *Tadkirah al-Foqaha*. Qom: Alulbayt Institute. [In Persian]
8. Ameli, Z. (1410 AH). *Al-Rawdah Al-Bahiyya fi Sharh al-Lom'ah al-Dameshqiyyah*. Tehran: Davari Bookstore. [In Arabic]
9. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalak al-Afham fi Sharh Sharia al-Islam*. Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
10. Ansari, M. (1414 AH). *Rasa'il Fiqhiyah*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
11. Ardabili, M. A. (1390 AP). *Criminal rights*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
12. Dekhoda, A. A. (1376 AP). *Dictionary*. Tehran: Samt Publications. [In Persian]
13. Emami, S. H. (1388 AP). *Civil rights*. Tehran: Islamiyah Publications. [In Persian]
14. Esfahani, S. (1393 AP). *Wasilah al-Nijah*. Qom: Mehr Printing House. [In Persian]
15. Fadhil Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Romouz*. Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office. [In Arabic]

16. Hekmatonia, M. (1386 AP). *Civil liability in Imamiyah jurisprudence*. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Persian]
17. Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih Al-Ra'i*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Publications. [In Arabic]
18. Hosseini Ameli, M. J. (1417 AH). *Miftah al-Kiramah*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
19. Hosseini Maraghi, M. A. (1417 AH). *al-Anawin al-Fiqhiyah*. Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office. [In Arabic]
20. Hosseini Nejad, H. Q. (1395 AP). *Civil liability*. Tehran: Samat Publications. [In Persian]
21. Hosseini Rouhani Qomi, S. S. (1412 AH). *Fiqh of Imam Sadiq*. Qom: Dar Al-Kitab - Imam Sadegh School. [In Arabic]
22. Hosseini Shirazi, S. M. (1418 AH). *Isal al-Talib ila al-Makasib*. Qom: Qom Seminary Teachers Association.
23. Hosseini, S. M. (1413 AH). *Qawa'id al-Fiqhiyah*. Beirut: Imam Reza Institute. [In Arabic]
24. Humairi, N. (1420 AH). *Shams al-Olum va Dawa' Kalam al-Arab min al-Kaloum*. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
25. Ibn Fahad Heli, A. (1407 AH). *al-Madhab al-Bari'*. Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office. [In Arabic]
26. Katozian, N. (1387 AP). *Non-contractual requirements*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
27. Khansari, S. A. (1355 AP). *Jame' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. Qom: Esmaelian Institute. [In Persian]
28. Khomeini, S. R. (1381 AP). *Fatwa jurisprudence*. Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Persian]
29. Khomeini, S. R. (1392 AP). *al-Bay'*. Qom: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
30. Langroudi, M. J. (1370 AP). *Legal terminology*. Tehran: Ganj Sokhan Publications. [In Persian]
31. Lankarani, F. (1385 AP). *Rulings of physicians and patients*. Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Persian]
32. Madani, J. (1390 AP). *Civil Rights*. Tehran: Judiciary Publications. [In Persian]

33. Makarem Shirazi, N. (1385 AP). *Encyclopedia of Contemporary Jurisprudence*. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School. [In Persian]
34. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Religious Questions*. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
35. Makarem Shirazi, N. (1429 AH). *Medical rules*. Qom: Amir al-Mo'menin School Publications. [In Arabic]
36. Ma'loof, L. (2000). *Al-Munjid fi al-Loqat al-Arabi*. Beirut: Dar Al-Mashreq.
37. Maraghi, M. A. (1417 AH). *al-Anawin*. Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
38. Moein, M. (1381 AP). *Dictionary*. Tehran: Amirkabir Publications. [In Persian]
39. Mohaghegh Damad, S. M. (1381 AH). *Rules of jurisprudence*. Qom: Islamic Sciences Publishing Center. [In Arabic]
40. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam*. Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]
41. Mohseni, M. A. (1382 AP). *Jurisprudence and medical issues*. Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
42. Mousavi Bojnourdi, M. (1379 AP). *Rules of jurisprudence*. Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
43. Naeini, M. H. (1421 AH). *al-Rasa'il al-Fiqhiyah*. Qom: Islamic Institute of Imam Reza. [In Arabic]
44. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
45. Nouri, M. H. (1408 AH). *Mustadrak al-Wasa'il*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
46. Qadiri, M. H. (1997). *al-Bay'*. Tehran: Imam Khomeini Publishing Center.
47. Qaeni, M. (1424 AH). *al-Mabsut fi Fiqh al-Masa'il al-Mu'asirah*. Qom: The Jurisprudential Center of the Pure Imams. [In Arabic]
48. Qasemi, M. A. (1395 AP). *Jurisprudence of treatment*. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams. [In Persian]
49. Safaei, A. (1389 AP). *Legal Articles*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
50. Salehi, H. R. (1392 AP). A Study of Nurses' Civil Liability in Iranian and French Law. *Journal of Medical Law*, 7(26), pp. 65-92. [In Persian]

51. Sarikhani, A. (1392 AP). The duty of the physician in case of the patient objection to treatment. *Journal of Medical Jurisprudence*, 5(17), pp. 12-35. [In Persian]
52. Shahidi, M. (1357 AP). *Civil Rights*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
53. Shahidi, M. (1391 AP). *Principles of contracts and obligations*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
54. Sharif Kashani, M. (1404 AH). *Tashil Masalik*. Qom: Maktabah al-Miliyah. [In Arabic]
55. Taheri, H. (1418 AH). *Civil rights*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
56. Tavakoli, A. R. (1389 AP). The difference between licensing contracts and licensing legal entities. *Journal of Research in Islamic jurisprudence and law*, 3(5), pp. 65-79. [In Persian]
57. Tohidi, M. A. (1418 AH). *Taqrirat Mesbah al-Fiqh*. Tehran: Al-Dawari School. [In Arabic]
58. Walidi, M. S. (1394 AP). *Criminal liability*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]



Research Article

An Examination of the Reason Studies of Specific Qur'anic Arguments and the Legitimacy of the Establishment of Holy Shrines¹

Seyfollah Sarrami²

Received: 03/02/2021

Accepted: 30/08/2021

Abstract

The issue of holy shrines of the Ahl al-Bayt is one of the pillars and symbols of the religiosity of the followers of the Imamiyah denomination. Some sacred shrines, such as the holy shrine of Imam Hussein (pbuh), are practically the symbol of the Imamiyah denomination among Islamic denominations. However, the establishment of holy shrines has long been one of the challenges between the Imamiyah and the opponents. Opponents and proponents, in addition to general jurisprudential arguments, such as the reason for commemoration of religious events and places on the agreeing side, and the reason for heresy on the opposing side, also rely on specific Qur'anic and narrative arguments. This paper deals only with specific arguments on the subject of tombs building, and does not aim to focus on comprehensive examination of all the arguments and statements on the subject of tombs building in general, and on the subject of building of holy shrines in particular. One of the novelties of the paper is examining, deepening, and presenting a new account of the Qur'anic reason for setting up holy shrines, categorizing all the narrations on which the opponents

1. This paper is taken from a study in the Research Center for Jurisprudence and Law at Islamic Sciences and Culture Academy, entitled "Laws, Responsibilities, and Rulings of Holy Shrines".

2. Associate professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom Iran. sarrami.sayfollah@isca.ac.ir.

* Sarrami, S. (1400 AP). An Examination of the Reason Studies of Specific Qur'anic Arguments and the Legitimacy of the Establishment of Holy Shrines. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 96-120.

Doi: 10.22081/jf.2021.59984.2222.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

rely, along with a comprehensive critique of their meaning and answering the objections. This research has been carried out with the method of contemporary jurisprudence so that its audience is both Imamiyah and non-Imamiyah. The result indicates that not only the validity of specific Qur'anic arguments and the legitimacy of narrative arguments are proven, and but also the establishment of the holy shrines is desirable.

Keywords

Holy shrines, Tombs building, Seven Sleepers, The Qur'an, narratives.

مقاله پژوهشی

بازنگری در دلالت‌شناسی ادله خاص قرآنی و روایی برپایی آستان‌های مقدس^۱

سیف‌الله صرامی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۵

چکیده

آستان‌های مقدس اهل بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام یکی از ارکان و نمادهای دین‌داری پیروان مذهب امامیه است. برخی از آستان‌های مقدس، مانند آستان مقدس امام حسین علیه‌السلام عملاً شاخص مذهب امامیه در بین مذاهب اسلامی است. با این حال، از دیرباز برپایی آستان‌های مقدس یکی از چالش‌های امامیه با مخالفان بوده است. مخالفان و موافقان علاوه بر ادله فقهی عام، مانند دلیل تعظیم شاعر در طرف موافق، و دلیل بدعت در طرف مخالف، به ادله خاص قرآنی و روایی هم تمسک می‌کنند. این مقاله صرفاً به ادله خاص با موضوعیت برپایی بنای بر قبور می‌پردازد و بررسی جامع همه ادله و اقوال در موضوع برپایی بنای بر قبور به‌طور کلی، و خصوص موضوع برپایی آستان‌های مقدس را هدف نگرفته است. بازخوانی، تعمیق و ارائه تقریری جدید از دلیل قرآنی برپایی آستان‌های مقدس، دسته‌بندی همه روایاتی که مخالفان به آن تمسک می‌کنند، همراه با نقد جامع دلالت آنها و پاسخ به اشکالات، از نوآوری‌های مقاله است. این پژوهش با روش فقه مقارن ارائه شده است تا مخاطب آن، اعم از امامی و غیرامامی باشد. نتیجه نهایی اثبات دلالت ادله خاص قرآنی و روایی بر مشروعیت، بلکه مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس است.

کلیدواژه‌ها

آستان‌های مقدس، بنای بر قبور، اصحاب کهف، قرآن، روایات.

۱. این مقاله برگرفته از پژوهشی در پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، به‌نام «حقوق، مسئولیت‌ها و احکام آستان‌های مقدس» است.

sarrami.sayfollah@isca.ac.ir

۲. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

*صرامی، سیف‌الله. (۱۴۰۰). بازنگری در دلالت‌شناسی ادله خاص قرآنی و روایی برپایی آستان‌های مقدس. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۹۶-۱۲۰.
Doi: 10.22081/jf.2021.59984.2222.

مقدمه

آستان‌های مقدس اهل‌بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام یکی از ارکان و نمادهای دین‌داری پیروان مذهب امامیه است. زیارت و توسل با محوریت توحید و خداباوری، کنش اصلی دین‌داری در آستان‌های مقدس است. در دوران‌های متأخر و معاصر، برخی از آستان‌ها مانند آستان‌های مقدس امام حسین علیه‌السلام و امام رضا علیه‌السلام علاوه بر محل زیارت و توسل، عملاً به مراکز اصلی عبادات جمعی مانند نمازهای جماعت و نیز تبلیغ و ترویج مذهب درآمدند. در طرف مقابل، معاندان هم هر کجا فرصت کرده‌اند، تخریب و نابودی آستان‌های مقدس را از اولین اقدامات خود قرار داده‌اند. به‌گواهی تاریخ، این رفتار معاندان حتی پیش از مرکزیت‌یافتن گسترده و اصلی برخی از آستان‌ها رخ داده است؛ تخریب آستان مقدس امام حسین علیه‌السلام به‌دست برخی از خلفای عباسی نمونه‌ای از این دست است (ابوالفرج اصفهانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۹۵؛ طبری، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۶۵؛ ذهبی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۷، ص ۱۸). در دو طرف تقابل فوق‌الذکر، ادعای دلالت ادله فقهی با موضوعیت برپایی آستان‌های مقدس، مبنای رفتارهای متقابل است.

مقاله حاضر به‌دنبال طرح و بررسی همه اقوال و ادله درباره برپایی آستان‌های مقدس نیست. این کار صرف‌نظر از نوآوری‌ای که در این مقاله به آن اشاره خواهد شد، در آثاری انجام شده است (رک. امین، ۱۳۸۲ق، صص ۳۲۵-۲۸۶؛ سبحانی، ۱۴۰۷ق، صص ۱۲۳-۵۳) و البته از گنجایش مقاله علمی-پژوهشی استاندارد هم بسیار فراتر است و همان‌گونه که عنوان مقاله نشان می‌دهد، صرفاً به‌دنبال بازخوانی نوآورانه‌ای از ادله قرآنی و روایی این موضوع است؛ توضیح اینکه ادله فقهی طرح‌شده یا قابل طرح درباره برپایی آستان‌های مقدس، در دو طرف تقابل فوق‌الذکر، به دو دسته قابل تقسیم است: ادله خاص و ادله عام. مراد از ادله خاص ادله‌ای است که در آنها خصوص برپایی بنا بر قبور، چه قبر یا قبور کس یا کسانی نام‌برده‌شده در دلیل، و چه مطلق قبور، موضوع دلیل است. مراد از ادله عام ادله‌ای است که چنین موضوعی ندارد، اما با موضوعی عام (عام‌تر از بنای بر قبور)، به برپایی آستان‌های مقدس تطبیق داده شده است؛ برای مثال فقهای امامیه برای مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس به ادله‌ای عام با موضوع جایگاه رفیع و کلیدی

اهل بیت علیهم السلام در آموزه‌های اسلامی و یا موضوع تعظیم شعائر استدلال کرده‌اند (رک. محقق ثانی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۰، ص ۳۹، محقق اردبیلی، بی تا، ج ۲، ص ۵۰۱؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۲۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۱۷؛ نراقی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۳۹؛ همدانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۲۶؛ امین، ۱۳۸۲ق، ص ۳۱۰؛ سبحانی، ۱۴۰۷ق، صص ۶۳-۵۸). همچنین مخالفان برپایی آستان‌های مقدس برای نفی مطلوبیت، بلکه مطلوبیت عدم و تخریب آن، بر ادله‌ای عام با موضوعات بدعت، شرک، اسراف و خودنمایی انگشت گذاشته‌اند (نک. ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، ص ۴۹۷؛ طهطاوی، ۱۴۲۵ق، صص ۹۲، ۹۶، ۹۷). این مقاله به این ادله عام نمی‌پردازد. همچنین در پی نقل و بررسی اقوال هم نیست. صرفاً ادله قرآنی اثبات مشروعیت و مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس را به گونه‌ای جدید و بی سابقه ارائه و اشکالات آن را پاسخ می‌دهد. همچنین نقدهای جدیدی را بر تمسک به روایات توسط مخالفان برپایی وارد می‌کند. بر همین اساس، نقد تمسک به روایات توسط مخالفان به روش «فقه مقارن» خواهد بود.

نکته دیگر در مقدمه اینکه مراد از آستان‌های مقدس در این مقاله، ساختمان‌هایی است که بر قبور انبیا، اولیای الهی و امامان علیهم السلام بنا می‌شود و مردم برای زیارت آنان و توسل به پیشگاه خداوند سبحان، در این اماکن حضور پیدا می‌کنند. مصداق روشن آستان‌های مقدس، حرم رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم و امامان معصوم شیعه علیهم السلام و برخی از فرزندان خاص ایشان، مانند ابوالفضل عباس بن علی علیه السلام و فاطمه معصومه بنت موسی بن جعفر علیه السلام است.

۱. بررسی دلالت قرآن کریم

استدلال به قرآن کریم برای اثبات مشروعیت و مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس، برای فقه استدلالی امامیه در جهان معاصر اسلام، از ضروریات است. یکی از محورهای مخالفت با امامیه که تا سرحد تکفیر از سوی برخی جریان‌های تندرو وهابی پیش می‌رود، برپایی و رونق دادن به آستان‌های مقدس است. امروزه این جریان‌ها هر جا قدرت و مکتبی بیابند، تخریب آستان‌های مقدس از اولین کارهای آنان است و این کار را به نام مبارزه با بدعت، کفر و شرک انجام می‌دهند. در اینجا با استدلال به قرآن کریم،

سند مقدس موردتسالم همه مذاهب و جریان‌های اسلامی، این حقیقت اثبات می‌شود که برپایی آستان‌های مقدس، مشروع، بلکه مطلوب است، و وسیله شرک و کفر نیست، بلکه محور مبارزه با آن است.

۱-۱. آیه ۲۱ سوره کهف

«وَكَذَلِكَ أَعْتَرْنَا عَلَيْهِمْ لِيَعْلَمُوا أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَأَنَّ السَّاعَةَ لَا رَيْبَ فِيهَا إِذْ يَتَنَزَّعُونَ بَيْنَهُمْ أَمْرَهُمْ فَقَالُوا ابْنُوا عَلَيْهِم بُنْيَانًا رَّبُّهُمْ أَعْلَمُ بِهِمْ قَالَ الَّذِينَ غَلَبُوا عَلَىٰ أَمْرِهِمْ لَنَتَّخِذَنَّ عَلَيْهِم مَّسْجِدًا؛ و بدین سان هنگامی که درباره آنها اختلاف کردند، به آنها آگاهی دادیم تا بدانند وعده خداوند حق است و همانا تردیدی در قیامت نیست. پس گفتند: روی مرقد آنها ساختمانی برپا کنید، پروردگار آنها به آنها داناتر است. آنها که بر کار غلبه کرده بودند گفتند: بر مرقد آنها مسجدی برپا می‌کنیم» (کهف، ۲۱).

برای اثبات دلالت آیه شریفه بر مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس، دو گام باید طی شود: اول دلالت آیه شریفه بر مطلوبیت برپایی مطلق ساختمان، یا لاقبل، خصوص مسجد بر محل دفن اصحاب کهف، و دوم، سرایت دلالت مزبور به برپایی آستان‌های مقدس.

۱-۱-۱. اصل دلالت آیه شریفه درباره اصحاب کهف

برخی تفسیر دقیق این آیه و مراد از آن را تحت تأثیر اختلافات زیاد در مراد از مفردات، ضمیرها و جمله‌های آن، معرکه آراء مفسران می‌دانند (طباطبایی، ۱۳۹۲ق، ج ۱۳، ص ۲۶۷)، اما به‌رغم همه این اختلافات می‌توان اجماع مفسران بنام شیعه و سنی را بر اینکه ساخت مسجد بر محل دفن اصحاب کهف، در ظهور اولیه، مورد مدح قرآن است تحصیل کرد (نک. شیخ طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۲۵؛ طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۳۲۸؛ فیض کاشانی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۳۷؛ طباطبایی، ۱۳۹۲ق، ج ۱۳، ص ۲۶۳؛ طبری، ۱۴۱۵ق، ج ۱۵، ص ۲۸۱؛ سمرقندی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۴۲؛ ثعلبی، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص ۱۶۲؛ واحدی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۶۵۷؛ ابن عربی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۴۲۳؛ سعدی، ۱۴۲۱ق، ص

۴۷۳؛ ابن کثیر، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۸۲؛ ابوالسعود، بی تا، ج ۵، ص ۲۱۵)، بلکه ظهور سخن برخی از مفسران، ممدوح بودن مطلق بنا بر محل دفن، علاوه بر ممدوح بودن ساخت مسجد است (جرجانی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۲۴۲؛ بقلی، ۲۰۰۸م، ج ۲، ص ۴۱۶؛ سیواسی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۴۳؛ حقی برسوی، بی تا، ج ۵، ص ۲۳۲؛ مراغی، بی تا، ج ۱۵، ص ۱۳۳؛ مغنیه، ۱۹۸۱م، ج ۵، ص ۱۱۴؛ زمخشری، ۱۴۰۷م، ج ۲، ص ۷۱۲؛ علوان، ۱۹۹۹م، ج ۱، ص ۴۷۵؛ مهائمی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۴۴۴).

ممکن است ادعا شود که قائلان مطلق بنا (بنی علیهم بنیانا) مشرک بوده‌اند. برخی این ادعا را به عنوان احتمال یا نظر در کنار نظر دیگر مبنی بر موحد بودن آنان نقل کرده‌اند (ابن جوزی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۷۴؛ بیضاوی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۲۷۷؛ ابن عادل، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۴۵۳). اگر این ادعا به منظور این باشد که نتیجه بگیرند چون قائلان مشرک‌اند، پس قول آنان، یعنی برپایی مطلق بنا، مذموم است نه ممدوح، این مطلب دو اشکال دارد: ۱. هیچ دلیل قابل قبولی بر مشرک بودن قائلان مطلق بنا وجود ندارد. با وجود تتبع نگارنده، تنها مفسری که بر این ادعا دلیل آورده است مرحوم علامه طباطبایی است. ایشان وصف «الَّذِينَ غَلَبُوا عَلَىٰ أَمْرِهِمْ» را برای قائلان ساخت مسجد، دلیل بر مشرک بودن طرف مقابل آنان، یعنی قائلان به مطلق بنا می‌داند (طباطبایی، ۱۳۹۲ق، ج ۱۳، ص ۲۶۵). روشن است که این وصف برای قائلان به ساخت مسجد، به خودی خود، هیچ دلالتی بر مشرک بودن قائلان به مطلق بنا ندارد، اما ممکن است سخن ایشان چنین توجیه شود که پیش فرض ناگفته‌ای را در استدلال در نظر دارند. پیش فرض این است که موصوفان به وصف غلبه، طبق داده‌های تاریخی، همان موحدان هستند که پس از گذشت سه قرن و اندی از خواب اصحاب کهف، بر جامعه ایشان حاکمیت و غلبه یافته بودند. بنابراین طرف مقابل ایشان که همان قائلان مطلق بنا هستند، مشرک بوده‌اند. اما به نظر می‌رسد چنین نتیجه‌گیری‌ای نادرست و غیرمنطقی است؛ زیرا اولاً تعبیر قرآن «غَلَبُوا عَلَىٰ أَمْرِهِمْ» است که بعید نیست -یا لاقول محتمل است- که امر اصحاب کهف باشد، نه حاکمیت بر جامعه، و ثانیاً موحد بودن حاکمان دلیل بر مشرک بودن غیر حاکمان نمی‌شود. ۲. دلیلی وجود ندارد که هر سخن یا فعلی در قرآن کریم از کسی که به دلایلی خارج از دلالت خاص و وصف قرآنی مبنی بر مشرک بودن نقل می‌شود مذموم باشد. اگر خود قرآن

کریم، به نحو قابل استظهار، مشرک بودن گوینده یا فاعل را در نقل سخن یا فعل مفروض گرفته باشد یا اعلام کند، ممکن است از این فرض یا اعلام، مذموم بودن سخن یا فعل نقل شده را به دست آوریم. در اینجا چنین فرض یا اعلامی در نقل قرآن وجود ندارد (لطفاً دقت شود).

به هر حال، برخی صاحب نظران ممدوح بودن مطلق بنا یا لا اقل خصوص مسجد را چنین تبیین کرده اند که قرآن هر دو نظر (مطلق بنا و بنای مسجد) را نقل می کند و هیچ کدام را انکار نمی کند. این به معنای تأیید و مشروعیت بخشیدن است؛ زیرا قرآن کتاب هدایت است و هر قصه ای که نقل می کند برای هدایت خواهد بود (سبحانی، ۱۴۰۷ق، ص ۶۳).

با وجود دلالت آیه شریفه بر مشروعیت برپایی بنا بر محل دفن اصحاب کهف، برخی تلاش کرده اند بر این دلالت اشکالاتی وارد کنند. اشکال اول اینکه روشن نیست که گویندگان بنای مسجد (لنتخذن علیهم مسجداً) مومنانند یا کافران (الجاسم، ۱۴۲۸ق، ص ۱۳۹؛ نیز نک. شنیطی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۳۳). پاسخ این است که برای تقریر گفته نقل شده در قرآن لازم نیست شخصیت و ممدوح بودن گوینده آن بیان و احراز شود. آری، اگر دلالت یا حتی اشاره ای به مذموم بودن گوینده وجود داشته باشد، محل به تقریر و تأیید گفته او خواهد بود. گذشته از اشکال دوم که بررسی خواهد شد، چنین دلالت یا اشاره ای در قرآن کریم برای گوینده یا گویندگان برپایی مسجد یا هر بنایی در آیه شریفه سراغ نداریم.

اشکال دوم، برداشت مذمت گویندگان از آیه شریفه است. این برداشت بر اساس وصفی است که برای گویندگان برپایی مسجد آمده است: «الذین غلبوا علی امرهم». نویسنده وصف غلبه را که در آیه شریفه وجود دارد، با «واو» تفسیر، از پیش خود معطوف به «قهر» و «اتباع هوی» می کند تا آن را وصف مذموم جلوه دهد (الجاسم، ۱۴۲۸ق، ص ۱۴۰). پاسخ این اشکال در همین عطف بی منطق و ناروا است که نامی جز تفسیر به رأی نمی توان بر آن گذاشت. توضیح اینکه وصف غلبه را نمی توان به خودی خود در فرهنگ قرآن مذموم به حساب آورد. این وصف -در قرآن- هم برای ممدوحان، و بلکه برای

مدح، آمده است، مانند «فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ» (مانده، ۵۶)، و هم برای مذمومان، مانند «وَقَالُوا بِعِزَّةِ فِرْعَوْنَ إِنَّا لَنَحْنُ الْغَالِبُونَ» (شعرا، ۴۴)؛ بنابراین نمی‌توان غلبه را با عطف‌های تفسیری مذکور، وصفی مذموم جلوه داد. علاوه بر این، اشکال مزبور فقط درباره برپایی مسجد است؛ زیرا وصف غلبه برای گویندگان مطلق بنا (فقالوا ابنوا عليهم بنیاناً) نیامده است. جالب اینکه عملاً هم بناهای اصلی برپاشده بر مزارهای مطهر که آستان‌های مقدس نامیده می‌شود، به قصد و صیغه مسجد نیست، بلکه در کنار برخی از آستان‌ها مساجدی هم برپا شده است یا می‌شود که معمولاً با دقت از خود آستانه متمایز است.

اشکال سوم، تمسک به روایاتی است که ادعا شده دلالت بر نهی از برپایی بنا بر قبور می‌کند. به‌زودی به بررسی این روایات خواهیم رسید، اما در این جا، با توجه به پاسخ ما به دو اشکال قبل، این اشکال مهم بر نویسنده وارد است که بر فرض تمام‌بودن دلالت و سند روایات مزبور، نمی‌توان دلالت قرآن را به دلیل مخالفت روایات کنار گذاشت. از نظر اصول فقه فریقین، روایاتی که مخالفت غیرقابل جمع عرفی با قرآن کریم دارند، بدون توجه به هر سندی که داشته باشند، حجت و قابل تمسک نیستند (نائینی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۶۳؛ عراقی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۰۶؛ خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۵۰؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۸؛ غزالی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱۳). با این وجود، چنان‌که اشاره شد، به‌زودی عدم حجیت این روایات برای چنین دلالتی ثابت می‌شود تا راه بر هرگونه تلاشی برای مقدم کردن این روایات با ادعای جمع عرفی هم بسته بماند.

اشکال چهارم این است که در آیه شریفه خداوند سبحان حداکثر از مشروعیت برپایی مسجد یا مطلق بنا بر قبور در شرایع سابق خبر می‌دهد، ولی در شریعت اسلام، طبق روایات مزبور، این مشروعیت نسخ شده است. پاسخ این اشکال، اولاً در بررسی روایات مزبور روشن خواهد شد، و ثانیاً با توجه به بیان دلالت قرآن و پاسخ به اشکالات گذشته، همین دلالت کافی است تا مدلول را از احکام اسلام قرار دهیم، نه شرایع سابق.

۱-۲. تطبیق آستان‌های مقدس بر مدلول آیه شریفه

دلالت آیه شریفه بر مشروعیت یا مطلوبیت برپایی مطلق بنا یا خصوص مسجد بر محل

دفن اصحاب کهف، نمی تواند همه انسان ها یا حتی همه مؤمنان با هر شرایطی را شامل شود. با توجه به صفات و شرایط خاص اصحاب کهف و احتمال - بلکه ظهور - دخالت این صفات و شرایط، دلالت آیه شریفه بر مشروعیت یا مطلوبیت با هر شرایط و صفاتی نخواهد بود. از این رو صفات مذکور در قرآن برای اصحاب کهف و شرایط آنان مانع از این است که بتوان مشروعیت یا مطلوبیت چیزی را برای آنان به دیگران هم سرایت داد. تنها در صورتی که این صفات و شرایط اولاً به روشنی به دست آید، و ثانیاً در مورد دیگری علی السویه یا بیشتر و با اولویت وجود داشته باشد، بر اساس قوانین اصولی الغای خصوصیت یا اولویت قابل سرایت به آن مورد دیگر خواهد بود.

بنابراین برای تطبیق آستان های مقدس بر مدلول آیه شریفه که در موضوع اصحاب کهف است، باید دو مرحله طی شود: اول تنقیح و تقریر صفات و شرایط اصحاب کهف به عنوان موضوع حکم مشروعیت و مطلوبیت برپایی بنا بر قبور ایشان، و دوم اثبات این صفات و شرایط به طور مساوی یا برتر و با اولویت، در کسانی که ضریح مطهر آنان محور آستان های مقدس است.

۱-۱-۲-۱. صفات و شرایط اصحاب کهف

پیش از بیان صفات و شرایط اصحاب کهف در قرآن، تذکر دو نکته ضروری است: اول اینکه احتمال دخالت این صفات و شرایط به عنوان قید موضوع کافی است تا نتوانیم حکم را به غیر آن سرایت دهیم؛ مگر اولویت یا حداقل تساوی - به لحاظ سرایت حکم - وجود داشته باشد. دوم اینکه این تقیید محدود به استفاده از دلیل مورد بحث خواهد بود. بنابراین اگر دلیل دیگری مشروعیت یا مطلوبیت را بدون قیود دلیل مورد بحث اثبات کند و نتوان وحدت حکم مستفاد از دو دلیل را ثابت کرد، در این صورت نتیجه لزوماً مقید نخواهد بود.

صفات مؤثر بر حکم در اصحاب کهف به ترتیب زیر قابل برداشت و تقریر به نظر می رسد:

۱. ایمان به پروردگار عالم و ندای توحید: «إِنَّهُمْ فِتْنَةٌ آمَنُوا بِرَبِّهِمْ» (کهف، ۱۳) و «فَقَالُوا

رَبَّنَا رَبِّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَنْ نَدْعُو مِنْ دُونِهِ إِلَهًا لَقَدْ قُلْنَا إِذَا شَطَطًا (کهف، ۱۴).

۲. مورد هدایت خاص و افزوده خداوند متعال: «زِدْنَا هُمْ هُدًى» (کهف، ۱۳).

۳. استوار بودن دل‌ها و شخصیت‌های ایشان به استحکامی که خداوند متعال به‌طور

خاص برای ایشان ایجاد کرده است: «وَرَبَطْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ» (کهف، ۱۴).

۴. قیام و خیزش خالصانه برای رضای خداوند سبحان: «إِذْ قَامُوا فَقَالُوا...».

شرایط قابل‌تأثیر بر حکم در داستان اصحاب کهف، چنین به نظر می‌رسد:

۱. فضای شرک‌آلود جامعه و مقیدنبودن به پرستش خدا و سرانجام اطاعت از

غیرخدا: «هُؤُلَاءِ قَوْمُنَا اتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ آلِهَةً...» (کهف، ۱۵).

۲. شرایط سخت علیه ایمان و دین‌ورزی مورد رضایت خداوند سبحان: «إِذْ

اعْتَزَلْتُمُوهُمْ وَمَا يُعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهُ فَأَوْوَا إِلَى الْكَهْفِ...» (کهف، ۱۶)، و «إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ

يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُواكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذْ أَبَدْنَا» (کهف، ۲۰). شرایط چنان سنگین و

غیرقابل‌تحمل است که جدایی از این فضا و پناه‌بردن به غار را برمی‌گزینند. همچنین

پس از سربرداشتن از خواب چندصدساله، با گمان اینکه یک-دو روز بیشتر بر آنها

نگذشته است، شرایط جامعه خود را چنین ترسیم می‌کنند که اگر بر آنها دست یابند،

تنها به یکی از دو امر رضایت می‌دهند: یا رجم و یا بازگشت به ملیت و هویت کفر و

شرک.

بنابراین اوصافی که برای اصحاب کهف، به‌عنوان سمبل خداباوری مورد توجه آیات

شریفه قرار گرفته، نمی‌تواند متفرد باشد تا نتوان آن مبنا را که تجلیل از خداباوری و در

واقع تعظیم و حدانیت خداوند است، در جای مشابه سرایت داد؛ بلکه آیه شریفه مبنا و

ملاک ارائه می‌دهد و آن مشروعیت و مطلوبیت، تجلیل از اولیای الهی است. این تجلیل

شامل برپایی آستان بر محل دفن ایشان است که به‌عنوان بنای مسجد یا مطلق بنا بر قبور

اصحاب کهف، در آیه شریفه آمده است. خصوصیتی که به ظهور یا قدرمتیقن، ملاک

سرایت مشروعیت و بلکه مطلوبیت برپایی آستان بر محل دفن خواهد بود، عبارت است

از خیزش و مقاومت موحدانی محکم‌دل علیه شرایط غیرقابل‌تحمل شرک و کفر جامعه.

۱-۲-۲. تطبیق صفات و شرایط بر آستان‌های مقدس

تطبیق صفات و شرایط فوق‌الذکر بر آستان‌های مقدس، موضوع این تحقیق، لااقل درباره برخی از آنها، به‌نحو اولویت قطعی، روشن است؛ برای مثال درباره آستان مقدس پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله همه صفات و شرایط فوق در جامعه مغلوب شرک و کفر جاهلی که حضرت در آن به پیامبری مبعوث شدند، به‌نحو اولویت جای هیچ تردید و بحثی ندارد. سرایت حکم آیه شریفه به آستان مقدس امیرالمؤمنین امام علی علیه السلام نیز به‌عنوان نزدیک‌ترین یار پیامبر صلی الله علیه و آله در آن شرایط و در دوره پس از عصر نبوی صلی الله علیه و آله به همین نحو است؛ زیرا اولاً صفات یادشده نه‌تنها در اعتقاد امامیه، بلکه در اعتقاد همه مسلمین برای آن حضرت به‌نحو اولویت مسلم است، و ثانیاً در مبارزه با شرک و کفر واضح و ظاهر، لااقل در عصر پیامبر صلی الله علیه و آله و در کنار ایشان، سهم و جایگاه امام علی علیه السلام مسلم و روشن است.

درباره آستان مقدس امام حسین علیه السلام، قیام خونین آن حضرت به‌همراه خویشان و یاران فداکار و تاپای جان‌ایستاده، برای احیا و تداوم دین جدشان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، امر روشنی است. اگر بر فرض کسی هم در این باره تردید روا دارد، باید یادآوری کرد که چنین امری برای این تحقیق از اصول مسلم و مفروض است و باید در حوزه‌های کلامی و تاریخی دنبال شود، نه در این تحقیق و بحث فقهی. این نکته، اولویت به‌لحاظ شرایط فوق‌الذکر را تأمین می‌کند. اولویت به‌لحاظ صفات فوق‌الذکر نیز درباره شخص حضرت سیدالشهدا علیه السلام لااقل در اعتقاد امامیه از مسلمات و در این تحقیق مفروض است. شرح حال یاران شهید ایشان، لااقل درباره برخی مانند حضرت ابوالفضل العباس علیه السلام و حضرت علی‌اکبر علیه السلام نیز به‌طریق اولی یا مساوی، صفات و شرایط فوق‌الذکر را اثبات می‌کند.

به‌طور کل، پیش‌فرض اعتقادی و کلامی مقاله، مستند به عقل، قرآن، روایات اهل‌بیت علیهم السلام و تاریخ است که اینجا جای طرح و بحث آن نیست. وجود صفات و شرایط مشابه یا شدیدتر برای صاحبان همه ضرائح مقدسه موضوع این مقاله است. بنابراین بر محور صفات و شرایط مزبور، مشروعیت و بلکه مطلوبیت برپایی مطلق بنا و خصوص

مسجد بر مضعع شریف اصحاب کهف، قابل سرایت به آستان‌های مقدس، موضوع این مقاله خواهد بود.

نکته مهم در سرایت حکم فوق به آستان‌های مقدس، تقید به هدف و پیامی است که از مجموع صفات و شرایط مذکور، برای برپایی آستان‌های مقدس، به تناسب حکم و موضوع به دست می‌آید. به تناسب صفات و شرایط مزبور، هدف جدانشدنی از برپایی و تداوم آستان‌های مقدس، تلاش و مبارزه با شرک کفر و هرگونه نماد و وابسته‌ای به آن در جامعه است. رویه مثبت این هدف، تلاش در جهت الهی کردن زندگی فردی و اجتماعی با پیاده‌سازی احکام و خواسته‌های اسلام خواهد بود. طبق برداشت از مستند قرآنی پیش گفته، برای برپایی آستان‌های مقدس، محوریت آستان‌های مقدس برای اهداف مذکور، حدوداً و بقائاً، لازمه مشروعیت و مطلوبیت آن خواهد بود. منطقاً هرگونه خدشه‌ای بر این محوریت به معنای مخدوش شدن مشروعیت و مطلوبیت است.

نتیجه اینکه دلالت آیه ۲۱ سوره کهف بر ادعای مشروعیت و بلکه مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس، تمام و بدون اشکال است.

۱-۲. سایر آیات

ممکن است آیات دیگری هم به‌عنوان مؤید و شاید دلیل بر ادعای مذکور قابل طرح باشد که با توجه به دلالت آیه سوره کهف و امکان اشکال در آیات دیگر، نیازی به طرح و بررسی آنها نیست. تنها به‌عنوان نمونه آیه دیگری نقل می‌شود: «فِي بُيُوتٍ أُذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَ يُدْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْأَعْدُوِّ وَ الْأَصَالِ» (نور، ۳۶).

برخی مفسران این آیه را به نظر خود یا به نقل از روایات، بر «بیوت الانبیاء ﷺ»، «بیوت النبی ﷺ» و «بیت علی ﷺ» تطبیق داده‌اند (مقاتل، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۲۰۱؛ قمی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۰۴؛ نحاس، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۵۴؛ فرات الکوفی، ۱۴۱۰ق، صص ۲۸۲، ۲۸۶؛ ابن‌ابی‌حاتم، ۱۴۲۴ق، ج ۸، ص ۲۶۰۴؛ راغب اصفهانی، بی‌تا، ص ۱۵۱). ممکن است با توجه به نامطلوب بودن مسلم «تعطیلی ذکر اسم الله تعالی و تسبیح او» (يُدْكَرُ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ) در هر زمان و مکانی، آیه را دال یا مؤید برای مطلوبیت دائر بودن بیوت انبیا و اوصیا ﷺ در هر زمان و مکانی بدانیم.

طبعاً اطلاق این بیوت بر مراقد شریفه این ذوات مقدسه هم روشن است (سبحانی، ۱۴۰۷ق، ص ۶۴).

۲. روایات و برپایی آستان‌های مقدس

برخی با تمسک به روایاتی که در پی می‌آید، برپا کردن هر بنایی بر هر قبری، از جمله قبور مطهر اهل بیت علیهم‌السلام یا برپا کردن مسجد بر آن را ممنوع، نامشروع و بلکه از مصادیق شرک و کفر دانسته‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ج ۲۷، ص ۶۲؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۷۵؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۳۸). در اینجا ابتدا این روایات از آثار اهل سنت نقل و بررسی می‌شود و سپس به روایات امامیه در این باره پرداخته می‌شود.

۲-۱. روایات اهل سنت

روایات اهل سنت در موضوع بحث، شش دسته و به ترتیب زیر است:

دسته اول: روایات لعن و مرگ برای یهود و نصاری، به دلیل مسجدبرگرفتن قبور انبیا و صالحان خود. نمونه این روایات روایت «لعن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد» است (نيسابورى، بی تا، ج ۲، ص ۶۸؛ نیز رک: نيسابورى، بی تا، ج ۲، ص ۶۷؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۹۱، ۱۱۰، ۱۱۲؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۲، صص ۹۱، ۱۰۶؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۴، ص ۱۴۴؛ ابوداود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۸۵؛ نسائی، ۱۳۴۸ق، ج ۲، ص ۴۱؛ بیهقی، بی تا، ج ۲، ص ۴۳۵).

دسته دوم: روایات نهی اکید از مسجدبرگرفتن مطلق قبور. نمونه این روایات روایت «واعلموا ان شرار الناس الذين يتخذون القبور مساجد» است (ابن حنبل، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۵؛ طبرانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶۸؛ طبرانی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۸۸؛ هندی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۳۴۴).

دسته سوم: روایات نهی از بنای مسجد بر قبور صالحان با صورت‌گری در آن. روایت «ان أم حبیبة وأم سلمة ذکرتا کنیسة رأینها بالحیثة فیها تصاویر فقال رسول الله صلی الله علیه و آله ان أولئك إذا کان فیهم الرجل الصالح فمات بنوا علی قبره مسجدا وصوروا فیہ تلك الصور أولئك شرار الخلق عند الله عز وجل يوم القيامة» از این دسته است (ابن حنبل، بی تا، ج ۶، ص ۵۱؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۱۱۱؛ نيسابورى، بی تا، ج ۲، ص ۶۶).

دسته چهارم: روایات امر به تخریب قبور برآمده از سطح زمین و مشرف بر اطراف. روایت ذیل چنین دلالتی دارد: «عن أبی الهیاج الأسدی قال: قال لی علی کرم الله تعالی وجهه أبعثک علی ما بعثنی علیه رسول الله ﷺ أن لا تدع تمثالا إلا طمسته ولا قبراً مشرفاً إلا سويته» (ابن حنبل، بی تا، ج ۱، صص ۹۶، ۱۲۹؛ نیسابوری، بی تا، ج ۳، ص ۶۱؛ ابوداود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۸۳؛ ترمذی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۵۶).

دسته پنجم: روایات نهی از برپایی بنا/ساختمان بر مطلق قبور. روایت «عن جابر قال نهی رسول الله ﷺ ان یجصص القبر وان یبني علیه وان یقعد علیه» نمونه این دسته است (نیسابوری، بی تا، ج ۳، ص ۶۲؛ ابن حنبل، بی تا، ج ۳، ص ۲۹۵؛ ابن حنبل، بی تا، ج ۶، ص ۲۹۹؛ ابوداود، بی تا، ص ۲۴۸؛ بیهقی، بی تا، ج ۴، ص ۴؛ عینی، بی تا، ج ۴، ص ۱۹۴؛ صنعانی، بی تا، ج ۳، ص ۵۰۴؛ ابن ابی شیبیه، ۱۴۰۹ق، ج ۳، صص ۲۱۶، ۲۱۸).

دسته ششم: روایاتی که مربوط به بنای قبور نیست، اما ممکن است کسانی از باب سد ذرایع، این روایات را مستمسک ممنوعیت شرعی برپایی بنا بر قبور قرار دهند (برای نمونه نک. عسقلانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۶۷؛ نووی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۳؛ صنعانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۱؛ قرطبی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص ۳۸۰؛ جدیع، ۱۴۲۱ق، ص ۵۰۲). دو روایت زیر نمونه این دسته است: «... سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تصلوا إلى القبور ولا تجلسوا علیها» (ابن حنبل، بی تا، ج ۴، ص ۱۳۵؛ نیسابوری، بی تا، ج ۳، ص ۶۲؛ نسائی، ۱۳۴۸ق، ج ۲، ص ۶۷؛ نیز نک. هیمسی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۷؛ عینی، بی تا، ج ۸، ص ۱۸۴) و «... أن رسول الله ﷺ قال اللهم لا تجعل قبری وثناً یعبد اشد غضب الله علی قوم اتخذوا قبور أنبیائهم مساجد» (مالک، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۷۲؛ ابن عبدالبر، ۱۳۸۷ق، ج ۵، ص ۴۳؛ ابن سعد، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۰).

چند نکته در بررسی روایات فوق ارائه می شود:

در سند برخی از روایات فوق تردید و بحث شده است (نک. کتانی، بی تا، ص ۱۲۱؛ البانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۳۱۸؛ ابن عبدالبر، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۶۵؛ ابن عبدالبر، ۱۳۸۷ق، ج ۵، ص ۴۱؛ امین، ۱۳۸۲ق، صص ۲۹۳، ۲۹۹، ۳۲۹؛ سبحانی، ۱۴۰۷ق، صص ۷۷، ۸۷، ۹۷، ۹۸). اما با بررسی دلالتی که در ادامه می آید، نیازی به بررسی سندی نداریم. در دلالت برخی از این احادیث مناقشاتی درخور توجه و شایسته ارائه شده است (برای نمونه نک. امین، ۱۳۸۲ق، صص ۲۹۴، ۳۰۱، ۳۳۱؛

سبحانی، ۱۴۰۷ق، صص ۷۹، ۹۴، ۹۹) که لزومی به تکرار در اینجا نیست.

نکته مهم در دلالت روایات فوق، ضرورت توجه کافی به تفاوت معانی دو عبارت «اتخاذ القبر مسجداً» و «اتخاذ المسجد علی القبر» است. تعبیر اول به معنای مسجد قرار دادن خود قبر است. اگر مسجد را در اینجا به معنای محل سجود بدانیم، مسجد قرار دادن قبر به معنای سجده کردن روی قبر، بلکه لا اقل در شکل ظاهری، سجده کردن بر قبر خواهد بود. اگر مسجد قرار دادن را به معنای محل عبادت قرار دادن هم بدانیم، باز هم شامل سجده کردن روی قبر یا بر قبر خواهد بود؛ زیرا از طرفی، عبادت شامل سجده کردن هم است و از طرف دیگر، خود قبر محل عبادت شده است، نه اینکه مسجدی ساخته شود که قبر صرفاً در داخل مسجد قرار گیرد. اما تعبیر دوم به معنای ساختن مسجدی است که قبر داخل آن قرار می‌گیرد. در این معنا نه لزوماً روی قبر سجده می‌شود و نه خود قبر محل عبادت می‌شود.

آنچه موضوع بحث است، معنای دوم است که در آیه شریفه سوره کهف هم با تعبیر «علیهم» ذکر شده است و دلالت آن گذشت. اما موضوع روایات دسته اول و دوم، «اتخاذ القبر مسجداً»، یعنی معنای اول است. بنابراین مفاد دسته اول و دوم کلاً از محل بحث بیرون است.

ظاهر روایات دسته سوم، نهی از مطلق برپایی مسجد روی قبر صالحان نیست، بلکه برپایی با قید «و صوروا فیه تلك الصور» مورد نهی است. این قید از قیودی نیست که بتوان دخالت آن در حکم را با استظهار عرفی الغا کرد. عرف عقلائی به ویژه عرف متشرعه که مسبوق به سابقه نهی شارع از تصویر صور است، احتمال دخالت این قید در حکم را نمی‌تواند کنار بگذارد، بلکه بعید نیست که با توجه به زمینه نهی در این دسته که دیدن تصاویر در کنبه‌ای در حبشه است، نهی متمرکز بر تصویر صور در مساجد باشد. بنابراین دسته سوم از روایات نیز بر موضوع بحث که اصل برپایی ساختمان بر قبور معصومان و ملحق به آنان است منطبق نخواهد بود. غایة الامر، از برپایی آستان‌هایی که در آن تصویر صور باشد نهی می‌کند.

روایات دسته چهارم، ظهور در حکم حکومتی دارد؛ زیرا در آن امری از سوی

حاکم مشروع اسلامی مبنی بر تخریب قبور برآمده از سطح زمین و مشرف صادر شده است. حکم حکومتی از منصب حاکمیت مشروع است و هرچند از سوی معصوم علیه السلام صادر شده باشد، محدود به زمان و مکان حاکمیت او است. در توجیه این حکم می‌توان گفت که با توجه به کوتاهی ارتفاع ساختمان‌ها در قدیم، بالا آوردن ارتفاع قبر در حدود یک متر کافی بوده تا زمینه رفتن افرادی روی آن و نگاه انداختن به درون منازل اطراف را رقم زند. تعبیر «مشرف» در روایت می‌تواند اشاره به چنین مفسده‌ای داشته باشد. همچنین بسیاری از قبرستان‌ها محل عبور و مرور پیاده یا به‌همراه چارپایان هم بوده است و بالابودن قبور، عبور و مرور را سخت می‌کند. حکم حکومتی به تخریب می‌تواند برای دفع این مفاسد باشد.

اگر ظهور روایات دسته چهارم را در حکم حکومتی موقت و بر مدار دفع مفاسد موقت نپذیریم، با توجه به توضیحات فوق، حداقل احتمال قابل توجه آن که مانع از انعقاد ظهور روایت در حکم شرعی کلی می‌شود، قابل انکار نیست.

علاوه بر این، موضوع بحث در این مقاله برپایی هرگونه سازه روی هر قبری به هر انگیزه‌ای نیست، بلکه موضوع برپایی آستان‌های مقدس است که نوعی خاص از بنا بر قبور با انگیزه‌ای خاص است که در اوایل مقاله اشاره شد. بنابراین حداکثر این روایات به‌سان عامی می‌شود که درباره آستان‌های مقدس با ادله مشروعیت و مطلوبیت آن، از جمله آیه شریفه سوره کهف که تمامیت دلالت آن گذشت، تخصیص می‌خورند.

از مطلب اخیر می‌توان نتیجه گرفت که روایات دسته پنجم نیز با توجه به نسبت عام و خاصی که بین موضوع عام این روایات و موضوع خاص آستان‌های مقدس در این مقاله وجود دارد، به‌واسطه، ادله برپایی آستان‌های مقدس، از جمله آیه شریفه مذکور، تخصیص می‌خورند.

دلالت روایات دسته ششم بر عدم مشروعیت آستان‌های مقدس، مبتنی بر حجیت اصول فقهی سد ذرایع است و از آنجا که سد ذرایع حداکثر چیزی بیش از ظن به حکم شرعی بدون پشتوانه معتبر ایجاد نمی‌کند، نمی‌توان به آن اعتماد کرد (نک. حکیم، ۱۹۷۹م، ص ۴۰۱).

اگر جایی پیش آید که برپایی آستان‌ها مقدمه قطعی یا قصدی محرمات، از جمله محرمات مذکور در دسته ششم روایات باشد، طبعاً برپایی نه مشروع خواهد بود و نه جایز؛ همچنان که اگر کسی آستان‌ها را وسیله و ذریعه برای هر محرمی قرار دهد، منع و استحقاق عقاب آن محرم دامن گیر او خواهد شد و بلکه بعید نیست عقابی افزون داشته باشد.

نتیجه نقل و بررسی روایات اهل سنت آنکه گذشته از اشکالات سندی که از دیگران نقل و طبعاً تصدیق کردیم، هیچ کدام دلالتی بر منع از برپایی آستان‌های مقدس ندارند.

۲-۲. روایات امامیه

روایات امامیه را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

دسته اول: روایاتی است مشابه روایات پیش گفته منقول از اهل سنت، با این تفاوت که در آنها روایتی درباره قبور انبیا، صالحان و اولیا وجود ندارد (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۲۲۸؛ برقی، ۱۳۳۰، ج ۲، ص ۶۱۲؛ صدوق، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۷۸؛ صدوق، ۱۳۶۱، ص ۲۷۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۶۰). کسی از امامیه دلالتی برای این روایات مبنی بر ممنوعیت برپایی آستان‌های مقدس ندیده است؛ بلکه برعکس امامیه تسالم قطعی متصل به زمان معصوم علیه السلام بر استحباب دارند.

با توجه به بررسی گذشته مفاد این روایات در ضمن روایات اهل سنت، نیازی به تکرار نیست.

دسته دوم: روایاتی است که بر مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس دلالت یا اشاره دارد. در نمونه روشنی از این روایات، از قول پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله خطاب به امیرالمؤمنین علی علیه السلام آمده است:

مَنْ عَمَرَ قُبُورَكُمْ وَتَعَاهَدَهَا فَكَأَنَّمَا أَعَانَ سَلِيمَانَ بْنِ دَاوُدَ عَلَى بَنَاءِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ؛
هر کس به عمارت قبور شما همت گمارد و رفت و آمد به آن را در برنامه زندگی خود قرار دهد، مثل آن است که سلیمان بن داود را بر ساخت بیت المقدس یاری کرده است (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۶، صص ۲۲، ۱۰۷).

این روایت به لحاظ سند ضعیف است، اما شهرت، بلکه اجماع و بلکه تسالم متصل به زمان امامان علیهم السلام در بین امامیه، بر مفاد آن منعقد است (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۷؛ سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۳۴۴؛ بحرانی، بی تا، ج ۴، ص ۱۴۰).

نتیجه گیری

اهم نتایج پژوهش به این شرح است:

۱. آیه ۲۱ سوره کهف دلالت بر مشروعیت و بلکه مطلوبیت برپایی آستان‌های مقدس دارد.

۲. معیاری که باعث سرایت حکم برپایی بنا یا خصوص مسجد بر قبور اصحاب کهف بر آستان‌های مقدس می‌شود، عبارت است از خیزش و مقاومت موحدان محکم‌دل علیه شرایط غیرقابل تحمل و غلبه شرک و کفر بر جامعه است.

۳. معیار فوق نشان می‌دهد که برپایی آستان‌های مقدس به مثابه برپا کردن پرچم توحید و خداپرستی با همه لوازم آن، از جمله مبارزه با منکرات و گسترش نیکی‌ها، مطابق تعیین و بیان شریعت مقدس اسلام خواهد بود.

۴. هیچ روایتی نه در جوامع روایی سنی و نه امامیه، دلالت بر منع از برپایی آستان‌های مقدس ندارد تا نسبت این دلالت با دلالت فوق‌الذکر قرآنی جای بحث باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن ابی حاتم، عبدالرحمان بن محمد. (۱۴۲۴ق). تفسیر القرآن العظیم. بیروت: دار الفکر.
۲. ابن ابی شیبہ، عبدالله بن محمد. (۱۴۰۹ق). المصنف. بیروت: دار الفکر.
۳. ابن تیمیة، احمد. (۱۴۱۶ق). مجموعة الفتاوى. المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
۴. ابن تیمیة، احمد. (۱۴۰۶ق). منهاج السنة النبوية. بی جا: مؤسسة قرطبه.
۵. ابن جوزی، عبدالرحمان بن علی. (۱۴۲۲ق). زاد المسیر. بیروت: دار الكتاب العربی.
۶. ابن حنبل، احمد. (بی تا). مسند احمد. بیروت: دار صادر.
۷. ابن سعد، محمد. (بی تا). الطبقات الكبرى. بیروت: دار صادر.
۸. ابن عادل، عمر بن علی. (۱۴۱۹ق). اللباب فی علوم الكتاب. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۹. ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالله. (۱۳۸۷ق). التمهید المغرب: وزارة عموم الاوقاف والشؤون الاسلامیة.
۱۰. ابن عربی، محیی الدین. (۱۴۲۲ق). تفسیر ابن عربی. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۱. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. (۱۴۱۲ق). تفسیر القرآن العظیم. بیروت: دار المعرفة.
۱۲. ابوالسعود، محمد بن محمد. (بی تا). تفسیر ابی السعود. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۳. ابوالفرج اصفهانی، علی بن الحسین. (۱۴۰۵ق). مقال الطالبین. قم: منشورات الرضی.
۱۴. ابوداود، سلیمان بن اشعث. (۱۴۱۰ق). سنن ابی داود. بیروت: دارالفکر.
۱۵. ابوداود، سلیمان بن داود. (بی تا). مسند أبی داود. بیروت: دار المعرفة.
۱۶. امین، سیدمحسن. (۱۳۸۲ق). کشف الارتیاب. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۱۷. البانی، محمد ناصرالدین. (۱۴۰۵ق). ارواء الغلیل. بیروت: المکتب الاسلامی.
۱۸. بحرانی، یوسف. (بی تا). الحدائق الناضرة. قم: جماعة المدرسین.
۱۹. بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۱ق). صحیح بخاری. بیروت: دارالفکر.
۲۰. برقی، احمد بن محمد. (۱۳۳۰). المحاسن. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۲۱. بقلی، روزبهان. (۲۰۰۸م). عرائس البیان فی حقائق القرآن. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۲. بیضاوی، عبدالله بن عمر. (۱۴۱۸ق). انوار التنزیل. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۲۳. بیهقی، احمد بن حسین. (بی تا). سنن بیهقی. بیروت: دار الفکر.
۲۴. ترمذی، محمد بن عیسی. (۱۴۰۳ق). سنن ترمذی. بیروت: دارالفکر.
۲۵. ثعلبی، احمد بن محمد. (۱۴۲۲ق). تفسیر ثعلبی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۶. الجاسم، فیصل بن قزار. (۱۴۲۸ق). تجرید التوحید. الكويت: المبرة الخيرية لعلوم القرآن والسنة.
۲۷. جدیع، ناصر بن عبدالرحمن. (۱۴۲۱ق). التبرک. ریاض: مكتبة الرشد.
۲۸. جرجانی، عبدالقادر. (۱۴۳۰ق). درج الدرر. اردن: دارالفکر.
۲۹. حقی برسوی، اسماعیل بن مصطفی. (بی تا). روح البیان. بیروت: دارالفکر.
۳۰. حکیم، السید محمد تقی. (۱۹۷۹م). الاصول العامة للفقہ المقارن. بی جا: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۳۱. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مصباح الاصول. قم: مكتبة الداوری.
۳۲. ذهبی، محمد بن احمد. (۱۴۰۷ق). تاریخ الاسلام (ج ۱۷). بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (بی تا). مفردات الفاظ القرآن. تهران: المكتبة المرتضوية.
۳۴. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۰۷ق). الکشاف. بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۵. سبحانی، جعفر. (۱۴۰۷ق). الوهابية فی المیزان. قم: جماعة المدرسين.
۳۶. سبزواری، محمدباقر. (بی تا). ذخیره المعاد (چاپ سنگی). قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۳۷. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴ق). اصول السرخسی. بیروت: دارالکتاب العلمیة.
۳۸. سعدی، عبدالرحمن بن ناصر. (۱۴۲۱ق). تفسیر تیسیر الکریم الرحمن. بیروت: مؤسسة الرسالة.
۳۹. سمرقندی، نصر بن محمد. (۱۴۱۶ق). تفسیر سمرقندی. بیروت: دار الفکر.
۴۰. سیواسی، احمد بن محمود. (۱۴۲۷ق). عیون التفاسیر. بیروت: دار صادر.
۴۱. شنقیطی، محمد امین. (۱۴۲۷ق). أضواء البیان فی إیضاح القرآن بالقرآن (ج ۳). لبنان: دار الکتب العلمیة - منشورات محمد علی بیضون.
۴۲. شهید اول، محمد بن جمال الدین. (۱۴۱۹ق). ذکر الشیعه. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۴۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). تهذیب الاحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۴۴. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). التبیان. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۴۵. صدوق، محمد بن علی. (۱۳۶۱). معانی الاخبار. قم: جماعة المدرسين.
۴۶. صدوق، محمد بن علی. (بی تا). من لایحضره الفقیه. قم: جماعة المدرسين.

۴۷. صنعانی، عبدالرزاق بن همام. (بی تا). المصنف. بی جا: بی نا.
۴۸. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۹۲ق). تفسیر المیزان. بیروت: مؤسسه الاعلمی.
۴۹. طبرانی، سلیمان بن احمد. (بی تا). المعجم الكبير. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۰. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ق). مجمع البیان. بیروت: مؤسسه الاعلمی.
۵۱. طبری، محمد بن جریر. (۱۴۱۵ق). جامع البیان. بیروت: دارالفکر.
۵۲. طبری، محمد بن جریر. (بی تا). تاریخ الطبری. بیروت: مؤسسه الاعلمی.
۵۳. طهطاوی، علی احمد عبدالعال. (۱۴۲۵ق). فتح الغفور. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۵۴. عراقی، آقا ضیاء. (۱۳۶۴). نهاية الافکار. قم: جماعة المدرسين.
۵۵. عسقلانی، شهاب‌الدین بن حجر. (بی تا). فتح الباری. بیروت: دار المعرفة.
۵۶. علوان، نعمت‌الله بن محمود. (۱۹۹۹م). الفواتح الالهیه. قاهرة: دار رکابی.
۵۷. عینی، محمود بن احمد. (بی تا). عمدة القاری. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۸. غزالی، محمد بن محمد. (۱۴۱۷ق). المستصفی. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۵۹. فرات الکوفی، فرات بن ابراهیم. (۱۴۱۰ق). تفسیر فرات الکوفی. تهران: وزارة الثقافة والارشاد الاسلامی.
۶۰. فیض کاشانی، ملا محسن. (۱۳۷۴). تفسیر الصافی. تهران: مکتبه الصدر.
۶۱. قرطبی، محمد بن احمد. (۱۴۰۵ق). الجامع لأحكام القرآن. بیروت: دار التراث العربی.
۶۲. قمی، علی بن ابراهیم. (۱۴۰۴ق). تفسیر القمی. قم: دارالکتاب.
۶۳. کتانی، محمد بن جعفر. (بی تا). نظم المتناثر. مصر: دار الکتب السلفیه.
۶۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۸). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۶۵. مالک، مالک بن انس. (۱۴۰۶ق). الموطأ. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶۶. محقق اردبیلی، احمد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان. قم: جماعة المدرسين.
۶۷. محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۶۸. مراغی، احمد مصطفی. (بی تا). تفسیر مراغی. بیروت: دارالفکر.
۶۹. مغنیه، محمد جواد. (۱۹۸۱م). تفسیر کاشف. بیروت: دار العلم للملایین.
۷۰. مقاتل، مقاتل بن سلیمان. (۱۴۲۴ق). تفسیر مقاتل. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۷۱. مهائمی، علی بن احمد. (۱۴۰۳ق). تبصیر الرحمن وتیسیر المنان. بیروت: عالم الکتب.
۷۲. نائینی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). فوائد الاصول. قم: جماعة المدرسين.

۷۳. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۷). جواهر الکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۷۴. نحاس، ابوجعفر. (۱۴۰۸ق). تفسیر معانی القرآن. المکه المکرمه: جامعه ام القرى.
۷۵. نراقى، احمد بن محمد مهدى. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعه. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۶. نراقى، محمد مهدى. (۱۳۸۰). معتمد الشيعه. قم: مؤتمر المولى مهدى النراقى.
۷۷. نسائى، احمد بن شعیب. (۱۳۴۸ق). سنن نسائى. بیروت: دارالفکر.
۷۸. نووى، یحیی بن شرف. (۱۴۰۷ق). شرح صحیح مسلم. بیروت: دارالکتب العربی.
۷۹. نيسابورى، مسلم بن حجاج. (بى تا). صحیح مسلم. بیروت: دارالفکر.
۸۰. همدانى، آغا رضا. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقيه. قم: مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث.
۸۱. هندى، على بن حسام. (۱۴۰۹ق). كنز العمال. بیروت: مؤسسه الرساله.
۸۲. هیثمى، على بن ابى بكر. (۱۴۰۸ق). مجمع الزوائد. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۸۳. واحدی، ابوالحسن. (۱۴۱۵ق). تفسیر واحدی. بیروت: دارالقلم.

References

* The Holy Quran.

1. Abolfaraj Isfahani, A. (1405 AH). *Maqatil al-Talebin*. Qom: al-Razi Publications. [In Arabic]
2. Abu al-Saud, M. (n.d.). *Tafsir Abi Al-Saud*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
3. Abu Dawud, S. (1410 AH). *Sunan Abi Dawood*. Beirut: Dar Al-Fikr. [In Arabic]
4. Abu Dawud, S. (n.d.). *Musnad Abi Dawood*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah.
5. Albani, M. (1405 AH). *Arwa Al-Ghalil*. Beirut: al-Maktab al-Islami. [In Arabic]
6. Al-Ghazali, M. (1417 AH). *al-Mustasfi*. Beirut: Dar Al-Kotob al-ilmiyah. [In Arabic]
7. Al-Jassim, F. (1428 AH). *Tajrid al-Tawhid*. Kuwait: al-Mobarah al-Khairiyah le Olum al-Qur'an va al-Sunnah. [In Arabic]
8. Alwan, N. (1999). *al-Fawatih al-Ilahiyah*. Cairo: Dar Rikabi.
9. Amin, S. M. (1382 AH). *Kashf al-Irtiab*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
10. Asqalani, S. (n.d.). *Tath al-Bari*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah.
11. Bahrani, Y. (n.d.). *al-Hada'ig al-Nadirah*. Qom: Jama'at al-Mudaresin.
12. Baqli, R. (2008). *Ara'es al-Bayan fi Haqa'iq al-Qur'an*. Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah.
13. Barqi, A. (1330 AP). *al-Mahasin*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
14. Beizawi, A. (1418 AH). *Anwar al-Tanzil*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
15. Beyhaqi, A. (n.d.). *Beyhaqi's traditions*. Beirut: Dar al-Fikr.
16. Bukhari, M. (1401 AH). *Sahih Bukhari*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
17. Eini, M. (n.d.). *Umdat al-Qari*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
18. Feiz Kashani, M. (1374 AP). *Tafsir al-Safi*. Tehran: Maktabah Sadr. [In Arabic]
19. Furat Al-Kufi, F. (1410 AH). *Tafsir Furat al-Kufi*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
20. Hakim, S. M. T. (1979). *al-Usul al-Amah le al-Fiqh al-Muqarin*. Alulbayt Institute.

21. Hamedani, A. (1417 AH). *Misbah al-Faqih*. Qom: Mu'asisah Al-Jaafariyah le Ihya al-Torath. [In Arabic]
22. Haqi Barsavi, I. (n.d.). *Rawh al-Bayan*. Beirut: Dar al-Fikr.
23. Haythami, A. (1408 AH). *Majma' al-Zawa'id*. Beirut: Dar Al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
24. Hendi, A. (1409 AH). *Kanz al-Amal*. Beirut: Mu'asisah al-Risalah. [In Arabic]
25. Ibn Abdullah Bar, Y. (1387 AH). *al-Tamhid. al-Maghrib*: Ministry of Public Endowments and Islamic Affairs. [In Arabic]
26. Ibn Abi Hatam, A. (1424 AH). *Interpretation of the Holy Qur'an*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
27. Ibn Abi Shaybah, A. (1409 AH). *Al-Musnaf*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
28. Ibn Adil, U. (1419 AH). *Al-Labab fi Olum al-Kitab*. Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah. [In Arabic]
29. Ibn Arabi, M. (1422 AH). *Tafsir Ibn Arabi*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiyah. [In Arabic]
30. Ibn Hanbal, A. (n.d.). *Musnad Ahmad*. Beirut: Dar Sader.
31. Ibn Jawzi, A. (1422 AH). *Zad al-Masir*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
32. Ibn Kathir, I. (1412 AH). *Interpretation of the Holy Qur'an*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah. [In Arabic]
33. Ibn Nasad, M. (n.d.). *al-Tabaqat al-Kobra*. Beirut: Dar Sader.
34. Ibn Taymiyyah, A. (1406 AH). *Minhaj Sunnah Al-Nabawiyyah*. Qortabeh Institute. [In Arabic]
35. Ibn Taymiyyah, A. (1416 AH). *Majmu'ah al-Fatawa*. Al-Madinah Al-Nabawiyyah: Majma Al-Mulk Fahad le Taba'ah al-Mushaf al-Sharif. [In Arabic]
36. Iraqi, A. (1364 AP). *Nahayat al-Afkar*. Qom: Jama'ah al-Mudarisin. [In Persian]
37. Jadid, N. (1421 AH). *al-Tabarok. Riyadh: Maktabah al-Roshd*. [In Arabic]
38. Jorjani, A. (1430 AH). *Daraj al-Dorar*. Jordan: Dar al-Fikr. [In Arabic]
39. Katani, M. (n.d.). *Nazm al-Mutanasir*. Egypt: Dar al-Kitab al-Salafiyah.
40. Khoei, S. A. (1409 AH). *Misbah al-Osul*. Qom: Maktabh al-Dawari. [In Arabic]
41. Koleyni, M. (1388 AP). *al-Kafi*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]

42. Maha'emi, A. (1403 AH). *Tabsir al-Rahman va Taysir al-Manan*. Beirut: Alam al-Kotob. [In Arabic]
43. Malik, M. (1406 AH). *al-Mawta*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
44. Maqatil, M. (1424 AH). *Tafsir Maqatil*. Beirut: Dar Al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
45. Maraghi, A. (n.d.). *Tafsir Maraghi*. Beirut: Dar al-Fikr.
46. Mohaghegh Ardabili, A. (n.d.). *Majma' al-Fa'idah va la-Burhan*. Qom: Jama'at al-Mudarisin.
47. Mohaqeq Thani, A. (1408 AH). *Jame' al-Maqasid*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
48. Mughniyeh, M. J. (1981). *Tafsir Kashif*. Beirut: Dar al-Ilm le al-Mala'in.
49. Naeini, M. H. (1409 AH). *Fawa'id al-Usul*. Qom: Jama'at al-Mudarisin. [In Arabic]
50. Nahas, A. (1408 AH). *Tafsir al-Ma'ani al-Qur'an*. Al-Makkah al-Mukaramah: Jami'ah al-Qura'. [In Arabic]
51. Najafi, M. H. (1988). *Jawahir al-kalam*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah.
52. Naraghi, M. M. (1380 AP). *Mutamid al-Shia*. Qom: Al-Mawli Mahdi Al-Naraqi. [In Persian]
53. Naraqi, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
54. Nisaburi, M. (n.d.). *Sahih Muslim*. Beirut: Dar al-Fikr.
55. Nisa'i, A. (1348 AH). *Sunan Nisa'ei*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
56. Novi, Y. (1407 AH). *Sharh Sahih Muslim*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
57. Qomi, A. (1404 AH). *Tafsir al-Qom*. Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
58. Qurtubi, M. (1405 AH). *al-Jame' le Ahkam al-Qur'an*. Beirut: Dar al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
59. Ragheb Isfahani, H. (n.d.). *Mufradat Alfaz al-Qur'an*. Tehran: Mortazavi Library.
60. Saadi, A. (1421 AH). *Tafsir Teisir al-Karim al-Rahman*. Beirut: Mu'asisah al-Risalah.
61. Sabzevari, M. B. (n.d.). *Dakhirah al-Ma'ad*. Qom: Alulbayt Institute.
62. Saduq, M. (n.d.). *man la Yahzar al-Faqih*. Qom: Jama'at al-Mudaresin.
63. Saduq, M. (1361 AP). *Ma'ani al-Akhbar*. Qom: Jama'at al-Mudaresin. [In Persian]

64. Samarghandi, N. (1416 AH). *Tafsir Samarghandi*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
65. San'ani, A. (n.d.). *al-Musnaf*.
66. Sarakhsi, M. (1414 AH). *Usul al-Sarakhsi*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Ilmiya. [In Arabic]
67. Shahid Awal, M. (1419 AH). *Dhikr al-Shi'ah*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
68. Sheikh Tusi, M. (1390 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
69. Sheikh Tusi, M. (1409 AH). *al-Tebyan*. Qom: Maktab al-A'alam al-Islami. [In Arabic]
70. Shinqiti, M. A. (1427 AH). *Adwa' al-Bayan fi Izah al-Qur'an be al-Qur'an*. (Vol. 3). Lebanon: Dar al-Kotob al-Ilmiyah-- Publications of Muhammad Ali Baydun. [In Arabic]
71. Sivasi, A. (1427 AH). *Oyoun al-Tafasir*. Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
72. Sobhani, J. (1407 AH). *Al-Wahhabiyyah fi al-Mizan*. Qom: Jama'ah al-Mudaresin. [In Arabic]
73. Tabarani, S. (n.d.). *al-Mujam al-Kabir*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
74. Tabari, M. (1415 AH). *Jami' al-Bayan*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
75. Tabari, M. (n.d.). *Tarikh al-Tabari*. Beirut: Mu'asisah al-A'alami.
76. Tabarsi, F. (1415 AH). *Majma' al-Bayan*. Beirut: Mu'asisah al-A'alami. [In Arabic]
77. Tabatabaei, S. M. H. (1392 AH). *Tafsir al-Mizan*. Beirut: Mu'asisah al-A'alami. [In Arabic]
78. Tahtawi, A. (1425 AH). *Fath al-Qafour*. Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
79. Thalabi, A. (1422 AH). *Thalabi Interpretation*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
80. Tirmidhi, M. (1403 AH). *Sunnah of Tirmidhi*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
81. Vahedi, A. (1415 AH). *Tafsir Vahedi*. Beirut: Dar al-Qalam. [In Arabic]
82. Zahabi, M. (1407 AH). *History of Islam* (Vol. 17). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
83. Zamakhshari, M. (1407 AH). *al-Kashaf*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]



Research Article

An Examination of the Legitimacy of the Terminated Endowment and the Fate of the Endowed Property after the death of the Endowment Owners

Sayyid Taqi Varedi¹

Received: 23/01/2021

Accepted: 18/05/2021

Abstract

The institution of waqf (endowment) is a God-pleasing deed, which for the waqif is considered as Baqiyat al-Salihah (ever-abiding good works), and for the Mawqufon Alayh (beneficiaries), it satisfies the needs. The Imamiyah jurists unanimously agree upon the validity of the waqf in a timeless form, but there is no consensus between them about the temporary waqf (in which time is specified) and the terminated (Munqati') waqf (which is terminated for the Mawqufon Alayh). The current study deals with the type of Munqati' waqf, which has two main pillars and Imamiyah jurists disagree on both of them. The legitimacy of the waqf and the fate of the endowed property after the death of the Mawqufon Alayh. The research findings show that there are two conflicting views on the legitimacy of the terminated waqf: validity and invalidity. Considering that the terminated waqf is not different in nature from the timeless waqf, the view of the validity of the waqf is approved and regarding the fate of the endowed property after the death of Mawqufon Alayh, despite the differences between views of the jurists, the continuation of its endowment in public works that are close to the motivation of the Waqif (endower) is subject to rational and narrative arguments. Therefore, the endowed property is not given to the waqif and Mawqufon Alayh's heirs.

Keywords

Legitimacy, waqf, non-permanent endowment, terminated endowment, endowed property, Mawqufon Alayh.

1. Assistant Professor, Director of Information and Document Organization Department, Research Center for Islamic Information and Document Management, Islamic Sciences and Culture, Qom, Iran. t.varedi@isca.ac.ir.

* Varedi, S. T. (1400 AP). An Examination of the Legitimacy of the Terminated Endowment and the Fate of the Endowed Property after the death of the Endowment Owners. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 122-149. Doi: 10.22081/jf.2021.59987.2224.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

مقاله پژوهشی

بررسی مشروعیت وقف منقطع و سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض صاحبان وقف

سیدتقی واردی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۴

چکیده

نهاد وقف، کاری است خداپسندانه که برای واقف، باقیات‌الصالحات است و برای موقوف‌علیه برطرف‌کننده نیازها. صحت وقف به صورت مؤبد مورد اتفاق فقهای امامیه است، ولی درباره وقف موقت (که زمان در آن قید شده باشد) و وقف منقطع (که برای موقوف‌علیه انقطاع حاصل گردد)، اتفاق نظری بین آنان نیست. پژوهش پیش رو به نوع وقف منقطع می‌پردازد که دارای دو رکن اصلی است و فقهای امامیه در هر دو مورد آن اختلاف نظر دارند: مشروعیت وقف و سرنوشت عین موقوفه پس از انقراض موقوف‌علیه. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که درباره مشروعیت وقف منقطع، دو دیدگاه ناهمسو: صحت و بطلان، وجود دارد. با توجه به اینکه وقف منقطع از نظر ماهیت با وقف مؤبد تفاوتی ندارد، دیدگاه صحت وقف مورد تأیید است و درباره سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوف‌علیه، علی‌رغم اختلاف نظر فقها، استمرار وقفیت آن در کارهای عام‌المنفعه که قریب به انگیزه واقف است، منطبق با ادله عقلی و نقلی است. بدین جهت، عین موقوفه به وارثان واقف و به وارثان موقوف‌علیه انتقال پیدا نمی‌کند.

کلیدواژه‌ها

مشروعیت، وقف، وقف غیردائم، وقف منقطع، عین موقوفه، موقوف‌علیه.

۱. استادیار و مدیر گروه سازماندهی اطلاعات و مدارک پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.
t.varedi@isca.ac.ir

* واردی، سیدتقی. (۱۴۰۰). بررسی مشروعیت وقف منقطع و سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض صاحبان وقف. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۱۲۲-۱۴۹.
Doi: 10.22081/jf.2021.59987.2224.

مقدمه

وقف صدقه جاریه‌ای است که علاوه بر بهره‌مندی صاحبان وقف و جامعه بشری از فوائد مادی و معنوی آن، خود واقف نیز آن‌گونه که در روایات آمده «وَالصَّدَقَةُ الْجَارِيَةُ تَجْرِي مِنْ بَعْدِهِ» (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۷۳)، از پاداش معنوی آن، حتی پس از مرگ بهره‌مند است. وقف به اعتبارهای مختلف انواع و اقسامی دارد که یکی از تقسیمات آن به اعتبار زمان است. به این معنا، وقف یا به صورت دائمی است، یا غیردائم (امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۲۶۲).

وقف دائم آن است که زمان در آن قید نشود و این خود دو حالت دارد: یکی آن است که واقف آن را به صورت مطلق انشا کند و دیگر آنکه دائمی بودن را در آن قید کند.

۱. اقسام وقف غیردائم

وقفی که دائمی نباشد، دو گونه برای آن متصور است:

الف. وقف موقت، یعنی وقفی که زمان مشخص برای آن تعیین شده باشد؛ به عنوان مثال، خانه یا مغازه‌ای که به مدت بیست سال وقف شده باشد. این گونه از وقف‌ها، به نظر غالب فقهای عظام باطل است. امام خمینی علت بطلان آن را غیرعقلایی بودن آن دانسته است (امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۲۶۴).

البته اینکه وقف موقت اصلاً وقف نیست، یا وقف بر آن اطلاق می‌گردد ولی شرعاً باطل است، برگشت می‌کند به بحث «صحیح و اعم» که در اصول فقه مورد گفتگو قرار گرفته است. اگر گفته شود که وقف برای معنای صحیح است، در آن صورت، وقف موقت اصلاً وقف نیست. به هر روی، این دسته از وقف‌ها نیز از محل بحث خارج است.

ب. وقف منقطع، یعنی وقفی که برای آن در یک زمان انقطاع حاصل گردد. با اینکه واقف قید زمان در آن ننموده است، با این حال به گونه‌ای رقم می‌خورد که بین آن و موقوف علیه انقطاع حاصل می‌شود.

۲. اقسام وقف منقطع

وقف منقطع به اعتبار زمان انقطاع بر سه دسته است (امام خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۶۵):

الف. منقطع الاول: یعنی در محدوده ابتدایی آن انقطاع حاصل شود.

ب. منقطع الوسط: یعنی در محدوده میانی آن انقطاع حاصل شود.

پ. منقطع الآخر: یعنی در محدوده پایانی آن انقطاع حاصل شود.

در وقف منقطع الآخر، گاهی انقطاع از جانب عین موقوفه است؛ مثل وقف حیوانات اهلی، وقف درختان و وقف وسائل نقلیه که حتی اگر مبتلا به حوادثی هم نشوند، باز هم به طور معمول عمر کوتاهی داشته و بعد از مدتی نابود می گردند.

گاهی انقطاع از جانب موقوف علیه است، نه عین موقوفه. به این معنا که موقوف علیه در زمانی منقرض می شود. انقراض موقوف علیه، یا با حوادثی چون جنگ، بیماری، سیل، زلزله، طوفان و امثال آنها است، یا با عقیم و نازاشدن نسل موقوف علیه است و یا به آن است که واقف نسلی از افراد خاص را مورد نظر قرار می دهد که بعد از پایان نسل مورد نظر دیگر کسی به عنوان موقوف علیه باقی نمی ماند. آنچه شیخ انصاری و سایر فقها درباره وقف منقطع مورد بحث قرار داده اند، همین صورت است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۰۱).

۳. ضرورت پژوهش

مشروعیت وقف منقطع اگر از جهت اجتهادی ثابت و انجام آن شرعاً جایز باشد، از یک سو خیران فراوانی که با نیت تقرب الهی مایل اند برخی از گونه های وقف منقطع (مانند وقفی که واقف در آن شرط کند هرگاه به آن نیاز پیدا کند از وقفیت خارج و به ملکش برگرداند) را انجام دهند، راه برای شان گشوده و از این طریق گام های مثبتی در فقرزدایی جامعه برمی دارند. از سوی دیگر، بسیاری از موقوفاتی که صاحبان آنها به طور طبیعی و یا بر اثر مرور زمان و حوادث طبیعی یا بلایای ارضی و سماوی و یا حوادث برخاسته از عوامل انسانی (مثل جنگ، رهاکردن سد، انتقال بیماری کشنده و...) از بین رفته و منقرض شده باشند از بلا تکلیفی (که بسا منجر به ویرانی و خرابی وقف می گردد) بیرون می آیند و در گونه جدید، حیات دیگری پیدا می کنند.

۴. پیشینه پژوهش

از جهت پیشینه، غیر از منابع فقهی علما (که غالباً به زبان عربی هستند) و این بحث را در ادامه کتاب وقف و یا در کتاب بیع (به جهت فروش وقف) مطرح کرده‌اند، پژوهش مستقلی به زبان فارسی مشاهده نشده است، مگر مقاله‌ای که آقای اکبر ترابی شهرضایی با عنوان «بازنگری ادله مشروعیت وقف موقت» در مجله علمی-پژوهشی «تا اجتهاد» مورد بررسی قرار داده است (ترابی شهرضایی، ۱۳۹۸، ص ۵) که درباره وقف موقت است، نه وقف منقطع، و بدین جهت، پیشینه قابل توجهی برای پژوهش پیش رو مشاهده نگردیده است.

شایان ذکر است که تقریر دروس خارج فقه حضرت آیت‌الله جوادی آملی در مباحث بیع وقف منقطع، انگیزه اصلی این پژوهش برای نگارنده شده تا درباره اصل وقف منقطع و سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوفه‌علیه، پژوهش مبسوط و مستدلی به عمل آورد تا از این ره‌گذر، پژوهش‌گران، انگیزه پژوهش‌های دیگر در این موضوع مهم را پیدا نموده و یا اقدام به راهنمایی، اصلاح و تکمیل این پژوهش نمایند. همچنین متولیان امور اوقاف، مشکلات وقف‌های منقطع سرگردان کشور را که بلا تکلیف مانده‌اند برطرف و حیات تازه‌ای به آنها ببخشند و جامعه اسلامی و انسانی را از منافع و مواهب آنها بهره‌مند نمایند.

پژوهش حاضر که به روش تحلیلی-استنباطی تقریر یافته، در دو محور اصلی «مشروعیت و عدم مشروعیت وقف منقطع» و «سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض صاحبان وقف» به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۵. مشروعیت و عدم مشروعیت وقف منقطع

مراد از وقف منقطع، بخش سوم آن، یعنی وقف منقطع‌الآخر است و اینکه پسوند «الآخر» از عنوان پژوهش حذف شده است، بدان جهت است که این عنوان برای مفهوم وقف منقطع‌الآخر شهرت پیدا کرده است و افزودن آن مورد انتظار نیست.

۵-۱. دیدگاه‌های فقهای امامیه

میان فقهای امامیه درباره مشروعیت وقف منقطع، دیدگاه هم‌سویی وجود ندارد؛ گروهی چنین وقفی را باطل می‌دانند و گروهی دیگر صحیح؛ هرچند برخی از فقیهان شیعه نظر سومی را نیز احتمال داده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص ۵۴۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۶؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۳) که صاحب جواهر از چنین نظری اظهار شگفتی نموده است (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۵۶)، ولی به نظر می‌آید به همان دو دیدگاه نخست بازمی‌گردد.

۵-۱-۱. دیدگاه بطلان وقف منقطع

برخی فقها (ابن‌حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۷۰؛ ابن‌سعید حلّی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۰؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۵۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۶، ص ۳۰۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۹؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۱۰۷؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۱) نظر به بطلان وقف منقطع داده‌اند. دلیل این دسته از فقها آن است که در ماهیت وقف، دوام و ابدیت شرط است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۵۵) و در وقف منقطع، خود واقف می‌داند دوام و ابدیت برای آن قابل تصور نیست؛ با این حال، چگونه می‌تواند چیزی را که دوام ندارد وقف کند؟ برخی از فقها از جمله میرزای قمی علاوه بر عدم تحقق ماهیت و آثار وقف، مجهول بودن وقف را نیز دلیل بطلان آن می‌داند (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۲).

شایان ذکر است که غالب فقهای نام‌برده، عمل واقف را از نگرش وقفیت باطل می‌دانند، ولی نفس عمل شخص را از باب حبس مال (مثل عُمری، رُقبی و سُکنی^۱) صحیح می‌دانند (علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۵۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۳۸۸؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۶، ص ۳۰۵؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۷۹؛ شهید اول،

۱. عُمری، حق انتفاعی است که به‌موجب عقدی از طرف مالک برای شخص به‌مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار می‌گردد. سُکنی، حق انتفاعی است که از طرف مالک برای سکونت در خانه معینی برای شخص برقرار می‌شود. رُقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برای شخص تعیین می‌گردد.

۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۲۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ۱۶۹؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۷۵).

ولی این برداشت درستی نیست؛ چون قصد واقف، وقف عین بوده است، نه حبس عین. آن گونه که صاحب جواهر فرموده است، حبس عین عقد دیگری است که با وقف تفاوت دارد (صاحب جواهر، بی تا، ج ۲۸، ص ۵۶). بدین جهت در وقف منقطع دو دیدگاه بیشتر نمی تواند وجود داشته باشد و فقها باید به صراحت بگویند وقف منقطع باطل است، یا صحیح است و کاری به حبس و عقد دیگر نداشته باشند.

۵-۱-۱-۱. بررسی و نقد دیدگاه بطلان وقف منقطع

برخی فقها در رد این دیدگاه، منکر نهفته بودن ابدیت در وقف (از جمله وقف منقطع) شده اند و اعتقادشان بر آن است که وقف عبارت است از ایقاف عین برای تسبیل ثمره، و بدین جهت ابدیت در آن معتبر نیست تا گفته شود چون مقرون به ابدیت نیست باطل است (یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۴؛ امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۲۶۲). محقق خوانساری علاوه بر انکار شرطیت ابدیت برای وقف، معتقد است همین که واقف آن را بر کسانی که منقرض می گردند وقف می کند، نزد عرف قرینه بر عدم تأیید است (خوانساری، بی تا، ص ۲۳۷)، ولیکن برخی دیگر معتقدند ابدیت در وقف معتبر است، ولی صحت عمل واقف بدان جهت است که عمل او در حقیقت وقف نیست، بلکه نوعی حبس است، و الا اگر وقف باشد باید باطل شمرده شود؛ چون تأیید در وقف شرط است (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۱۴۱).

با این حال این نقدها نمی توانند قابل پذیرش باشد؛ چون اولاً در جای خود ثابت شد که ماهیت وقف اقتضای تأیید دارد و حتی اگر واقف به ابدی بودن آن اشاره ای نکند، باز هم دوام و ابدیت در آن نهفته است (واردی، ۱۳۹۶، ص ۵۷). شیخ اسدالله تستری بر این نکته تأکید دارد که ظهور وقف در تأیید قابل انکار نیست (تستری، بی تا، ص ۱۴۳). از معاصران، آیت الله حکیم به صراحت فرموده است که دوام و ابدیت در حقیقت وقف مأخوذ است (حکیم، بی تا، ص ۳۴۰). ثانیاً بحث در عمل واقف است که آیا عمل او به عنوان وقف صحیح است یا باطل. اگر وقف نبودن عمل واقف را بپذیریم و بگوییم از بابت

وقفیت باطل ولی از باب حبس صحیح است، در واقع دیدگاه مبطلان را تأیید کرده‌ایم، چون آنها هم همین را می‌گویند.

اما نقدهایی که بر دیدگاه بطلان وارد است، عبارتند از:

۱. همان‌گونه که آیت‌الله حکیم فرموده است، مراد از دوام آن است که با مدت مقترن نباشد. از بین رفتن وقف به خاطر انقراض موقوف علیه، همانند از بین رفتن وقف به خاطر از بین رفتن عین موقوفه است که با دوام منافاتی ندارد (حکیم، بی‌تا، ص ۳۸۵).
 ۲. همان‌گونه که در روایتی به آن اشاره شده، «صَدَقَةٌ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ حَتَّى يَرْتَهَا وَارِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۹)، مراد از دوام آن است که وقف را در میانه کار قطع و منفصل نکنند؛ یعنی قبل از پایان عمر طبیعی عین موقوفه آن را نفروشد، هبه نکنند، به ارث نبرند و کاری که خلاف وقف است انجام ندهند.
 ۳. وقف مجهول آن است که عین موقوفه و یا موقوف علیه معلوم نباشد؛ مثلاً واقف بگوید یکی از خانه‌هایم را وقف فلان جهت کردم (عین موقوفه را مشخص و معین نکند) و یا بگوید این خانه را وقف کردم، ولی موقوف علیه را تعیین نکند؛ در هر دو صورت با جهل مواجه است و بدین جهت باطل است. ولی در وقف منقطع، هم عین موقوفه و هم موقوف علیه معلوم است و بدین جهت اشکال مجهول بودن آن صحیح نیست.
- بنابراین دیدگاه بطلان وقف منقطع از جهت تأیید و مجهول بودن نمی‌تواند قابل‌باور باشد.

۵-۱-۲. دیدگاه صحت وقف منقطع

بسیاری از فقهای امامیه به‌طور صریح و یا غیر صریح، وقف منقطع را صحیح و مشروع دانسته‌اند (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۵۷) و بدین جهت درگیر تکلیف عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه شده‌اند. از باب نمونه، شیخ مفید فرمود که اگر انسان چیزی را بر فرزندش و یا فرزندان فرزندش وقف کند و در آن شرط نکند که بعد از انقراض آنان چه شود، در این‌گونه از وقف‌ها اگر صاحبان وقف منقرض گردند و کسی از آنان باقی نماند، عین موقوفه را نزدیک‌ترین اقربای منقرضان از صاحبان وقف به ارث می‌برند (شیخ

مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۵۵). از سخن ایشان دانسته می‌شود که وی وقف منقطع را صحیح دانسته و برای عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه تعیین تکلیف کرده است. شیخ طوسی نیز دو دیدگاه صحت و بطلان وقف منقطع را بدون اینکه به صراحت یکی را اختیار کند، مورد اشاره قرار داده است، ولی از اینکه بحث سرنوشت عین موقوفه را به تفصیل بیان کرده است، از وی نیز دانسته می‌گردد که قائل به صحت وقف منقطع است. در غیر این صورت می‌فرمود که وقف باطل است و دیگر بحث عین موقوفه را بیان نمی‌کرد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۹۳). دیگران نیز قول به صحت را به نوعی ابراز نموده‌اند (سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۹۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۷۰؛ علامه حلی، بی‌تا، ص ۴۳۳). اما شیخ انصاری که بحث بیع وقف منقطع را در کتاب مکاسب به‌طور مبسوط مطرح کرده است، در ابتدای بحث خود به صحت وقف منقطع اشاره نموده و فرموده است که معروف بین فقها صحت آن است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۰۱). از معاصران نیز غالب فقها (حکیم، بی‌تا، ص ۳۵۸؛ امام خمینی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۶۶؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳۵) فتوا به صحت وقف منقطع داده‌اند.

ادله این قول، همان ادله وقف مطلق است که در مبحث وقف بیان شده است. به این معنا هر دلیلی که برای اثبات وقف مطلق وجود دارد، همان دلیل شامل وقف منقطع نیز می‌گردد؛ چون وقف منقطع نوعی از وقف مصطلح است (نک. ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۸). ولیکن برخی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۵۵) ادله مجزایی برای آن بیان کرده‌اند:

۱. وقف نوعی تملیک و صدقه است و بدین جهت مالک هر مال اختیار دارد آن را به هر کسی که خود می‌پسندد اختصاص دهد.

۲. اصالةالصحة جاری می‌گردد.

۳. عموماتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده، ۱) شامل آن می‌گردد.

۴. روایت ابی‌بصیر بر آن دلالت دارد:

عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام: أَلَا أَفْرَيْتُكَ وَصِيَّةَ فَاطِمَةَ عليها السلام? قَالَ: قُلْتُ بَلَى. قَالَ: فَأَخْرَجَ حَقًّا أَوْ سَفْطًا فَأَخْرَجَ مِنْهُ كِتَابًا فَقَرَأَهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا أَوْصَتْ بِهِ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَوْصَتْ بِحَوَائِطِهَا السَّبْعَةِ الْعَوَافِ

وَالدَّلَالِ وَالْبُرْقَةِ وَ الْمَيْبِ وَالْحَسَنَى وَالصَّافِيَةَ وَمَا لِأُمِّ إِبْرَاهِيمَ إِلَى عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَإِنْ مَضَى عَلِيٌّ فَإِلَى الْحَسَنِ فَإِنْ مَضَى الْحَسَنُ فَإِلَى الْحُسَيْنِ فَإِنْ مَضَى الْحُسَيْنُ فَإِلَى الْأَكْبَرِ مِنْ وُلْدِي. شَهِدَ اللَّهُ عَلَى ذَلِكَ وَالْمَقْدَادُ بْنُ الْأَسْوَدِ وَالرِّبِيزُ بْنُ الْعَوَّامِ وَ كَتَبَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ (كَلْبِي، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۸).

وجه دلالت روایت آن است که حضرت فاطمه زهرا علیها السلام هفت مکان از املاک خویش را وقف حضرت علی علیه السلام و بعد از وی وقف امام حسن مجتبی علیه السلام و بعد از وی وقف امام حسین علیه السلام و بعد از وی وقف بزرگترین فرزند باقیمانده خودش کرده است که همه آنان عمر محدودی داشته‌اند.

۵. صاحب جواهر نیز عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده، ۱) و خصوص روایت «الْوُقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يَقِفُهَا أَهْلُهَا» (کلبی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷) را دلیل صحت آن دانسته است.

۶. آیت الله حکیم، علاوه بر دلالت مکاتبه صفار، نظرش بر آن است که متیقن از معقد اجماع برگشت می‌کند به قواعدی که مقتضی صحت وقف منقطع است (حکیم، بی تا، ص ۳۵۸).

۷. آیت الله سید عبدالاعلی سبزواری معتقد است که در وقف منقطع مقتضی صحت موجود و مانع آن مفقود است. مقتضی صحت عبارت است از عمومات و اطلاقاتی که درباره صحت وقف وارد شده است و شامل وقف منقطع می‌گردد. مفقودبودن مانع بدان جهت است که چیزی که منع آن کند وجود ندارد؛ مگر آنکه گفته شود منافی تأیید است که در وقف معتبر است، در حالی که منافی با تأیید وقفی است که در آن زمان تعیین شده باشد؛ چراکه در وقف منقطع زمان تعیین نشده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص ۲۵).

۵-۲. نظر مختار

دیدگاه صحت وقف منقطع صحیح است و ادله‌ای که ذکر شده وافی به مقصود است، ولی علاوه بر آنها از برخی روایات دیگر نیز می‌توان به دست آورد که امام معصوم علیه السلام در مواردی وقف منقطع را تأیید فرموده است؛ مانند روایت حکم بن ابی عقیله:

عَنِ الْحَكَمِ بْنِ أَبِي عَقِيلَةَ قَالَ: تَصَدَّقَ أَبِي عَلَيَّ بِدَارٍ وَقَبَضْتُهَا ثُمَّ وُلِدَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ
 أَوْلَادٌ فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنِّي وَيَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِمْ. فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ ذَلِكَ
 وَأَحْبَبْتُهُ بِالْقِصَّةِ فَقَالَ: لَا تُعْطِهَا إِيَّاهُ. قُلْتُ: فَإِنَّهُ إِذَا يُحَاصِمُنِي! قَالَ: فَحَاصِمُهُ وَلَا
 تَرْفَعِ صَوْتَكَ عَلَى صَوْتِهِ» (كلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳).

این روایت را غالب فقها در بحث رجوع واقف به عین موقوفه بعد از قبض
 موقوف علیه مطرح و به آن استدلال نموده‌اند که واقف بعد از قبض موقوف علیه حق
 رجوع ندارد. علاوه بر آن، از سخن امام علیه السلام که فرمود: «لَا تُعْطِهَا إِيَّاهُ»، می‌توان این مسئله
 را استنباط کرد که وقف پدر بر پسرش «حکم» صحیح بوده است و چون وی قبض
 نموده است، پدر نمی‌تواند برگردد و آن را تصاحب کند؛ چراکه اگر چنین وقفی
 صحیح نبود، می‌فرمود باید به او برگردانی؛ چون چند مدت به تو داده و حالا می‌خواهد
 از تو بگیرد. ولی امام علیه السلام این را نفرمود.

ممکن است برخی برای عدم صحت آن به اجماع تمسک کنند، ولی چنین تمسکی
 صحیح نیست؛ زیرا اولاً با وجود این همه اقوال، اجماعی در بین نیست، ثانیاً اگر اجماعی
 هم باشد، چون اجماع دلیل لئی است باید به قدر متیقن آن که وقف موقت است اخذ
 گردد و فراتر از آن را شامل نمی‌گردد. آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز به این مطلب تصریح
 نموده است که اگر چنین اجماعی وجود داشته باشد، متوجه وقف موقت است که در
 آن مدت تعیین شده باشد، نه وقف منقطع (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷).

علاوه بر همه اینها، وقف منقطع به مانند وقف مطلق پدیده‌ای تازه و مسئله‌ای
 مستحدثه نیست، بلکه از سابق مطرح و مردم به مسائل آن مبتلا بوده‌اند. اگر چنین وقفی
 در دین اسلام صحیح نبوده است، در نصوص دینی ما ذکر می‌شد. چنین دلیلی وجود
 ندارد. بدین جهت دانسته می‌شود که وقف منقطع نوعی از وقف مورد پذیرش دین و
 عقلای عالم است.

۶. سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه

اختلاف اصلی فقها در مسئله عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه است که از آنان

چهار قول نقل شده است. پیش از نقل و بررسی اقوال فقها، اشاره به دو نکته ضروری است:

۱. این بحث مشترک است بین کسانی که وقف منقطع را صحیح می‌دانند و کسانی که اصل وقفیت آن را نپذیرفته، ولی نوعی حبس بودن آن را پذیرفته‌اند. بنا بر هر دو نظر، اقوال ذیل در آنها ساری و جاری است.

۲. تعیین تکلیف عین موقوفه بعد از انقراض موقوفه‌علیه، هم در وقف منقطع مورد بحث است و هم در بحث وقف مطلق. بدین جهت اختصاص به وقف منقطع ندارد. چون در وقف مطلق نیز اگر موقوفه‌علیه منقرض گردد، عین موقوفه بدون صاحب می‌ماند و فقها در آنجا نیز این بحث را دارند که عین موقوفه به کجا برگشت می‌کند.

۶-۱. دیدگاه‌های فقهای شیعه

چهار قول از فقها در سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوفه‌علیه نقل شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۰۲؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۰۲؛ خوبی، بی‌تا الف، ج ۵، ص ۲۳۵):

۶-۱-۱. دیدگاه اول

عین موقوفه بعد از انقراض موقوفه‌علیه در ملک واقف باقی می‌ماند، در صورتی که واقف زنده باشد. اما اگر وفات کرده باشد، به ملک وارثان وی منتقل می‌گردد.

برخی از فقهای عظام (برای نمونه نک. شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص ۵۴۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۳۸۸؛ علامه حلی، بی‌تا، ص ۴۳۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۷۹؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۰۴؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۹) از قائلان این گفتارند.

ادله این قول عبارت است از:

۱. وقف واقف در حقیقت وقف و یا وقف مؤبد نیست، بلکه نوعی حبس است تا زمان انقراض موقوفه‌علیه. بدین جهت، عین موقوفه به‌طور کل از ملکیت واقف خارج نشده بود تا نیاز به بازگشت باشد. آیت‌الله خوبی در بحث بیع وقف منقطع فرمود که بیع و شراء عین موقوفه (در وقف منقطع) منافاتی با وقفیت ندارد. چون این عمل واقف در

واقع جعل سُکنی و منفعت برای موقوف علیهم است، نه اینکه رقبه را تملیک آنان کرده باشد و بنابراین رقبه در ملک واقف باقی است. بعد از آن فرموده است که ممکن است ادعا شود مفهوم وقف منصرف از وقف منقطع است، در نتیجه ادله‌ای که بیع وقف را منع می‌کنند، شامل وقف منقطع نمی‌شوند (خوبی، بی‌تالف، ج ۵، ص ۲۳۶).

۲. وقتی عینی به افراد معین وقف و یا حتی حبس شده باشد، تخطی از آن و سرایت به دیگران بنابر روایت امام حسن عسکری علیه السلام که فرمود: «الْوَقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يَقِفُهَا أَهْلِهَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷) جایز نیست (علامه حلی، بی‌تا، ص ۴۳۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۳).

۳. شیخ طوسی ادعای استصحاب نمود و فرمود: «والأصل بقاء الملك عليه أو على ولده» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص ۵۴۴).

۴. برخی (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۷۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۹) به روایت جعفر بن حیان استدلال کرده‌اند که در فرازی از آن آمده است: «فَإِذَا انْقَطَعَ وَرَثَتُهُ وَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ كَانَتْ الثَّلَاثُمِائَةِ دَرَاهِمٍ لِقَرَابَةِ الْمَيِّتِ تُرَدُّ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنَ الْوَقْفِ...» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۵) و دلالت دارد بر اینکه بعد از انقراض موصی له و وارثان وی، اصل مال به ملک واقف برمی‌گردد و بین اقربای وی تقسیم می‌گردد.

۶-۱-۲. دیدگاه دوم

عین موقوفه بعد از وقف از ملک واقف بیرون می‌رود و داخل ملک موقوف علیه می‌شود، منتهی به صورت ملک متزلزل، نه مستقر؛ اما بعد از مرگ و انقراض موقوف علیه به ملک ورثه آنان منتقل نمی‌شود، بلکه اگر واقف زنده باشد، به ملک واقف برمی‌گردد، اگر واقف مرده باشد به ملک ورثه مالک برمی‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۷۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۳۸۸؛ صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۶۱؛ امام خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۶۴).

تفاوت این قول با قول اول آن است که در قول اول هیچ‌گاه عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی‌شود و همیشه در ملک او باقی است، ولیکن مدتی در حبس شخص یا اشخاص قرار گرفته که از منفعت آن استفاده می‌کردند. اما بنا بر قول دوم، بعد از وقف

واقف عین از ملک او خارج و در ملک موقوف علیه به صورت متزلزل قرار می‌گیرد، ولی بعد از مرگ موقوف علیه از ملک آنان خارج و دوباره به ملک واقف برمی‌گردد. دلیل این قول آن است که عین موقوفه هیچ‌گاه به‌طور کامل و به‌صورت مستقر به ملک موقوف علیه وارد نشده بود تا بعد از انقراض آنان به ملک وارثان آنان منتقل گردد. ملکیت آنان متزلزل بود و با انقراض شان به‌جای خود برمی‌گردد. استصحاب نیز همین حکم را ثابت می‌کند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۲۰؛ صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۵۸).

۳-۱-۶. دیدگاه سوم

عین موقوفه بعد از وقف از ملک واقف کلاً بیرون رفته و به‌طور مستقر داخل ملک موقوف علیه می‌شود. موقوف علیه از ابتدای وقف آن را مالک می‌شوند. بدین جهت بعد از انقراض موقوف علیه، عین موقوفه به ملک وارثان صاحبان وقف منتقل می‌گردد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۵۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۵).

دلیل اصلی این قول آن است که با وقف واقف، عین موقوفه از ملک او خارج می‌گردد و بازگشت به ملک وی بعد از انقراض موقوف علیه نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی وجود ندارد (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۵).

۴-۱-۶. دیدگاه چهارم

عین موقوفه بعد از وقف از ملک واقف بیرون می‌رود و داخل ملک موقوف علیه می‌شود، منتهی به‌صورت ملک متزلزل. به این معنا، بعد از مرگ و انقراض موقوف علیه به ملک ورثه آنان منتقل نمی‌شود، بلکه صرف امور خیریه می‌گردد (یصرف فی وجوه البرّ). در این صورت، اگر وقف دارای متولی برگزیده واقف باشد، تمشیت امور آن با متولی است و اگر متولی برگزیده واقف وجود ندارد، اختیار آن با حاکم شرع و ولی امر مسلمانان است (ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹۹). علامه حلی در کتاب مختلف، به این قول متمایل شده و فرموده است: «ولا بأس بقول ابن زهرة، لانتقال الوقف عن الواقف وزوال ملكه عنه» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۳۰۵).

دلیل این قول آن است که بعد از وقف واقف، عین موقوفه از ملک وی منتقل و از وی زائل شده است و بدین جهت دیگر به ملک وی بر نمی‌گردد. از جانب دیگر، به صورت مستقر داخل در ملک موقوف علیه نیز نشده است و آنان در حیات شان تنها حق منفعت داشته‌اند، نه حق مالکیت. از این روی بعد از انقراض موقوف علیه، در وقف باقی می‌ماند و چون موقوف علیه معینی ندارد، در امور خیریه مصرف می‌گردد (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۷۵).

البته غیر از اقوال فوق‌الذکر، برخی (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۵) در برگشت مال به ملک واقف و ورثه وی، یا به ملک موقوف علیه و ورثه آنان تردید نموده‌اند و منشأ تردید آنان این است که آیا عمل واقف، یعنی وقف، صحیح بوده است، یا وقف نبوده، بلکه عُمری بوده است.

۲-۶. بررسی و نقد دلایل ارائه‌شده

۱-۲-۶. نقد دیدگاه اول

اشکال این دیدگاه مبنایی است؛ یعنی چون صاحبان این دیدگاه اصل وقف منقطع را نپذیرفته و عمل واقف را نوعی حبس دانسته‌اند، بدین جهت فرموده‌اند که عین موردنظر از ملک واقف خارج نشده بود تا نیاز به بازگشت داشته باشد. پاسخ این دیدگاه آن است که وقف منقطع چون زمان در آن قید نشده است، به مانند وقف مؤبد است که با عمل واقف از ملک وی خارج می‌شود. ابن‌ادریس به درستی در رد آن فرمود:

نه اتفاق و اجماعی در این قول وجود دارد و نه اخبار و نصوصی در این خصوص وارد شده است تا با استناد به آنها گفته شود عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه در ملک واقف باقی می‌ماند. دیگر اینکه شما گفتید اصل آن است که مال در ملک واقف باقی بماند، در حالی که اصل آن است که مال در وقف باقی بماند؛ چون مدتی وقف بوده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۶). بدین جهت، معنا ندارد که بعد از وقف و خروج عین موقوفه از ملک واقف، گفته

شود که ملکیت واقف به حال خود باقی است. البته بنابر نظر آنهایی که وقف منقطع را نوعی حبس می‌دانند، نه وقف، قول‌شان به بقای عین موقوفه در ملک واقف توجیه‌پذیر است، ولی بنابر اینکه وقف منقطع به مانند وقف مطلق حقیقتاً وقف است و فرض مسئله نیز همین است، هیچ توجیهی برای قول اول پذیرفته نیست؛ چون با وقف واقف، یا عین موقوفه کلاً از ملکیت خارج می‌گردد (مانند وقف مسجد که در ملک هیچ کسی نیست) و یا از ملکیت خارج نمی‌شود، ولی از ملک واقف خارج می‌شود (مانند سایر وقف‌های خاص).

اما استناد به روایت جعفر بن حیان، هم از جهت سند و هم از جهت دلالت، با مشکل رو برو است؛ از جهت سند، با اینکه اصل روایت در منابع اربعه شیعه نقل شده است، از اضطراب نام راوی رنج می‌برد. در کتاب الکافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۵) از جعفر بن حیان روایت شده، ولی در سه منبع روایی شیعه از جعفر بن حیان (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۴۲؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۹۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۱۳۳) روایت شده است؛ در حالی که نام جعفر بن حیان با اینکه در منابع رجالی وارد شده است، نه مدحی از او شده و نه از وثاقتش چیزی گفته شده است. نهایت چیزی که درباره او می‌توان گفت آن است که وی امامی بوده است. اما نام جعفر بن حنان اصلاً در منابع رجالی ذکری از وی به میان نیامده است. بدین جهت استدلال به این روایت تام نیست (خویی، بی‌تالیف، ج ۵، ص ۲۱۴). به همین جهت رجال‌شناسانی که وی را از اصحاب امام موسی کاظم علیه السلام، منتهی واقفی، دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۳۳؛ نفرشی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۴۲) و یا مثل آیت‌الله خویی که وی را از اصحاب امام صادق علیه السلام معرفی کرده است (خویی، بی‌تاب، ج ۵، ص ۳۴) از وی توثیقی به عمل نیاورده‌اند و حتی برخی وی را ضعیف دانسته‌اند (حائری مازندرانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۴۳).

به هر روی، تنها امامی بودن و یا اینکه از اصحاب امام علیه السلام باشد، برای پذیرش روایت راوی کافی نیست، بلکه باید وثاقت وی نیز تأیید گردد. اما درباره جعفر بن حیان، یا حنان، چنین اتفاقی نیفتاده است.

از جهت دلالت، این بخش از روایت که فرمود: «وَأَوْصَى لِرَجُلٍ وَلِعَقِبِهِ مِنْ تِلْكَ الْعُلَّةِ

لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَرَابَةٌ إِلَّا لِيَأْتِيَهِمْ فِي كُلِّ سَنَةٍ» دانسته می‌گردد که این عمل ربطی به وقف ندارد، بلکه مربوط به وصیت است. مسئله وصیت با وقف تفاوت دارد؛ زیرا در وصیت این بحث پذیرفته شده است که اگر کسی مالی را معین و وصیت کند که در هر سال مقداری از آن را به شخصی بدهند و اگر وفات کرد به وارثان وی دهند، باید به وصیت او تا زمانی که آن شخص و یا بازماندگان وی منقرض نشده‌اند عمل گردد و هرگاه کسی از آنان باقی نماند، مال به وصیت‌کننده برمی‌گردد و اگر وفات کرده باشد، به وارثان وی برمی‌گردد، ولی در وقف این گونه نیست.

۲-۲-۶. نقد دیدگاه دوم

اولاً با وقف واقف، عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌گردد و دلیلی که ثابت کند بعد از انقراض موقوفه‌علیه به ملک واقف برگردد وجود ندارد. ثانیاً تمسک به اصل استصحاب بی‌مورد است، چون استصحاب اصل عملی است و اصل عملی در جایی قابل اجرا است که شک و تردید در بین باشد. در وقف منقطع تردیدی در بین نیست. بر فرض جای اصل باشد، باید وقفیت عین، استصحاب شود، نه ملکیت واقف.

۲-۲-۶. نقد دیدگاه سوم

صاحب جواهر در ردّ این دیدگاه فرمود: «چون موقوفه‌علیه از ابتدا به صورت متزلزل عین موقوفه را تملک کرده بود، بدین جهت هیچ‌گاه در ترکه وی وارد نشده است تا مشمول ادله ارث گردد و وارثان موقوفه‌علیه بخواهند آن را از بابت ارث تملک کنند» (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۵۹). همچنین برخی فقها (علامه حلی، بی‌تا، ص ۴۳۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۳۰) به گونه‌ای دیگر فرموده‌اند که تنها در وقف مؤبد ملکیت وقف به صورت مستقر به موقوفه‌علیه انتقال پیدا می‌کند، اما در وقف منقطع، موقوفه‌علیه به صورت متزلزل مالک عین موقوفه می‌شود و بعد از انقراض آنان، عین موقوفه از ملک آنان خارج می‌گردد. بدین جهت معنا ندارد که به ملک وارثان آنان منتقل گردد.

علاوه بر آن، با توجه به اینکه در جای خود ثابت شد (واردی، ۱۳۹۶، صص ۸۰-۵۷) که ماهیت وقف به گونه‌ای است که اقتضای استمرار وقفیت و عدم تغییر و تبدیل به هر شکل

ممکن را دارد، ایستایی آن در اشخاص معین، با انگیزه اصلی واقف سازگار نیست. اگر قصد واقف تملیک موقوف علیه و وارثان وی بود، می توانست بدون قصد وقف (از راه هبه و امثال آن) این کار را انجام دهد و چون پای وقف به میان آمده، دانسته می شود که نظر واقف بر ملکیت مستقر موقوف علیه نبوده است تا با آن هر کاری خواستند انجام دهند، بلکه نظرش ملکیت موقوف علیه به طور متزلزل تا زمان حیاتش است تا بعد از وفات و انقراض وی در مسیر دیگری به وقفیت خود ادامه دهد.

۴-۲-۶. نقد دیدگاه چهارم

شیخ طوسی در نقد این قول فرمود: «برگشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوف علیه به وجوه بزر نیاز به دلیل دارد و در شرع چنین دلیلی وجود ندارد» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ الف، ج ۳، ص ۵۴۴). وی در کتاب دیگرش نیز برگشت به وجوه بزر را بی دلیل دانسته و فرموده است که روایات اصحاب شاهد بر این قول است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ اق، ج ۳، ص ۲۹۳)؛ یعنی اصحاب که این بحث را مطرح کرده اند، دلیلی برای آن نیافته اند. آخوند خراسانی نیز این قول را بدین جهت رد کرده است که واقف تنها موقوف علیه را قصد کرده بود که منقرض شده اند و موقوف علیه دیگر مورد نظر وی نبوده است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ اق، ص ۳۵). گرچه این دیدگاه قائلان زیادی ندارد، ولیکن به نظر می رسد با توجه به قصد واقف، از نظر فقهی توجیه پذیر است. از این رو در نظر مختار ادله آن را بیان خواهیم نمود.

۵-۲-۶. نظر مختار

سه دیدگاه اول از اقوال چهارگانه بر اساس نقدهایی که بر آنها وارد است، تام و مورد قبول نیستند که مورد اشاره قرار گرفتند. از جانب دیگر، هنگامی که موقوف علیه منقرض گردد و عین موقوفه، نه به ملک وارثان واقف و نه وارثان موقوف علیه منتقل نشود، بی صاحب می ماند؛ ولی همان گونه که برخی از فقهای عظام فرموده اند، ملک بی مالک محال است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ اق، ج ۱، ص ۲۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ اق، ج ۱، ص ۴۴۹)، پس باید عین موقوفه دارای مالک باشد. اما بحث اصلی آن است که چه کسی می تواند

مالک آن قرار گیرد. باید پذیرفت که تنها یک راه برای مالک داشتن آن می ماند و آن همان است که ابن زهره فرموده است: «یصرف فی وجوه البر»؛ یعنی وقفیت آن استمرار پیدا کرده و از موقوف علیه قبلی که منقرض شده اند به موقوف علیه بعدی که به اهداف واقف نزدیک اند انتقال پیدا کند. بی تردید این دیدگاه با روایتی که در قول اول به آن استناد شده بود: «الْوُقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يَقِفُهَا أَهْلُهَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷) قابل جمع است؛ چون با صرف موقوفه در وجوه بر، قصد واقف در وقف کردن مالش تداوم پیدا می کند و به قول ابن زهره، به قصد واقف نزدیک تر است. دلیلی هم بر نفی این دیدگاه وجود ندارد. اما ادله این دیدگاه عبارتند از:

۱. از نظر عقلی، همان گونه که ابن زهره فرموده است، این حکم به قصد واقف نزدیک تر است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹۹)؛ چون از یک سو واقف نمی خواست مال خود را به طور مستقر تملیک موقوف علیه کند و قصد او تنها بهره مندی موقوف علیه از منافع عین موقوفه بود. در غیر این صورت، موقوف علیه حق داشت در عین موقوفه تصرف مالکانه کند. مثلاً آن را بفروشد، هبه کند، و یا صلح کند؛ در حالی که واقف چنین حقی را برای آنان قائل نگردیده است. از سوی دیگر، مالش را وقف کرده و در وقف محدودیتی قائل نگردیده است؛ گرچه در موقوف علیه محدودیت ایجاد کرده است. بدین جهت با انقراض موقوف علیه وقف قطع نمی شود و به وقفیت خود باقی است.

۲. از نظر روایی، روایت عجلان ابی صالح (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۹) که پیش از این به مناسبتی مورد اشاره قرار گرفت، می تواند دلیل این قول باشد. وجه دلالت آن، جمله «فَإِذَا انْقَرَضُوا فَهِيَ عَلَى ذِي الْحَاجَةِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ» است، که امام علیه السلام فرمود بعد از انقراض موقوف علیه، در راه مسلمانان نیازمند هزینه شود. گرچه این روایت درباره وقف مؤبد است، ولی چون وقف منقطع از تمام جهات مانند وقف مؤبد است و تفاوت شان تنها در ابدیت و یا انقطاع موقوف علیه است، بدین لحاظ هنگامی که موقوف علیه در وقف منقطع منقرض گردد، بر آن نیز تطابق پیدا می کند.

۳. استصحاب وقفیت نیز می‌تواند دلیل دیگر این قول باشد. کما اینکه ابن‌ادریس در ردّ قول شیخ طوسی به آن اشاره کرده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۶۶).

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه وقف منقطع از جهات گوناگون مانند وقف مؤبد و مطلق است و تنها تفاوت‌شان در ابدیت و انقطاع موقوف‌علیه است، بدین جهت ادله مشروعیت وقف مطلق، شامل وقف منقطع نیز می‌گردد؛ زیرا وقف منقطع حقیقتاً وقف است. آن تعداد از فقها که وقف منقطع را به خاطر ابدی‌نبودن وقف باطل دانسته‌اند، گفتارشان با وقف مطلق (که موقوف‌علیه بر اثر بیماری، سیل، زلزله و... دچار انقراض گردند) نقض می‌گردد؛ چون در چنین مواردی با انقراض موقوف‌علیه وقف نیز (به‌زعم آنان) به پایان می‌رسد، در حالی که کسی منکر وقفیت آن نشده است.

اما دیدگاه آن دسته از فقها که عمل واقف را از باب غیروقف، مثل حبس، صحیح دانسته‌اند، نه از باب وقف منقطع، پاسخ‌شان آن است که اولاً واقف قصد وقف داشت، نه قصد حبس و عُمری و امثال ذلک و بدین جهت قصد واقف با آنچه که در خارج محقق شده، تطابق پیدا نمی‌کند و به قول فقها «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد». واقف اینها را قصد نکرده بود. مگر آنکه دلیل و قرآنی در بین باشد که واقف چنین قصدی داشته است که در آن صورت از بحث وقف بیرون است. ثانیاً عمل واقف از باب حبس و عُمری صحیح باشد یا نباشد، ربطی به بحث ما ندارد. بحث در وقف منقطع است و بحث حبس خارج از مباحث وقف است. بدین روی نباید این دو پدیده را در یکدیگر داخل کرد. بنابراین در وقف منقطع بیشتر از دو دیدگاه صحت و بطلان، دیدگاه دیگری وجود ندارد.

اما درباره سرنوشت عین موقوفه بعد از انقراض موقوف‌علیه، با اینکه از فقهای شیعه چهار دیدگاه نقل شده است، بی‌تردید سه دیدگاه اول آنان به خاطر ایرادات مبنایی قابل‌پذیرش نیست؛ چون دیدگاه اول بر این مبنا بود که عمل واقف، وقف نباشد، در حالی که ثابت شد عمل وی وقف است و چون وقف است، بعد از انشای وقف، مال از

ملک وی بیرون می‌رود و دیگر بر نمی‌گردد. اگر ثابت شود که وقف نبوده، از بحث خارج است.

اما دیدگاه دوم نیز بدین جهت قابل پذیرش نیست که با وقف واقف، عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌گردد و وارثان وی، چه در حیاتش و چه در مماتش، بیگانه از عین موقوفه هستند. اما دیدگاه سوم نیز تام نیست؛ چون واقف اگر قصد تملیک مستقر موقوفه را داشت، می‌توانست از راه دیگر، مثل هبه، این کار را انجام دهد. همین که مال خود را وقف کرد، دانسته می‌شود که افق بلند و ادامه‌داری را در نظر داشته است. به همین روی، تملک موقوفه علیه بر عین موقوفه نمی‌تواند به‌طور مستقر باشد؛ بلکه لرزان و متزلزل و منتظر انقراض موقوفه علیه است، تا در گونه دیگر به حیات خود ادامه دهد.

اما دیدگاه چهارم که معروف به دیدگاه ابن‌زهیره و عبارت از آن است که عین موقوفه بعد از انقراض موقوفه علیه در وجوه بزرگ (راه‌های خیر) مصرف گردد، گرچه قائلان فراوانی بین فقها ندارد، ولی منطقی‌تر و معقول‌تر است و بدین لحاظ قول مختار قرار گرفته است؛ زیرا اولاً از جهت عقلی به قصد واقف نزدیک‌تر است، ثانیاً از نظر روایی، روایت عجلان ابی‌صالح بر آن دلالت دارد، و ثالثاً بعد از انقراض موقوفه علیه استصحاب وقفیت جاری می‌گردد. علاوه بر این، قاعده اهم و مهم نیز با این دیدگاه سازگار است.

البته راه‌های خیرگونه‌های پُرشماری دارد که استمرار وقفیت عین برای مستمندان جامعه و یا ترویج دین، به قصد واقف نزدیک‌تر و برای بهره‌مندی وی از پاداش اخروی آن سودمندتر است.

بنابر این دیدگاه، اگر متولی‌ای که از جانب واقف تعیین شده باشد وجود دارد، امور وقف در راه‌های خیر را وی تصدی‌گری می‌کند و در غیر این صورت، اختیار با ولی فقیه و حاکم مسلمانان است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۱۳ق). کتاب فی الوقف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. آل عصفور بحرانی، 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.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۵. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمی الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۶. ابن سعید حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائح (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.
۷. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۳۶۶). تحرير الوسيلة (چاپ ششم). تهران: مکتبه اعتماد الکاظمی.
۹. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). کتاب البيع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۱۰. تراپی شهرضایی، اکبر. (۱۳۹۸). بازنگری ادله مشروعیت وقف موقت. دوفصلنامه علمی- پژوهشی تا اجتهاد، ۳(۵)، صص ۲۶-۵.
۱۱. تستری، اسدالله کاظمی. (بی تا). مقابس الأنوار ونفائس الأسرار (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۲. تفرشی، سید مصطفی بن حسین حسینی. (۱۴۱۸ق). نقد الرجال (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۱۳. حائری طباطبائی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه السلام.
۱۴. حائری مازندرانی، محمد بن اسماعیل. (۱۴۱۶ق). منتهی المقال فی أحوال الرجال (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه السلام.
۱۵. حکیم، سید محسن طباطبائی. (بی تا). نهج الفقاهة (چاپ اول). قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۶. خوانساری، محمد امامی. (بی تا). الحاشیة الثانية على المكاسب (چاپ اول). بر اساس نسخه نرم‌افزار جامع فقه اهل‌ال‌بیت علیه السلام.
۱۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (چاپ بیست و هشتم). قم: نشر مدینة العلم.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی تا الف). مصباح الفقاهة. بر اساس نسخه نرم‌افزار جامع فقه اهل‌ال‌بیت علیه السلام.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی تا ب). معجم رجال‌الحديث و تفصیل طبقات الرجال. بر اساس نسخه نرم‌افزار جامع فقه اهل‌ال‌بیت علیه السلام.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسة المنار.
۲۱. سلار دلمی، حمزة بن عبد‌العزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة والأحكام النبویة (چاپ اول). قم: منشورات الحرمین.
۲۲. سیوری حلی، فاضل مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت‌ال‌إرشاد (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة‌الدمشقیة (المحشى: کلاتر، چاپ اول). قم: کتاب‌فروشی داوری.
۲۵. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک‌ال‌أفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف‌ال‌إسلامیة.
۲۶. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب‌المکاسب (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ‌اعظم انصاری.
۲۷. شیخ حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل‌الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه السلام.

۲۸. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
۳۰. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الكتب الإسلامیة.
۳۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق الف). الخلاف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق ب). تهذیب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب الإسلامیة.
۳۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). رجال الشیخ الطوسی: الأبواب (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۵. صاحب جواهر، محمد حسن. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۶. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). بیروت: دار الهادی.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق الف). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق ب). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (بی تا). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت.

۴۱. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۴ق). تفصیل الشریعة: الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۳. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۴. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة: کتاب البیع (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۶. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۴۷. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (چاپ اول). تهران: مؤسسه کیهان.
۴۹. نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. واردی، سید تقی. (۱۳۹۶). اقتضای ماهیت وقف بر جایز نبودن تغییر و تبدیل آن. مجله فقه، ۲۴(۹۱)، صص ۸۰-۵۷.
۵۱. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (بی تا). تکملة العروة الوثقی (چاپ اول). قم: کتاب فروشی داوری.

References

* The Holy Quran.

1. Akhund Khorasani, M. (1413 AH). *Kitab fi al-Mawquf*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
2. Al-Asfur Bahrani, Y. (1405 AH). *al-Hada'eq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
3. Allama Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhan ila Ahkam al-Iman*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
4. Allama Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Shariah*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
5. Allama Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
6. Allama Heli, H. (n.d.). *Tadkirah al-Foqaha*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute.
7. Fadhil Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Romouz fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. (3rd ed.). 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'id*. (1st ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]
9. Fazel Lankarani, M. (1424 AH). *Tafsil al-Shariah: al-Waqf, al-Wasiyah, al-Iman va al-Nozour, al-Kafarat, al-Said*. (1st ed.). Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Arabic]
10. Haeri Mazandarani, M. (1416 AH). *Muntaha al-Maqal fi Ahwal al-Rijal*. (1st e.d). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
11. Haeri Tabatabaei, S. A. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
12. Hakim, S. M. (n.d.). *Nahj al-Faqahah*. (1st ed.). Qom: 22 Bahman Publications.
13. Ibn Fahd Heli, J. (1407 AH). *Al-Muhazab al-Bari fi Sharh al-Mukhtasar al-nafi'*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]

14. Ibn Hamza Tusi, M. (1408 AH). *al-Wasilah ila Neil al-Fadilah*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
15. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Saraer Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
16. Ibn Saeed Heli, Y. (1405 AH). *al-Jame' le al-Shara'e*. (1st ed.). Qom, Sayyid al-Shuhada Al-Ilmiyah Institute. [In Arabic]
17. Ibn Zahra Halabi, H. (1417 AH). *Qaniyah al-Nozou ila Ilmi al-Usul va al-Forou*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
18. Imam Khomeini, S. R. (n.d.). *Kitab al-Bay'*. (1st ed.). Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works.
19. Imam Khomeini, Sayyid Ruhollah Mousavi. (1987). *Tahrir al-Waseela*. (6th ed.). Tehran: Etemad Al-Kazemi School. [In Arabic]
20. Kashif al-Ghetta ', H. (1422 AH). *Anwar al-Fiqahah: Kitab al-Bay'*. (1st ed.). Najaf: Kashif Al-Ghetta Institute. [In Arabic]
21. Khansari, M. E. (n.d.). *al-Hashiyah al-thaniyah ala al-Makasib*. (1st ed.). Based on the comprehensive software version of Ahl al-Bayt jurisprudence.
22. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqahah*. Based on the comprehensive software version of Ahl al-Bayt jurisprudence.
23. Khoei, S. A. (n.d.). *Mujam Rijal al-Hadith va Tafsil Tabaqat al-Rijal*. Based on the comprehensive software version of Ahl al-Bayt jurisprudence.
24. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
25. Mirza Qomi, A. (1413 AH). *Jame' al-Shatat fi Ujubah al-Su'alat*. (1st ed.). Tehran: Keyhan Institute. [In Arabic]
26. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram*. (2nd ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]
27. Mousavi Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (28th edition). Qom: Madinah al-Ilm Publication. [In Arabic]
28. Mohaqiq Thani, A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. (2nd ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
29. Naeini, M. M. (1413 AH). *al-Makasib va al-Bay'*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]

30. Sabzwari, S. A. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
31. Sahib Jawaher, M. H. (n.d.). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
32. Sallar Daylami, H. (1404 AH). *al-Marasim al-Alawiyah va al-Ahkam al-Nabawiyah*. (1st ed.). Qom: al-Haramain Publications. [In Arabic]
33. Shahid Awal, M. (1414 AH). *Qayat al-Murad fi Sharh Nokat al-irshad*. (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
34. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Rawdah Al-Bahiyya fi Sharh Al-Loma'a Al-Damashqiya* (Al-Mahshi: Kalantar, 1st ed.). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
35. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih shara'e al-Islam*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
36. Sheikh Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. (1st ed.). Qom: International Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
37. Sheikh Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
38. Sheikh Mufid, M. (1413 AH). *Al-Muqnea* (1st ed.). Qom: Sheikh Mofid International Congress. [In Arabic]
39. Sheikh Saduq, M. (1413 AH). *Man la Yahdar al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
40. Sheikh Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed.). Tehran: al-Maktabah al-Murtazaviyah le Ihya al-Athar al-Jafariyah. [In Arabic]
41. Sheikh Tusi, M. (1390 AH). *al-Istibsar fima Ikhtalaf min al-Akhbar*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
42. Sheikh Tusi, M. (1407 AH b). *Tahdhib al-Ahkam*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
43. Sheikh Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khelaf*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
44. Sheikh Tusi, M. (1427 AH). *Rijal Sheikh Al-Tusi: al-Abwab*. (3rd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]

45. Simari, M. (1420 AH). *Qayat al-Maram fi Sharh Shara'e al-Islam*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Hadi.
46. Sivari Heli, F. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le Mukhtasar al-Shara'e*. (1st ed.). Qom, Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
47. Tafreshi, S. (1418 AH). *Naqd al-Rijal*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
48. Testari, A. (n.d.). *Maqa'eis Al-Anwar va Nafais Al-Asrar*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute.
49. Torabi Shahrezaei, A. (1398 AP). An Examination of the legitimacy of the temporary endowment. *Bi-Quarterly Journal of Scientific-Research of Ijtihad*, 3(5), pp. 5-26. [In Persian]
50. Waredi, S. T. (1396 AP). The necessity of the nature of the endowment on the impermissibility of change and conversion. *Journal of Jurisprudence*, 24(91), pp. 57-80. [In Arabic]
51. Yazdi, S. M. K. (n.d.). *Takmilah al-Urwat al-Wosqa*. (1st ed.). Qom: Davari Bookstore.



Research Article

A Critical Examination of Ruling of Polygamy

Mahnaz Dehghani¹

Mohammad Jafar Sadeghpour²

Received: 30/04/2020

Accepted: 08/08/2021

Abstract

Imamiyah jurists do not agree on one theory for the ruling of marrying multiple wives, or in other words, polygamy, and have different views. Some have believed in polygamy as a recommended action and some have believed in its absolute permissibility, while others have restricted the ruling of permissibility from the subject matter, or made it conditional. At the same time, some have insisted on considering polygamy as Makruh and some have concluded and considered it Haram by referring to religious texts. Surprisingly, this situation has not caused researchers and thinkers in the field of jurisprudence and law to study the above issue in a comprehensive and independent manner, but the research literature on this issue mainly deals with issues other than its Shari'a ruling. However, the dramatic differences in the area of the ruling, on the one hand, and the important scientific and social implications that arise on the other, necessitate a careful examination of the ruling. Therefore, this paper, while taking advantage of the efforts of the past using library resources and with a descriptive-analytical approach, tries to fill this fundamental gap, which results in proving the absolute permissibility of polygamy. However, the authors believe that the principle of monogamy can be considered as a basic principle in the Islamic jurisprudential system.

Keywords

Monogamy, marrying multiple wives, remarriage, polygamy.

1. Professor of Al-Zahra University, Qom, Iran (corresponding author). qonchel1356@yahoo.com.

2. Researcher of the Office of Jurisprudential Studies of Forensic Medicine and Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahrekord University, Iran. jafar.samen.1367@gmail.com.

* Dehghani, M., & Sadeghpour, M. J. (1400 AP). A Critical Examination of Ruling of Polygamy. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 151-177. Doi: 10.22081/jf.2021.57070.2042.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.



مقاله پژوهشی

جستاری انتقادی در حکم تعدد زوجات

مهناز دهقانی^۱ محمدجعفر صادق پور^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۱

چکیده

فقیهان امامیه در خصوص حکم چندهمسری، یا به تعبیر دیگر، تعدد زوجات، بر یک نظریه نیستند و دیدگاه‌های مختلفی ارائه داده‌اند؛ برخی معتقد به استحباب چندهمسری شده و عده‌ای قائل به اباحه مطلق آن شده‌اند، گروهی نیز حکم اباحه را از ناحیه موضوع تقیید کرده، یا به شروطی منوط ساخته‌اند. در عین حال، عده‌ای بر کراهت تعدد زوجات پای فشرده و برخی نیز حرمت آن را با مراجعه به نصوص شرعی نتیجه گرفته‌اند. شگفتا که این وضعیت موجب نشده پژوهش‌گران و اندیشمندان عرصه فقه و حقوق، موضوع فوق را به‌طور مبسوط و مستقل واکاوند، بلکه ادبیات پژوهشی حول این مسئله عمدتاً ناظر بر مسائلی غیر از حکم شرعی آن است. این در حالی است که اختلاف شگرف موجود در ناحیه حکم مسئله از یک سو، و آثار علمی و اجتماعی مهمی که بر آن مترتب است از سوی دیگر، بررسی دقیق حکم آن را ضرورت می‌بخشد. از همین رو، این نوشتار ضمن بهره‌گیری از تلاش‌های گذشتگان با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با رویکردی توصیفی-تحلیلی، درصدد ترمیم این خلأ اساسی برآمده که حاصل آن اثبات اباحه مطلق تعدد زوجات است. با این وجود، نگارندگان معتقدند می‌توان اصل تک‌همسری را به‌عنوان اصلی اساسی در نظام فقهی اسلام تلقی نمود.

کلیدواژه‌ها

تک‌همسری، تعدد زوجات، ازدواج مجدد، چندهمسری.

qonchel1356@yahoo.com

۱. استاد جامعة الزهراء (ع.ا.س.م)، قم، ایران (نویسنده مسئول).

۲. پژوهشگر دفتر مطالعات فقهی پزشکی قانونی و استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهرکرد، ایران.

jafar.samen.1367@gmail.com

* دهقانی، مهناز؛ صادق پور، محمدجعفر. (۱۴۰۰). جستاری انتقادی در حکم تعدد زوجات. فصلنامه علمی-پژوهشی

فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۱۵۱-۱۷۷.

Doi: 10.22081/jf.2021.57070.2042.

مقدمه

تعدد زوجات به معنای چندتن بودن همسران یک مرد در یک زمان، ریشه‌ای کهن در میان جوامع گوناگون مختلف بشری و ادیان پیش از اسلام دارد. این مسئله در اجتماع‌های گوناگون امر مناسبی شمرده می‌شد و میان اغلب ملت‌های گذشته نیز رواج داشت. گرچه تعدد زوجات در مسیحیت ممنوع دانسته شده، اما در ادیان زرتشت و یهود و همچنین در آیین‌های هندو و بودا تجویز شده است. در ایران و همچنین در میان عرب قبل از اسلام نیز چندهمسری رایج بوده است (دورانت، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵۰؛ لوبون، بی‌تا، ص ۴۹۶؛ باجوری، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۴۴). در فقه اسلامی نیز با توجه به برخی نصوص شرعی، سخن از چندهمسری به میان آمده است. ظاهراً تاکنون چنین پنداشته شده که حکم تعدد زوجات در فقه اسلامی روشن است و از همین رو در این زمینه پژوهش استواری سامان نگرفته است، اما حقیقت چیز دیگری است؛ زیرا علاوه بر اینکه برخی از دانشیان با استناد به آیات قرآن معتقد به حرمت تعدد زوجات در شریعت اسلامی شده‌اند، اساساً موضع دقیق عموم فقیهانی هم که معتقد به مشروعیت آن شده‌اند روشن نیست؛ چه اینکه بایستی روشن شود آنان گزیدن چند همسر را مباح می‌دانند؟ یا مستحب؟ و یا مکروه؟ با مراجعه به آراء فقها می‌توان برای هر یک از این انگاره‌ها طرفدارانی یافت. بر این پایه، ضروری است با دقت در نصوص شرعی و آراء فقها، به واکاوی حکم دقیق تعدد زوجات پرداخته شود. اما پیش از پرداختن به این مهم، شایسته است به سه نکته اساسی توجه نمود:

۱. مراد از تعدد زوجات در اینجا، گزیدن چند همسر آزاد با عقد دائم توسط یک مرد است. لذا بدیهی است که تعدد ازدواج بدون اینکه مرد در زمان واحد دارای همسران متعدد باشد، یا تعدد همسران متعه‌ای یا ازدواج با کنیزان متعدد، موضوع این نوشتار نخواهد بود.

۲. در این پژوهش تنها حکم اولیه تعدد زوجات بررسی می‌شود، و مقاله ناظر بر عناوین عارض بر موضوع، مثل بحران جمعیت، به گناه افتادن شخص و... نیست و چه بسا

با عارض دانستن برخی از این عناوین، حکم مسئله متفاوت از نظریه حاصل از این پژوهش باشد.

۳. در این نوشتار حکم تعدد زوجات با تمرکز بر موضع فقیهان امامیه و اندیشمندان این مذهب بررسی می‌شود. البته ممکن است در مواردی به موضع عالمان دیگر مذاهب هم اشاره شود، اما آنچه ملاک و معیار بررسی‌ها است، موضع فقیهان و اندیشمندان امامیه است.

در ادامه با عنایت به این سه نکته، ابتدا موضع فقیهان امامیه در خصوص تعدد زوجات گزارش می‌شود و سپس به نقد و ارزیابی اقوال و ادله آنان پرداخته می‌شود.

۱. تعدد زوجات در آراء فقیهان

نظریات گوناگونی در خصوص حکم تعدد زوجات طرح شده است. این نظریات را می‌توان در دو محور مشروعیت و عدم مشروعیت خلاصه کرد:

۱-۱. مشروعیت

عموم فقهای مسلمان مشروعیت تعدد زوجات را پذیرفته‌اند؛ زیرا وفق دیدگاه ایشان، اولاً در آیات قرآن سخن از تعدد زوجات به میان آمده که برجسته‌ترین آنها آیه سوم سوره نساء است:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أُذُنِي أَلَّا تَعُولُوا؛ اگر می‌ترسید که نتوانید در مورد دختران یتیم عدالت ورزید، بنابراین از زنانی که شما را خوش آید، دو-دو و سه-سه و چهار-چهار به همسری بگیرید. پس اگر می‌ترسید که با آنان به عدالت رفتار نکنید، به یک زن یا به کنیزانی که مالک شده‌اید اکتفا کنید» (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۶۷؛ طبرسی، ۱۳۷۷ق، ج ۱، ص ۲۳۵؛ مکارم، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۵۲؛ قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۵، ص ۱۱).

طبق نظر عموم فقها و مفسران، در این آیه به صراحت بیان می‌شود که هر مردی می‌تواند تا چهار همسر اختیار کند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۴؛ حکیم، ۱۳۱۶ق، ج ۱۴، ص ۹۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۱۲). در آیه ۱۲۹ همین سوره نیز با توجه به عبارت «ولن تستطیعوا أن تعدلوا بین النساء ولو حرصتم»، مشروعیت تعدد زوجات پیش فرض قرار داده شده و از رعایت عدالت میان همسران سخن گفته شده است. ثانیاً احادیث و روایات معتبر از شیعه و سنی در جواز تعدد زوجات وجود دارد که جای هرگونه شک و تردید را از بین می‌برد. به مثقال، از امام صادق علیه السلام نقل شده است: «لَا يَجِلُّ لِمَاءِ الرَّجُلِ أَنْ يَجْرِيَ فِي أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَرْحَامٍ مِنَ الْأَحْزَائِرِ؛ حلال نیست که مرد منی خود را در رحم بیش از چهار زن آزاد بریزد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۵۱۹).

در این روایت و روایات مشابه به صراحت بیان شده است که هر مردی می‌تواند تا چهار همسر داشته باشد، ولی بیشتر از آن جائز نیست. به عبارت دیگر، ضمن تحریم اختیار بیش از چهار زن آزاد، آشکارا جواز ازدواج با چهار زن را به عنوان یک امر پذیرفته شده تلقی کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۹۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۶۱۷؛ حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۴۱). ثالثاً سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم و معصومان علیهم السلام و مسلمانان در طول تاریخ، مؤید جواز تعدد زوجات است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰). رابعاً در خصوص جواز و مشروعیت تعدد زوجات اجماع وجود دارد. از همین رو، شیخ طوسی این مسئله را مورد توافق «الأمة بأجمعها» دانسته (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۹۳) و علامه حلی با عبارت «اجمع علماء الأمصار في جميع الأزمان والأقطار» از آن یاد کرده است (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۶۳۸).

باری، هرچند مشروعیت تعدد زوجات مسلم است، اما در خصوص نوع حکم تکلیفی آن اختلاف وجود دارد؛ بدین بیان که برخی نوع حکم مترتب بر این مسئله را استحباب دانسته و برخی کراهت، و عده‌ای اباحه. از همین رو شایسته است نوع حکم مشروعی که بر تعدد زوجات مترتب می‌شود، در محورهای مختلف بررسی شود؛ لذا در قالب سه نظریه مختلف به این موضوع پرداخته خواهد شد:

۱-۱-۱. نظریه استحباب

برخی از فقها بر این باورند که اختیار نمودن همسران متعدد آزاد، نزد شارع امری پسندیده است و لذا محکوم به استحباب است. صاحب جواهر در این رابطه می‌نویسد: «یستحب الزیادة علی الواحدة مع الحاجة قطعاً بل وبدونها علی الأقوی؛ در صورت نیاز به بیش از یک زن، بلکه بدون نیاز، تعدد زوجات مستحب است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵).

همین نظریه از سوی برخی از فقیهان دیگر نیز پیروی شده است (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۸؛ عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۲؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۴؛ حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص ۸). دلایلی که این دسته از فقها برای دیدگاه خویش برشمرده‌اند به قرار زیر قابل طرح است:

الف. قرآن

از آیات قرآن، آیه سوم سوره نساء که پیش‌تر گذشت، مورداستناد این گروه از فقها بوده است؛ بدین استدلال که فعل «فانکحوا» در این آیه امر است و دلالت بر وجوب دارد. اما چون آیه قطعاً دلالت بر وجوب ندارد - زیرا اجماعاً ازدواج کردن با چند زن واجب نیست - پس اقل مراتب امر استحباب است (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵).

ب. روایات

وفق دیدگاه این دسته از فقها، از روایات مختلف نیز می‌توان استحباب تعدد زوجات را استنباط نمود. به‌عنوان نمونه، در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است:

فِي كُلِّ شَيْءٍ إِسْرَافٌ إِلَّا فِي النِّسَاءِ قَالَ اللَّهُ فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ؛ در هر چیزی اسراف وجود دارد، مگر در زن‌ها. خداوند می‌فرماید پس ازدواج کنید با زنانی که شما را خوش آید، دو تا-دو تا و سه تا-سه تا و چهار تا-چهار تا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۲۴۵).

ظاهراً وجه استناد فقیهان (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵) به روایت فوق این است که چون سیاق حاکم بر آن، سیاق ترغیب، تشویق و تحریم است، به شکلی که ضمن استناد به آیه قرآن، تعدد زوجات را خارج از محاسبات مربوط به زیاده‌روی و اسراف قرار داده، می‌توان دریافت که نوعی محبوبیت برای تعدد زوجات قائل شده است. همچنین طبق برخی روایات (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۱۴)، تکثیر نسل و افزایش گویندگان لا اله الا الله مستحب است. از همین رهگذر، می‌توان معتقد شد که چون تعدد زوجات بالمآل به تکثیر نسل می‌انجامد، پس مستحب است (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۸، حاشیه مکارم؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰). علاوه بر این، نصوص فراوانی وجود دارد که همه فقها دلالت آنها را بر استحباب اصل ازدواج پذیرفته‌اند. این ادله اطلاق دارند و دلالت آنها تنها بر استحباب ازدواج اول نیست. بنابراین می‌توانند هم ناظر بر استحباب ازدواج با زوجه نخست باشند و هم استحباب ازدواج با زوجه دوم تا چهارم.

ج. تأسی به معصومان

وجه دیگری که می‌توان با توجه به آن استحباب تعدد زوجات را معتقد شد، تأسی به پیامبر ﷺ و ائمه اطهار علیهم‌السلام است که سیره ایشان بر تعدد زوجات ثابت شده است (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰).

۱-۲. نظریه اباحه

فقیهانی که معتقد به نظریه اباحه هستند، در ارائه دیدگاه خود بر یک رأی نیستند؛ گروهی بدون مقید ساختن حکم اباحه به شرط یا قیدی، حکم به اباحه تعدد زوجات کرده و عده‌ای این حکم را مقید به شرط یا قیدی خاص نموده‌اند. از این زوایه، می‌توان نظریه اباحه را دارای دو خوانش اصلی دانست: اباحه مطلق و اباحه مقید:

یک. نظریه اباحه مطلق

عموم فقیهانی که تعدد زوجات را مباح دانسته‌اند، این اعتقاد را بدون تقیید به قید یا

اشتراط شرطی پذیرفته‌اند. در این بین برخی از فقها متعرض حکم استحباب یا کراهت یا... نشده‌اند و فقط سخن از مشروعیت تعدد زوجات به میان آورده‌اند (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۵۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ص ۳۱۲؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۵، ص ۱۷۸). از کلام این علما بیش از اباحه بالمعنی‌الاعم (که با استحباب و کراهت و اباحه بالمعنی‌الاخص سازگار است) برداشت نمی‌شود، ولی برخی از فقها علاوه بر اینکه ادله مطرح‌شده برای مشروعیت تعدد زوجات را دال بر ترخیص می‌دانند، ادله قائلان به استحباب تعدد را نقد می‌کنند؛ چون در کلام‌شان قرینه‌ای دال بر کراهت تعدد برداشت نمی‌شود. بنابراین می‌توان ادعا کرد که اینان قائل به اباحه بالمعنی‌الاخص در تعدد زوجات هستند.

در نظر این گروه از فقها، ازدواج با چهار زن برای هر مردی جایز است و به غیر از محدودیت در تعداد، هیچ محدودیتی در این حکم وجود ندارد. همچنین بر مرد واجب است تا بین زنان عدالت را اجرا کند، ولی وجوب رعایت عدالت به معنای این نیست که اگر مردی نتواند عدالت را رعایت کند، ازدواج با بیش از یک زن بر او حرام باشد (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰؛ یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۸، حاشیه مکارم؛ اردبیلی، بی‌تا، ص ۵۰۹). این گروه هرچند به صراحت دلیلی بر ادله اباحه اقامه نکرده‌اند، ولی می‌توان از نقدهایی که بر نظریه استحباب و حرمت وارد کرده‌اند دلایل ذیل را مطرح کرد:

الف. به‌خاطر منع از نکاح دختران یتیم در ابتدای آیه سوم سوره نساء، توهّم منع وجود دارد، لذا امر «فانکحوا» در این آیه، امر بعد از توهّم منع است که چنین امری دلالت بر اباحه دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۰؛ یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۸، حاشیه مکارم؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۱۹).

ب. خداوند در این آیه در مقام تحدید حکم جواز درباره چهار زن است، و روایاتی هم با این مضمون وارد شده است که ریختن منی در ارحام بیش از چهار زن آزاد ممنوع است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۵۱۹)؛ بر این اساس، امر در مقام تحدید نیز دال بر ترخیص و اباحه است، نه ترغیب و استحباب (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۰؛ شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۹).

دو. نظریه اباحه مقید

برخی از فقها در مقام بیان حکم اباحه، آن را منوط به شرط یا قیدی ساخته‌اند؛ چنین نگره‌ای را می‌توان تحت‌عنوان اباحه مقید بررسی نمود، لکن این دیدگاه خود به دو شکل قابل‌تقریر است: نخست، تقیید در ناحیه اتیان شروط، و تقریر دوم، تقیید در ناحیه موضوع. از کلام برخی، فقط اباحه بالمعنی‌الاعم فهمیده می‌شود، ولی برخی دیگر با رد نظریه استحباب تعدد، قائل به اباحه بالمعنی‌الاخص شده‌اند:

الف. تقیید در ناحیه اتیان شروط (اباحه مقید به رعایت عدالت همگانی)

برخی از فقیهان معاصر بر این باورند که از ظهور آیه سوم سوره نساء چنین فهمیده می‌شود که شرط جواز تعدد زوجات، اطمینان از اجرای عدالت است؛ لذا اگر کسی خوف عدم اجرای عدالت را دارد، نمی‌تواند بیش از یک زن اختیار کند. وفق این نظریه، ازدواج دائم تا چهار زن، به شرط اجرای عدالت همه‌جانبه، برای مرد جائز است و اگر در اثر ازدواج‌هایش ستمی پیش آید، حرام خواهد بود (صادقی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۱۷۱؛ صادقی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۶). بر این پایه، تعدد زوجات امری مباح قلمداد می‌شود که مشروط به رعایت عدالت است و از همین رو اگر خوف عدم رعایت عدالت برود، حکم اباحه مترتب نخواهد شد.

در میان فقیهان اهل سنت نیز برخی معتقد به اباحه مقید شده‌اند؛ چنانکه گروهی آن را فقط در موارد ضرورت جائز دانسته (رشید رضا، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۵۰؛ باجوری، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۴۷) و عده‌ای آن را مقید به اجرای عدالت و وجود غرض عقلایی کرده‌اند (محمد المدنی، ۱۳۷۸، ص ۴۲۹؛ محمد المدنی، ۱۳۸۵، ص ۱۵).

آیت‌الله صانعی نیز معتقدند که تعدد زوجات نه تنها مستحب نیست، بلکه جواز آن نیز مشروط به رضایت همسر اول است. ایشان معتقدند که با توجه به آیه «وعاشروهن بالمعروف؛ با زنان معاشرت به معروف داشته باشید» (نساء، ۱۹)، و دستور صریح و روشن خداوند، تعدد زوجات مشروط بر این است که باعث صدمه و اذیت و ظلم و فشار روحی و جسمی و غیر آنها برای زن قبلی نشود (سایت همشهری آنلاین، ۲۳ شهریور ۱۳۹۹).

ب. تقیید در ناحیه موضوع (اباحه فقط برای سرپرستان یتیمان)

برخی دیگر از فقهای معاصر معتقدند که علاوه بر اینکه جواز تعدد زوجات مشروط به اجرای عدالت است، این حکم مخاطبان خاصی دارد که عبارتند از کسانی که سرپرستی ایتام را به عهده دارند؛ لذا اساساً جنبه عمومی و همگانی ندارد. توضیح بیشتر اینکه آیه دوم و سوم سوره نساء خطاب به سرپرستان یتیمانی است که آنان را ابتدا از مخلوط شدن اموال یتیمان با آنان پرهیز می‌دهد و سپس بلافاصله می‌فرماید اگر خوف داشتید که نتوانید عدالت را در حفظ اموال یتیمان رعایت کنید، آن وقت می‌توانید تا چهار همسر بگیرید، به شرط اینکه بتوانید میان آنها عدالت برقرار نمایید. لذا گذشته از اینکه تعدد زوجات در این آیه مشروط به رعایت عدالت میان همسران شده، اساساً حکمی است مخصوص کسانی که سرپرستی اموال ایتام را به عهده می‌گیرند و شامل افراد دیگر نمی‌شود (پایگاه اطلاع رسانی جماران، ۱۹ تیر ۱۳۹۳).

۱-۳. نظریه کراهت

برخی از فقیهان امامیه، بعد از نقد ادله معتقدان به نظریه استحباب، بر این باور پای فشرده‌اند که چون معمولاً بین زنان متعدد اختلاف پیش می‌آید و مردها نیز نمی‌توانند بین آنها عدالت اجرا کنند، همین تبعات موجب می‌شود تعدد زوجات دارای مرتبه‌ای از مبغوضیت نزد شارع باشد که منتهی به ثبوت حکم کراهت خواهد شد. گفتنی است که وفق نظر این دسته از فقها، تمسک به فعل معصومان علیهم‌السلام نمی‌تواند این مبغوضیت را دفع کند؛ زیرا چه بسا سلوک ایشان به گونه‌ای بوده که این تبعات و مشکلات پیش نمی‌آمده است (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۲۰).

علاوه بر این، با توجه به اینکه شیخ طوسی اکتفا به یک زوج را مستحب دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۱۱)، برخی از فقهای پس از شیخ، کلام وی را حمل بر کراهت تعدد زوجات کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۸۰؛ عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵؛ کاظمی، ج ۳، ص ۱۸۴؛ اردبیلی، بی‌تا، ص ۵۰۹).

به نظر می‌رسد مهمترین دلیل این دسته از فقها، مبغوضیت نسبی آن دسته از آثار منفی است که بر تعدد زوجات مترتب می‌شود.

۲-۱. عدم مشروعیت

در میان فقیهان شهره امامیه و حتی اهل سنت، کسی معتقد به حرمت تعدد زوجات نشده است؛ با این حال برخی از دانشیان (اسعدی، ۱۳۹۱، ص ۲۱۶؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۸، ص ۲۶۵؛ باجوری، ۱۹۸۶، ج ۱، ص ۲۵۴) با استفاده و جمع آیه ۳ و ۱۲۹ سوره نساء حرمت این امر را استنتاج کرده‌اند. توضیح بیشتر اینکه آیه سوم سوره نساء می‌فرماید:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَتِلَاثَ وَرَبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا؛ و اگر در اجرای عدالت میان دختران یتیم بیمناکید، هر چه از زنان [دیگر] که شما را پسند افتاد، دو-دو، سه-سه، چهار-چهار، به زنی گیرید. پس اگر بیم دارید که به عدالت رفتار نکنید، به یک [زن آزاد] یا به آنچه [از کنیزان] مالک شده‌اید [اکتفا کنید]. این [خودداری] نزدیک‌تر است تا به ستم گرایید [و بیهوده عیال‌وار گردید]» (ترجمه فولادوند).

آیه ۱۲۹ همین سوره نیز چنین تقریر می‌فرماید:

وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُضِلُّوهَا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَحِيمًا؛ و شما هرگز نمی‌توانید میان زنان عدالت کنید، هر چند [بر عدالت] حریص باشید! پس به یک‌ط تغارف یک‌سره تمایل نورزید تا آن [زن دیگر] را سرگشته [و بلا تکلیف] رها کنید. و اگر سازش نمایید و پرهیزگاری کنید، یقیناً خدا آمرزنده مهربان است (ترجمه فولادوند).

نحوه استدلال به این آیات بدین قرار است که چون از یک سو، در آیه نخست، تعدد زوجات تنها به شرط رعایت عدالت جائز اعلام شده: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً»، و از سوی دیگر، به حکم صریح آیه دوم، عدالت بین زنان غیرممکن است:

«لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ»، نتیجه این خواهد بود که وقتی شرط جواز منتفی است، مشروط هم منتفی خواهد بود.

۲. ارزیابی آراء فقهیان و آرائه نظر برگزیده

برای ارزیابی آراء فقها لازم است در چند محور مختلف به بررسی اقوال و ادله فوق‌الذکر پرداخته شود:

۲-۱. ارزیابی نظریه استحباب

دلایلی که معتقدان به نظریه استحباب اقامه کرده‌اند، توانایی اثبات این نظریه را ندارند. حاصل تأمل در این دلایل به فرار زیر قابل ارائه است:

الف. نقد استدلال به قرآن

استدلال به آیه سوم سوره نساء نمی‌تواند مفید استحباب تعدد زوجات باشد، زیرا اولاً از آنجا که امر «فانكحوا» پس از منع از نکاح دختران یتیم و نتیجتاً جهت رفع توهم منع ازدواج صادر شده، به هیچ وجه دلالتی بر استحباب ندارد، بلکه صرفاً دال بر ترخیص است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۰؛ یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۸، حاشیه مکارم؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۱۹). ثانیاً این آیه در مقام بیان نفی جواز ازدواج با بیش از چهار زن است، نه در مقام ترغیب به ازدواج با دو، سه یا چهار زن؛ زیرا اگر چنین باشد، نسبت به ملازاد بر آن نفی ترغیب خواهد بود نه منع؛ در حالی که همه فقها و مفسران، از این آیه منع نکاح با بیش از چهار زن را استفاده کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۹). با تکیه بر این دو نکته، بالاترین چیزی که می‌توان به آن معتقد شد این است که آیه دال بر استحباب ازدواج واحد است (کاظمی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۸۴؛ یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷۶).

ب. نقد استدلال به روایات

از روایات و نصوص شرعی نیز نمی‌توان استحباب تعدد زوجات را استنباط نمود؛ زیرا

اولاً روایتی که اسراف را در خصوص ازدواج منتفی دانسته، گذشته از ضعف سندی، تنها مفید جواز و اباحه است؛ چه اینکه نفی حرمت از ازدواج متعدد به جهت عدم صدق اسراف بر آن، به هیچ وجه مثبت استحباب نیست، بلکه صرفاً عدم حرمت را می‌رساند که اعم از استحباب است (اشتহারدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۲۱). ثانیاً تکثیر نسل بنفسه مطلوب شارع نیست؛ بلکه نسلی که رجوع به خدا و پیامبر داشته باشد مطلوب است. روایات دال بر ترغیب در ازدیاد گوینده لاله الا الله، استحباب را در محیط‌هایی که موجب ازدیاد گوینده لا اله الا الله می‌شود ثابت می‌کند، نه در بلاد و اماکنی که اولاد منحرف و یا ضد دین می‌شوند. اگر شخص عقیم نباشد و محیط نیز محیط اسلامی باشد، تعدد زوجات برای کثرت نسل مسلمین استحباب پیدا می‌کند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰). ثالثاً نصوصی که ترغیب به ازدواج می‌کنند، دال بر ترغیب به اصل ازدواج هستند و بر استحباب تعدد زوجات دلالتی ندارند؛ به این دلیل که در برخی از این ادله، امر به تزویج ایامی (مجردها) شده است و لذا ربطی به تعدد زوجات ندارد. برخی دیگر ظاهراً مطلق‌اند، ولی ارتکاز و فهم عرفی این را می‌رساند که ترغیب به ازدواج در آنها ناظر به افراد بدون همسر است؛ حتی اگر کسی اختصاص این ادله به بدون همسر را نپذیرد، لاقلاً این امر ثابت است که ظهور آن در ترغیب به تعدد زوجات هم یقینی نیست و لذا مجمل است و در ادله‌ای که دلالت آنها بر بیش از قدر متیقن اجمال دارد، به حداقل اکتفا می‌شود. لذا این ادله فقط بر استحباب اصل ازدواج دلالت دارد و بر استحباب تعدد زوجات دلالت ندارد.

ج. نقد دلیل تأسی به معصومان

اینکه سیره ائمه اطهار علیهم‌السلام و پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم بر تعدد زوجات بوده است، دلالتی بر استحباب این عمل ندارد و نهایتاً دلالت بر عدم حرمت دارد (اشتহারدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۲۱)، چون اصل این است که فعل معصوم فقط دلالت بر عدم حرمت دارد؛ مگر اینکه قرینه‌ای دال بر استحباب باشد (صدر، ۱۴۲۴ق، ص ۲۶۱).

۲-۲. ارزیابی نظریه کراهت

نظریه کراهت نیز متکی به دلایل استواری نیست؛ زیرا اولاً همیشه این گونه نیست که تعدد زوجات ناراحتی و کشمکش بین زوجات و عدم اجرای عدالت از سوی زوج را به دنبال داشته باشد، و چه بسیار موارد مختلفی باشد که زنان متعدد بدون هیچ مشکلی خاصی با یکدیگر همچون چند خواهر به خوبی زندگی کنند و چه بسا مردانی که به درستی بتوانند عدالت را در مقام عمل رعایت نمایند. ثانیاً بر فرض که به جهت تبعاتی که بر تعدد زوجات مترتب می‌شود، این عمل مکروه یا حرام دانسته شود، اما این حکم در حقیقت حکم ثانوی است که بر این موضوع مترتب گشته و نه حکم اولیه این عمل. به عبارت دیگر، این حکم حکمی غیری است و نه حکمی نفسی. این در حالی است که آنچه در اینجا محل بحث است، کشف حکم نفس ازدواج متعدد است.

۲-۳. ارزیابی نظریه حرمت

معتقدان به حرمت تعدد زوجات نیز نتوانسته‌اند دلایل قابل قبولی بر دیدگاه خود اقامه نمایند؛ چه اینکه طبق روایات (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۶۷۴)، عدالت در این دو آیه به یک معنی نیست، بلکه در آیه اول عدالت به معنی عدالت در نفقه و در آیه دوم به معنی محبت و مودت است و لذا استدلال تمام نیست (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۶؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۱۶۴؛ شبیری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۶؛ مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۱۰۱). ثانیاً ذیل آیه ۱۹۶ سوره نساء چنین حکم شده است: حال که به لحاظ درونی و قلبی نمی‌توانید عدالت را رعایت کنید، چون کمال تمایل قلبی در دست خودتان است، آن را کنترل نمایید؛ مبدا همسر دیگران را به صورت معلق (نه شوهردار و نه بی‌شوهر) قرار دهید: «فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوه كَالْمُعَلَّقَةِ». از این خطاب چنین برداشت می‌شود که گرچه لازم است تا حد امکان عدالت در محبت درونی نیز رعایت شود، اما در عین حال این خطاب نشان می‌دهد تعدد زوجات ممنوع نیست، بلکه باید تلاش کرد در فرض تعدد زوجات، تا حد امکان تمایلات قلبی کنترل شود (مکارم، ۱۳۷۴ق، ج ۳، ص ۲۵۶). ثالثاً اگر برداشت معتقدان به

حرمت تعدد زوجات از دو آیه شریفه سوره نساء پذیرفته شود، لزوماً باید معتقد به عبث بودن فرازی از آیه سوم شد؛ آنجا که می‌فرماید: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا»؛ چه اینکه اگر تعدد زوجات جایز نباشد، معنای این آیه این است که دو یا سه یا چهار زن بگیری، مشروط به اینکه عدالتی را که رعایتش محال است رعایت کنید! وفق این نگاه، «فَأَنْكِحُوا» متضمن یک حکم صرفاً ذهنی است؛ زیرا مشروط به شرط غیرممکن شده است (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۱۶۳؛ یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۹؛ مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۱۰۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۳۵۰). رابعاً، و مهم‌تر از همه اینها، همان‌طور که گفته شد، اجرای عدالت شرط حکم جواز تعدد و یا شرط صحت تعدد زوجات نیست، بلکه حکم شرعی مستقلی است که بر کسی که چند همسر دارد واجب می‌شود. بر این پایه، حتی اگر عدالت در هر دو آیه یک معنا داشته باشد، باز از ضمیمه کردن آنها حرمت تعدد زوجات نتیجه گرفته نمی‌شود (یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۸؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۱۶۲). خامساً اثبات اینکه عدالت شرط جواز تعدد زوجات است متوقف بر این است که ثابت شود فراز «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» دلالت بر وجوب اکتفاء بر یک زوجه در فرض خوف از عدم اجرای عدالت دارد، اما این وجوب به هیچ وجه از آیه برداشت نمی‌شود؛ زیرا این امر یک امر ارشادی است و دلالتی بر حکم شرعی ندارد.

۲-۴. ارزیابی نظریه اباحه

نظریه اباحه در قالب دو خوانش مختلف ارائه شده بود؛ اباحه مطلق و اباحه مقید. ظاهراً اعتقاد به اباحه مقید نمی‌تواند استوار به نظر آید؛ زیرا دلایلی که برای آن اقامه شده، جملگی قابل خدشه است. توضیح بیشتر اینکه اجرای عدالت شرط ترتب حکم اباحه بر ازدواج‌های متعدد نیست، بلکه حکمی شرعی است که رعایت آن توسط شخص دارای همسران متعدّد الزامی است. به عبارت دیگر، حکم اباحه معطوف به ازدواج‌های متعدد است و لزوم رعایت عدالت معطوف به شخصی است که ازدواج‌های متعدد انجام داده و اکنون دارای همسران متعدد است. بنابراین اساساً رعایت عدالت شرط حکم نیست، بلکه

خود حکمی است مستقل برای شخص دارای همسران متعدد، و از همین رو هیچ فقیهی علم به رعایت عدالت را از شروط صحت ازدواج برنشمرده است (یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۸؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۱۶۲). علاوه بر این، گرچه آیه سوم سوره نساء خطاب به سرپرستان یتیمان است، اما حکم مصرّح در این آیه، همان گونه که مفسران بزرگ اسلامی گفته‌اند (مکارم، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۵۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۶۶؛ طبری، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۱۵۵)، مختص به این گروه خاص نیست، بلکه همه مسلمانان را شامل می‌شود. این مهم را علاوه بر تصریح‌های مفسران و اتفاق نظر فقیهان فریقین (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۶۷؛ طبرسی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۳۵؛ مکارم، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۲۵۲؛ قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۵، ص ۱۱؛ باجوری، ۱۴۰۶ق، ج ۱، صص ۲۵۴-۲۴۷)، روایات متعددی که ذیل این آیه شریفه وارد شده تأیید می‌کند؛ مضافاً اینکه سیره جاریه معصومان علیهم‌السلام و متشرعان گواه بر نادرستی چنین برداشتی از آیه شریفه است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۶۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۲۴۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۵).

به نظر می‌رسد دلایلی که برای اباحه مطلق مطرح شده، از استواری کافی برخوردارند؛ زیرا تأمل در آیه سوم سوره نساء نشان می‌دهد هم فعل «فانکحوا» به جهت رفع توهم منع ازدواج صادر شده است و از همین رو صرفاً ترخیص را می‌رساند، و هم سیاق آیه بیانگر این امر است که مقام مقام تحدید است. با این همه، با دقت و توجه دوباره در آیه مطرح شده برای تعدد زوجات می‌توان اصل وحدت زوجه^۱ را ثابت کرد؛ به این دلیل که:

۱. تعبیر «وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة...» در سوره نساء که امر را دایر بر خوف و عدم خوف کرده است، نشان می‌دهد که اولویت در اسلام بر وحدت است؛ البته نه به این معنی که تعدد جایز نباشد. چون تعبیر به خوف در جایی است که خطری است و

۱. اصل در اینجا به معنای اولویت داشتن است و به هیچ وجه این گونه نیست که هر کجا اصل وجود داشت، لزوماً ترجیح حکمی در کار باشد؛ کما اینکه اصل صحت فعل مسلم مساوق با استجاب حمل فعل مسلم بر صحت نیست.

این خطر هم مسئله ساده‌ای نیست (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۱۰۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۶۸؛ موسوی سبزواری، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۲۹۸). به عبارت دیگر، آیه شریفه خارج شدن از حالت تک‌همسری را منوط به شرط نموده است و لذا می‌توان دریافت آنچه بدون قید و شرط بیان شده، مبنا و مرجع است و آنچه مشروط است، صرفاً در صورت تحقق شرط، خالی از نگرانی است.

۲. دقت در فلسفه و حکمت تعدد زوجات (فزونی تعداد زنان بر مردان، حائض شدن زنان و حرمت نزدیکی در آن دوران، یائسگی در زنان، قدرت باروری مردان و...) نشان از آن دارد که جواز تعدد زوجات بنا بر ضرورت‌های اجتماعی است (مطهری، ۱۳۸۶، ص ۳۳۱؛ مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۱۰۱)؛ منتهی ضرورت در باب احکام دو گونه است: الف. جایی که ضرورت به صورت عنوان ثانوی درمی‌آید، مانند «اکل میته» که حکم آن از جهت کمیت و کیفیت و شخص، دائرمدار ضرورت است؛ مثلاً ممکن است که برای شخصی ضرورت داشته باشد و برای شخص دیگر ضرورت نباشد، چون حکم (عنوان ثانوی) ضرورت است، ب. جایی که ضرورت به عنوان علت و حکمت حکم واقع می‌شود و شارع ضرورت‌ها را به عنوان حکمت در نظر گرفته و حکمی وضع می‌کند، ولی آن را مقید به ضرورت نمی‌کند و آن را به عنوان حکم اولیه وضع می‌کند، ولی واقع مسئله و حکمت حکم که در غالب موارد مورد نظر قانون‌گذار بوده، حل مشکلات و ضرورت‌ها بوده است و جواز تعدد زوجات از این نوع است (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۱۰۰). وقتی جواز تعدد زوجات بر مبنای ضرورت‌ها باشد، می‌توان گفت اصل بر وحدت زوجه است. البته خاطر نشان می‌کنیم که وقتی حکم تعدد زوجات از نوع دوم ضرورت‌ها باشد، مسلماً تعدد زوجات در غیر موارد ضرورت نیز جائز خواهد بود.

اشکال: وقتی ضرورت‌ها تنها در موارد استثنا و در اقلیت باشد و در عین حال حکم به همه موارد تعمیم داده شود، چگونه می‌توان گفت اصل وحدت همسری است؟! و اگر ضرورت‌ها غلبه داشته باشد، در آن صورت این چه اصلی است که اکثر موارد آن خلاف ضرورت است؟

جواب: جواز تعدد زوجات به شکل قضیه حقیقه صادر شده است و شارع حکم مذکور را با لحاظ تحقق ضرورت درباره این مسئله نزد ابناء بشر صادر کرده است، اما در عین حال، اهتمام بخصوصی درباره به مصادیق و موارد ضرورت که تحت تأثیر متغیرهای مختلفی همچون مکان، زمان، فرهنگ و... است، وجود ندارد، بلکه آنچه مبنا قرار گرفته، تحقق فی الجمله ضرورت در زندگی ابناء بشر است. لذا اساساً اینکه موارد ضروری کثرت دارند یا در اقلیت هستند، نه احصا پذیر است و نه مورد توجه برای اصدار حکم؛ بلکه مهم این است که زندگی اجتماعی انسان بماهوانسان اقتضا می کند گاه ازدواج مجدد برای وی ضرورت یابد؛ فارغ از اینکه این ضرورت برای چند درصد از مردمان حاصل می شود.

۳. با توجه به روح کلی حاکم بر نصوص شرعی و همچنین احکام خانواده، می توان دریافت آرمان خانواده، وحدت و یکپارچگی در زندگی زناشویی است که این امر با تک همسری بهتر تحقق پیدا می کند (مطهری، ۱۳۸۶، ص ۳۳۱).

۴. از فقهای متقدم، مرحوم شیخ طوسی قائل به استحباب اکتفا به یک همسر شده و این فتوا را مورد اتفاق و اجماع علما دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۱۱). پس از شیخ طوسی، ابن براج (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۴۲) طبرسی (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۹) و صیمری (صیمری، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۱۵) نیز فتوا به استحباب اقتصار به یک زوج داده اند. ادعای استحباب اقتصار بر یک زوج، به سبب مخدوش بودن تنها دلیل آن (ادعای اجماع شیخ در الخلاف) مورد پذیرش نیست. زیرا چنین اجماعی ثابت شده نیست و اساساً جز فقیهان نامبرده، تا پیش از مرحوم صاحب جواهر کسی متعرض این مسئله نشده است. دقیقاً به همین جهت برخی مراد از اجماع در سخن ایشان را شهرت دانسته اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۲۳۹) و برخی قائل اند که شیخ طوسی برای مباحثات با فقهای مذاهب دیگر - که اجماع را از ادله مهم می شمارند - کلمه اجماع را به کار برده و مراد از این واژه اجماع مصطلح، یعنی اتفاق فقها نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۵۲۷). گذشته از تحلیل های مزبور، ادعای اجماع شیخ، اجماع منقول است و حجیت ندارد (شیرازی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۳۰۹؛ مکارم، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۲۶).

استحباب اکتفا به زوجه واحد را طبق قاعده تسامح در ادله سنن نیز نمی‌توان اثبات کرد؛ چون جدای از اینکه قاعده مورد نظر مورد قبول همگان نیست، تسامح در ادله سنن اگر بر مبنای اخبار من‌بلاغ باشد، در اینجا به جهت عدم وصول خبر، اساساً موضوع ندارد. اما اگر مستند تسامح، قاعده احتیاط باشد، می‌توان عمل به فتوای شیخ طوسی را مبنایی برای تسامح در نظر گرفت (شیخ انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۰)؛ لکن مشکل این است که در موضوع حاضر اساساً محلی برای احتیاط و تمسک به اصالة الاحتیاط وجود ندارد.

به هر روی، استحباب اکتفا به زوجه واحد حکمی است که به سادگی قابل اثبات نیست و احتمالاً به همین خاطر برخی از بزرگان با توجه به سخن شیخ معتقدند که وی قائل به کراهت تعدد زوجات بوده، نه معتقد به استحباب اقتصار بر زوجه واحد (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۸۰؛ عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵؛ کاظمی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۸۴؛ اردبیلی، بی‌تا، ص ۵۰۹). گرچه چنین نسبتی با توجه به صراحت کلام شیخ نمی‌تواند پذیرفته شود، لکن آنچه از این تکاپو به دست می‌آید این است که فقها نتوانسته‌اند استحباب اکتفا به زوجه واحد را مستفاد از مبانی و ادله فقه امامیه بدانند، و از همین رو راه تأویل و توجیه در پیش گرفته‌اند. با این همه، ما معتقدیم گرچه نظریه استحباب اکتفا به زوجه واحد مورد پذیرش نیست، لکن فتوای جمعی از فقهای متقدم، در کنار سایر ادله اصل وحدت زوجه، اجمالاً می‌تواند نشان از ترجیحی در خصوص وحدت زوجه باشد و لاقلاً به مثابه مؤیدی برای اصل وحدت زوجه برشمرده شود.

نتیجه‌گیری

۱. با دقت در اصلی‌ترین دلیل مشروعیت تعدد زوجات، یعنی آیه سوم سوره نساء، می‌توان دریافت که از این آیه صرفاً ترخیص در تعدد زوجات قابل استفاده است، نه استحباب. این امر از دو طریق ثابت می‌شود: اول اینکه امر در آیه از قبیل امر بعد از توهم منع است، و دوم اینکه شارع در مقام تحدید و مشخص کردن حدود تعدد زوجات است و وقتی شارع در مقام تحدید باشد، امر او دلالت بر ترغیب نمی‌کند.

۲. عدالت در آیه سوم سوره نساء شرط حکم تعدد زوجات نیست، بلکه خود حکمی مستقل است که بایستی از طرف شخص دارای همسران متعدد رعایت شود. همچنین این آیه را نمی‌توان صرفاً مختص سرپرستان یتیمان دانست، بلکه خطاب به عموم مسلمانان است. از همین رو، می‌توان حکم حرمت تعدد زوجات را حکمی غیرقابل پذیرش تلقی نمود.

۳. روایات مطرح شده و نصوص دال بر ترغیب به ازدواج، دال بر ترغیب به اصل ازدواج بوده و از تعدد زوجات منصرف هستند. سیره معصومان نیز فقط دلالت بر عدم حرمت دارد. بنابراین حکم تکلیفی تعدد زوجات اباحه مطلق است.

۴. با توجه به قرآنی از نصوص شرعی می‌توان دریافت که اصل در شریعت اسلامی وحدت زوجه است. فراز «إن خفتم ألا تعدلوا فواحدة» و نیز ابتداء جواز تعدد زوجات بر ضرورت (نه به معنای ثانوی)، از جمله ادله اثبات اصل وحدت زوجه است.

فهرست منابع

* قرآن کریم، ترجمه فولادوند.

۱. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المذهب (چاپ اول، ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). زبدة البیان فی احکام القرآن (چاپ اول). تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة.
۳. اسعدی، سیدحسن. (۱۳۹۱). حقوق زن: پژوهشی تطبیقی درباره حقوق زن (چاپ اول). تهران: نشر المیزان.
۴. اشتهاردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروه (چاپ اول، ج ۲۹). تهران: دارالأسوة للطباعة والنشر.
۵. باجوری، جمال محمد فقی رسول. (۱۴۰۶ق). المرأة فی الفكر الإسلامی (ج ۱). بی جا: بی نا.
۶. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة (چاپ اول، ج ۳۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۷. پایگاه اطلاع رسانی و خبری جماران. (۱۳۹۳). آیت الله موسوی بجنوردی: تعدد زوجات در قرآن مخاطب خاص دارد. بازیابی شده در ۱۹ تیر ۱۳۹۳، از: <https://www.jamaran.news/fa/tiny/news-47893>
۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (چاپ اول، ج ۲۰، ۲۱). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۹. حکیم، سیدمحسن طباطبایی. (۱۳۱۶). مستمسک العروة الوثقی (چاپ اول، ج ۱۴). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۰. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۲۵ق). کنز العرفان فی فقه القرآن (چاپ اول). قم: انتشارات مرتضوی.
۱۱. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخویی (چاپ اول، ج ۳۲). قم: مؤسسه احياء آثار الإمام الخویی.
۱۲. دورانت، ویلیام جیمز. (۱۳۹۰). تاریخ تمدن: مشرق زمین گاهواره تمدن (مترجم: احمد آرام، ج ۱۴). تهران: بی نا.

۱۳. رشید رضا، محمد (بی تا). تفسیر القرآن الحکیم: الشهیر بتفسیر المنار (ج ۴). بیروت: دار المعرفه.
۱۴. زمخشری، محمود. (۱۴۰۷ق). الکشاف عن الحقایق غوامض التنزیل (چاپ سوم، ج ۱). بیروت: دارالکتب العربی.
۱۵. سایت همشهری آنلاین. (۱۳۹۹). فتاوی متفاوت آیت الله صانعی؛ از تعدد زوجات و ارث بردن زن از شوهر تا فرزندخواندگی. بازیابی شده در ۲۳ شهریور ۱۳۹۹، از: <https://www.hamshahronline.ir/news/548664>
۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (چاپ چهارم، ج ۲۴). قم: مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله.
۱۷. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح (چاپ اول، ج ۱). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۸. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۴ق). رسائل فقهیه (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۹. صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن (چاپ دوم، ج ۶). قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
۲۰. صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۸۶). توضیح المسائل نون (چاپ سوم). تهران: امید فردا.
۲۱. صدر، سید محمد. (۱۴۲۰). ماوراء الفقه (چاپ اول، ج ۶). بیروت، دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۲. صدر، محمد باقر. (۱۴۲۴ق). الحلقة الثانية (چاپ هفتم). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۳. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۰۸ق). تلخیص الخلاف و خلاصة الإختلاف: منتخب الخلاف (چاپ اول، ج ۳). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۴. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ق). تفسیر المیزان (چاپ پنجم، ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.
۲۵. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۷). جوامع الجامع (چاپ اول، ج ۱). قم: انتشارات دانشگاه تهران و مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
۲۶. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بین الأئمة السلف (چاپ اول، ج ۲). مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

۲۷. طبری، ابوجعفر محمد بن حریر. (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن (چاپ اول، ج ۴). بیروت: دار المعرفه.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط (چاپ سوم، ج ۶). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (چاپ اول، ج ۴، ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. عاملی، سیدمحمدحسین ترحینی. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية (چاپ چهارم، ج ۶). قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
۳۱. عاملی، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد والفوائد (چاپ اول، ج ۱). قم: کتابفروشی مفید.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۳۸۸). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۳. قرطبی، محمد بن احمد. (۱۳۶۴). الجامع لأحكام القرآن (چاپ اول، ج ۵). تهران: ناصر خسرو.
۳۴. اد بن اسدی. (بی تا)، مسالك الأفهام الى آیات القرآن (ج ۳). بی جا: بی تا.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۶. لویون، گوستاو. (بی تا)، تمدن اسلام و عرب (مترجم: سید هاشم حسینی). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۳۷. محمد المدنی، محمد. (۱۳۸۵). چندهمسری در نگاهى جدید (مترجم: سید ضیاء مرتضوی). پیام زن، بهمن و اسفند ۱۳۸۵. ش ۱۷۹، ۱۸۰.
۳۸. محمد المدنی، محمد. (۱۳۷۸ق). رأى جدید فی تعدد الزوجات. رسالة الإسلام، ۱۰(۴).
۳۹. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (چاپ اول، ج ۸). تهران: مرکز کتاب للترجمة والنشر.
۴۰. مطهری، مرتضی. (۱۳۸۶). نظام حقوق زن در اسلام (چاپ چهل و پنجم). تهران: انتشارات صدرا.
۴۱. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). الفقه علی المذاهب الخمسه (چاپ دهم). بیروت: دار التیاریت الجدید و دارالجواد.
۴۲. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعه (چاپ اول). قم: کنگره جهانی شیخ مفید.

۴۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه (چاپ اول، ج ۳). تهران: دارالکتب الإسلامی.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (چاپ اول، ج ۲ و ۴). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۵. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۰۹ق). مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن (چاپ دوم، ج ۹). بیروت: مؤسسه آل‌ال‌بیت.
۴۶. موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). نهاية المرام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۷. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم، ج ۲۹). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۸. یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (چاپ اول، ج ۲). قم: انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۹. یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی. (بی تا). العروة الوثقی مع التعليقات الفاضل (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۵۰. یزدی، محمد. (۱۴۱۵ق). فقه القرآن (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

References

*The Holy Quran, (Fooladvand, Trans.).

1. Ad bin Asadi. (n.d.), Masalik al-Afham ila Ayat al-Qur'an (vol. 3).
2. Allameh Heli, H. (1388 AP). Tazkerat al-Fiqh. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Persian]
3. Ameli, M. (n.d.). al-Qawa'id va al-Fawa'id. (1st ed., vol. 1). Qom: Mufid Bookstore.
4. Ameli, Seyed. M. (1427 AH). al-Zobdah al-Faqihah fi Sharh al-Rawzah al-Bahiyah. (4th ed., vol. 6). Qom: Dar al-Fiqh le Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
5. Ardabili, A. (n.d.). Zobdah al-Bayan fi Ahkam al-Qur'an. (1st ed.). Tehran: al-Maktab al-Jafariyah le Ihya al-Athar al-Jafariyah.
6. Asadi, S. H. (1391 AP). Women's Rights: A Comparative Study of Women's Rights. (1st ed.). Tehran: Al-Mizan Publications. [In Persian]
7. Bahrani Al-Asfour, Y. (1405 AH). al-hadaiq al-Nadirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah. (1st ed., vol. 32). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]
8. Bajuri, J. (1406 AH). al-Mir'ah fi al-Fikr al-Islami. (vol. 1). [In Arabic]
9. Durant, W. (1390 AP). History of Civilization: The Orient of the Cradle of Civilization (A. Aram, Trans.). (vol. 14). Tehran. [In Persian]
10. Eshtehardi, A. (1417 AH). Madarik al-Urwah. (1st ed., Vol. 29). Tehran: Dar Al-Uswah le al-Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
11. Hakim, S. M. (1316 AP). Mustamsik Al-Urwat Al-Wothqa. (1st ed., vol. 14). Qom: Dar al-Tafsir Institute. [In Persian]
12. Hamshahri Online Website. (1399 AP). Different fatwas of Ayatollah Sane'ei; From polygamy and wife inheritance from husband to adoption. Retrieved on September 14, 2016, from: <https://www.hamshahrionline.ir/news/548664/>. [In Persian]
13. Heli, M. (1425 AH). Kanz al-Qur'an fi Fiqh al-Qur'an. (1st ed.). Qom: Mortazavi Publications. [In Arabic]
14. Hor Ameli, M. (1409 AH). Wasa'il al-Shia. (1st ed., vols. 20, 21). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
15. Ibn Baraj of Terablosi, A. (1406 AH). al-Muhadab. (1st ed., vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Teachers Association. [In Arabic]

16. Jamaran Information and News Website. (1393 AP). Ayatollah Mousavi Bojnourdi: Polygamy has a special audience in the Qur'an. Retrieved July 10, 2014, from: <https://www.jamaran.news/fa/tiny/news-47893>. [In Persian]
17. Khoei, S. A. (1418 AH). Encyclopedia of Imam Al-Khoei. (1st ed., vol. 32). Qom: Mu'asisah Ihya Athar al-Imam Al-Khoei. [In Arabic]
18. Koleyni, M. (1407 AH). Al-Kafi. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
19. L, Gustav. (n.d.), Islamic and Arab Civilization. (S. H. Hosseini, Trans.). Tehran: Eslamiyah Bookstore.
20. Makarem Shirazi, N. (1374 AP). Tafsir Nemouneh. (1st ed., Vol. 3). Tehran: Dar al-Kotob al-Islami. [In Persian]
21. Makarem Shirazi, N. (1424 AH). Kitab al-Nikah. (1st ed., vols. 2 and 4). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
22. Motahari, M. (1386 AP). The system of women's rights in Islam. (45th ed.). Tehran: Sadra Publications. [In Persian]
23. Mousavi Sabzevari, S. A. (1409 AH). Mawahib al-Rahman fi Tafsir al-Qur'an. (2nd ed., vol.9). Beirut: Alulbayt Institute. [In Arabic]
24. Mufid Baghdadi, M. (1413 AH). al-Muqnyah. (1st ed.). Qom: Sheikh Mofid International Congress. [In Arabic]
25. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). al-Fiqh ala al-Madahib al-Khamsah. (10th ed.). Beirut: Dar Al-Tiar Al-Jadeed va Dar Al-Jawad. [In Arabic]
26. Muhammad al-Madani, M. (1378 AH). New votes in polygamy. Resalat al-Islam, 10(4). [In Arabic]
27. Muhammad al-Madani, M. (1385 AP). Polygamy in a new look (S. Z. Mortazavi, Trans.). Payam-e-Zan, February and March 2007. no.179, 180. [In Persian].
28. Mousavi Ameli, M. (1411 AH). Nahayah al-Maram fi Sharh Shara'e al-Islam. (1st ed.). Qom, Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
29. Mustafavi, H. (1402 AH). al-Tahqiq fi Kalamat al-Quran al-Karim. (1st ed., vol. 8). Tehran: Markaz al-Kitab le al-Tarjomah va al-Nashr. [In Arabic]
30. Najafi, M. H. (1404 AH). Jawahir al-kalam fi Sharh Shara'e al-Islam. (7th ed., Vol. 29). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
31. Qurtubi, M. (1364 AP). al-Jame' al-Ahkam al-Qur'an. (1st ed., vol. 5). Tehran:

- Nasser Khosrow. [In Persian]
32. Rashid Reza, M. (n.d.). Tafsir Al-Quran Al-Hakim: Al-Shaheer be Tafsir Al-Manar. (Vol. 4). Beirut: Dar Al-Maarefa.
 33. Sabzevari, S. A. (1413 AH). Muhadab Al-Ahkam. (4th ed., Vol. 24). Qom: Al-Manar Institute, Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
 34. Sadeghi Tehrani, M. (1365 AP). al-Forqan fi Tafsir al-Qur'an be al-Qur'an. (2nd ed., vol. 6). Qom: Islamic Culture Publications. [In Persian]
 35. Sadeghi Tehrani, M. (1386 AP). Tawzih al-Masa'il Novin. (3rd ed.). Tehran: Omid Farda. [In Persian]
 36. Sadr, M. B. (1424 AH). al-Halqah al-Thaniyah. (7th ed.). Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
 37. Sadr, S. M. (1420 AH). Mawara' al-Fiqh. (1st ed., vol. 6). Beirut, Dar Al-Azwa le al-Taba'ah va al-Nashr va al-Tawzi'. [In Arabic]
 38. Seymari, M. (1408 AH). Talkhis al-Khilaf va Kholasah al-Ikhtilaf. (1st ed., vol. 3). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
 39. Sheikh Ansari, M. (1414 AH). Rasael Faqihah. (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Ansari. [In Arabic]
 40. Shobeyri Zanjani, S. M. (1419 AH). Kitab al-Nikah. (1st ed., vol. 1). Qom: Raypardaz Research Institute. [In Arabic]
 41. Tabari, A. (1412 AH). Jame' al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an. (1st ed., vol. 4). Beirut: Dar Al-Maarefa. [In Arabic]
 42. Tabarsi, F. (1377 AP). Javame' al-Jame'. (1st ed., Vol. 1). Qom: University of Tehran Publications and Qom Seminary Management Center. [In Persian]
 43. Tabarsi, F. (1410 AH). al-Mutalif min al-Mukhtalaf bayn al-A'imah al-Salaf. (1st ed., vol. 2). Mashhad: Majma' al-Bohouth al-Islamiyah. [In Arabic]
 44. Tabatabaei, S. M. H. (1417 AH). Tafsir al-Mizan. (5th ed., vol. 4). Qom: Islamic Publications Office of the Teachers Association. [In Arabic]
 45. Tusi, M. (1407 AH). Al-Khalaf. (1st ed., vols. 4, 5). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
 46. Tusi, M. (2008 AP). al-Mabsut. (3rd ed., Vol. 6). Tehran: al-Maktabah Al-Mortazavi le Ihya al-Athar al-Jafariyah. [In Persian]
 47. Yazdi, M. (1415 AH). Fiqh al-Qur'an. (1st ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]

48. Yazdi, S. M. K. T. (1428 AH). al-Urwat al-Wothqa ma'a al-Ta'liqat. (1st ed., vol. 2). Qom: Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
49. Yazdi, S. M. K. T. (n.d.). al-Urwat al-Wothqa ma'a al-Ta'liqat al-Fadil. (1st ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams.
50. Zamakhshari, M. (1407 AH). Al-Kashaf an Al-Haqa'iq Ghavamid Al-Tanzil. (3rd ed., Vol. 1). Beirut: Dar Al-Kotob Al-Arabi. [In Arabic]



Research Article

An Evaluation of Precautionary Arguments with the Approach of Permitting Artificial Insemination in a Surrogate Uterus

Mohammad Zarvandi Rahmani¹

Received: 27/01/2021

Accepted: 02/09/2021

Abstract

Undoubtedly, the 20% number of infertile men and women in Iran, which is higher than the average infertility of other countries, is a social problem for the Islamic system. The depth of this problem becomes clearer when we take a brief look at its devastating harms, such as depression, frustration, and divorce. Fortunately, many communities have cured this problem with the help of advances in medical knowledge through artificial insemination in a surrogate uterus. This scientific solution has faced a religious obstacle in Islamic and Shiite societies. Many great jurists have issued fatwas on impermissibility, and the main reason for them is to adhere to the principle of precaution in all matters, including the rulings of vulvae. This paper intends to criticize the inclusion of this rule on artificial insemination in order to remove the religious obstacle of artificial insemination in the surrogate uterus. In this regard, after explaining the issue, the discussion of the background and arguments of the opponents, especially the precautionary principle, has been examined and criticized, and at the end, the arguments of the proponents have been presented and some problems have been answered. Finally, it was concluded that infertile couples could be treated by artificial insemination in a surrogate uterus, while avoiding side Haram practices.

Keywords

Isalat al-Ihtiyat, Haram doubts, vulvae, artificial insemination, surrogate uterus.

1. Associate Professor, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. m_zarvandi@miu.ac.ir.

*Zarvandi Rahmani, M. (1400 AP). An Evaluation of Precautionary Arguments with the Approach of Permitting Artificial Insemination in a Surrogate Uterus. *Journal of Fiqh*, 28(107), pp. 179-199.

Doi: 10.22081/jf.2021.58878.2129.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

مقاله پژوهشی

بررسی ادله احتیاط با رویکرد جواز تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین

محمد زروندی رحمانی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۸

چکیده

بی‌گمان آمار بیست درصدی زنان و مردان نازا که از متوسط نازایی دیگر کشورها بیشتر است، معضلی اجتماعی برای نظام اسلامی است. عمق این مشکل هنگامی روشن تر می‌شود که نگاهی اجمالی به آسیب‌های خانمان‌سوز آن، همانند افسردگی، ناامیدی و طلاق داشته باشیم. خوشبختانه بسیاری از جوامع با کمک پیشرفت‌های دانش پزشکی از طریق تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین، این مشکل را علاج کرده‌اند. این راه‌حل علمی در جوامع اسلامی و شیعی به مانع شرعی دچار شده است؛ زیرا بسیاری از فقهای عظام فتوا به عدم جواز داده‌اند و دلیل اصلی آنها تمسک به قاعده احتیاط در امور هامه از جمله احکام فروج است. این نوشته بر آن است که در راستای رفع مانع شرعی تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین، شمول این قاعده را بر تلقیح مصنوعی موردنقد قرار دهد. در این رابطه پس از تبیین مسئله، بحث از پیشینه و ادله مخالفان، به‌ویژه قاعده احتیاط، بررسی و نقد شده و در پایان ادله موافقان ارائه و برخی از اشکالات پاسخ داده شده است. سرانجام این نتیجه حاصل آمد که درمان زوجین نابارور از طریق تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین، با پرهیز از محرّمات جانبی، روا است.

کلیدواژه‌ها

اصالة الاحتیاط، شبهات تحریمیة، فروج، تلقیح مصنوعی، رحم جایگزین.

۱. دانشیار جامعة المصطفی العالمیة، قم، ایران.

m_zarvandi@miu.ac.ir

* زروندی رحمانی، محمد. (۱۴۰۰). بررسی ادله احتیاط با رویکرد جواز تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۷)، صص ۱۷۹-۱۹۹.
Doi: 10.22081/jf.2021.58878.2129.

مقدمه

فقه امامیه از منبع وحی برآمده و از سرچشمه معارف نبوی و علوی سیراب، و با زحمات باورنکردنی فقها به بار نشست و ثمره طیبه آن نظام فقهی و حقوقی بی‌نظیر با ویژگی‌های منحصر به فرد غنا، جامعیت، کارآمدی و قدرت استخدام دانش روز، مانند تلقیح مصنوعی برای حل مشکل زنان و مردان عقیم است.

اهمیت ویژگی اخیر هنگامی خودنمایی می‌کند که بدانیم بیست درصد از زوج‌ها از داشتن فرزند محروم‌اند و این مسئله پیامدهای منفی زیادی را در عرصه‌های گوناگون در پی دارد؛ از جمله ناامیدی، افسردگی، طلاق، کاهش و پیری جمعیت، جابجایی جمعیت‌های شیعه و سنی و جابجایی جایگاه‌های سیاسی.

اهمیت و ضرورت استخدام دانش روز پزشکی، مانند تلقیح مصنوعی، از سوی فقها منحصر به حل معضل زوجین نازا نیست، بلکه در افقی است که این پدیده شگفت پزشکی پیش روی دانش پزشکی گشوده و به کمک پیشرفت‌های مهندسی ژنتیک در کاهش شیوع بسیاری از بیماری‌های وراثتی مثل تالاسمی تأثیرگذار است و نیز تولد نوزادانی با ضریب هوشی بالاتر را نوید می‌دهد؛ بنابراین بحث از رفع مانع شرعی تلقیح، ضرورت بلکه وظیفه شرعی و ملی است. بسیاری از جوامع بشری نیز از طریق تلقیح مصنوعی مشکل نازایی زنان و مردان عقیم را علاج کرده‌اند. این راه در جوامع اسلامی و شیعی به مانع شرعی فتوای فقها مبنی بر عدم جواز دچار شده است؛ از این رو بحث فقهی جواز و عدم جواز تلقیح مصنوعی برخوردار از اهمیت و ضرورت است.

پیش از آغاز بحث توجه به نکات ذیل لازم است:

۱. این نوشته در مقام اثبات جواز تلقیح مصنوعی از منظر حکم تکلیفی است، اما احکام وضعی مانند الحاق نوزاد به صاحبان نطفه، ارث و محرمیت نیاز به نوشته‌ای مستقل دارد.

۲. مدعا جواز اصل تلقیح مصنوعی، به شرط پرهیز از محرمات جانی است.

۳. از آنجا که دلیل اصلی مخالفان جواز تلقیح مصنوعی قاعده احتیاط در احکام

مرتبط با فروج است، این نوشته برای اثبات جواز تلقیح، ناگزیر باید بحث احتیاط را با تفصیل بیشتر نقد و بررسی کند؛ از این رو بیشتر حجم مقاله به آن اختصاص پیدا کرده است. پرواضح است که با نقد قاعده احتیاط، مستند مخالفان ناتمام و در نتیجه تلقیح مصنوعی جایز خواهد بود.

۴. نقد و بررسی قاعده احتیاط ناظر به اثبات جواز تلقیح است، از این باب که نتیجه قهری خدشه در قاعده، منع تطبیق آن بر مصادیق، و از جمله تلقیح مصنوعی است.

۱. تبیین بحث

فقها برای تلقیح مصنوعی اقسام گوناگونی را تصور کرده‌اند؛ از جمله صورتی که بیشتر فقها بر اساس قاعده احتیاط در فروج، فتوا به حرمت داده‌اند، عبارت است از اینکه اسپرم مرد در رحم زوجه غیر شرعی قرار گیرد؛ اعم از اینکه او محرم باشد و یا نباشد، و اعم از اینکه شوهر داشته باشد یا نداشته باشد، و در صورت اول چه شوهر راضی باشد یا نباشد.

این فتوا موجب شده تا حکم جواز تلقیح مصنوعی لاینحل باقی بماند؛ زیرا قریب به اتفاق مراجع معاصر آن را غیر شرعی می‌دانند؛ از جمله آیات عظام امام خمینی، سید عبدالاعلی سبزواری، صافی گلپایگانی، تبریزی، وحید خراسانی، سیستانی، (امام خمینی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۶۶۳، م ۳؛ سبزواری، ۱۴۳۰ق، ص ۲۴۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۷۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۴۷۶؛ وحید خراسانی، ۱۳۷۹، ص ۶۱۳؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۶۳). همچنین بعضی از مراجع صرف نظر از محرمات جانبی، آن را فی نفسه جایز دانسته‌اند (خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ص ۲۸۰).

شاهد این که مستند حرمت تلقیح مصنوعی در این بحث، قاعده احتیاط در فروج است، عبارت است از اینکه برخی از فقها در مقام استدلال به روایاتی مانند «إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلًا أَقْرَبَ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمٍ تَحْرُمُ عَلَيْهِ» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۵۴۱)، ضمن طرح اشکالات سندی و دلالتی، تصریح کرده‌اند که این روایات تنها دلیل حرمت قاعده احتیاط در فروج است (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۹۷).

۲. پیشینه بحث

بررسی تاریخ مباحث فقهی، تأثیر غیرقابل انکار در فهم صحیح مطلب و رسیدن به واقعیت دارد؛ به ویژه علوم نقلی که مانند علوم عقلی ضابطه بردار نیستند. از این رو توجه هر چند گذرا به آن ضروری است. به گمان قوی، مسئله وجوب احتیاط در شبهات مربوط به باب نکاح، اولین بار در کلمات علامه حلی دیده شده است. در این قسمت با هدف آشنایی با تاریخ این مسئله، به برخی از عبارات فقها اشاره می‌شود:

«والفروج تجب الاحتیاط فیها» (حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۹۷)، «وحکم الفروج مبنی علی کمال الاحتیاط» (محقق ثانی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۲۶)، «مع وجوب الاحتیاط فی الفروج» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص ۱۱۸)، «مع وجوب الاحتیاط فی الفروج لأن حل الفروج امر توقیفی فیتوقف علی النص وبدونه ینبغی لاصالة عدم الحل» (بحرانی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۳۲۶)، «والاحتیاط فی الفروج» (طباطبائی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۱، ص ۱۷)، «الفروج المبنی امرها علی الاحتیاط بحکم العقل والنقل» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۸)، «لان الاحتیاط فی الفروج اولی» (حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۱۶۶)، «الاحتیاط فی الفروج اولی» (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۴)، «وان کان الاحتیاط فی الفروج اولی» (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۴۰۴)، «مع اولویة الفروج بالاحتیاط من غیرها» (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۰۹)، «طریقة الاحتیاط تقضی الایتهجم علی اشباحة الفروج الایبتعین» (فاضل آبی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۱۷۳)، «ولکن الاحتیاط... سیما فی احکام الفروج امر مطلوب عند الشارع» (نراقی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۱۵)، «الاحتیاط لا ینبغی ترکه خصوصاً فی النکاح... والاصل تحریم الفرج الی ان یتثبت سبب الحل» (نجفی، ۱۳۶۷ق، ج ۳۰، ص ۲۳۶)، «والاحتیاط فی مثل حرمة المعقوده مستلزم للتفتیش من عیوب الناس من هو عینه فیکون الاحتیاط بترك الاحتیاط» (میرزای شیرازی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۱۸)، «اما الثالث فلان الاصل (اصالة الاحتیاط) لا یرجع الیه مع الدلیل» (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۲، ص ۲۱)، «ان الفروج یکون المطلوب فیها شدة الاحتیاط خصوصاً مع ملاحظة اصالة عدم تحقق الزوجیه» (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۳ق، ص ۶۳)، «وهذا هو الوجه فی تسالمهم علی اصالة الحرمة فی جمیع ما کان من هذا القبیل.»

۲-۱. جمع بندی

آنچه ملاحظه شد، عبارت بیشتر منابع فقهی در قاعده وجوب احتیاط در امور هامة در خصوص احكام فروع بود. از عبارت فقها، فراز و فرود و تطور مسئله تا حدی روشن می شود. از جمله:

الف. دلالت عبارت فقها بر وجوب احتیاط به شکل های مختلف است:

۱. دلالت صریح و به شکل فتوا، مثل کلام علامه و مقدس اردبیلی.
۲. دلالت صریح، ولی به شکل استدلال، مثل محدث بحرانی، شیخ انصاری، فاضل لنکرانی و محقق نائینی.

۳. دلالت به اطلاق، مثل محقق ثانی، فاضل لنکرانی و طباطبائی صاحب ریاض.

۴. دلالت بر وجوب ندارد، فقط بر اولویت دلالت دارد؛ بیشتر عبارت ها از این قسم است؛ مثل فخرالمحققین، شهید اول، شهید ثانی، بحر العلوم، صاحب جواهر، میرزای شیرازی و روحانی.

ب. اولین فقهی که متعرض این بحث شده، علامه حلی است. پس مسئله اجماعی و برخوردار از شهرت نیست. از سوی دیگر، عمر طولانی ندارد.

ج. قائلان به وجوب احتیاط اندک اند و بیشتر تصریح به اولویت و استحباب دارند. آنان یا عبارت مطلق و عموم به کار برده اند که قابل تقیید است و یا وجوب احتیاط را مستدل و مستند به اصل فساد و یا استصحاب عدم تحقق عقد و علقه زوجیت کرده اند که قابل خدشه و نقض است.

د. با توجه به امور فوق، قاعده احتیاط نمی تواند مستند فتوای حرمت تلقیح مصنوعی باشد.

۳. تقریر محل نزاع

تحریر موضوع در مباحث علمی مورد اختلاف، اولین گام لازم در راستای رسیدن به واقع مطلب است. این ضرورت در پدیده های علمی که ابعاد مختلف علمی دارند، مانند

مسئله مورد بحث دوچندان است؛ از این رو لازم است با تذکر چند نکته، محل نزاع تقریر شود:

۱. بی گمان رعایت احتیاط اگر موجب عسرو حرج، اختلال نظام و تضييع حقوق دیگران نشود، شایسته و نیکو است.

۲. هدف مقاله نقد شمول قاعده بر احکام مرتبط با فروج در خصوص تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین است، نه دو مصداق دیگر. مباحث دیگری که مرتبط با فروج است نیز خارج از بحث است.

۳. مدعای نوشته اشکال بر قاعده وجوب احتیاط در احکام و شئون فروج، از جمله تلقیح مصنوعی است.

۴. فقهای اصولی و اخباری در چند امر درباره وجوب احتیاط اتفاق دارند:

الف. در شبهات تحریمیه قبل از فحص.

ب. شبهات وجوبیه قبل از فحص.

ج. عدم وجوب احتیاط در شبهات وجوبیه بعد از فحص. ولکن درباره وجوب و عدم وجوب احتیاط در شبهات تحریمیه پس از فحص اختلاف کرده اند. مورد بحث، داخل در این صورت است.

۵. فقهای اخباری بر این باورند که احتیاط واجب است و فقهای اصولی به برائت و عدم وجوب احتیاط قائل اند.

۶. فقهای اصولی در فقه بر خلاف مبنای مسلم عدم وجوب احتیاط در شبهات تحریمیه بعد از فحص، در خصوص امور هامة از جمله باب فروج، قائل به وجوب احتیاط شده اند. این مقاله در پی آن است که ثابت کند مبنای اینان در اصول صحیح و رفع ید از آن در امور هامة به ویژه فروج، از جمله تلقیح مصنوعی، بی وجه است.

۴. ادله قائلان وجوب احتیاط

ادله قائلان به وجوب احتیاط دو قسم است: ۱. ادله عامه که فقهای اخباری در دانش اصول در جهت اثبات وجوب احتیاط در مقابل اصولی ها اقامه کرده اند، ۲. ادله خاصه

که در خصوص احکام فروج دلالت بر وجوب احتیاط دارد. در این قسمت به صورت گذرا به برخی از ادله هر یک از دو قسم و پاسخ آنها اشاره می‌شود.

۴-۱. ادله عامه

فقهای اخباری به چند آیه، طوائفی از روایات، اجماع و عقل برای اثبات وجوب احتیاط در شبهات تحریمیه پس از فحص تمسک جست‌اند و در مقابل فقهای اصولی پاسخ‌های متعددی داده‌اند که در کتاب‌های اصولی به تفصیل مطرح شده است، اما به جهت محدودیت صفحات مجله و آشنایی مخاطبان با این مباحث، از طرح آنها می‌گذریم.

۴-۲. ادله خاصه

در این بخش، از ادله‌ای بحث می‌شود که در خصوص شبهات مرتبط با فروج، از جمله تلقیح مصنوعی، بر وجوب احتیاط دلالت دارد.

۴-۲-۱. آیات

در این باره به آیاتی از جمله «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» (نور، ۳۱؛ نساء، ۲۳؛ مؤمنون، ۷-۵) تمسک کرده‌اند.

تقریر دلالت: این آیات بر وجوب حفظ آلت تناسلی از سوی زنان دلالت دارد و بر اساس قاعده و حذف متعلق حکم، کاشف از عموم است. پس آیات بر حرمت تلقیح مصنوعی به‌عنوان یک مصداق دلالت دارد.

نقد: پاسخ‌های مختلفی از دلالت آیات بر حرمت تلقیح داده شده است؛ از جمله اینکه حفظ فروج کنایه از لواط و زنا است (طباطبائی، ۱۳۶۳، ج ۱۵، ص ۱۰)، پس شامل تلقیح مصنوعی نمی‌شود.

ثانیاً: روایات دلالت دارد بر اینکه مقصود از آیاتی که دلالت بر وجوب حفظ فرج دارد، حفظ از زنا و لواط است، جز آیه نور که مقصود از آن حفظ از نگاه غیرشوهر

است؛ به‌عنوان مثال، روایت زبیری عن ابی عبد الله علیه السلام: «كُلُّ شَيْءٍ فِي الْقُرْآنِ مِنْ حِفْظِ الْقُرْجِ فَهُوَ مِنَ الرَّنَى إِلَّا هَذِهِ آيَةٌ فَإِنَّهَا مِنَ النَّظْرِ» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۵، ص ۱۴۶).

۲-۲-۴. روایات

روایت اول: در معتبره شعیب آمده است: «فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام هُوَ الْقُرْجُ وَأَمْرُ الْقُرْجِ شَدِيدٌ وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَنَحْنُ نَحْتَاطُ فَلَا يَتَزَوَّجُهَا» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۲۵۸). شعیب حداد به امام صادق علیه السلام عرض می‌کند که یکی از شیعیان قصد ازدواج با زنی را دارد که شوهر سنی‌اش او را طبق مذهب اهل سنت طلاق داده است. آیا شما اجازه می‌دهید که با او ازدواج کند؟ حضرت فرمودند: «این مطلب مرتبط با احکام فروج است و حکم فروج مهم است، زیرا فرزند از آن پدید می‌آید؛ از این رو ما در اینگونه امور احتیاط می‌کنیم، پس با این زن ازدواج نکنند.»

تقریر دلالت: ذیل روایت، اگر نگویم صریح، دست کم ظهور در وجوب احتیاط در امر فروج دارد؛ زیرا نسل از آن متولد می‌شود.

نقد اول: حضرت حکم به احتیاط را به امر عقلی، یعنی فرزندآوری معلل کرده است. این تعلیل عقلی قرینه می‌شود و بر ارشادی بودن به همین حکم عقل دلالت دارد. نقد دوم: مورد مصداق قاعده الزام است و تمامی فقها ازدواج با زنانی را که طبق فقه اهل سنت طلاق داده شده‌اند، از باب قاعده الزام صحیح می‌دانند. پس باید فرمایشات امام در ذیل روایت، حمل بر استحباب و ارشاد به جایگاه و تأثیر زن در نسل انسان شود؛ از این رو شایسته دقت و احتیاط است.

نقد سوم: احتمال زیاد داده می‌شود که سؤال‌کننده می‌دانسته که ازدواج با زن مطلقه طبق فقه اهل سنت از باب قاعده الزام صحیح است، ولیکن شک داشته است که آیا شرایط لازم در فقه اهل سنت در طلاق رعایت شده یا نه. پس توصیه حضرت به احتیاط، حمل بر استحباب می‌شود؛ چون شبهه موضوعیه است و در شبهات موضوعیه، تحقیق و احتیاط واجب نیست، بلکه مستحب است. سند روایت معتبر است، زیرا سند شیخ به حسین بن سعید صحیح است و از حسین بن سعید اهوازی تا امام علیه السلام، همه راویان امامی و ثقة‌اند.

روایت دوم: معتبره مسعدة بن زیاد عن جعفر عن آبائه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: لَا تَجَامَعُوا فِي النِّكَاحِ عَلَى الشَّبْهَةِ...» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۲۵۹).

تقریر دلالت: روایت دلالت دارد بر نهی از ازدواج‌های شبهه‌دار، مثل اینکه گزارش شود تو برادر رضاعی زن هستی، پس احتیاط در شبهات باب نکاح واجب است، حتی اگر شبهه بدوی باشد؛ زیرا «وقفوا عند الشبهة» اطلاق دارد.

نقد اول: مورد روایت شبهه موضوعیه است، زیرا امام علیه السلام به زنی مثال زده که احتمال دارد خواهر رضاعی باشد و احتیاط در شبهات موضوعیه بالاتفاق واجب نیست، زیرا فحص در شبهات موضوعیه لازم نیست. بنابراین احتیاط در روایت، حمل بر استحباب می‌شود.

نقد دوم: جمله «وقفوا عند الشبهة» در نسخه‌های جدید تهذیب نیست. این اختلاف نسخه روایت را از قابلیت استدلال ساقط می‌کند.

نقد سوم: روایت باید بر شبهات قبل از فحص حمل شود، زیرا تعلیل «فان الوقوف عند الشبهة خیر من الاقتحام فی الهلکة» هنگامی صادق است که وقوع در هلاکت با ترک احتیاط قطعی باشد. این امر ویژه شبهات قبل از فحص است، پس خارج از موضوع بحث است.

سند: اعتبار دارد، زیرا استناد شیخ طوسی به محمد بن احمد بن یحیی که اشعری است تمام است، و باقی رجال سند امامی و ثقه‌اند؛ هر چند هارون بن مسلم از نظر اعتقادی متهم به جبر شده است. اما مسعدة توثیق خاص ندارد، ولیکن چون روایت زیاد نقل کرده و ضعفی هم درباره‌اش گفته نشده، موردا اعتماد است (شیخ انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۳۷).

روایت سوم: در صحیح ابی بصیر آمده است: «سألت ابا جعفر عن رجل تزوج امرأة فقالت أنا حُبلی وانا أختک من الرضاعة و انا علی غیر عِدَةٍ قال فقال ان کان دخل بها وواقعها فلا یصدقها وان کان لم یدخل بها ولم یواقعها فلیخبر ولیسأل اذا لم یکن عرفها قبل ذلک» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۲۹۶).

تقریر دلالت: ابابصیر درباره ازدواجی سؤال می‌کند که از سوی زن سه شبهه بر آن وارد شده است: حمل از دیگری، خواهر رضاعی، و درعه بودن. حضرت می‌فرماید: «اگر این شبهات پس از ارتباط زناشویی بوده اعتنا نکند و اگر قبل از ارتباط زناشویی بوده باید احتیاط و تحقیق کند. پس روایت دلالت دارد بر کبرای کلی و جوب احتیاط در شبهات موضوعیه مرتبط با فروج.

نقد اول: مورد استشهد در نسخه کافی «فلیختبر» و در نسخه فقیه «فلیحتط»، و در نسخه تهذیب «فلیتحرّ» است. این اختلاف نسخه‌ها روایت را از قابلیت استدلال ساقط می‌کند.

نقد دوم: روایت دلالت دارد بر استحباب احتیاط، نه وجوب آن، زیرا مورد سؤال جایی است که عقد محقق شده و شک داریم که صحیح واقع شده یا فاسد. مقتضای قاعده اصالةالصحة و مقتضای قاعده فراغ، حمل بر صحت است، زیرا در اصول ثابت شده که قاعده فراغ مختص باب صلاة نیست (خوئی، ۱۴۲۶ق، ج ۷، ص ۳۲۲). ثانیاً دلیل اخص از مدعا است، زیرا مورد بحث اعم از شبهات موضوعیه و حکمیه است و سؤال در شبهه موضوعیه است و در شبهات موضوعیه فحص لازم نیست و جریان برائت اتفاقی است.

نقد سوم: دلیل تفصیل میان قبل از دخول و پس از دخول مشخص نیست، زیرا عقد برای عاقد، با قاعده فراغ عقد صحیح است، چه پیش از دخول و یا بعد از دخول باشد؛ و عقد درباره غیر عاقد، با قاعده اصالةالصحة در فعل دیگران صحیح است و فرقی نمی‌کند که شک قبل از ارتباط باشد و یا بعد از ارتباط. بنابراین وجه تفصیل مبهم است، در نتیجه روایت نیز مبهم می‌شود و قابل استدلال نخواهد بود.

سند: راویان حدیث ثقه و امامی‌اند و ابابصیر هم اسدی است، پس معتبر است.

روایت چهارم: در خبر علاء بن سیابه آمده است: «فقال سبحان الله ما اجور هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واحرى ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۲۵۹).

توضیح: فقهای اهل سنت در عزل از وکالت تفصیل می‌دهند بین وکالت در نکاح و

غیرنکاح؛ اگر خبر عزل و کیل در امر ازدواج بعد از عقد برسد، عزل محقق نشده و عقد صحیح است و اگر بعد از دخول برسد، وکالت باطل و عقد نیز فاسد است، اما عزل از وکالت در غیرنکاح مشروط است به رسیدن خبر عزل به وکیل.

تقریر دلالت: حضرت تفصیل اهل سنت را صحیح نمی‌داند و می‌فرماید: «احتیاط در نکاح سزاوارتر از احتیاط در غیرنکاح است، زیرا مرتبط به فرج است و فرزند و نسل از آن نشأت می‌گیرد.» پس روایت دلالت دارد بر کبرای کلی لزوم احتیاط در باب نکاح. نقد اول: حضرت فرمود «احری»، و کلمه احری از نظر ماده به معنای سزاواری و شایستگی است، نه وجوب، و از نظر شکلی افعال تفصیل است که دلالت بر رجحان دارد، نه لزوم.

نقد دوم: حضرت حکم به احتیاط را به امر عقلی فرزندآوری معلل کرده است. این تعلیل عقلی قرینه می‌شود که حکم به احتیاط، ارشاد به همین حکم عقلی است. نقد سوم: با توجه به اینکه عقد نکاح و کیل صحیح است، زیرا خبر عزل به وکیل نرسیده، وجهی برای لزوم احتیاط نیست.

نقد چهارم: سند ضعیف است، زیرا روایت دو سند دارد: ۱. طریق شیخ به محمد بن علی بن محبوب است که در آن علی بن حسان هست. وی مشترک است میان واسطی که ثقة است، و الهاشمی که ضعیف است، پس سند اعتبار ندارد. ۲. سند شیخ به علاء هم ضعیف است، چون علاء بن سیاه مجهول است و در رجال مدح و ذمی ندارد، مگر اینکه بعضی از اصحاب اجماع از جمله ابان بن عثمان از او روایت کرده‌اند، در حالی که صرف نقل اصحاب اجماع موجب اعتبار نمی‌شود. پس سند در هر دو صورت روایت ضعیف است.

۳-۴. جمع بندی

تابه حال چهار روایت که می‌تواند مستند فتوا به حرمت تلقیح مصنوعی باشد، بررسی شد و اشکالات سندی و دلالتی، مانع از صحت استدلال به آنها است.

۴-۳-۱. روایات معارض

افزون بر اشکالات دلالتی و سندی بر روایاتی که مستند قائلان و وجوب احتیاط، از جمله در تلقیح مصنوعی است، این دسته از روایات معارض است با دسته دیگری از روایات که دلالت دارد بر عدم وجوب احتیاط در شبهات تحریمیه بعد از فحوص، در خصوص بحث فروج، و از جمله تلقیح مصنوعی:

روایت اول: «عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن امرأة تزعم انها أرضعت المرأة والغلام ثم تنكر بعد ذلك فقال تصدق اذا انكرت ذلك قلت فانها قالت وادعت بعد بانى قد ارضعتها قال لا تصدق» (حرعاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۴۰۱).

تقریر دلالت: امام صادق عليه السلام درباره زنی که ادعای شیردادن به دختر و پسری را کرده، سپس انکار کرده و بار دوم ادعای اول را تکرار کرده است، می فرماید: «انکارش را تصدیق و ادعای رضاع قبل و بعد را ترتیب اثر نده و احکام رضاع را بر آن بار مکن.» پس معلوم می شود کبرای کلی وجوب احتیاط در امور فروج، از جمله در تلقیح مصنوعی، ناتمام است، زیرا با اینکه مورد سؤال مصداق شبهه تحریمیه امر فروج است، امام عليه السلام امر به احتیاط نکرده اند.

سند: صحیحه است و بر مبنای کسانی که قائل اند پدر علی بن ابراهیم توثیق خاص ندارد، حسنه است.

روایت دوم: «موثقه سعدة بن صدقه عن ابي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول كل شي هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك وذلك مثل... امرأة تحتك وهي اختك او رضيعك» (حرعاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۷، ص ۸۹).

تقریر دلالت: دلالت اصل در هر چیزی حلیت است، مگر علم حاصل شود بر حرمت به خصوص چیزی؛ در این صورت بر شخص عالم واجب است آن را رها کند. سپس حضرت زنی را مثال می زند که به عنوان همسر در اختیار انسان است و شاید خواهر تنی یا رضاعی باشد. از این روایت استفاده می شود که در شبهات مربوط به فروج، از جمله تلقیح مصنوعی، احتیاط واجب نیست، زیرا حضرت تصریح می کند که

اگر شبهه شود در خواهر تنی یا رضاعی بودن همسر، احتیاط واجب نیست.

سند: کلینی برای علی بن ابراهیم صاحب تفسیر، و هارون بن مسلم روایت کرده است که پدرش سعدان است، هر چند از نظر اعتقادی گرایش به تفکر جبر داشته، ولی امامی و ثقه است و مسعدة بن صدقه گفته شده عامی است، ولی این نسبت صحیح نیست و در هر صورت ثقه است، زیرا اولاً از رجال تفسیر قمی است، ثانیاً شیخ روایت بسیاری از بزرگان بوده است و ثالثاً کثیرالروایه بوده و درباره او ضعفی نقل نشده است.

روایت سوم: در موثقه سماعه آمده است: «عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُمَّةً أَوْ تَمَتَّعَ بِهَا فَحَدَّثَنِي رَجُلٌ ثِقَةً أَوْ غَيْرَ ثِقَةٍ فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ إِمْرَأَتِي وَلَيْسَتْ لِي بَيِّنَةٌ فَقَالَ: إِنْ كَانَ ثِقَةً فَلَا يَفْرُبُهَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۳۰۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۷، ص ۴۶۱).

تقریر دلالت: امام علیه السلام درباره مردی که ادعا کرده شوهر زن شوهردار است و لکن بیینه ندارد، می فرماید: «اگر مدعی ثقه است، ادعایش قبول و اگر ثقه نیست ادعایش را قبول نکن»؛ در حالی که اگر ثقه هم نباشد، احتمال صدق داده می شود، پس مصداق شبهه تحریمیه در امر فروج محسوب می شود. با این وصف امام احتیاط را واجب نکرده است.

سند: رجال روایت از اجلاء هستند؛ زرعه واقفی و سماعه منتسب به وقف است و سند شیخ طوسی به حسین بن سعید نیز تمام است. پس سند موثقه است.

روایت چهارم: در معتبره عمر بن حنظله آمده است: «قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اني تزوجت امرأة فسالته عنها فقيل فيها فقال وانت لم سالت ايضاً ليس عليكم التفتيش» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۰، ص ۳۰۱).

تقریر دلالت: عمر بن حنظله می گوید با زنی ازدواج کردم و پس از عقد تحقیق کردم که درباره اش چه چیزهایی گفته می شود. حضرت فرمود: «چرا پرس و جو کردی؟ تفتیش وظیفه شما نیست». روایت دلالت دارد که لازم نیست به شبهات ازدواج ترتیب اثر داده شود، بلکه تحقیق امری است مذموم.

در سند، علی بن حکم واقع شده که انباری است و عمر بن حنظله اختلافی است و بیشتر صاحب نظران او را مورد اعتماد می دانند. پس سند معتبره است.

روایت پنجم: در موثقه اسحاق بن عمار آمده است: «قال قلت انی تزوجت امرأة متعة فوق فی نفسی ان لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً قال ولم فتشت» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳).

تقریر دلالت: امام علی علیه السلام در پاسخ عمار مبنی بر اینکه مردی پس ازدواج موقت درباره زن تفتیش می کند و معلوم می شود شوهر دارد، حضرت او را به خاطر تفتیش مذمت می کند و می فرماید چرا تحقیق کردی؟ روایت به خوبی دلالت دارد بر اینکه تحقیق و ترتیب اثر بر شبهات باب نکاح، از جمله در تلقیح مصنوعی، نه تنها واجب نیست بلکه مذموم است.

سند: موثقه است به جهت انتساب اسحاق بن عمار به مذهب فطحی. عثمان بن عیسی، کلابی است و از اصحاب اجماع است.

روایت ششم: در روایت مهران بن محمد آمده است: «عن ابی عبد الله علیه السلام قال قيل له ان فلاناً تزوج امرأة متعة فقيل له ان لها زوجاً فسألها فقال ابو عبد الله علیه السلام ولم سألها» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۴).

تقریر دلالت: امام صادق علیه السلام در این روایت مانند موثقه عمار، نه تنها پرس وجو و تحقیق درباره شبهات مربوط به فروج را مدح نمی کند، بلکه توییح می کند. این مطلب کاشف است از اینکه کبرای کلی وجوب احتیاط در احکام فروج ناتمام است. روایات دیگری نیز بر این مدعا دلالت دارد (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۱، ص ۳۲).

۴-۳-۲. راه حل تعارض

به حسب ظاهر، میان روایات دال بر لزوم احتیاط چشم پوشی از اشکالات دلالی و سندی، با روایات دال بر عدم لزوم احتیاط، تعارض محقق است و برای رفع تعارض راه حل هایی ممکن است.

توضیح: این بحث بر مبنای رأی کسانی که دلالت طائفه اول را بر وجوب احتیاط در شبهات مرتبط با فروج بپذیرند، راه دارد، اما بر مبنای نظر کسانی که بر دلالت طائفه اول از نظر سند و دلالت خدشه می کنند، از جمله راقم این سطور، نوبت به این بحث نمی رسد.

راه حل اول: دلالت طائفه اول بر وجوب احتیاط به اطلاق و ظهور است؛ از باب نمونه کلمه «اخری» با ظهور دال بر وجوب احتیاط است، ولی طائفه دوم نص و صریح در عدم وجوب احتیاط است. از باب نمونه، «کل شیء حلال» صریح در عدم وجوب احتیاط است و مقتضای قاعده تقدیم نص بر ظهور این است که به طائفه دوم اخذ و طائفه اول را حمل بر استحباب کنیم و از آنجا که مورد از امور مهمه است استحباب مؤکد می‌شود.

راه حل دوم: شیخ انصاری از اول دلالت طائفه اول را بر وجوب نمی‌پذیرد و می‌فرماید که طائفه اول دال است بر استحباب احتیاط و طائفه دوم دال است بر عدم استحباب، و در مقام رفع تعارض به طائفه اول اخذ می‌کند؛ زیرا طائفه دوم در مقام بیان تسهیل است و تسهیل با حکم تریخی استحباب ممکن است، پس تنافی نیست (شیخ انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۲۵، ص ۱۳۷).

اشکال: این جمع افزون بر اینکه خلف فرض است، زیرا فرض در جایی بود که تعارض میان وجوب و عدم وجوب احتیاط باشد، نه استحباب و عدم استحباب، اشکالات دیگری نیز ممکن است داشته باشد، ولیکن چون جمع شیخ با مدعای نوشته مبنی بر عدم دلالت روایات طائفه اول بر وجوب احتیاط در احکام فروج منافات ندارد، از بیان اشکالات صرف نظر می‌شود.

راه حل سوم: بر فرض تنزل از راه حل اول و دوم، پس از عدم دسترسی به جمع عرفی و نبود مرجح، یا قائل به تساقط می‌شویم که بر این مبنا پس از تعارض هر دو طائفه تساقط می‌کنند و مرجع عموم آیات و روایات دال بر براءت و حلیت است، پس قاعده وجوب احتیاط در احکام فروج از جمله تلقیح مصنوعی ناتمام است، و یا قائل به تخییر می‌شویم که باز هم نتیجه عدم وجوب احتیاط است، چون اخذ به روایات دال بر عدم وجوب احتیاط جایز است و اگر نوبت به اعمال مرجحات باب تعارض برسد، ترجیح با روایات طائفه دوم است؛ زیرا موافق با اطلاق آیات و روایات دال بر براءت هستند؛ مثل حدیث رفع، و از سوی دیگر، در مبحث پیشینه ثابت شد که مسئله وجوب احتیاط برخوردار از اجماع و شهرت نیست تا گفته شود طائفه اول موافق اجماع و شهرت است.

۴-۳-۲-۱. اشکال

ممکن است نظر قائلان و جوب احتیاط در فروج به این باشد که در موارد شک در حکمی از احکام مربوط به فروج، مقتضای استصحاب عدم تحقق زوجیت و یا مقتضای اصالةالفساد در عقود، بطلان عقد است، پس واجب است اجتناب شود.

نقد: اولاً این استدلال اختلافی است، زیرا برخی از بزرگان از جمله آیت الله خوئی، استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمی دانند (خوئی، ۱۴۲۶ق، ج ۴۸، ص ۱۰۶). ثانیاً این استدلال بر فرض صحت اخص از مدعا است زیرا این مطلب در خصوص مواردی که شک در صحت و فساد عقد باشد صحیح، و مقتضای اصل عدم تحقق زوجیت است، مثل شک در اینکه عقد نکاح با معاطات و یا صیغه فارسی محقق می شود یا نه. ولی در مواردی که شک در صحت و فساد عقد نباشد، جایی برای استصحاب وجود ندارد. پس در حرمت تلقیح مصنوعی که اطمینان به صحت عقد داریم، این مطلب ناتمام است، پس نمی توان به طور مطلق بگوییم احتیاط در شبهات مربوط به فروج واجب است. بنابراین تلقیح مصنوعی از حیث استقرار نطفه مرد اجنبی در رحم جایگزین، صرف نظر از محرّمات جانبی اشکال ندارد و مصداق قاعده و جوب احتیاط نیست.

نتیجه گیری

از آنچه ملاحظه شد، مطالبی حاصل می شود؛ از جمله:

۱. با توجه به آمار بیست درصدی زنان و مردان نازا و آسیب های زیاد آن در عرصه های مختلف، این امر معضل اجتماعی برای نظام و جامعه محسوب می شود و از آنجا که یکی از راه های اصلی درمان آن تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین مبتلا به منع شرعی است، بحث از جواز و عدم جواز تلقیح مصنوعی اهمیت و ضرورت دارد.
۲. اصلی ترین مستند مخالفان تلقیح مصنوعی، قاعده احتیاط در امور هامه، از جمله شبهات مرتبط با فروج است. پس از نقد و بررسی ادله مخالفان ثابت شد هر یک از ادله مبتلا به اشکالات سندی و دلالی است و دلالت بر حرمت تلقیح مصنوعی ندارد.

۳. روایاتی درباره شبهه‌های مرتبط با احکام فروج، دلالت بر آن دارد که احتیاط واجب نیست و آنها نیز جواز تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین است.
۴. در پایان برخی از اشکالات، از جمله اینکه وجوب احتیاط مستند به اصاله‌الفساد در عقود و استصحاب عدم زوجیت است، پاسخ داده شد، مبنی بر اینکه درباره تلقیح مصنوعی، شک در صحت عقد نکاح نیست تا استصحاب و یا اصاله‌الفساد جاری شود.
۵. سرانجام ثابت شد که درمان نازایی زوجین از طریق تلقیح مصنوعی در رحم جایگزین با رعایت محرمات جانبی جایز است.

فهرست منابع

* قرآن.

۱. امام خمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۵). تحرير الوسيله (ج ۲). تهران: نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقيه. تهران: مكتبة الصادق علیه السلام.
۳. بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۰۸ق). الحدائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۴. تبریزی. جواد. (۱۴۱۶ق). استفناتات جدید. قم: دار الصديقة الشهیده.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۰ق). وسائل الشیعه (ج ۱۷، ۲۰ و ۲۱). قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۶. حلّی، الحسن بن یوسف بن المطهر. (۱۳۸۸ق). ایضاح الفوائد. تهران: مؤسسه كوشانپور.
۷. حلّی، الحسن بن یوسف بن المطهر. (۱۴۱۴ق). تذكرة الفقها. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۹۴). اجوبة الاستفناتات. تهران: فقه روز.
۹. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۲۶ق). موسوعة الامام الخوئی: المستند فی شرح العروة (الطبعة الثانية). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۱۰. روحانی، سیدصادق. (۱۴۲۹ق). فقه الصادق. قم: هاتف.
۱۱. سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحكام. قم: المنار.
۱۲. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۴ق). منهاج الصالحین (ج ۱). قم: دفتر معظم له.
۱۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). مسالك الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۵. شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). نکاح. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۱۶. شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۲۴ق). موسوعة الفقهية. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۱۷. شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۲۷ق). فرائد الاصول (ج ۲۵). قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۱۸. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۸ق). تهذیب الاحكام. قم: دار التعارف للمطبوعات.
۱۹. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل (ج ۲). قم: دارالقرآن.
۲۰. طباطبائی، سیدعلی. (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۲۱. طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۳۶۳). المیزان (ج ۱۵). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. فاضل آبی، حسن بن علی. (۱۴۱۶ق). کشف الرموز (ج ۱۲). تهران: منشورات مکتبه الصدر.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۳ق). تفصیل الشریعة. قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۲۹ق). الکافی (الطبعة الاولى). قم: دارالحديث.
۲۵. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). الفقه والمسائل الفقهیه. قم: بوستان کتاب.
۲۶. محقق ثانی، علی بن الحسین بن عبدالعالی الکرکی. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۵ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفنات جدید (ج ۱). قم: مدرسه امیرالمؤمنین.
۲۹. میرزای شیرازی، محمد حسن. (۱۴۰۹ق). تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۳۰. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷). جواهر الاحکام. تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
۳۱. نراقی، ملا احمد. (۱۴۱۸ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعة (الطبعة الاولى). مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۳۲. وحید خراسانی، حسین. (۱۳۷۹). توضیح المسائل. قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.

References

* The Holy Qur'an.

1. Bahr al-Ulum, M. (1403 AH). *Balghah al-Faqih*. Tehran: Maktabah al-Sadigh. [In Arabic]
2. Bahrani, Y. (1408 AH). *al-Hada'eq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. Qom: Mu'asisah al-Nashr al-Islami. . [In Arabic]
3. Fadhil Abi, H. (1416 AH). *Kashf al-Rumouz*. (vol. 12). Tehran: Al-Sadr School Publications. [In Arabic]
4. Fazel Lankarani, M. (1423 AH). *Tafsil al-Shariah*. Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Arabic]
5. Heli, H. (1388 AH). *Izah al-Fawa'id*. Tehran: Kooshanpour Institute. . [In Arabic]
6. Heli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-Foqaha*. Qom: Alulbayt Institute. . [In Arabic]
7. Hor Ameli, M. (1410 AH). *Wasa'il al-Shia*. (vols. 17, 20, & 21). Qom: Alulbayt Institute for the Revival of Works. . [In Arabic]
8. Imam Khomeini, S. R. (1385 AP). *Tahrir al-Waseela*. (vol. 2). Tehran: The Institute for the works of Imam Khomeini. [In Persian]
9. Khamenei, S. A. (1394 AP). *Ujubah al-Istifta'at*. Tehran: Fiqh Rooz. [In Persian]
10. Khoei, A. (1426 AH). *Encyclopaedia of Imam Al-Khoei: al-Mustanad fi Sharh al-Urwat*. (al-Tab'ah al-Thaniyah). (2nd ed.). Qom: The Institute for Revival of Imam Al-Khoei's Works. . [In Arabic]
11. Koleyni, M. (1429 AH). *Al-Kafi*. (1st ed.). Qom: Dar al-Hadith. [In Arabic]
12. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Religious Questions*. (vol. 1). Qom: Amir al-Mo'menin School. [In Arabic]
13. Mirza Shirazi, M. H. (1409 AH). *Transcriptions of Ayatollah Al-Mujadded Al-Shirazi*. Qom: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
14. Mohseni, M. A. (1382 AP). *Jurisprudence and jurisprudential issues*. Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
15. Muhaqiq Thani, A. (1408 AH). *Jame' al-Maqasid*. Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
16. Muqaddas Ardabili, A. (1405 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]

17. Najafi, M. H. (1367 AP). *Jawahir al-Ahkam*. Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiyah. [In Persian]
18. Naraq, M. A. (1418 AH). *Mustanad al-Shia fi Ahkam al-Shariah*. (1st ed.). Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
19. Rouhani, S. S. (1429 AH). *Fiqh al-Sadiq*. Qom: Hatef. [In Arabic]
20. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam*. Qom: Al-Manar. [In Arabic]
21. Safi Golpayegani, L. (1409 AH). *Majma al-Masa'il*. (Vol. 2). Qom: Dar al-Quran. [In Arabic]
22. Shahid Awal, M. (1414 AH). *Qayat al-Murad*. Qom: Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
23. Shahid Thani, Z. (1414 AH). *Masalik al-Afham*. Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
24. Sheikh Ansari, M. (1415 AH). *Marriage*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
25. Sheikh Ansari, M. (1424 AH). *Mawsu'at al-Fiqhiyah*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
26. Sheikh Ansari, M. (1427 AH). *Faraid al-Osul* (vol. 25). Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
27. Sheikh Tusi, M. (1378 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. Qom: Dar Al-Taarof le al-Matbu'at. [In Arabic]
28. Sistani, S. A. (1414 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (Vol. 1). Qom: Ayatollah Sistani's Office. [In Arabic]
29. Tabatabaei, S. A. (1412 AH). *Riyadh al-Masa'il*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
30. Tabatabaei, S. M. H. (1363 AP). *al-Mizan*. (Vol. 15). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Persian]
31. Tabrizi, J. (1416 AH). *New Religious Questions*. Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahidah. . [In Arabic]
32. Vahid Khorasani, H. (1379 AP). *Tawzih al-Masa'il*. Qom: Imam Baqir School. [In Persian]

Editorial Board

Abdorreza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hosseini

Member of the Assembly of Leadership Experts and member of Iranian Guardian Council

Mohammad Zarvandi Rahmani

Associate Professor, Al-Mustafa International University

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Sayyed Ziya Mortazavi

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Mohammad Sadegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy



Reviewers of this Volume

Reza Esfandiari (Islami), Esmaeil Aghababaei Bani, Mohammad Rasul Ahangaran, Hossein Hassan'zadeh, Mahdi Dargahi, Asadollah Rezaei, Taha Zargarian, Mohammad Jafar Sadeghpour, Sayyid Jafar Sadeqi Fadaki, Ahmad Moballeghi, Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 28, No. 3, Autumn 2021

107

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Sciences and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
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 ☐ 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 پد:	نام و نام خانوادگی:	نام:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:	نهاد:
		شرکت:

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

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: ۳۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰
رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی