



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هشتم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۰

۱۰۸

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

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدیناه
سر دبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)
رئیس اداره نشریات: علی جامه‌داران
دبیر تحریریه: عبدالصمد علی‌آبادی
کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی
مترجم چکیده‌ها و منابع: محمدرضا عموحسینی

پژوهشی

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 علمیه می‌باشد».

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



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵
رایانامه: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سامانه: Jf.isca.ac.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیداحمد حسینی

(عضو 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 نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

اسماعیل آقابابائی بنی، محمدرسول آهنگران، اسدالله رضایی، محمدجعفر صادق پور، سیدجعفر صادقی فدکی، محمدصالحی مازندرانی، سیف‌الله صرامی، مهدیه غنی زاده، علیرضا فجری، محسن ملک‌افضلی اردکانی، محمدحسن نجفی راد.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید 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 مشابهت یابی 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 بوده 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 الگوی‌های 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 علمی/مدرسه علمی، 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 استناددهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

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

فهرست مقالات

- ۹ بازپژوهی ولایت حاکم در صدور حکم به ثبوت هلال و تحلیل گستره نفوذ حکم میان مکلفان مهملی درگاهی
- ۴۱ بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان علی دیملی معزی مهملی نوری
- ۶۹ بررسی فقهی حق بر صلح با تأکید بر آیات قرآن کریم مهملی فیروزی
- ۱۰۰ بازنگری کفایت اقرار واحد در ثبوت جرائم حلی قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت حامد حق‌محمدی محمد محسنی دهکلانی محمد مهملی زارعی
- ۱۳۹ ماهیت فقهی - حقوقی حق حبس در عقود با نگاهی به اسناد بین‌المللی الهه شعبانپور المشیری مهملی رهبر محمود ویسی
- ۱۶۸ مسئولیت مدنی ناشی از اکراه از دیدگاه فقه و حقوق ایران: با تأکید بر قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی مهملی عاشوری مسعود برچرخ
- ۱۹۸ شرطیت عقل، بلوغ و اسلام زوجین جهت تحقق احصان در حل زنا روح‌الله اکرمی
- ۲۲۶ سقط درمانی؛ جستاری انتقادی درباره انحصار رضایت مادر در رفع مطلق ضمان سقط طه زرگریان ایمان کاکاوند



Research Article

An Examination of Jurist Guardianship in Issuing a Ruling to Prove the Crescent Sighting and Analyzing the Extent of the Ruling's Influence among the Accountable People

Mahdi Dargahi¹

Received: 19/05/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

The Islamic jurist guardianship in issuing the rulings to prove the crescent sighting and the jurist authority in the arena of politics and management of society and the analysis of its astronomical consequences found a special place after the glorious Islamic Revolution of Iran. Since no comprehensive research has been carried out on the extent of its influence among the Mukalafan (accountable people), the question on the Islamic jurist guardianship in issuing the rulings to prove the crescent sighting and its extent of influence among the accountable people is an issue that deserves an appropriate answer. This study, which has been derived from the analysis based on the generalities and absolutes of the arguments of Wilayat_e_Faqih, indicates the reliance on the most of jurists' viewpoints in

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Usul, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.
Aghigh_573@yahoo.com.

* Dargahi, M. (1400 AP). An Examination of Jurist Guardianship in Issuing a Ruling to Prove the Crescent Sighting and Analyzing the Extent of the Ruling's Influence among the Accountable People. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 9-38. Doi: 10.22081 / jf.2021.60942.2293.

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.

the related doubt. Because it must be proved that one of the governmental responsibilities of the Imams was to issue the ruling for proving the crescent sighting in order to rely on them correctly. Considering the completeness of Muhammad ibn Qays' correct arguments, the jurist guardianship in issuing the rulings to prove the crescent sighting can be concluded, and all the objections to it are rejected. Although other arguments in its authenticity have been put forward by some, due to the lack of authenticity of the documents or the reasons, they only play a role in confirming the claimed viewpoint. . According to the above-mentioned correct arguments and the concept of priority, the ruling is valid only if it is based on evidence and generality, and not on the knowledge and vision of the jurist himself. According to the analysis of the accepted phrases of Umar ibn Hanzalah, the rulings issued by the jurist, including the aforementioned ruling - in case of certainty of the jurist's error in the ruling or his error in the subject or knowledge of his error in the documents of the ruling or subject - is valid for all accountable people in the area of the jurist's governance and proving the crescent sighting becomes absolute and the religious effects of this event can be resulted.

Keywords

Wilayat-e-Faqih, Islamic jurist, jurist's ruling, proof of the crescent.

مقاله پژوهشی

بازپژوهی ولایت حاکم در صدور حکم به ثبوت هلال و تحلیل گستره نفوذ حکم میان مکلفان

مهدی درگاهی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۲۹

چکیده

ولایت حاکم اسلامی بر صدور حکم به ثبوت هلال پس از انقلاب شکوهمند اسلامی ایران و حاکمیت فقیه بر عرصه سیاست و اداره جامعه و تحلیل تبعات نجومی آن، جایگاه ویژه‌ای یافت و چون تحقیقی یکپارچه حول گستره نفوذ آن در میان مکلفان صورت نگرفته، پرسش از ولایت حاکم اسلامی در صدور حکم به ثبوت هلال و گستره نفوذ آن میان مکلفان مسئله‌ای است که شایسته پاسخی درخور است. تحلیل برآمده از واکاوی دلالتی عمومات و اطلاقات ادله ولایت فقیه، حاکی از تمسک به عام در شبهه مصداقیه است؛ چراکه باید ثابت شود یکی از شئون حکومتی ائمه علیهم‌السلام حکم به ثبوت هلال بوده است تا تمسک به آنها صحیح باشد. با توجه به تمامیت دلالتی صحیح محمد بن قیس، ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال ثابت می‌گردد و جمله‌گی اشکالات وارده بر آن مردود است. هرچند ادله دیگری در حجیت آن توسط برخی طرح گردیده، منتهی به دلیل عدم حجیت سندی یا دلالتی، تنها در تأیید مدعا نقش دارند. با توجه به مدلول صحیح مذکور و مفهوم اولویت، حکم حاکم تنها در صورت مستند بودن به یینه و شیاع، و نه علم و رؤیت خود حاکم، حجیت دارد و بنابر تحلیل فرازهای مقبوله عمر بن حنظله، احکام صادره از حاکم، از جمله حکم مذکور - در صورت یقین به خطای حاکم در حکم یا خطای او در موضوع و یا علم به خطای او در مستندات حکم یا موضوع - بر همه مکلفان در قلمرو حُکمرانی حاکم حجیت داشته و ثبوت هلال با آن قطعی و آثار شرعی این رویداد بار می‌شود.

کلیدواژه‌ها

ولایت فقیه، حاکم اسلامی، حکم حاکم، ثبوت هلال.

1. استاد یار گروه فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.
Aghigh_573@yahoo.com

* درگاهی، مهدی. (۱۴۰۰). بازپژوهی ولایت حاکم در صدور حکم به ثبوت هلال و تحلیل گستره نفوذ حکم میان مکلفان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۹-۳۸.
Doi: 10.22081/jf.2021.60942.2293

۱. مقدمه

گردش ماه به دور خورشید، زمین و خودش، موجب پیدایش صور مختلف در جرم آن و سبب تفکیک و تقسیم زمان به «ماه» و «سال» می‌گردد. سیر طبیعی ماه و اشکال برجسته مترتب بر آن، چنان گویا و خوانا است که همگان می‌توانند آن را دیده و رفتار و اعمال خود را مطابق آن تنظیم و مدیریت نمایند (ر.ک: یونس، ۵).

برخی تکالیف شریعت اسلام، اعم از فردی و اجتماعی، به رؤیت آن جرم‌های برجسته (هلال ماه) و عدم آن در تشخیص ثبوت، ابتدا و انتهای تکلیف بستگی دارد (ر.ک: بقره، ۱۸۹)؛ البته در مواردی که رؤیت ماه عادتاً ممکن نیست، فقه اسلامی راهکارهای دیگری برای تعیین آغاز و پایان ماه برای تبیین وظیفه مکلف تعیین نموده که از آن جمله می‌توان به «شیوع» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، صص ۱۵۵-۱۶۸، ح ۹، ۱۱، ۱۲ و ۲۷)، «شهادت دو عادل» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، صص ۱۵۵-۱۶۸، ح ۲، ۶، ۸ و ۱۰) و «گذشت سی روز» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، صص ۱۵۵-۱۶۸، ح ۱، ۷، ۱۲) اشاره نمود. حکم حاکم به ثبوت هلال در این راستا مطالعه می‌گردد.

درباره ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال و حجیت نفوذ حکم او بر همگان، اقوال فقهای مذهب جعفری بعد از صاحب حدائق مختلف است و به نظر می‌رسد قبل از ایشان ثبوت آن از مسلمات شیعه بوده است (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۵۵، باب ۴۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۱۱۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۸۶)؛ چنانکه از میان قدمای فقها، مرحوم صدوق چنین می‌نویسد: «هر کس در شهری باشد که سلطان و حاکم دارد، روزه و افطار خود را باید به‌همراه او انجام دهد و مخالفت با او ورود در هلاکت و دخول در نهی مذکور در آیه شریفه "و خود را با دست خود به هلاکت می‌فکنید" (بقره، ۱۹۵) است»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۲۷).

پرواضح است که قول به عدم ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال و یا

۱. «وَمَنْ كَانَ فِي بَلَدٍ فِيهِ سُلْطَانٌ فَالصَّوْمُ مَعَهُ وَالْفِطْرُ مَعَهُ لِأَنَّ فِي خِلَافِهِ دُخُولًا فِي نَهْيِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ حَيْثُ يَقُولُ: "وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ".»

خداشه در نفوذ حکم صادره برای مکلفان، با ابطال ادله ثبوت ولایت و مناقشه در گستره حجیت حکم برای همگان اثبات می‌شود و نیازی به اقامه دلیلی برای آن نظریه نیست، منتهی برخی به ادله‌ای همچون «اصل»، «حصر ثبوت هلال به رؤیت، بنابر مکاتبه قاسانی»^۱ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۹، ح ۴۴۵)، و «عدم حجیت ظنّ در امر هلال مُستفاد از روایات» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، صص ۱۵۶-۱۵۸، ح ۴، ۵ و ۱۳) تمسک کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۴۴۱؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۰، ص ۴۱۸). روشن است که اصل مذکور بنابر لفظی (عدم ولایت) (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۷۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۰۰) یا حتی عملی (استصحاب عدم ولایت) یا عقلایی بودنش، که محتمل در عبارات ایشان است و توسط برخی نویسندگان تبیین گشته است (ر.ک: درگاهی و غنلبی، ۱۳۹۴، صص ۱۱۱-۱۱۳)، با اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم و حجیت حکم صادره - بنابر ادله‌ای که خواهد آمد - مجالی برای طرح و استناد ندارد؛ همان‌طور که عدم تبعیت از شک و ظنّ در امر هلال، بنابر دیدگاه طرف مقابل، با حکم حاکم استثنا می‌شود. در خصوص مکاتبه قاسانی نیز روشن است که مفهوم ندارد و با توجه به حجیت «شیاع»، «بینه» و «گذشت سی روز»، حصر و انحصاری از آن به دست نمی‌آید و اگر مطابق ادله، ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال و حجیت حکم صادره ثابت شد، حکم حاکم بر تمام طرق ثبوت هلال مقدم است.

هرچند این مسئله در کتب فقها (اجمالاً یا تفصیلاً) و حسب تتبع نویسنده در برخی مقالات، همچون مقاله «حکم حاکم به ثبوت هلال» در مجله فقه، شماره ۲، زمستان ۱۳۷۳، و مقاله «واکاوی فقهی حجیت رأی ولی فقیه بر ثبوت هلال» در مجله فقه و اصول، شماره ۹۸، پاییز ۱۳۹۳، مطرح شده، منتهی تعیین محدوده ولایت حاکم بر صدور حکم در فرض استناد به رؤیت و علم خویش و همچنین گستره و نفوذ حجیت حکم صادره درباره همگان در فروع علم به خطای حاکم در حکم یا خطای او در موضوع و

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدِ الْقَاسَمِيِّ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَيْهِ وَأَنَا بِالْمَدِينَةِ عَنِ الْيَوْمِ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ هَلْ يُصَامُ أَمْ لَا فَكَتَبَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي بَكْرٍ إِلَيَّ لَا يَدْخُلُ فِيهِ الشُّكُّ صُمْ لِلرُّؤْيَةِ وَ أَقْطِرْ لِلرُّؤْيَةِ».

یا علم به خطای او در مُستندات حکم یا موضوع (چهار فرض) از جمله مباحثی است که نوآوری مقاله حاضر نسبت به تحقیقات مشابه را ثابت می‌کند. اثبات این محدوده و گستره مذکور با تفکیک فروضی مذکور برگرفته از تحلیل و تقریر جدیدی از مقبوله عمر بن حنظله است که تاکنون در تحقیقات مشابه به آن اشاره نگشته است.

در این تحقیق تلاش شده تا با روش کتابخانه‌ای، در سایه توصیف و تحلیلی دقیق از گزاره‌های فقهی، بعد از طرح مفهوم دو اصطلاح «حکم» و «حاکم» در این نوشتار، حدود و ثغور ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال و نفوذ و گستره ولایت او به معنای حجیت حکم صادره میان مکلفان مشخص شود و نتیجه آن، راه‌گشای بسیاری از مسائل و اختلافات ناشی از «اختلاف مکلفان در تقلید و اجتهاد»، «یقین به خطای مُستند حاکم»، «یقین به خطای حکم حاکم» و «یقین به خطای حاکم در موضوع» خواهد بود.

۲. تبیین مفهومی «حکم» و «حاکم»

فارغ از اشاره به معانی لغوی و معانی اصطلاحی دیگر که ممکن است برای واژگان مذکور متصور باشد و شایسته طرح در این مقام نیست، مراد نویسنده از اصطلاح حکم و حاکم تبیین می‌شود:

۱-۲. مفهوم حکم

اصطلاح «حکم» در فقه «تشریحی است که از طرف خداوند برای منظم ساختن زندگی انسان صادر شده است» (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۳؛ صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۲). «حکم ثانوی» حکمی است که شارع آن را با نظر به حالت خاص و استثنایی همچون اکراه، اضطرار، عسر و حرج، ضرر، اضرار و تقیه و امثال آن، جعل می‌کند و در طول حکم اولی است - که نظر به مصالح و مفاسد خود موضوع جعل شده (ر.ک؛ حائری، ۱۴۱۸ق الف، ج ۲، ص ۲۵۳) - و موقت بوده و تنها شامل کسانی است که در موقعیت استثنایی قرار می‌گیرند (ر.ک؛ بروجردی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۵۱۱؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۲۴؛ صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۷۳).

«حکم حکومتی» مطابق برخی انظار، فرمان حاکم بر عمل کردن به حکم شرعی، اعم از تکلیفی یا وضعی، یا عمل به موضوع آن دو در مورد خاص است (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰، ص ۱۰۰) که مصلحت هم یکی از آن موارد است؛ از این تعریف برداشت می‌شود که حکم حکومتی در طول حکم اولی و ثانوی است و به‌انگیزه اجرای هر یک از این دو از سوی حاکم صادر می‌شود. این در حالی است که برخی از احکام که ماهیت اجرایی نسبت به حکم اولی و ثانوی ندارند، و مواردی همچون حکم حاکم به ثبوت هلال و مواردی که حاکم شرع تشخیص می‌دهد مصلحت ملزمه دارد و مصداق حکم اولی و ثانوی نیست، از تعریف مذکور از احکام حکومتی خارج می‌شود. بنابراین حکم حکومتی در عرض حکم اولی و ثانوی است؛ یعنی مصدر صدورش حاکمی است که آن را بر اساس مصلحت یا مفسده ملزمه درک کرده، اما حکم اولی و ثانوی متقوم است به اینکه از شارع صادر شود و اصولاً تشخیص موضوع در احکام ثانوی به مکلف واگذار شده و تشخیص هر مکلفی معتبر است، اما تشخیص موضوع احکام حکومتی - یعنی مصلحت و مفسده ملزمه مربوط به حکومت و جامعه - بر عهده حاکم اسلامی است.

۲-۲. مفهوم حاکم

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

به منظور تحقق حاکمیت اسلام و تشکیل و پیشبرد حکومت بر پایه آموزه‌های اسلام،
عهده‌دار حکمرانی در عرصه سیاست و اداره جامعه در دوران غیبت کبری است»
(درگامی و عندلیبی، ۱۳۹۴، ص ۲۶).

۳. ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال

بررسی ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال در کتب فقهی با عنوان حجیت یا عدم حجیت حکم به ثبوت هلال مطرح گشته است. از طرفداران نظریه عدم حجیت حکم به ثبوت هلال می‌توان به محقق بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰)، محقق نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۰، صص ۴۱۸-۴۲۰) و محقق خویی (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۹۱)، و از قائلان به حجیت می‌توان به صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۱۶، ص ۳۶۰)، صاحب مستمسک (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۴۶۰)، امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۹۶)، شهید صدر (صدر، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۶۳۱) و محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۵۹) اشاره کرد.
برای اثبات نظریه اخیر می‌توان به پنج دلیل اشاره کرد که برخی از آن ادله تاکنون مورد استفاده صاحب‌نظران در این مسئله قرار نگرفته است و در ادامه، تقریب، بررسی و تحلیل می‌شود:

۳-۱. واکاوی ادله عامه ولایت فقیه در اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال

برخی برای اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال به ادله نقلی ولایت فقیه، همچون مقبوله عمر بن حنظله^۱ و توقیع شریف^۲ استدلال کرده و بر این عقیده‌اند که اطلاقی^۳ مستفاد از این دو روایت، اثبات‌کننده ولایت حاکم بر امر به ثبوت هلال و حجیت حکم او است؛ چه اینکه مطابق مقبوله، حکم حاکم در تمامی امور حکومتی نافذ، و رد آن - به صورت مطلق - رد ائمه علیهم‌السلام دانسته شده است (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۱۶، ص ۳۵۹).

۱. «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَعْجَفَ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّأدُّ عَلَيْنَا الرَّأدُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشُّرُكِ بِاللَّهِ».
۲. «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقَعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُؤَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ».

هرچند برخی از فقیهان، مفاد مقبوله را به منازعات و دعاوی و فتاوی منحصر کرده‌اند و تویح شریف را نیز به روات از حیث روایت کردن و نه حکم نمودن معنا کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۰، ص ۴۲۰؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۰۲)؛ منتهی روشن است که پاسخ امام در روایت عمر بن حنظله به قرینه صدر و سؤال راوی از حکم مراجعه به قضا و سلطان در فقره «فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقُضَاةِ أَوْ يَجْلُ ذَلِكُ»، شامل قضاوت و حکومت می‌شود و اصولاً مراد از حاکم به قرینه واژه «جعل» در فقره «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» اعم از قاضی است (بروجردی، ۱۴۱۶ق، صص ۷۳-۷۵؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۴۶۱؛ حائری، ۱۳۸۸ق، ص ۳۴۱؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۳۹؛ منتظری، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴۸؛ مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۶) و اگر در دلالت فقره نخست از تویح شریف (وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقَعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةِ حَدِيثِنَا) شك و شبهه‌ای باشد، فقره دوم (فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ) بر اثبات مدعی کافی است و اصولاً تعلیل «فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي» قرینه‌ای بر عمومیت حوادث است، یعنی چون فقها حجت امام علیه السلام بر مردم هستند و از آنجا که حجیت آنها به یک یا چند حادثه اختصاص ندارد، معلوم می‌شود عموم حوادث مراد است.

بنابراین اختیارات امامان معصوم علیهم السلام در امور اجتماعی و هر آنچه مصالح جامعه اسلامی اقتضا کند، در اختیار فقها است و هر کاری که امام علیه السلام بتواند در امور اجتماعی و برای اداره جامعه انجام دهد، حاکم نیز می‌تواند انجام دهد (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۳۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۶۱؛ مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۴؛ حائری، ۱۴۲۴ق، ص ۲۳)؛ اما آنچه در استناد به این دلیل برای اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال مهم است، آن است که ابتدا باید ثابت گردد که یکی از شئون حکومتی امامان معصوم علیهم السلام حکم به ثبوت هلال بوده و است، تا بتوان از اطلاق مُستفاد از ادله ولایت فقیه، برای اثبات ولایت حاکم بر حکم به ثبوت هلال استفاده کرد. به دیگر سخن، تمسک به ادله مذکور، در واقع نوعی تمسک به عمومات در شبهه مصداقیه است؛ بنابراین عمومات و اطلاقات ولایت فقیه برای اثبات ولایت حاکم بر حکم به ثبوت هلال نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد، مگر آنکه مؤیدی برای ادله دیگر باشد.

۲-۳. تحلیل دلالتی صحیح محمد بن قیس در اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: رَأَى الْهَيْلَالَ مُنْذُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا أَمَرَ الْإِمَامُ بِالْإِفْطَارِ ذَلِكَ الْيَوْمَ إِذَا كَانَا شَهْدًا قَبْلَ زَوَالِ الشَّمْسِ فَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ أَمَرَ الْإِمَامُ بِالْإِفْطَارِ ذَلِكَ الْيَوْمَ وَأَخَّرَ الصَّلَاةَ إِلَى الْعَدِ فَصَلَّى بِهِمْ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۴۳۳، ح ۱).

در این روایت از امام باقر عليه السلام نقل شده است:

اگر دو نفر نزد امام شهادت دهند که هلال را سی روز پیش دیده‌اند، امام دستور می‌دهد که مردم آن روز را افطار کنند؛ البته اگر این شهادت قبل از زوال خورشید باشد. اما اگر شهادت آنها پس از زوال خورشید باشد، امام دستور می‌دهد که مردم آن روز را افطار کنند و اقامه نماز عید را به فردا می‌اندازد.

سند روایت چنین است: «محمد بن یعقوب عن مُحَمَّدِ بْنِ يَعْنَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى (بن عبید) عَنْ يُوسُفَ بْنِ عَقِيلٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ».

رجال مذکور در سند فوق، جملگی توثیق خاص دارند و هرچند درباره محمد بن عیسی بن عبید هم توثیق (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۳۳) و هم تضعیف وارد شده (طوسی، بی‌تا، ص ۴۰۲)، ولی منشأ تضعیف کلام ابن ولید است که با دقت در آن می‌توان نتیجه گرفت که ابن ولید تنها منفرات و منقطعات محمد بن عیسی بن عبید از یونس بن عبدالرحمان را غیر معتبر می‌داند؛ نه اینکه خود وی را ثقه نداند (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، صص ۱۱۰-۱۱۳). در هر حال صدوق به اسناد خود از محمد بن قیس نیز روایت را نقل کرده و سند او بدون خدشه و صحیح است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۶۸).

تقریب استدلال: مراد از واژه «امام»، یا مطلق حاکم است و یا با توجه به قرینه حکم و موضوع، حاکم عادل اعم از امام معصوم و غیرایشان است، و در هر حال، مطابق مدلول مطالبی (أَمَرَ الْإِمَامَ)، ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال ثابت می‌شود.

ظهور تعبیر «أَمَرَ الْإِمَامَ» آن است که حدیث در مقام بیان حکم کلی در شریعت اسلام است که هر کسی که حکمرانی در دست او است، وقتی دو شاهد نزدش به هلال شهادت دادند، وظیفه دارد به ثبوت هلال حکم کند (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۵۱)، نه

اینکه روایت حاکی از دستور امام معصوم به عنوان کسی که طاعتش نزد شیعیان مفروض است باشد؛ چنان که برخی بر این باورند (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۸۲)؛ چه اینکه این معنا از متفاهم عرفی دور است. متفاهم عرفی از «أَمَرَ الْأِمَامَ» آن است که به افطار آن روز به عنوان وظیفه‌ای که بر اساس ولایتش بر او ثابت شده دستور داده است و کنایه از این است که آن روز عید (فطر) است (فیاض، بی تا، ج ۵، ص ۱۸۹).

ممکن است مناقشه شود که مراد از واژه «امام» نمی‌تواند امام معصوم باشد، چون مطابق ظاهر روایت، امر امام به افطار مُستند به شهادت دو شاهد است که شهادت می‌دهند ماه را سی روز قبل دیده‌اند، و این یعنی امام معصوم نماز عید نخوانده و روزه حرام گرفته است! و اصولاً با نزول ملائکه در شب قدر بر امام تنافی دارد؛ چون بنابر عقیده شیعه، امام معصوم شب قدر را درک می‌کند و با توجه به آن روز عید را می‌تواند تشخیص دهد و به‌طور کلی چه بسا مدلول روایت منافی عصمت امام علیه السلام دانسته شود. منتهی پرواضح است که روایت در مقام بیان قاعده‌ای عام در ضمن طرح قضیه حقیقه است و نه قضیه خارجی؛ چه اینکه روایت نمی‌گوید امام معصوم علیه السلام چنین کرده، بلکه فرض مسئله را بیان می‌کند، و اصولاً بر فرض که این مسئله برای امام معصوم اتفاق افتد، ممکن است گفته شود که قطعاً امام علیه السلام شب قدر را می‌دانسته و درک کرده و روز عید هم روزه نبوده و نماز عید را هم خوانده است، منتهی وظیفه‌ای درباره اعلان عید به مردم نداشته، تا آنکه دو شاهد عادل شهادت دهند و امام علیه السلام مستند به آن اعلان عید کند و نماز عید را دوباره با همگان اعاده کند.

البته استعمال واژه «امام» در روایات دیگر بر حُکام جور - که به برخی از آنها در ضمن ادله دیگر اشاره می‌شود - و عدم وجود قرینه در روایت محمد بن قیس مبنی بر تقیید امام به امام معصوم علیه السلام و همچنین توجه به این مطلب که امام معصوم برای امام معصوم دیگر تکلیف معین نمی‌کند (ر.ک: لنکرانی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۴۱)، مراد از «امام» در این صحیححه، امام معصوم نخواهد بود (ر.ک: منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۰۰؛ فیاض، بی تا، ج ۵، صص ۱۸۸-۱۸۹) و معنا چنین است که مطلق حاکم یا حاکم عادل در صورت شهادت دو شاهد عادل حق صدور حکم به ثبوت هلال را دارد. هر چند بعضی (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰؛ نراقی،

۱۴۱۵ق، ج ۱۰، ص ۴۲۰؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۴۶۰؛ خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۸۲) آن را بر امام معصوم حمل کرده‌اند.

شایان ذکر است که بعضی صحیحه را با استناد به حکم مستفاد از ذیل آن، مورد اعراض اصحاب دانسته‌اند؛ توضیح آنکه در ذیل روایت چنین آمده است که چنانچه دو شاهد بعد از زوال (ظهر) شهادت دهند، امام علیه السلام دستور می‌دهد که «مردم روزه را بخورند و نماز عید را فردا بخوانند»، حال آنکه اجماع فقهای جعفری بر این است که نماز عید فطر قضا ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳، ص ۲۶۸). اما به نظر می‌رسد که اعراض فقها و قدمای از اصحاب ثابت نیست؛ زیرا فتوای همه موجود نیست تا کسب اطلاع شود و اصولاً صراحت عبارت ابن جنید (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۶۷) و ظهور کلام کلینی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۶۹) و شیخ صدوق (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۶۸) که این روایت را در این باب نقل کرده‌اند آن است که به تأخیر انداختن نماز عید و مشروعیت قضای آن را قبول کرده‌اند، و چنانچه فرض شود که همه فقها بگویند که نماز عید قضا ندارد، روشن نیست که از باب اعراض از صحیحه باشد؛ چه اینکه ممکن است (قویاً) در مقام تعارض روایات، به خاطر اعمال مرجح «مخالفت با عامه» به عدم مشروعیت قضای نماز عید فتوا داده‌اند. البته با تأمل و دقت در مدلول روایات، واضح است که تعارضی بین آن دو وجود ندارد تا نوبت به تعادل و ترجیح یکی بر دیگری شود؛ چون مفاد و مورد آن دو مختلف است. احادیثی که مفادشان این است که «نماز عید قضا ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۵۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۴۷۳) مختص مواردی است که نماز عید ترک شده باشد و دیگران (امام و مکلفان دیگر) نماز عید را خوانده‌اند، و مدلول حدیث محمد بن قیس آن است که چنانچه اول شوال بعد از زوال خورشید ثابت گردد، چون هیچ‌یک از مکلفان (غیر از امام معصوم بر فرض که مراد از امام امام معصوم باشد) نماز نخوانده‌اند، نماز عید به فردا موکول می‌شود.

خلاصه آنکه مراد از امام، یا مطلق حاکم است - و صدور روایت در دوران عدم تصدی گری امام معصوم و حاکم عادل به عنوان حاکم اسلامی، قرینه‌ای بر شمولیت آن است (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۳۸۴) - که اگر چنین باشد مفاد آن اثبات کننده حجیت

حکم حاکم مخالف به ثبوت هلال نیز است، البته در مواردی که حاکم موافق قدرت اعمال ولایت نداشته باشد و طرح و تفصیل ابعاد آن شایسته مقام دیگری است، و یا به قرینه حکم و موضوع، حاکم عادل غیر از امام معصوم است و مراد همان فقیهی است که عهده‌دار حکمرانی در عرصه سیاست و اداره جامعه است، لذا تنها او است که مطابق مدلول مطابقی روایت، در صورت شهادت دو شاهد، حق صدور حکم به ثبوت هلال ماه را دارد. البته اگر دلیل اثبات ولایت بر صدور حکم، اطلاق روایات ولایت فقیه باشد، هر فقیهی چنین حقی دارد تا به ثبوت هلال حکم کند؛ منتهی بیان شد که مدلول آن برای اثبات مدعا تمام نیست.

۳-۳. بررسی استناد به مرسل رفاعه در اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال

رفاعة عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: دخلت على أبي العباس عليه السلام بالحيرة فقال يا أبا عبد الله ما تقول في الصيام اليوم فقلت ذلك إلی الإمام إن صمت صمنا وإن أفطرت أفطرونا فقال يا غلام علي عليه السلام بالمائدة فأكلت معه وأنا أعلم والله أنه يوم من شهر رمضان فكان إفطاري يوماً وقضاؤه أيسر علي من أن يضرب عنقي ولا يُعبد الله تعالى (كليني، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۸۳ ح ۷).

در این حدیث از امام صادق عليه السلام گزارش شده که آن حضرت عليه السلام در منطقه حیره با ابی‌العباس (سفاح) ملاقات داشت. سفاح گفت: «ای اباعبدالله، درباره روزه امروز چه نظری داری؟»، آن حضرت پاسخ دادند: «این امر مربوط به امام [و حاکم] است؛ چنانچه روزه بگیری، ما هم روزه می‌گیریم، و چنانچه افطار کنی [و عید فطر اعلام کنی]، ما هم افطار می‌کنیم». پس [سفاح] گفت: «ای غلام، برو سفره را پهن کن [تا افطار کنیم]»، و امام صادق عليه السلام با او افطار کردند، در حالی در ادامه روایت آمده است که فرموده‌اند: «می‌دانستم آن روز از ماه مبارک رمضان بود».

هرچند تطبیق و استعمال واژه «امام» توسط حضرت صادق عليه السلام بر ابی‌العباس (سفاح)، بنابر این گزارش، تقیه‌ای بوده است، اما بیان داشتن عبارت «ذالك إلی الإمام» به‌عنوان کبرای کلی در کلام امام دیگر لزومی نداشت و این خود حاکی از ثبوت هلال بر عهده

مطلق حاکم است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۶۱؛ مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۴۱۴؛ منتظری، ۱۴۰۹ق الف، ج ۲، ص ۶۱۱).

با این حال، روایات حاکی از واقعه مذکور مستفیضه هستند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۰، ص ۱۳۲، ح ۴ و ۵ و ۶)، منتهی با توجه به اینکه فقره «ذَٰكَ إِلَى الْإِمَامِ» تنها در مرسل رفاعه گزارش شده و آن نیز حجیت سندی ندارد، لذا نمی‌توان با مستندقراردادن این دسته از احادیث، ولایت حاکم بر حکم به ثبوت هلال را اثبات نمود. البته این روایات در تأیید سیره ائمه علیهم‌السلام در تذکر به بدعت‌ها و تحریف‌های اهل سنت که در ادامه خواهد آمد، می‌تواند اثبات‌کننده ولایت حاکم به ثبوت هلال و حجیت حکم او باشد.

۳-۴. بررسی استناد به مرسل عبدالله بن سنان در اثبات ولایت حاکم بر حکم به ثبوت هلال

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ رَجُلٍ نَسِي حَمَادُ بْنُ عَيْسَى اسْمَهُ قَالَ: صَامَ عَلِيٌّ عليه السلام
بِالْكُوفَةِ ثَمَانِيَةَ وَعِشْرِينَ يَوْمًا شَهْرَ رَمَضَانَ فَرَأَوْا الْهَلَالَ فَأَمَرَ مُنَادِيًا يُنَادِي أَقْضُوا
يَوْمًا فَإِنَّ الشَّهْرَ تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۰، ص ۲۹۶، ح ۱).

در گزارش «عبدالله بن سنان» از مردی که «حماد بن عیسی» اسم او را فراموش کرده، آمده است که امیرالمؤمنین علیه السلام در شهر کوفه ۲۸ روز از ماه رمضان را روزه گرفته بودند که بعضی هلال را دیدند، پس آن حضرت علیه السلام امر کرد تا منادی به مردم خبر دهد که همگان باید یک روز از ماه رمضان را قضا کنند؛ چرا که ماه ۲۹ روز بوده است. برخی با استناد به این روایت معتقدند که امیرالمؤمنین علیه السلام به‌عنوان حاکم با مُستندقراردادن رؤیت برخی، گویی به ثبوت هلال حکم کرده و مدعا، یعنی ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال، اثبات می‌شود (منتظری، ۱۳۸۴، ص ۴۳۵).

فارغ از پذیرش یا عدم‌پذیرش مبنای حجیت نقل «اصحاب اجماع» در علم رجال، کلام «حماد بن عیسی» در اینجا نمی‌تواند حجت باشد، چون واضح نیست که قائل (فاعل) در «قال» چه کسی است؛ آیا امام صادق علیه السلام است یا خودِ رجل است و یا راوی دیگر. پس استناد به گزارش مذکور فاقد صلاحیت و اعتبار فقهی است. علاوه بر اینکه مدلول آن نیز مدعا را ثابت نمی‌کند.

توضیح آنکه مفاد مرسله آن است که بعد از اینکه مردم در روز بیست و هشتم ماه مبارک رمضان ماه را دیدند، حضرت علی علیه السلام حکم کلی این مسئله را بیان کرده‌اند که امکان ندارد ماه قمری کمتر از ۲۹ روز باشد، نه اینکه حکم به ثبوت هلال کرده باشند، و پرواضح است که مطابق مدلول حدیث که نقل فعل امیرالمومنین علیه السلام است، آن حضرت هم ۲۸ روز روزه گرفته است (!)، و حال آنکه قضا شدن روزه روز نخست ماه مبارک رمضان از ایشان با عصمت و نزول ملائکه در شب قدر و همچنین سیره امامان معصوم علیهم السلام مبنی بر روزه گرفتن در ماه‌های «رجب»، «شعبان» و در ادامه ماه مبارک رمضان منافات دارد؛ مگر آنکه محملی برای عدم روزه ایشان در روز اول ماه رمضان، مثل مسافرت، مدنظر قرار گیرد. در هر حال، مفاد حدیث گزارش فعل معصوم است و روشن نیست که گزارش کننده نیز معصوم باشد، و فعل معصوم اطلاق ندارد، لذا صلاحیت استناد ندارد. علاوه بر اینکه ممکن است گفته شود که حضرت از هلال ماه با عنایت به علم امام مطلع بوده، ولی درباره اعلان عمومی آن وظیفه‌ای نداشته است. خلاصه آنکه گزارش مرسل عبدالله بن سنان ربطی به اثبات ولایت حاکم بر حکم به ثبوت هلال ندارد.

۳-۵. بررسی استناد به سیره

برخی در اثبات ولایت حاکم این گونه استدلال می‌کنند که معتبر بودن حکم حاکم از مسلمات عقلائی‌ای است که مردمان با هر دین و مذهبی، در مسائل عمومی و دینی خود به حاکم مراجعه می‌کنند؛ از آن مسائل، ثبوت هلال ماه است و این سیره عقلائی‌ای از طرف شارع ردع نشده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۵۹). برخی دیگر معتقدند «رجوع به ولایت و قضات دینی و مذهبی در ثبوت هلال ماه، موجب نمی‌شود تا سیره، متشرعه گردد و چه بسا همچون بدعت‌های دیگرشان، از اموری باشد که به دین اضافه کرده و برای خود چنین ولایت و منصبی [در حکم به ثبوت هلال ماه] اثبات کرده باشند» (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۹۱).

به نظر می‌رسد استناد به سیره را بتوان به گونه دیگری تقریر کرد و مراد از آن نه سیره

متشرعه و نه سیره عقلائیّه است که در کلمات برخی آمده و اجمال آن ذکر شد، بلکه مراد سیره خود حضرات معصومان علیهم السلام است؛ توضیح آنکه سیره ائمه معصوم بر تذکر و توجه دادن اصحاب خود بر خطای اهل سنت در مواردی است که حکم شرعی الهی با آنها مخالف است (ر.ک: فائزی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، صص ۲۵۸-۲۶۰)؛ از جمله این سیره عدم ردع اصل ولایت حاکم در صدور حکم به ثبوت هلال است، فارغ از اینکه چه کسی حاکم است. توضیح بیشتر آنکه سیره حضرات معصومان علیهم السلام بر رعایت شریعت جد بزرگوارشان صلی الله علیه و آله و تذکر و توجه دادن به بدعت‌ها و تحریف و انحراف‌ها در سنت او بوده است، به گونه‌ای که اگر گروهی از مسلمین به رفتار و عملکردی که مخالف شریعت حق و سنت واقعی است اهتمام می‌ورزیدند و این عمل از مسائل مورد ابتلای عموم مسلمانان و در مرأی و منظر همگان قرار داشت، اهل بیت علیهم السلام حکم آن مسئله را مورد اهتمام قرار داده و چنانچه با آن مخالف بودند برای اصحاب خود بیان و آن را تأکید می‌نمودند؛ چنانکه در جایی که اهل سنت به شهادت یک نفر در ثبوت هلال اکتفا می‌کردند، ایشان با اصرار بر اشتراط شهادت دو مرد عادل، بر مخالفت خود با این گروه از مسلمانان و دفاع از شریعت و سنت پیامبر صلی الله علیه و آله اهتمام ویژه‌ای داشتند، به طوری که در برخی نصوص آمده است: «لَا أُجِيزُ فِي الْهَلَالِ إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ»؛ تنها شهادت دو مرد عادل را در ثبوت هلال اجازه می‌دهم (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۷۷).^۱ بنابراین وقتی در مسئله حکم حاکم به ثبوت هلال، با آنکه اصل عملکرد حاکمان و قضات اهل سنت در حکم به ثبوت آن، در مرأی و منظر ایشان قرار داشته و از مسائل مورد ابتلا و همگانی جامعه اسلامی بوده است، کلامی در ردّ حکم مسئله و بیان عدم مشروعیت اصل حکم حاکم به ثبوت هلال از ایشان به دست نرسیده است، به عبارت دیگر، مطلبی از ائمه معصوم علیهم السلام در ردّ و منع کبرای کلی یعنی «ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال» تصریح و ابراز نگردیده، همین سکوت، با عنایت به سیره ایشان درباره تذکر بر

۱. استثنا در حیزّ نهی افاده حصر می‌کند؛ پس مقصود امام علیه السلام به عنوان حاکم آن است که تنها در صورتی که دو عادل شهادت دهند حکم به ثبوت هلال می‌شود، و پرواضح است که مراد از تعبیر «لَا أُجِيزُ» جواز شرعی نیست.

بدعت‌ها، خود نشان‌دهنده ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال است؛ به دیگر سخن، هرچند که از جهت تطبیق حکام و قضات اهل سنت به این عمل اقدام می‌کردند و ائمه علیهم‌السلام با اینکه آنان را مصداق واقعی حاکم اسلامی و منصوب از طرف او نمی‌دانستند و از این حیث تقیه می‌نمودند، ولی در برابر این حکم کلی یعنی «ولایت حاکم بر ثبوت هلال» مطلبی بر رد آن بیان نکرده‌اند، بلکه احادیث مستفیضی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۰، ص ۱۳۱، ح ۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۰، ص ۱۳۲، ح ۵ و ۶) وجود دارد که بر تسالم با عامه در «ولایت حاکم بر ثبوت هلال» و شهرت آن دلالت دارد. به عبارت دیگر، عملکرد حضرات معصومان علیهم‌السلام در پذیرش ثبوت هلال در مواجهه با حکام دوران خود تقیه‌ای است، ولی وقتی نسبت به کبرای مسئله یعنی ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال مناقشه‌ای نکرده‌اند، و با اینکه در آن دوران ثبوت هلال با حکم حکام عباسی تعیین می‌شد، آنها به آن خدش‌های نکرده‌اند، پس ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال ماه ثابت می‌شود.

۴. محدوده ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال

برای کشف محدوده ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال، شایسته است در گستره دلالتی ادله مذکور دقت و تأمل شود؛ توضیح آنکه تمامیت سندی و دلالتی صحیح «محمد بن قیس» حاکی از ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال در موردی است که دو شاهد عادل نزد حاکم به هلال شهادت داده باشند؛ و چون موضوعیت داشتن شهادت دو عادل در ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال مُحتمل است، پس باید به ظاهر صحیح متعبد بود و در فرضی که هلال ماه تنها توسط حاکم رؤیت شده باشد و کس دیگری ندیده تا نزدش شهادت دهد، دلیلی وجود ندارد تا مطابق آن ولایت حاکم بر حکم اثبات شود. البته در خصوص شیاع هم صحیحه شامل آن نیست، منتهی به عقیده برخی صاحب‌نظران وقتی حاکم بنابر صحیحه با استناد به بینه‌ای که در نظرش حجیت دارد، بر حکم به ثبوت هلال ولایت دارد، به طریق اولی بر حکم به ثبوت هلال در فرضی که از شیاع علم پیدا کرده باشد ولایت دارد (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص ۵۱).

در خصوص سیره، بر اساس تقریری که ارائه شد، از آنجا که دلیلی لَبّی است، با احتمال موضوعیت داشتن ولایت حاکم تنها در فرض شهادت دو عادل، بر قدر متیقن حمل می‌شود و نمی‌توان عمومیت ولایت حاکم بر صدور حکم، حتی با استناد به علم و رؤیت خود را اثبات نمود.

البته بعضی (عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۱۷۰) که با استناد به عموماتی که حاکم می‌تواند به علم خود عمل کند، و با تکیه بر اقوی بودن علم حاکم بر بینه و مرجع بودن حاکم در تشخیص موضوع عدالت در دو شاهد، ولایت حاکم بر صدور حکم در فرض استناد به علم خویش را مطرح کرده‌اند؛ منتهی چون مستند ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال تنها صحیح محمد بن قیس است و با احتمال موضوعیت بینه در آن اطلاق ندارد و همچنین ملازمه‌ای بین مرجع تشخیص عادل بودن شاهد و علم حاکم به هلال وجود ندارد، پس متیقن آن است که حاکم تنها در فرض استناد به شهادت دو عادل، بر صدور حکم به ثبوت هلال ولایت دارد.

۵. گستره نفوذ حکم حاکم به ثبوت هلال میان مکلفان

۵-۱. محدوده نفوذ حکم حاکم درباره افراد مختلف

اولین مسئله در بررسی گستره نفوذ حکم حاکم درباره افراد مختلف، از حیث اجتهاد و تقلید است. حسب تتبع نویسنده، کسانی که ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال را بحث کرده‌اند، حتی فقهای که اصل ولایت مذکور را نپذیرفته‌اند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۲، ص ۹۰)، در نفوذ حکم حاکم بر مقلدان او، مجتهدان دیگر و مقلدان آنها اشکالی مطرح نکرده و گویی مسئله را از این جهت مخدوش ندانسته‌اند (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۸، ص ۳۷۵؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۴۶۱؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۰۹).

البته بعضی (منتظری، ۱۳۸۴، ص ۴۴۲) تلاش کرده‌اند تا گستره و عمومیت نفوذ حکم حاکم بر همه افراد (مجتهد و مقلد) را با برقراری ملازمه با حفظ وحدت مسلمانان و پرهیز از تفرقه و هرج و مرج اثبات کنند؛ منتهی روشن است که در امر ثبوت هلال، عدم اطاعت از حاکم هرج و مرجی در پی ندارد و اختلاف فقها در ثبوت هلال در

سال‌های اخیر به کرات اتفاق افتاده و کسی هرج و مرج و تفرقه‌ای حس نکرده است؛ البته که باعث ایجاد شبهه و تبدیل به دستاویز ضدانقلاب برای تمسخر آموزه‌های دینی شده است؛ منتهی این امور - به‌تنهایی - دلیلی برای اثبات عمومیت نفوذ حکم حاکم به ثبوت هلال برای همگان نیست، بلکه می‌تواند برای اثبات مدعا در کنار تمسک به اطلاق ادله نقلی مؤید باشد.

در هر حال، اطلاق مُستفاد از صحیح محمد بن قیس، حاکی از عمومیت نفوذ حکم حاکم به ثبوت هلال حتی بر مجتهدان است و اصولاً مُستفاد از مقوله عمر بن حنظله، حجیت حکم حاکم در تمام شبهات موضوعیه و حکمی بر همگان است، چون حسم نزاع، مطابق ظاهر مقبوله، مبتنی بر نفوذ حکم حاکم بر تمام مکلفان است. توضیح بیشتر در ادامه خواهد آمد.

۲-۵. محدوده نفوذ حکم حاکم در فرض علم به خطای حاکم

شایسته ذکر است که فروض علم به خطای حاکم از چهار حالت خارج نیست:

۱-۲-۵. فرض اول

اختلاف بین حاکم و دیگران اختلاف حکمی است؛ به این بیان که مجتهدان دیگر، مثلاً به خطای مُستند حکم حاکم علم دارند، منتهی به خطای اصل حکم یقین ندارند؛ به‌عنوان نمونه در جایی که دو شاهد با چشم مُسلح هلال ماه را دیده و نزد حاکم شهادت داده‌اند و مجتهد مطابق اجتهاد خود اطمینان دارد که چشم مسلح در رؤیت هلال حجت نیست، ولی یقین ندارد که هلال ماه ثابت نبوده و فردا عید نیست.

۲-۲-۵. فرض دوم

اختلاف بین حاکم و دیگران اختلاف حکمی است و مجتهدان و مقلدان، مثلاً به خطای مُستند و اصل حکم یقین دارند؛ یعنی در نمونه مذکور در فرض اول، می‌دانند که فردا عید نیست. برای تبیین بهتر این فرض، به این مثال دقت کنید: حاکم خبر عدل

واحد را در موضوعات، حتی در مرافعات، حجت می‌داند و با مُستند قرار دادن این مباحث می‌کند که فلان زمین، مثلاً ملک و مال فلان شخص است و مجتهدان و مقلدان آنها علاوه بر اطمینان به خطای مُستند حاکم، یقین دارند که آن زمین کذایی مال و ملک شخص مذکور نیست.

۳-۲-۵. فرض سوم

اختلاف بین حاکم و دیگران اختلاف موضوعی است و مجتهدان و مقلدان، مثلاً به خطای مُستند حاکم علم دارند، منتهی به خطای اصل حکم علم ندارند. به دیگر سخن، مطابق دیدگاه و علم آنان، حاکم از لحاظ تطبیق اشتباه و خطا کرده است؛ مثلاً برخی علم دارند که این دو شاهدی که نزد حاکم به رؤیت هلال ماه شهادت داده‌اند فاسق‌اند؛ هر چند که حاکم آن دو را عادل و شهادت‌شان را معتبر می‌داند.

۴-۲-۵. فرض چهارم

اختلاف بین حاکم و دیگران، اختلاف موضوعی است، و مجتهدان و مقلدان مثلاً به خطای مُستند یقین دارند، ولی چنانچه به حاکم تذکر داده شود، او قبول می‌کند. مثل جایی که دو فاسق - که حاکم هم به فسق آن دو علم دارد - با جعل هویت و قیافه‌ای ساختگی نزد حاکم شهادت می‌دهند؛ در این صورت اگر به حاکم تذکر داده شود که این دو همان‌هایی هستند که تو خود بر فسق‌شان آگاهی، شهادت‌شان را نمی‌پذیرد.

برای شناخت گستره نفوذ حکم حاکم برای همگان در فروض مذکور، شایسته است بار دیگر به دقت در مفاد ادله مذکور تأمل کرد.

مطابق ظاهر روایت محمد بن قیس، «إِذَا شَهِدَ عِنْدَ الْإِمَامِ شَاهِدَانِ أَنْتَهُمَا رَأَى الْهَلَالَ مُنْذُ ثَلَاثِينَ يَوْماً أَمَرَ الْإِمَامُ...»؛ هنگامی که دو شاهد نزد امام شهادت می‌دهند که ماه را دیده‌اند، امام (حاکم) شهادت آن دو را مُستند صدور امر خود به افطار همگان می‌کند و پرواضح است که این مهم در پرتو احراز عدالت دو شاهد نزد حاکم است؛ چه اینکه با

عدم احراز عدالت، حجیت تبعیت ندارد. با امر و دستور حاکم، همه مکلفان باید مُنقاد و مطیع باشند، چون قید ندارد، لذا چه در فرض علم به خطای حاکم در حکم یا موضوع و یا مستند حکم و موضوع، به این معنا که چه یقین به خطای او در حکم مطرح باشد و چه فهمیده شود که مُستند حکم او شهادت با چشم مسلح باشد یا چیز دیگر، چه در عدالت آن دو شاهد مناقشه قطعی مطرح باشد و چه اینکه فرداً مثلاً یقیناً برای برخی عید نباشد و امثال آن، حکم حاکم مُتبع است.

البته برخی بر این عقیده‌اند که ظاهر صحیح در باره علم به خلاف واقع بودن حکم (علم به خطای حاکم) منصرف است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸ ص ۹۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰ ص ۲۶۲). فارغ از مناقشه در منشأ انصراف و پذیرش اشکال، نفوذ حکم حاکم درباره همگان در فروض چهارگانه مذکور با تمسک به اطلاق ادله ولایت فقیه، مخصوصاً مقبوله عمر بن حنظله اثبات می‌شود.^۱ توضیح آنکه بنابر صحیح محمد بن قیس، حاکم به ثبوت هلال ماه حکم کرد، و این حکم بنابر مقبوله باید مورد قبول و پذیرش همگان قرار گیرد. کلام امام علیه السلام در فقره «قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرِضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَحَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَعَالَيْنَا رَدٌّ وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشُّرُوكِ بِاللَّهِ» اطلاق دارد؛ به این معنا که هرچه حاکم مطابق موازین شرعی‌ای که نزد او است حکم کرد، باید مورد پذیرش و قبول دیگران قرار گیرد، خواه به خطای حاکم در حکم و مُستند آن یقین و علمی باشد یا نباشد.

ممکن است گفته شود که نفوذ حکم حاکم مقید به «إِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا» شده و کسی

۱. ممکن است گفته شود که پیشتر بیان شد که ادله ولایت فقیه در این باب قابل استناد نیست، منتهی آنچه در ابتدا ذکر شد آن بود که تمسک به ادله ولایت فقیه برای اثبات ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال، دچار شبهه تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. اما در بحث حاضر، بعد از اثبات ولایت حاکم در صدور حکم به ثبوت هلال با توجه به صحیح محمد بن قیس، در پاسخ به این پرسش که اگر مکلفان به مخالفت حکم حاکم با واقع و یا خطای مستند حکم او علم داشته باشند، با توجه به ادله ولایت فقیه، می‌توان نفوذ حکم او را برای همگان اثبات نمود.

که علم به خطای حاکم دارد، علم به عدم این قید خواهد داشت (ر.ک: حائری، ۱۴۱۸ق ب، ص ۸۴۹)، منتهی پرواضح است که مراد از «حُكْمِنَا» حکم واقعی الهی که معصومان از آن آگاه‌اند نیست (ر.ک: امام خمینی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۰)، چه اینکه کلام امام معصوم در جعل حاکم (قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا) لغو می‌شود. توضیح آنکه غیرحاکم یا علم دارد که حکم حاکم همان حکم واقعی الهی است و یا علم دارد که حکم واقعی نیست، و یا شک دارد. در صورت پذیرش معنای مذکور از «حُكْمِنَا»، جعل حاکم (قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا) تنها در صورتی است که غیرحاکم علم دارد که حاکم مطابق حکم واقعی حکم کرده و این یعنی آنکه: چه امام معصوم جعل حاکم می‌کرد و چه نمی‌کرد، غیرحاکم چون به واقعی بودن حکم حاکم علم دارد، از باب علم خود به واقعی بودن آن حکم، از آن تبعیت می‌کرد و نیازی به جعل حاکم (قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا) نبود. پس مراد از «إِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا» این است که حکم وی بر اساس موازین شرعی باشد، یعنی مُستند به کتاب و سنت [معتبر و] صحیح باشد؛ در مقابل کسی که به قیاس و استحسان‌های ظنی استناد می‌کند؛ و این عنوان بر کسی که در مبادی حکم خویش کوتاهی نموده و حتی کسی که از آنها غفلت کرده - اگرچه از روی قصور باشد - صدق نمی‌کند» (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۴).

اگر در اطلاق این فقره هم مناقشه شود، به این بیان که منصرف از علم به خطای حکم و مستند حکم است، شایسته است به قرائنی که در ادامه مقبوله آمده اشاره شود. در پاسخ به سؤال عمر بن حنظله که مطرح می‌کند در فرض اختلاف دو حکم، کدام مقدم است، امام علیه السلام نخست حکمی را بر دیگری ترجیح می‌دهد که راوی آن «افقه» یا «اعدل» یا «اورع» یا «اصدق» باشد و در فرض تساوی راویان در صفات مذکور که عمر بن حنظله بعد از فرض پیشین بلافاصله مطرح می‌کند، امام علیه السلام به مدرک روایت اشاره کرده و ترجیح را با حکم اجماعی (مُجْمَع عَلَيْهِ) می‌داند، و در فرض شهرت هر دو حکم، یعنی در فرض تساوی دو حکم در مدرک، امام علیه السلام مخالفت با عامه را وجه ترجیح بیان می‌دارد.

دقت در طرح مرجحات توسط امام علیه السلام حاکی از این مهم است که اگر راوی افقه یا

اعدل یا اورع حکمی صادر نمود، هرچند مدرک او نادر و شاذ، و بنا بر تعییری که در مقبوله آمده «بَيْنَ الْعَيِّ» باشد، تبعیت از آن برای همه لازم است؛ گرچه مدرک حکم دیگری که افقه و اعدل نیست اجماعی باشد. پس با توجه به مقبوله، وقتی یکی از دو راوی حکم، اعدل یا اورع یا افقه و اصدق است و حکمی صادر کند، هرچند آن حکم با اجماع و کتاب مخالف، و با عامه موافق باشد، حکم او برای همگان نافذ است، پس به طریق اولی در مواردی که یکی (امام و حاکم) حکم کرده و معارضی ندارد، در صورت یقین به خطای حکم یا مُستند آن و یا استناد آن، حکم حاکم نافذ است. بنابراین با توجه به ذیل مقبوله انصراف امکان ندارد.

البته بعضی (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۸ ص ۹۱؛ حائری، ۱۴۲۴ق، ص ۲۶۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۶۲) با استناد به روایت نبوی مشهور: «إِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ وَبَعْضُكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَيُّمَا رَجُلٍ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا فَإِنَّمَا قَطَعْتُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۲۳۲، ح ۱) معتقدند که حکم حاکم طریق به واقع است، پس وقتی یقین به خطای حکم یا مستند یا استناد آن وجود دارد، دیگر آن حکم طریقت ظاهری به واقع ندارد و با توجه به دیدگاه امامیه مُغَيَّر واقع هم نخواهد بود؛ پس در فرض علم به خطای حاکم، حکم او برای عالمان به خطا نفوذ ندارد.

منتهی به نظر می‌رسد که استدلال مذکور که مبتنی بر روایت نبوی مذکور است تمام نیست؛ چون معنای روایت این نیست که فرد در فرض علم به اشتباه حاکم - به هیچ وجه مالک نمی‌شود، بلکه ظهور عرفی حدیث چنین است که شخص مالک می‌شود، اما به جهنم خواهد رفت. این مسئله شبیه صید در باب حجج است که در مرتبه‌های دوم و پس از آن تنها کفاره ندارد، ولی صید گناه دارد. پس مفاد نبوی مذکور با مالکیت فرد منافات ندارد، بلکه او مالک می‌شود، هرچند به خطای حکم حاکم علم دارد؛ البته که گناه کرده است. خلاصه آنکه حکم حاکم طریق به واقع نیست، بلکه انشاء است که از باب ولایت صادر می‌شود (ر.ک: صدر، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۶۳۱).

نتیجه‌گیری

تمامیت سندی و دلالتی صحیح محمد بن قیس، حاکی از ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال است، منتهی این ولایت مطلق نبوده و با احتمال موضوعیت داشتن شهادت دو عادل - به‌عنوان تنها مُستند حکم حاکم در صحیح مذکور - ولایت حاکم بر صدور حکم در فرضی که مُستند حکم، علم و رؤیت خود حاکم باشد ثابت نمی‌شود. البته در خصوص استناد حکم به شیعاع، مطابق دیدگاه برخی صاحب‌نظران قیاس اولویت جاری است. پس مستفاد از ادله، ولایت حاکم بر صدور حکم به ثبوت هلال در جایی است دو شاهد عادل نزد وی شهادت دهند که ماه را دیده‌اند و یا شیعاع باشد. این حکم در صورت صدور، درباره همه مکلفان، اعم از مقلدان و مجتهدان، حتی در فرض علم به خطای حاکم، اعم از علم به خطای حکم یا مُستند حکم و یا موضوع، نافذ و حجت است و چنانچه برخی، اطلاق صحیح درباره حجیت حکم در فرض علم به خطای حاکم را نپذیرفته و آن را مُنصرف بدانند، با تحلیلی که از صدر و ذیل مقبوله عمر بن حنظله ارائه شد، حکم حاکم برای همه مکلفان در تمام فروض خطا در بستر حکومت اسلامی نافذ است و اگر با علم به خطای حاکم در فروض مذکور، از طریقت حکم او به واقع سؤال شود، در پاسخ باید گفت که حکم حاکم مطابق ادله دال بر آن، انشاء و نه خبر است.

فهرست منابع

۱. آملی، محمدتقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی. تهران: نشر مؤلف.
۲. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی تا). النهاية في غريب الحديث والأثر. قم: اسماعیلیان.
۳. ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالعلم.
۵. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۳۷۹). تحریر الوسیله. قم: دارالعلم.
۶. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۱۸ق). الاجتهاد والتقلید. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۰ق). الرسائل العشره. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۸. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۰. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضره. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. بروجردی، سیدحسین. (۱۴۱۲ق). الحاشیه علی کفایة الاصول. قم: انصاریان.
۱۲. بروجردی، سیدحسین. (۱۴۱۶ق). البدر الزاهر فی صلاة الجمعة والمسافر (چاپ سوم). قم: دفتر معظم له.
۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح. بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۴. حائری، سید کاظم. (۱۴۲۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبه (چاپ دوم). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۵. حائری، عبدالکریم. (۱۴۱۸ق الف). درر الفوائد (چاپ ششم). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۱۶. حائری، مرتضی. (۱۳۸۸ق). القواعد الفقهية والاجتهاد والتقليد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حائری، مرتضی. (۱۴۱۸ق ب). کتاب الخمس. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حر عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۹. حکیم، سیدمحسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۲۰. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم. بیروت: دارالفکر المعاصر.
۲۱. خمینی، سیدمصطفی. (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۲. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). معجم رجال الحديث (چاپ چهارم). قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئي. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۳۰ق). المستند فی شرح العروه. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.
۲۵. درگاهی، مهدی؛ عندلیبی، رضا. (۱۳۹۴). حج و ولایت فقیه. تهران: انتشارات مشعر.
۲۶. راغب، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دارالعلم - الدار الشامیه.
۲۷. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). الحج فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۸. سبزواری، سیدعبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۹. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۰۳ق). الفتاوی الواضحه (چاپ هشتم). بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۳۱. صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الاصول (چاپ پنجم). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۲. صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست. نجف: المكتبة المرتضویه.
۳۵. عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). مدارک الأحکام (چاپ دوم). بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۳۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۳۸. فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). تعالیق مبسوطة علی العروة الوثقی. قم: نشر محلاتی.
۳۹. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر (چاپ دوم). قم: دارالعلم.
۴۰. قانّتی، محمد. (۱۴۲۹ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام.
۴۱. قاسمی، محمدعلی؛ همکاران. (۱۴۲۶ق). فقیهان امامی و عرصه های ولایت فقیه. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۳. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۶ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: الصوم والاعتکاف. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۴. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۵ق). الولاية الإلهية الإسلامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. محقق داماد، سید محمد. (۱۴۰۱ق). کتاب الحج. قم: چاپخانه مهر.
۴۶. مفید، محمد. (۱۴۱۳ق). المقننه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۴۷. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۴). مجمع الفوائد. قم: نشر سایه.
۴۸. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق الف). دراسات فی ولاية الفقیه (چاپ دوم). قم: نشر تفکر.

۴۹. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق ب). مبانی فقهی حکومت اسلامی (مترجم: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری). قم: مؤسسه کیهان.
۵۰. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۷ق). نظام الحكم في الإسلام. قم: نشر سراپی.
۵۱. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۹). جواهر الکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۳. نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

References

1. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shia*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-Foqaha*. Beirut: Alulbayt Institute. [In Arabic]
3. Ameli, M. (1411 AH). *Madarik al-Ahkam*. (2nd ed.). Beirut: Alulbayt Institute. [In Arabic]
4. Amoli, M. T. (1380 AH). *Misbah Al-Huda*. Tehran: Mu'alif Publications. [In Arabic]
5. Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
6. Bahrani, Y. (1405 AH). *al-Hada'iq al-Nadirah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
7. Boroujerdi, S. H. (1412 AH). *Al-Hashiyah ala Kifayah al-Usul*. Qom: Ansarian. [In Arabic]
8. Boroujerdi, S. H. (1416 AH). *Al-Badr Al-Zahir fi Salat al-Jum'ah va al-Musafir*. (3rd ed.). Qom: His Holiness's office. [In Arabic]
9. Dargahi, M., & Andalibi, R. (1394 AP). *Hajj and Velayat-e-Faqih*. Tehran: Mash'ar Publications. [In Persian]
10. Fayumi, A. (1414 AH). *Al-Misbah al-Munir*. (2nd ed.). Qom: Dar al-Ilm. [In Arabic]
11. Fayyaz, M. E. (n.d.). *Ta'aliq Mabsuah ala al-Urwat al-Wuthqa*. Qom: Mahallati Publications.
12. Haeri, A. (1418 AH). *Durar al-Fawa'id*. (6th ed.). Qom: Islamic Publications Foundation. [In Arabic]
13. Haeri, M. (1388 AH). *al-Qawa'id al-Fihyah va al-Ijtihad va al-Taqlid*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
14. Haeri, M. (1418 AH). *Kitab al-Khums*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
15. Haeri, S. K. (1424 AH). *Wilayah al-Amr fi Asr al-Qaybah*. (2nd ed.). Qom: Islamic Thought Association. [In Arabic]

16. Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsik al-Urwat al-Wothqa*. Qom: Dar al-Tafsir Institute. [In Arabic]
17. Hamiri, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum*. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
18. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
19. Ibn Athir, M. (n.d.). *Al-Nahayat fi Qarib al-Hadith va al-Athar*. Qom: Ismailian.
20. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mu'jam Maqa'is al-Loqah*. Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
21. Ibn Manzoor, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. Beirut: Dar Al-Alam. [In Arabic]
22. Imam Khomeini, S. R. M. (1379 AP). *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Dar al-Ilm. [In Persian]
23. Imam Khomeini, S. R. M. (1418 AH). *al-Ijtihad va al-Taqlid*. Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
24. Imam Khomeini, S. R. M. (1420 AH). *al-Rasa'il al-Ishrah*. Qom: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
25. Imam Khomeini, S. R. M. (1421 AH). *Kitab al-Bay'*. Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
26. Johari, I. (1410 AH). *Al-Sahah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'in. [In Arabic]
27. Khoei, S. A. (1409 AH). *Mujam Rijal al-Hadith*. (4th ed.). Qom: The Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
28. Khoei, S. A. (1418 AH). *Mawsu'ah al-Imam Al-Khoi*. Qom: The Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
29. Khoei, S. A. (1430 AH). *Al-Mustanad fi Sharh al-Urwa*. Qom: The Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
30. Khomeini, S. M. (1418 AH). *Tahrirat fi al-Usul*. Qom: The Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
31. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]

32. Lankarani, M. F. (1426 AH). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah: al-Sawm awa l-I'tikaaf*. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams. [In Arabic]
33. Mofid, M. (1413 AH). *Al-Muqni'ah*. Qom: Sheikh Mufid Intl. Congress. [In Arabic]
34. Mohaghegh Damad, S. M. (1401 AH). *Kitab al-Hajj*. Qom: Mehr Printing House. [In Arabic]
35. Mo'men Qomi, M. (1425 AH). *Al-Wilayah al-Ilahiyah al-Islamiyah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
36. Montazeri, H. A. (1384 AP). *Majma' al-Fawa'id*. Qom: Sayeh Publications. [In Persian]
37. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Dirasat fi Wilayah al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
38. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Jurisprudential principles of Islamic government*. (Salavati, M., & Shakoori, A, Trans.). Qom: Keyhan Institute. [In Arabic]
39. Montazeri, H. A. (1417 AH). *The system of rule in Islam*. Qom: Saraei Publications. [In Arabic]
40. Najafi, M. H. (1369 AP). *Jawahir al-Kalam*. Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiyah. [In Persian]
41. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
42. Naraqi, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
43. Qaeni, M. (1429 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Masa'il al-Mu'asirah*. Qom: Markaz Fiqh al-A'emah al-Athar. [In Arabic]
44. Qasemi, M. et al. (1426 AH). *Imami jurists and areas of Velayat-e-Faqih*. Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences. [In Arabic]
45. Ragheb, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an*. Syria: Dar al-Ilm- Al-Dar Al-Shamiyah. [In Arabic]
46. Sabzewari, S. A. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]

47. Sadr, S. M. B. (1403 AH). *Al-Fatawa al-Wazihah*. (8th ed.). Beirut: Dar Al-Taaruf le al-Matbu'at. [In Arabic]
48. Sadr, S. M. B. (1418 AH). *Durus fi Ilm al-Usul*. (5th ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
49. Saduq, M. (1413 AH). *Man la Yahdar al-Faqih*. (1413 AH). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
50. Shahid Awal, M. (1417 AH). *Al-Dorus al-Shariah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
51. Sobhani, J. (1424 AH). *Al-Hajj fi al-Shariah al-Islamiyah Al-Ghara*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
52. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib Al-Ahkam*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
53. Tusi, M. (n.d.). *al-Fihrist*. Najaf: Al-Maktabah Mortazaviyah.



Research Article

An Examination of General and Specific Object and Its Function in Correcting Pre-sale Contracts of Buildings

Ali Deylami Moezzi¹

Mahdi Norouzi²

Received: 21/03/2021

Accepted: 08/08/2021

Abstract

Specific object and general object are the concepts widely used in contract law, which, according to Islamic jurisprudence (fiqh), can also be seen in the texts of case law. These two terms have philosophical and logical foundations that have been considered by their inventors. However, later it was neglected in the definitions of jurists and caused the misinterpretation of these two, and became the source of mixing of the types of objects, the effects of which are evident in various contracts, including the pre-sale of the building. Many believe that selling an unbuilt building through forward sale is considered void because it cannot be considered a general object. In

1. M. A in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author). a.dailamy@mail.sbu.ac.ir.

2. PhD in Comparative Studies of Islamic Denominations, University of Religions and Denominations, Qom, Iran. m.norouzi.@urd.ac.ir.

* Deylami Moezzi, A., & Norouzi, M. (1400 AP). An Examination of General and Specific Object and Its Function in Correcting Pre-sale Contracts of Buildings. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 41-67. Doi: 10.22081 / jf.2021.60501.2263.

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.

the present study, while examining the logical and philosophical foundations of these two terms and the history of their origin and evolution in jurisprudence, it has been shown that the criterion for general and specific object in liability is not the actual multiplicity of external cases, but rather, the validity (in general objects) and invalidity (in specific objects) of multiple cases matter intellectually. In this way, the future building will be considered as a general object and there won't be any problem with the validity of its transfer through forward sale, in terms of the type of the sold object.

Keywords

Types of objects, forward sale, pre-sale of apartments, general liability, future property.

مقاله پژوهشی

بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

علی دیلمی معزی^۱ مهدی نوروزی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۷

چکیده

عین معین و عین کلی از مفاهیم پر کاربرد در حقوق قراردادهای به شمار می‌رود که به تبع فقه، به متون قانون موضوعه نیز ورود پیدا کرده است. این دو اصطلاح دارای مبانی فلسفی و منطقی است که مورد توجه ابداع‌کنندگان آن دو قرار داشته است، اما بعدها در تعاریف حقوق دانان مغفول مانده و سبب ارائه تفاسیر ناصحیح از این دو، و منشأ اختلاط اقسام عین گشته که آثار آن در قراردادهای مختلف، از جمله پیش‌فروش ساختمان مشهود است و به عقیده بسیاری، فروش ساختمان ساخته نشده از طریق بیع سلم، از آن جهت که نمی‌تواند عین کلی تلقی شود باطل است. در پژوهش حاضر ضمن بررسی مبانی منطقی و فلسفی این دو اصطلاح و تاریخچه پیدایش و تطور آن دو در فقه، نشان داده شده که ملاک عین معین و کلی در ذمه، تعدد بالفعل مصادیق خارجی نیست، بلکه قابلیت صدق بر مصادیق متعدد (در کلی) و عدم آن (در عین معین) از نظر عقلی معیار است و از این رهگذر، ساختمان آینده عین کلی محسوب خواهد شد و صحت انتقال آن از طریق بیع سلم، از حیث نوع مبیع، با اشکالی مواجه نیست.

کلیدواژه‌ها

انواع عین، بیع سلم، پیش‌فروش آپارتمان، کلی در ذمه، مال آینده.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

a.dailamy@mail.sbu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکترای مطالعات تطبیقی مذاهب اسلامی، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. m.norouzi.@ur.ac.ir

* دیلمی معزی، علی؛ نوروزی، مهدی. (۱۴۰۰). بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۴۱-۶۷.
Doi: 10.22081/jf.2021.60501.2263

درآمد

مال در یک تقسیم‌بندی، به عین، منفعت و حق تقسیم می‌گردد. عین نیز به‌نوبه خود به عین معین، کلی در معین، و کلی در ذمه قسمت می‌گردد. تقسیم‌بندی اخیر و اصطلاحات عین معین و عین کلی، خاستگاهی فقهی دارد و از آنجا به قانون مدنی راه پیدا کرده است. با این حال، این دو اصطلاح در حقوق به‌درستی تبیین نشده و برخی مصادیق آن دو، با یکدیگر خلط شده است و اثر خود را در بسیاری از قراردادها، از جمله قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر جای نهاده است.

امروزه پیش‌فروش ساختمان از جمله قراردادهای رایج و ضروری در اقتصاد محسوب می‌شود. دلیل این امر آن است که بسیاری از پیمان‌کاران ساختمانی، توانایی تأمین تمامی سرمایه موردنیاز برای پروژه را ندارند و لذا بخشی از آن را از طریق مشارکت مالکان آینده واحدها تأمین می‌نمایند. گسترش این قراردادها قانون‌گذار را بر آن داشت تا قانون پیش‌فروش ساختمان را در سال ۱۳۸۹ تصویب نماید. با این حال قراردادهایی که میان پیمانکار و خریداران منعقد می‌گشت، از حیث حقوقی مشکلاتی را به همراه آورد. از جمله آنکه در تفسیر ماهیت این قراردادها اختلاف افتاد و در آرای صادره از محاکم و نظرات حقوق‌دانان، عقود مختلفی از جمله صلح، شرکت، استصناع، بیع، و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، به‌عنوان مبنای این قراردادها معرفی گشت (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۲). ناگفته نماند که بر مبنای اختلافات موجود در تفسیر این قراردادها، احکام و آثار آنها در مراحل سه‌گانه تشکیل، اجرا و سقوط نیز تفاوت می‌یابد.

در قانون پیش‌فروش ساختمان، اگرچه عبارات «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید» ظهور در بیع دارند، اما به دلیل اجمال موجود در متن قانون، اشکالاتی در خصوص تطبیق قواعد بیع بر این قراردادها وجود دارد که از سوی حقوق‌دانان راه‌حل‌هایی جهت توجیه این مشکلات ارائه شده است. منشأ برخی از این ایرادات، تلقی رایج و در عین حال نادرست از عین معین و عین کلی در ذمه است.

در بخش اول از این پژوهش، تفاسیر ارائه شده از قرارداد پیش فروش ساختمان به عنوان بیع را از نظر گذرانده و پس از طرح ایراد مورد نظر، در بخش دوم به بررسی تلقی رایج از عین معین و کلی و تبیین صحیح این دو، با توجه به سابقه فقهی آنها می پردازیم و در نهایت، کارکرد تبیین صحیح عین کلی در تصحیح قراردادهای پیش فروش ساختمان را مورد بررسی قرار می دهیم.

در ارتباط با عین معین و عین کلی پژوهش هایی صورت گرفته که عمدتاً به تبیین آثار و احکام آن دو پرداخته و مشکل عدم تبیین ضابطه مندی عین معین و کلی در آنها همچنان بی پاسخ مانده است. ضمن آنکه در پژوهش حاضر، برخلاف پژوهش های دیگر، به ریشه پیدایش و تطور این دو مفهوم از منظر تاریخ فقه نیز پرداخته شده است. از جمله این پژوهش ها می توان به مقالات ذیل اشاره کرد:

۱. مقاله «کلی در ذمه و عین معین در فقه و حقوق»، نگاشته سید علی دلبری و فرزاد بهشتی، منتشر شده در مجله آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۸، ۱۳۹۲.

۲. مقاله «ماهیت تملیکی بیع کلی بر ذمه و دین»، نگاشته علی محمد حکیمیان، منتشر شده در مجله حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۵۳، ۱۳۹۶.

در رابطه با قراردادهای پیش فروش ساختمان نیز پژوهش های متعددی انجام شده است؛ از جمله:

۱. مقاله «بررسی فقهی-حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، نگاشته علی اکبر ایزدی فرد و حسین کاویار، منتشر شده در مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷.

۲. مقاله «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، نگاشته علی غریبه و ناصر مسعودی، منتشر شده در فصلنامه تخصصی فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۰.

با این حال راه حل ارائه شده در پژوهش حاضر برای از میان برداشتن یکی از موانع پیش روی این قراردادها، در پژوهش های پیشین فاقد سابقه است.

۱. قرارداد پیش‌فروش به‌مثابه عقد بیع

از زمانی که قراردادهای پیش‌فروش پا به عرصه ظهور نهاد، حقوق‌دانان در تفسیر آن مسیرهای متفاوتی را پیمودند. دلیل این امر را می‌توان در پیچیدگی این قراردادها جست؛ چراکه در قراردادهای پیش‌فروش، از یک طرف با مسئله خرید و فروش کالای نهایی مواجهیم و از طرف دیگر، با مسئله خرید مواد اولیه و ساخت کالا، و گاه حتی ممکن است پیش‌خریدار به‌جای وجه نقد، زمین موردساخت را به‌عنوان ثمن قرار دهد. از سوی دیگر، این پیش‌فروش‌ها در قالب آپارتمان‌سازی انجام می‌شود که سبب گشته پای قوانین خاصی مربوط به آپارتمان‌ها از جمله قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرائی آن به این قراردادها باز شود. از این رو قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در میان حقوق‌دانان به عقود مختلفی از قبیل صلح، شرکت، استصناع، بیع، و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تفسیر شده است. (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰، ص ۲).

آنچه که با موضوع پژوهش حاضر مرتبط است، تفسیر قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان عقد بیع است. در این دیدگاه، زمین یا واحد ساختمانی به‌عنوان مبیع قرار داده می‌شود. قائلان این دیدگاه، در تعیین نوع عقد بیع اتفاق نظر ندارند؛ بیع مشروط (طباطبایی و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۵۸)، بیع معدوم به‌تبع موجود، بیع معلق (ایزدی‌فرد و کاویار، ۱۳۸۷، صص ۱۰۵-۱۰۶) و بیع سلم از جمله تفاسیر ارائه‌شده است. از میان چهار دیدگاه فوق، آنچه که پژوهش حاضر می‌تواند در آن گره‌گشا باشد، دیدگاه بیع سلف است که با تفصیل بیشتری مطرح خواهد شد؛ بدین جهت که در دیدگاه نخست، مبیع زمین است که اساساً از ناحیه کلی یا معین بودن مبیع با مشکلی مواجه نیست. دیدگاه دوم و سوم نیز مبتنی بر تلقی ساختمان ساخته‌نشده به‌عنوان مال معین است؛ در حالی که پژوهش حاضر تلاش دارد ساختمان موردپیش‌فروش را به‌عنوان عین کلی تلقی نماید که برخلاف این دو دیدگاه است.

۱-۱. بیع سلف یا سلم

محقق حلی بیع سلم را چنین تعریف کرده است: «سلم عبارت است از خرید مالی

مضمون (در ذمه) با اجل معلوم، با مالی که حاضر است، یا در حکم حاضر (مانند دینی بر ذمه که در مجلس عقد به عنوان ثمن تعیین می گردد) است» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵). برخی از حقوق دانان سلم را بیعی معرفی کرده اند که مبیع آن کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می شود (جعفری لنگردوی، ۱۳۷۸، ص ۹۷۸). بیع سلم در قانون مدنی بدون بردن نام در ماده ۳۴۱ مورد اشاره قرار گرفته است. فقها علاوه بر شروط عمومی صحت بیع، دو شرط اساسی دیگر را برای سلم لازم می دانند: ۱. قبض ثمن در مجلس عقد، ۲. ذکر اوصاف و جنس و مقدار مبیع، و به طور کل، ذکر هر چیزی که در میزان ثمن دخیل است، به گونه ای که رفع جهالت شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۰۸).

مطابق تعریف بیع سلم و همان طور که در نگاهته های حقوقی تصریح شده، مسلم فیه باید کلی باشد و سلم در اعیان شخصی راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۰۲). از سوی دیگر، نویسندگان حقوقی تصریح دارند که تنها مال مثلی قابلیت بیع کلی را دارد و اموال قیمی تنها به شکل عین معین قابل دادوستد هستند. پس موضوع بیع سلم باید عین کلی مثلی باشد (توکل، ۱۳۹۶، ص ۴۵). مشکل عمده ای که پیش روی پیش فروش ساختمان از طریق بیع سلم وجود دارد، مخالفت با این شرط است. مطابق تلقی رایج از عین معین و کلی، آپارتمانی که در مکان مشخص و طبق نقشه مشخص ساخته خواهد شد، تنها یک مصداق خواهد داشت و لذا عین معین است، نه کلی فی الذمه (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳). برخی نیز با پذیرش شباهت آپارتمان ساخته نشده به عین کلی، آن را چیزی میاناً عین معین و عین کلی تلقی کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۷۷). با این حساب، تفسیر پیش فروش ساختمان به عنوان بیع سلم با چند مانع روبرو است که یکی از آنها، عین معین بودن ساختمان موضوع قرارداد است.

۲. عین معین و عین کلی

هر چند مال به اعتباراتی چون منقول و غیر منقول، دارای مالک مشخص و غیر مشخص (م ۲۳ ق.م و بعد)، مثلی و قیمی (م ۹۵ ق.م) تقسیم شده است، اما یکی از تقسیمات مهم آن

تقسیم مال به عین، منفعت و حق است (م ۲۹ ق.م) که عین به «معین» و «کلی در ذمه»، از زیر مجموعه‌های این قسمت به شمار می‌رود. در ادامه، ابتدا تعریف عین و اقسام آن در حقوق و فقه امامیه را مورد بررسی قرار داده تا به تبیین صحیحی از عین معین و عین کلی دست یابیم.

۲-۱. عین معین و عین کلی در حقوق

گروهی از حقوق‌دانان در تعریف عین گفته‌اند: «مالی است که در عالم خارج موجود و با حس لامسه قابل درک باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۵) و برخی دیگر گفته‌اند: «عین مالی است که اگر موجود شد دارای سه بعد باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۶۸). عین به نوبه خود به سه دسته تقسیم می‌گردد: عین معین، کلی در معین، و کلی در ذمه. این تقسیم که ریشه در فقه دارد، از متن قانون مدنی نیز قابل استفاده است. قانون مدنی در ماده ۳۳۸، ببع را «تملیک عین» معرفی نموده و در ماده ۳۵۰، انواع مبیع را شامل «مفروز، مشاع، مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و کلی فی الذمه» معرفی می‌نماید و در ماده ۳۶۱ و ۷۷۴، صحبت از «عین معین» می‌نماید و در ماده ۲۷۹، موضوع تعهد را «عین شخصی» و «کلی» می‌داند و در ماده ۳۵۱ در توضیح مبیع کلی، عبارت «صادق بر افراد عدیده» را به کار برده است. از جمع این موارد می‌توان نتیجه گرفت که عین معین یا شخصی، صادق بر افراد عدیده نیست و بر دو قسم مفروز و مشاع است، و دو قسم دیگر از عین می‌ماند که صادق بر افراد عدیده است؛ یکی مقداری معین از شیء متساوی الاجزاء که در لسان حقوق‌دانان به کلی در معین شناخته می‌شود، و دیگری کلی در ذمه. البته گاه «عین» به نحو مطلق به کار می‌رود و مراد از آن عین معین در برابر کلی در معین و کلی در ذمه است. بنابراین عین دارای دو استعمال است: گاه به معنای شیء ملموس در مقابل منفعت و حق، و گاه به معنای عین شخصی در برابر کلی. برخی از حقوق‌دانان معتقدند عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی به معنای اخیر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴۸۳). اما در نوشتار حاضر، مراد از عین به طور مطلق، همان اصطلاح اعم است.

قانون مدنی تعریف کامل تری از اقسام عین ارائه نداده است. حقوق دانان عین معین را با عباراتی قریب‌المضمون تعریف کرده‌اند. از جمله: «عین معین مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. عین معین که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می‌شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵)، «عین خارجی که آن را عین شخصی و عین معین نیز گویند، به چیزی گفته می‌شود که در خارج موجود و بتوان به آن اشاره حسیه نمود؛ مانند آن خانه و آن دو گونی گندم موجود» (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۳۲)، «مال موجود در خارج را که مشخص و ممتاز باشد، عین معین گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۷۰۳، ش ۱۰۰۸۳).

در تعریف مال کلی در ذمه نیز گفته‌اند: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۷)، و نیز «اشیایی که به واسطه عدد یا وزن یا مقدار مشخصی در ذمه متعهد معینی قرار می‌گیرند و تشخیص خارجی (فرد معین خارجی) آنها در نظر گرفته نمی‌شود، مانند ده من گندم در ذمه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴۸۳).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، ملاک «عین معین» در نزد حقوق دانان، «وجود خارجی» و «امکان اشاره حسی»، و در قانون مدنی با توجه به مفهوم مخالف ماده ۳۵۱، «عدم صدق بر افراد عدیده» است. با این تعریف، اموری از قبیل حق مالکیت فکری و معنوی از تعریف عین معین خارج می‌گردد. اما تعابیر حقوق دانان در تعریف کلی فی‌الذمه هماهنگ نیست که در مجموع می‌توان ملاک‌های زیر را برای آن استخراج کرد: «عین بودن صفات در ذهن»، «صدق بر افراد متعدد در خارج»، «قرار گرفتن بر ذمه»، «تعیین عددی، وزنی یا مقداری» و «لحاظ نشدن تشخیص خارجی».

تعاریف فوق از جهاتی قابل ملاحظه است که پیش از پرداختن به آنها لازم است نکاتی در رابطه با اصول تقسیم صحیح توضیح داده شود (مظفر، بی‌تا، صص ۱۰۶-۱۰۸). هر تقسیم متشکل از یک مقسم، اقسام و اساس تقسیم است. مقسم همان امری است که مورد تقسیم قرار می‌گیرد. برای صحت هر تقسیم سه شرط آتی باید تأمین گردد: تباین اقسام، وحدت جهت (اساس)، و جامعیت. شرط تباین اقسام گویای آن است که هر

مصادقی از مقسم که در نظر گرفته شود، فقط و فقط تحت یک قسم می‌گنجد و محال است بین دو دسته که قسیم یکدیگرند، مصداق مشترکی وجود داشته باشد. اساس تقسیم نیز باید واحد باشد. یعنی باید جهت واحدی در مقسم لحاظ شود و تقسیم فقط به اعتبار همان انجام گیرد. به عنوان مثال اگر انسان را به عنوان مقسم در نظر بگیریم، می‌توان آن را از جهت جنسیت به زن و مرد تقسیم نمود و دیگر نمی‌توان در همان تقسیم، اقسامی از قبیل پیر و جوان را نیز وارد کرد؛ زیرا تقسیم به پیر و جوان از جهت سن است، نه از جهت جنسیت. همچنین جمع اقسام باید مساوی مقسم باشد. یعنی تقسیم باید جامع جمیع افراد آن مقسم باشد و اگر مصداقی از مقسم یافت شد که تحت هیچ‌یک از اقسام نمی‌گنجد، در این صورت آن تقسیم ناقص است. خلل در هر یک از اصول فوق به صحت تقسیم آسیب می‌رساند. همچنین تقسیم انواع گوناگونی دارد، از جمله ثنایی و تفصیلی (عقلی و استقرایی) که در دو تایی اول، عقلاً محال است قسیم دیگری موجود باشد.

حال با توجه به اصول فوق، اشکالاتی را که بر تعاریف ارائه شده از عین معین و کلی وارد است، از نظر می‌گذرانیم:

۱. اساس تقسیم روشن نیست و اگر تعاریف مذکور را با دقت بیشتری مورد نظر قرار دهیم، قادر به استخراج اساس واحد برای اقسام نخواهیم بود؛ به عبارتی، در تقسیم واحد بیش از یک اساس تقسیم وجود دارد، زیرا اساس تقسیم در خصوص عین معین، ظرف وجود (خارجی بودن) و قابلیت اشاره حسی است، پس در سایر اقسام نیز همین دو باید ملاک شکل‌گیری قسیم‌ها باشد؛ در حالی که در تعریف اول - که تعریف رایج از عین کلی در ذمه است - «تعدد صدق خارجی» و «تعیین ذهنی» ملاک شکل‌گیری قرار گرفته است. در تعریف دیگر نیز «معین بودن» و «استقرار در ذمه» به عنوان معیار معرفی شده است. ممکن است پاسخ داده شود که هر آنچه در تعریف انواع عین آمده، اساس تقسیم نیست، بلکه بعضی از آثار و احکام بارز آنها است. به عبارتی، ضرورت ندارد در مقام تعریف اقسام یک مقسم، به درج اساس تقسیم در تعریف پایبند بود؛ بلکه جایز است از سایر اوصاف و ویژگی‌های اقسام در تعریف بهره گرفت. این پاسخ ادعایی است کلی

که فی نفسه مشکل را از میان بر نمی دارد؛ زیرا مشخص نمی سازد کدام یک از ملاک یا ملاک های موجود در تعاریف را باید اساس تقسیم قرار داد تا اصول تقسیم صحیح بر آن منطبق باشد.

۲. به نظر، قید «لحاظ نکردن تشخیص خارجی» در تعریف دوم، قید مستقلی نیست و تنها برای تأکید بر ذمی بودن عین کلی است. زیرا حیثیت استقرار در ذمه با حیثیت تشخیص خارجی جمع نمی شود. به عبارتی، رابطه این دو از قبیل ملکه و عدم ملکه است و پذیرش یکی مستلزم نفی دیگری است.

۳. قید «معین بودن صفات در ذهن» و «تعیین عددی، وزنی یا مقداری» نیز زائد است و نمی تواند اساس تقسیم قرار گیرد. به نظر می رسد این قید جهت پرهیز از غرر در عقود همچون بیع سلم درج شده است. حال آنکه معین بودن یا نبودن، از احکام مربوط به عقدی است که عین کلی، موضوع آن قرار می گیرد و مرتبه تقسیم عین و تعریف انواع آن، مرتبه پیش از شکل گیری عقد است و باید عین را فارغ از هر عقد خاصی تعریف و تقسیم نمود. به علاوه، اگر وجه این قید پرهیز از غرر باشد، همین وجه در عین معین نیز موجود است و باید در آن نیز قید گردد. همچنین عین کلی مجهول می تواند موضوع برخی عقود تسامحی قرار گیرد، همانند آنکه طرفین صلح نمایند بر تملیک یک خودروی نامشخص به اختیار یکی از طرفین. در حالی که قید مذکور منجر به خروج عین کلی مجهول از شمول مقسم می گردد و به جامعیت آن خلل وارد می سازد.

۴. تعریف اول به همان دلیل مبهم بودن اساس تقسیم، جامع افراد نیست و می توان مصادیقی از اعیان را مثال زد که هیچ یک از انواع عین بر آنها صدق نمی کند؛ مثال روشن آن که مرتبط با موضوع نوشتار حاضر است، واحد ساختمانی است که طبق مشخصات توافق شده و مطابق با نقشه در مکان منحصر به فرد خود ساخته خواهد شد؛ این ساختمان از یک سو در حال حاضر وجود خارجی ندارد و قابل اشاره حسی نیست، پس عین معین نیست، کلی در معین هم نخواهد بود؛ چرا که تنها تفاوت کلی در معین با عین معین، نداشتن مصداق جدا شده است، و گرنه هر دو در حال حاضر وجود خارجی دارند

و ساختمان آینده چنین نیست. از سوی دیگر، بدیهی است که امکان ساخت بیش از یک واحد ساختمانی با مشخصات مورد توافق وجود ندارد. چنین ساختمانی اگرچه صفات آن در ذهن مشخص است، اما در عالم خارج مصادیق متعدد ندارد. پس ویژگی عین کلی در ذمه بر آن صدق نمی‌کند. ممکن است گفته شود ساختمانی که در آینده ساخته خواهد شد، به منزله موجود است (وجود اعتباری یا استقبالی آن لحاظ شده است) و وجود خارجی عین معین، اعم از وجود خارجی حقیقی و وجود خارجی اعتباری است و به تعبیر دیگر، ساختمان آینده به دلیل آنکه ویژگی‌های آن تماماً مشخص است و اطمینان عرفی کامل به ساخت آن وجود دارد، و یا چون بر روی نقشه مشخص است، از وجود اعتباری فعلی برخوردار است و لذا عین معین بر آن صدق می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت عرف تنها در موارد نادری مال معدوم موجود در آینده را به منزله مال موجود در حال لحاظ کرده و با تأمل در آنها تا حدودی می‌توان به ریشه این اعتبار پی برد؛ به عنوان مثال در بیع میوه سردرختی (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۳۷۳) می‌توان وجود شکوفه یا میوه بسته‌شده را منشأ این اعتبار دانست، حال آنکه چنین اعتباری در خصوص ساختمان آینده ادعایی بلا دلیل و برخلاف واقعیت عرفی است و اگر امکان داشت در تمام موارد مال غیر موجود را به منزله موجود لحاظ کرد، در این صورت قید وجود مبیع در بیع معین از اساس بیهوده بود. اموری از قبیل نقشه ساختمان نیز به دلیل جای نداشتن در ارتکاز عرفی نمی‌تواند وجود اعتباری ساختمان آینده تلقی گردد. پس ساختمان آینده نمی‌تواند مصداق عین معین باشد.

۵. این سردرگمی و اختلاط اقسام عین با یکدیگر، در تحلیل عقود از قبیل استصناع و پیش‌فروش ساختمان مشکلاتی را به بار آورده و باعث دشواری تطبیق این عقود بر قواعد مربوطه گشته که نمونه‌هایی از آن در بخش اول گذشت. در بخش آتی به ریشه راه‌یابی این تعاریف در حقوق، و منشأ شکل‌گیری این اختلاط خواهیم پرداخت.

۲-۲. عین معین و عین کلی در فقه

همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، تقسیم‌بندی عین به معین، کلی در معین و کلی در

ذمه، دارای سابقه فقهی است. برخی از فقها عین را چنین تعریف نموده‌اند: «مراد از عین چیزی است که هرگاه در خارج موجود گردد، جسمی مشتمل بر ابعاد ثلاثه خواهد بود» (خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۶). نکته ظریف و مهمی که در این تعریف مشاهده می‌شود و در تعریف ارائه‌شده توسط حقوق‌دانان مغفول مانده، قید «هرگاه موجود گردد» است. حکمت این قید آن است که تعریف باید جامع و مانع باشد و بدون لحاظ این قید، تعریف تنها شامل اعیانی می‌گردد که در خارج وجود مادی بالفعل دارند، یعنی اعیان معین. نگارنده با وجود استقرا در کتب فقهی، به تعریفی از عین معین (شخصی) و عین کلی توسط فقها دست نیافت. با این وجود، کاربرد این دو اصطلاح در کتب فقهی بسیار رایج است. بررسی کتب فقهی متقدم نشان می‌دهد که این دو اصطلاح در ابتدای ادوار فقهی وجود نداشته و به تدریج به ادبیات فقهی راه یافته و در قرون متأخر به‌طور وسیع رایج شده است. به همین جهت برای تبیین صحیح عین معین و کلی در فقه، ابتدا نیازمند بررسی سیر تاریخی این دو اصطلاح و سپس پرداختن به مبانی نظری آن دو هستیم تا بتوانیم ملاک روشنی از عین معین و عین کلی به دست دهیم.

۲-۲-۱. سیر تاریخی عین معین و عین کلی

چنانچه ذکر شد، اصطلاحات «عین معین»، «عین شخصی» و «عین کلی فی الذمه» در ابتدای ادوار فقهی وجود نداشت. به‌طور دقیق‌تر، این اصطلاحات تا حدود قرن هفتم هجری قمری برای فقها شناخته‌شده نبود و کاربرد آنها در نگاه‌های فقهی سابقه‌ای نداشت. البته در چند مورد اندک از عبارت «عین معین» استفاده شده است (ابن‌جنید اسکافی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۸۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸)، اما شکل اصطلاحی نداشته، بلکه به‌معنای لغوی خود به کار می‌رفته است. برای روشن‌تر شدن این امر، چند مورد از مواضعی را که عین معین و کلی در متون فقهی کاربرد دارند، در کتب متأخر و متقدم با یکدیگر مقایسه می‌نمایم.

مقدمان بر اساس نوع مبیع، تقسیم‌بندی آتی را برای بیع مطرح می‌کردند: مبیع یا «عین حاضر و قابل مشاهده» است، و یا «عین غائب» و یا «موصوف در ذمه». به‌عنوان مثال

شیخ طوسی پس از بیان حقیقت بیع گفته: «بیع بر سه قسم است: بیع عین قابل مشاهده، بیع موصوف در ذمه و بیع خیار رؤیت... و اما بیع خیار رؤیت همان بیع اعیان غایب است»^۱ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۷۶). بیع عین قابل مشاهده، یعنی بیع چیزی که نزد مشتری حاضر است و وی می‌تواند آن را ببیند. بیع خیار رؤیت همان بیع موضوع ماده ۴۱۰ قانون مدنی است و عبارت است از اینکه میباید چیز مشخص و معینی است، اما اکنون نزد مشتری نیست و لذا بر اساس رؤیت سابق، یا از طریق بیان اوصاف، فروخته می‌شود، و اگر برخلاف اوصاف برشمرده و یا رؤیت سابق از کار درآید، مشتری خیار رؤیت خواهد داشت. این نوع بیع به نام خیار مختص آن یعنی خیار رؤیت شهرت داشت. (برای مشاهده موارد بیشتر از این تقسیم رجوع کنید به: ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۱).

بیع موصوف در ذمه نیز در جایی است که بایع هنور مالک میباید که در آینده تسلیم می‌نماید نیست، و یا اگر مالک است، همان شیء مخصوص را مبیع قرار نمی‌دهد، بلکه در مقابل مشتری عهده‌دار می‌شود کالایی را با اوصاف برشمرده شده در عقد در اجل معین به عنوان مبیع به وی تسلیم نماید. به همین جهت از «بیع الموصوف فی الذمه» گاه با عنوان «البيع المضمون» یاد می‌شد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۲؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۳) و وجه تسمیه‌اش آن بود که پس از بیع، مبیع در ذمه و در ضمانت بایع قرار می‌گرفت. این بیع در باب سلم مورد بحث قرار می‌گرفت و تفاوتش با بیع عین غائب در آن بود که اگر مبیع تسلیم شده در اولی خلاف وصف درمی‌آمد، بایع وظیفه داشت مصداق دیگری مطابق وصف تسلیم نماید، در حالی که در بیع عین غائب اگر مبیع خلاف وصف بود، مشتری تنها حق فسخ عقد یا پذیرش همان مبیع تسلیم شده را داشت (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص ۷۶-۷۷). در برخی موارد نیز بیع را به دو دسته کلی «بیع اعیان و بیع ذمم» تقسیم می‌کردند و بیع اعیان را به دو دسته بیع عینی که مشاهده می‌شود و عینی که مشاهده

۱. «البيع... علی ثلاثة أضرب: بیع عین مرئیة، و بیع موصوف فی الذمه، و بیع خیار الرؤیة... و أما بیع خیار الرؤیة فهو بیع الأعیان الغائبة.»

نمی‌شود (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸). در مقابل، مطلق عین در کتب متأخران، اعم از موجود در خارج و موجود در ذمه انواع مبیع قرار گرفته (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳) و بیع مؤجل در سلم به بیع کلی تفسیر شده (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۱۹۷) و در خیار رؤیت، عین شخصی غائب در برابر مبیع کلی قرار داده شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۴). چنان‌که مشاهده می‌شود، آنچه در تقسیم‌بندی متقدمان محوریت داشت، موجودبودن یا نبودن مبیع در زمان عقد بود. به‌علاوه ایشان بیع عین را در برابر بیع ذمه قرار می‌دادند که خود اشعار به این امر دارد که «کلی در ذمه» در نزد متقدمان، عین محسوب نمی‌شد. به‌عبارتی عین در نزد ایشان منحصر در چیزی بود که در خارج وجود بالفعل ولو مردد در بین مصادیق داشت. از همین جا می‌توان حدس زد «عین» بعدها استعمال اعم خود را یافته است.

نخستین فقیه شیعه که اصطلاحات «عین معین»، «عین شخصی» و «کلی ثابت در ذمه» را در نوشته‌های خود در معنای معهود فعلی به کار برد، علامه حلی است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۴۲۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۱۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۵، ص ۳۱۸). ایشان در موارد متعدد، اصطلاح عین شخصی یا عین معین را به جای عین حاضر یا مشاهد یا مرئی یا غایب به کار برد. با این حال هنوز اصطلاح «کلی در ذمه» در آثار ایشان استقرار نیافته بود و به‌عنوان مثال، همچنان در بیع سلم برای اشاره به عین کلی در ذمه، از عنوان «شیء موصوف در ذمه» استفاده می‌شد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸). پس از ایشان به تدریج این اصطلاحات جای خود را در آثار فقهای حله و جبل عامل باز کردند. به‌عنوان مثال، جمال‌الدین حلی در حدود یک‌صد سال بعد، دین را «کلی ثابت در ذمه و غیر مشخص» برمی‌شمارد (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۹) و شهید ثانی (حدود ۲۵۰ سال بعد) در مبحث خیار رؤیت از مبیع کلی نام می‌برد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۴) و محقق کرکی می‌گوید عین بر ذمه یعنی امر کلی (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۱۰). نمونه‌های دیگری از این استعمالات در آثار فقهای این دوره قابل مشاهده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۵۲؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۳۲). به نظر می‌رسد سیطره علمی علامه حلی باعث شد این

ابداعات مورد اقبال شاگردان مکتب حله و فقهای بعد واقع شود و کاملاً تثبیت گردد. دقت در نحوه نخستین کاربردهای این اصطلاحات نشان می‌دهد که دقیقاً به همان معنای موجود در خاستگاه اصلی خود، یعنی معنای منطقی و فلسفی به کار می‌رفتند و این امر پس از تبیین کلی و جزئی منطقی در مبحث آتی روشن تر خواهد شد؛ از جمله آنکه علامه حلی در خصوص تفاوت بیع عین غایب شخصی و بیع سلم از حیث خیار، چنین استدلال می‌کند که معقود علیه در اولی، امری شخصی، و در دومی، امری کلی است که در ذمه ثابت می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۱۵۰). ماحصل استدلال ایشان آن است که امر کلی می‌تواند مصادیق متعدد داشته باشد، پس مانعی برای رجوع به مصداق دیگر در مقام وفای به عهد نیست. بر خلاف امر شخصی که چون مصداق واحد از پیش معین دارد، چنین امکانی وجود ندارد. این تقابل میان امر شخصی و امر کلی و شرح استدلال، کاملاً با استعمال این دو اصطلاح در علم منطقی و نیز فلسفه تطابق دارد.

۲-۳. تبیین ملاک عین معین و عین کلی

پیش‌تر اشاره شد که اصطلاحات عین شخصی و عین کلی، دارای ریشه‌های فلسفی و منطقی هستند. به همین جهت برای تبیین این دو اصطلاح ابتدا ناگزیریم اشاره‌ای به مبانی منطقی و فلسفی آنها داشته باشیم. مفاهیم در منطقی به دو دسته تقسیم می‌گردند: کلی و جزئی. مفهوم کلی آن است که صدقش بر بیش از یکی متمتع نیست و جزئی، که گاه از آن با عنوان «شخصی» هم یاد می‌شود، خلاف آن است (مظفر، بی‌تا، ص ۵۷). نکته بسیار مهم آن است که تفاوت کلی و جزئی، در تعداد مصادیق بالفعل نیست، بلکه ممیز این دو، قابلیت صدق از نظر عقل است (مظفر، بی‌تا، ص ۵۷)؛ به این معنا که ممکن است بعضی از مفاهیم کلی هرگز هیچ مصداق بالفعلی در عالم خارج نداشته باشند (همانند مفهوم اجتماع نقیضین و شریک خداوند)، و یا تنها یک مصداق خارجی داشته باشند (همانند اولین محصول خط تولید خودرو) و یا بیش از یک مصداق و حتی بی‌نهایت مصداق بیابند (همانند مفهوم انسان)، اما با این حال همگی این مفاهیم کلی هستند و تمامی آنها از نظر عقل، قابلیت صدق بر مصادیق متعدد را دارند و به تعبیر

دیگر، صدق آنها بر بیش از یکی ممتنع نیست (مظفر، بی تا، صص ۵۷-۵۸)، در حالی که فرض صدق مفهوم شخصی بر بیش از یک مصداق، مستلزم محال و ممتنع است. در توضیح قابلیت صدق کلی بر افراد متعدد می توان گفت از آنجا که مفهوم کلی از یک واقعیت خارجی گرفته نشده، پس عقل مانعی نمی بیند که هر گاه موجودی در خارج تحقق یابد که اوصاف و ذاتیات آن کلی با وی مطابقت داشته باشد، مفهوم کلی بر آن صدق نماید، و از این جهت این قابلیت را دارد که مصداق متعددی بیابد^۱ (طباطبایی، ۱۴۲۴ق، ص ۹۴). اما زمانی که مفهومی از یک موجود خارجی برگرفته می شود، یعنی مفاهیم جزئی یا شخصی، فقط و فقط همان موجود خارجی است که ذاتیات و اوصاف آن مفهوم را دارا است و تصور موجود دیگر با همان ذاتیات و اوصاف از نظر عقل محال است؛ زیرا مستلزم تکرار شیء واحد است، یعنی شیء دوم همان شیء اول خواهد بود. این مطلب مفاد یک قاعده فلسفی است که می گوید جزئیت یا شخصیت به سبب وجود است (طباطبایی، ۱۴۲۴ق، ص ۹۶).

حال با کنار هم قرار دادن مطالب پیش گفته می توان به تبیین ضابطه عین معین و کلی پرداخت. عین معین شیئی است که هم اکنون موجود است (ملاک عین حاضر و غائب) و چون موجود است، عقلاً نمی تواند بیش از یک مصداق داشته باشد (ملاک جزئی فلسفی) و عین کلی برخلاف آن است، یعنی هم اکنون مصداق خارجی ندارد و لذا در عقد با اوصاف معین می گردد (ملاک موصوف بر ذمه) و چون موجود نیست، قابلیت تعدد مصداق را دارا است (ملاک کلی فلسفی)، حتی اگر مصداق آن منحصر در واحد باشد. شواهد این تبیین در کتب فقهی نیز موجود است. محقق کرکی در مقام بیان تفاوت میان بیع عین غائب و بیع سلم صراحتاً می گوید: «فرق این دو قسم آن است که مبیع در اولی جزئی و در دومی کلی است»^۲ (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۲۰) و در جای دیگر در یکی از فروع باب اجاره می گوید: «... عمل مورد اجاره در ذمه است. پس در واقع

۱. برای مشاهده تحقیقات فلسفی جدید در خصوص کلی می توانید ر.ک: لاکس، مایکل. (۲۰۰۶م). درآمدی به

متافیزیک معاصر (مترجمان: صالح افروغ - یاسر پوراسماعیل). تهران: انتشارات حکمت.

۲. «الفرق بین هذین القسمین: أن المبیع فی الأول جزئی وفي الثاني کلی».

یک امر کلی است، هر چند یک فرد بیشتر نداشته باشد. پس با موت منفسخ نمی شود، زیرا کلی در ذمه است»^۱ (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۶۹).

البته باید توجه داشت وجود خارجی عین در فقه و حقوق، اعم از وجود حقیقی و اعتباری آن است؛ بدین معنا که گاه عین حقیقتاً در خارج موجود نیست، اما عرف بنابه مصالح و دلایلی آن را به منزله موجود لحاظ می کند و احکام عین معین را بر آن بار می سازد؛ همانند مال آینده معین که میوه سردرختی یکی از مثال های بارز آن است. در این موارد برای مال موجود در آینده دو اعتبار می تواند وجود داشته باشد: اعتبار آن به عنوان کلی در ذمه، و اعتبار آن به عنوان عین معین، و بر حسب این دو اعتبار می تواند موضوع عقود مختلف قرار گیرد.

با توجه به آنچه گفته شد، در مسئله معروف و چالشی که «شخصی مقداری از لباس بافته شده را خریداری می کند مشروط بر آنکه مابقی لباس به عنوان مبیع کلی همانند مقدار بافته شده تکمیل گردد»^۲ (برای نمونه ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص ۶۸)، چنین معامله ای باید محکوم به صحت باشد، ولی عده ای از فقها این معامله را باطل می دانند که به نظر می رسد دلیل بطلان آن مبیع شخصی تلقی کردن مابقی لباس است؛ زیرا مبیع شخصی باید در زمان عقد موجود باشد که در فرض مسئله موجود نیست. در نتیجه مال آینده ای که مصداق واحد خواهد داشت، مال معین است، نه کلی.

در پاسخ می توان گفت دلایل همه قائلان بطلان معامله مورد نظر از همگونی برخوردار نیست؛ برخی بطلان را ناشی از اجتماع دو وصف متضاد (خیار و عدم خیار رؤیت) در دو بخش لباس می دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۷۷)، برخی نیز ضمن اعتراف به کلی بودن بخش بافته نشده، بطلان را ناشی از غرر دانسته اند. از این جهت که قسمتی از مبیع عین حاضر است و مابقی آن که بر ذمه است مجهول است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۱، ص ۷۹). بعضی دلیل بطلان را این می دانند که «بیع مذکور، بیع شیء

۱. «لأنها في الذمة فهي أمر كلي في الواقع وإن لم يكن له إلا فرد واحد فلا يفسخ بالموت لأن الكلي في الذمة».

۲. «لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي»، و نیز «إذا ابتاع ثوباً على خف منساج».

معدوم معین است که در شرع ثابت نیست؛ زیرا تنها بیع عین موجود معین و عین معدوم غیر معین در شرع مطرح است» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۵، ص ۷۳) که به نظر می‌رسد این دلیل صرف بیان احتمال است و خود نویسنده در ادامه آن را مردود شمرده است.

برخی از فقها در تبیین معضل فوق و رفع اشکالات مطروحه، شقوق قابل تصور در مسئله را به چهار حالت تقسیم کرده‌اند: ۱. بیع منسوج شخصی موجود به همراه منسوج کلی بر ذمه، ۲. بیع این منسوج شخصی موجود به همراه مقدار معینی از عمل شخصی خارجی ریسندگی (دقت شود در حالت اول خود منسوج مبیع بود، نه عمل)، مشروط بر آنکه همانند اولی نسج شود، ۳. بیع منسوج خارجی موجود به همراه مقدار معینی از عمل کلی ریسندگی، مشروط بر آنکه همانند نسج قبلی باشد، و ۴. بیع منسوج خارجی موجود به همراه غیر منسوج بدون آنکه تحت یکی از عناوین قبل باشد. از آنجا که صحت سه حالت اول تقریباً مسلم و کاملاً منطبق بر قواعد باب بیع است، ایشان در یک جمع‌بندی اشکالات فقها را مربوط به حالت چهارم می‌داند (خویی، بی تا، ج ۷، صص ۹۳-۹۴). در تکمیل پاسخ ایشان می‌توان چنین گفت که تعیین نوع مبیع و شرط در قرارداد تابع قصد طرفین است و بازگشت اشکال فوق به آن است که طرفین قصد نموده‌اند کالای غیر موجود را که در آینده موجود خواهد شد، نه به عنوان مبیع کلی و نه به عنوان شرط فعل، بلکه به عنوان مبیع شخصی قرار دهند. یعنی در قصد مشترک طرفین تنها یک مبیع شخصی وجود دارد که عبارت است از مجموع لباس تکمیل شده، نه یک مبیع شخصی به همراه یک مبیع کلی. شاهد آنکه شیخ طوسی در اشکال اول، احتمال وقوع خیار رؤیت را به عنوان مانع برمی‌شمارد (شیخ طوسی، ۱۴۸۷ق، ج ۲، ص ۷۷) و خیار رؤیت مختص مبیع شخصی است.

با توجه به آنچه گذشت می‌توان حدس زد که علامه حلی که خود جامع معقول و منقول و مؤلف آثار برجسته فقهی و منطقی (از جمله کتاب معروف الجوهر النضید) به شمار می‌رود، در مقام تبیین احکام بیع، پا از نگاه بسیط عرفی فراتر نهاده و با تحلیل ماهیت انواع مبیع در عقود بیع، ویژگی‌های جزئی و کلی منطقی را بر آنان منطبق دانسته و به تدریج، این ابداع جایگزین تقسیم‌بندی قدما در انواع بیع و مبیع گشت. مبتکران و

مروجان اولیه این اصطلاحات که خود بر مبانی فلسفی و منطقی آن مسلط بودند، آنها را در معانی دقیق کلمه به کار می‌بردند، بدون آنکه خلطی در میان‌شان رخ دهد، اما به تدریج با فاصله گرفتن دانش حقوق از بستر فقهی-فلسفی خود، مبانی عقلی آنها مغفول ماند که ثمره آن، اختلاطات مذکور در ابتدای بحث بود. حقوق‌دانان با لحاظ ظاهر عبارت قانون مدنی،^۱ ملاک کلی در ذمه را تعدد مصادیق قرار دادند و نه قابلیت صدق؛ حال آنکه تقسیم‌بندی عین معین و کلی در قانون مدنی متخذ از منابع فقهی بوده و دلیلی بر تغییر آن و ارائه تقسیم‌بندی علیل از اعیان از سوی قانون‌گذار وجود ندارد. به همین جهت ماده ۳۵۱ ق.م نیز باید به گونه‌ای موافق با ملاک پیش‌گفته تفسیر گردد. لذا مراد قانون‌گذار از «صادق بر افراد عدیده» شأنت صدق است و نه فعلیت آن. احتمال دیگری هم در تفسیر این ماده وجود دارد و آن اینکه قانون‌گذار نظر به وجه غالب داشته، زیرا قریب به اتفاق اعیان کلی در ذمه می‌توانند مصادیق متعدد خارجی داشته باشند و تنها در برخی موارد به دلیل قیود خاص زمانی یا مکانی منحصر در مصداق واحد می‌گردند.

۳. تصحیح قرارداد پیش‌فروش ساختمان

چنان‌که در بخش اول مقاله گذشت، بسیاری از حقوق‌دانان تمایل دارند قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را به‌عنوان عقد بیع به‌شمار آورند. اما از دیدگاه ایشان ساختمان موضوع پیش‌فروش نمی‌تواند مبیع کلی تلقی شود. در توجیه این نظر گفته شده:

در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان معمولاً موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و مشخصه‌های دیگر آپارتمان در نقشه ساختمانی و نیز در قرارداد معین می‌شود... بنابراین آپارتمانی که با مشخصات پیش‌گفته ساخته می‌شود، با توجه به موقعیت جغرافیایی و ابعاد آن، عین معین محسوب می‌شود... پس نمی‌توان آپارتمانی مثل آن تصور کرد (ایزدی و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳).

به همین جهت برخی از حقوق‌دانان پیش‌فروش آپارتمان را از طریق تعهد به بیع

۱. مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده (م ۳۵۱ قانون مدنی).

توجیه نموده‌اند (شهدی، ۱۳۸۵، ص ۲۰). استدلال فوق مبتنی بر آن است که واحد ساختمانی موردبیع، از قیود فیزیکی بسیاری برخوردار است که عملاً موجب می‌شود آن ساختمان منحصر به فرد گردد، یعنی نتواند دارای اشباه و نظایر، و به تعبیر ماده ۳۵۱ ق.م. دارای مصادیق متعدد باشد و لذا عین معین خواهد بود؛ در حالی که ملاک عین معین بر آن صدق نمی‌کند و چنان که برخی از صاحب‌نظران اشاره کرده‌اند، ساختمان مذکور علاوه بر آنکه قابل اشاره حسی و خارجی نیست، تحت تأثیر ابتکار و انتخاب فروشنده نیز قرار دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۷-۲۷۸). با این حساب، آپارتمان پیش‌فروش شده نه عین معین خواهد بود و نه کلی در ذمه. به طریق اولی کلی در معین نیز نمی‌تواند باشد، در حالی که هر عینی که در نظر گرفته شود، ضرورتاً باید تحت یکی از این سه قسم بگنجد. برخی برای برون‌رفت از این مشکل، حالتی میانه عین معین و عین کلی را پذیرفته‌اند، اگرچه اعتراف دارند به کلی شباهت بیشتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۷-۲۷۸). بازگشت این ادعا به دو چیز است: یا دسته چهارمی علاوه بر سه دسته عین مذکور وجود دارد که تاکنون قائلی برای آن یافت نشده، یا آنکه آپارتمان آینده تحت دو قسم از اقسام یک مقسم می‌گنجد که در بخش قبل نشان دادیم این امر محال است. پس این ادعا قابل پذیرش نیست.

پاسخ درست آن است که آپارتمان مورد پیش‌فروش عین کلی است، زیرا مطابق ضابطه ارائه‌شده، تعداد مصادیق مبیع موردنظر، چه در زمان انشای عقد و چه در زمان اجرای تعهدات ناشی از آن، تأثیری در کلی یا شخصی بودن آن ندارد. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، طرفین توافق می‌نمایند پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر، یک دستگاه واحد ساختمانی با اوصاف مشخص به پیش‌خریدار تحویل دهد و چون این واحد مسکونی در حال حاضر موجود نیست، پس از نظر عقلی می‌تواند مصادیق متعدد داشته باشد، اگرچه به لحاظ عرفی مصداق واحد دارد. پس ساختمان پیش‌فروش شده کلی است. به علاوه اگر با دقت بیشتری بنگریم، ساختمان مذکور حتی در خارج نیز می‌تواند مصادیق متعددی بیابد؛ چراکه حتی با نگاه عرفی نیز ساختمانی که با مصالح خریداری شده از کارخانه «الف» ساخته می‌شود، با ساختمانی که در همان زمان و همان

مکان موجود در نقشه اما با مصالح خریداری شده از کارخانه «ب» ساخته می شود، تفاوت دارد و این دو، دو مصداق برای کلی ساختمان محسوب می گردند؛ مگر آنکه محصولات دو کارخانه چنان از نظر کیفی به هم نزدیک باشند که عرف تفاوتی میان آن دو قائل نباشد. به عبارت دیگر، صرف حضور در یک زمان و یک مکان، موجب یکی بودن ساختمان ها نمی شود، بلکه عواملی از قبیل مصالح اولیه را نیز باید دخیل دانست. بدین ترتیب، یکی از موانع تفسیر پیش فروش ساختمان به عنوان بیع سلم از میان برداشته می شود. دو اشکال دیگر باقی می ماند (لزوم قبض ثمن در مجلس و لزوم مثلی بودن مبیع در بیع کلی) که موضوع بحث این پژوهش نیست و نوشتار جداگانه ای می طلبد.

نتیجه گیری

تقسیم بندی اعیان به سه دسته معین، کلی در معین و کلی در ذمه، از تقسیمات بنیادی مرتبط با اموال است. تبیین ناصحیح این سه اصطلاح منجر به بروز اشکالاتی در خصوص احکام و آثار برخی قراردادها، از جمله قراردادهای پیش فروش ساختمان شده است. ارائه ملاک نادرست برای عین معین و کلی از آنجا نشأت گرفته که این دو اصطلاح، در سیر تکامل فقه ب وجود آمده اند و دارای ریشه های منطقی و فلسفی اند، اما در مسیر ورود به عالم حقوق، این مبانی مغفول ماند و این اصطلاحات به مفاهیمی عرفی تنزل یافت. با بررسی تاریخی و مبانی پیدایش این دو اصطلاح، این نتیجه حاصل شد که عین معین عبارت است از چیزی که در عالم خارج وجود دارد؛ حال وجود خارجی حقیقی یا وجود خارجی اعتباری، و لذا از نظر عقلی محال است که بیش از یک مصداق داشته باشد. عین کلی در ذمه نیز عبارت است از چیزی که هنوز وجود خارجی نیافته و لذا عقلاً ممتنع نیست بیش از یک مصداق داشته باشد؛ هر چند ممکن است در عالم واقع بدون مصداق، تک مصداق و یا دارای چندین مصداق باشد. به زبان ساده تر، هر عینی که در حال حاضر موجود به وجود خارجی حقیقی یا اعتباری است، عین معین، و هر عینی که در حال حاضر موجود نیست و ظرف وجود آن ذمه و عهده

است، عین کلی در ذمه خواهد بود و لازم است ماده ۳۵۱ قانون مدنی در همین راستا تفسیر گردد.

با این حساب، اموری از قبیل آپارتمان ساخته‌نشده، عین کلی در ذمه محسوب می‌شود و حکم به بطلان قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر این مبنا که مبیع در این قرارداد عین معین است و عین معین قابلیت پیش‌فروش را ندارد، از اساس اشتباه است، و در نتیجه یکی از موانع سه‌گانه بر سر راه تفسیر پیش‌فروش ساختمان در قالب بیع سلم برداشته می‌شود.

فهرست منابع

۱. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی. (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن جنید (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، سیدحسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمة والبيع والخيارات (چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین. (۱۳۸۷). بررسی فقهی-حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان. مجله حقوق اسلامی، ۵(۱۸)، صص ۸۷-۱۱۴.
۵. توکلی، احمد. (۱۳۹۶). مختصر حقوق مدنی (چاپ چهاردهم). تهران: چتر دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق (چاپ پنجم). تهران: گلشن.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). حقوق اموال (چاپ پنجم). تهران: گنج دانش.
۹. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمي الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم، ۳ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء (چاپ اول، ۱۴ جلد). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق الف). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول، ۳ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق ب). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة (چاپ دوم، ۹ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. حلی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴ق). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة: المكاسب. قم: داوری.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (چاپ بیست و هشتم). قم: مدینه العلم.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (چاپ اول، محشی: کلاتر، ۱۰ جلد). قم: کتاب فروشی داوری.
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). حقوق مدنی ۶ (چاپ ششم). تهران: مجد.
۲۱. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۲۴ق). نهاية الحكمة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. طباطبایی، سید محمد صادق؛ کیانی، عباس. (۱۳۹۳). تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان. مجله حقوقی دادگستری، ۷۸(۸۵)، صص ۴۵-۸۲.
۲۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامية (چاپ سوم، ۸ جلد). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۴. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (چاپ دوم، ۱۳ جلد). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۵. غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر. (۱۳۹۰). تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع. مطالعات حقوقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی)، ۱(۲)، صص ۱۵۷-۱۷۵.

۲۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). عقود معین: معاملات معوض - عقود تملیکی (ج ۱، چاپ دهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). اموال و مالکیت (چاپ بیست و ششم). تهران: میزان.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). نظریه عمومی تعهدات (چاپ پنجم). تهران: میزان.
۳۰. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (چاپ دوم، ۴ جلد). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. مظفر، محمد رضا. (بی تا). المنطق. بی جا: دارالتعارف.
۳۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۳. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (چاپ اول، المحشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

References

1. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shia fi Ahkam al-Shariah*. (2nd ed., 9 vol.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (1st ed., 3 vol.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-Foqaha*. (1st ed., 14 vols.). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
4. Ameli Karaki (Mohaqiq Thani), A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. (2nd ed., 13 Vols.). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
5. Ansari, M. (1415 AH). *Al-Makasib al-Muharamah va al-Bay'e va al-Khiarat*. (1st ed.). Qom: International Congress in honor of Sheikh Ansari. [In Arabic]
6. Fakhr al-Muhaqiqin, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id*. (1st ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
7. Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le Mukhtasar al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Library Publications. [In Arabic]
8. Heli, Y. (1405 AH). *Al-Jame' al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah Sayyid al-Shuhada al-Ilmiyah. [In Arabic]
9. Ibn Fahd Heli, A. (1407 AH). *Al-Muhadab al-Bari' fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'*. (1st ed.). Qom, Islamic Publications Office. [In Arabic]
10. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2nd ed., 3 vols.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
11. Ibn Junaid Scaffi, M. (1416 AH). *Collection of Ibn Junaid Fatwas*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
12. Ibn Zohreh Halabi, H. (1417 AH). *Qaniyah al-Nozou' ila Ilmi al-Usul va al-Forou'*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
13. Imami, S. H. (n.d.). *Civil rights*. Tehran: Islamiyah Publications.
14. Izadifard, A.k., & Kaviar, H. (1387 AP). Jurisprudential-legal review of the apartment pre-sale contract. *Journal of Fiqh*, 5(18), pp. 87-114. [In Persian]

15. Jafari Langroudi, M. J. (1370 AP). *Legal Terminology*. (5th ed.). Tehran: Golshan. [In Persian]
16. Jafari Langroudi, M. J. (1378 AP). *Extensive in Legal Terminology*. Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1380 AP). *Property Law*. (5th ed.). Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
18. Katozian, N. (1387 AP). *Certain Contracts*. (Vol. 1): Exchange Transactions - Proprietary Contracts. (10th ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
19. Katozian, N. (1388 AP). *Property and Possession*. (26th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
20. Katozian, N. (1389 AP). *General Theory of Obligations*. (5th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
21. Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (28th ed.). Qom: Madinah al-Ilm.
22. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqh: al-Makasib*. Qom: Davari.
23. Mohaqeq Helli, J. (1408 AH). *Sharae al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram*. (2nd ed., 4 vols.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
24. Mufid, M. (1413 AH). *Al-Muqne'a*. (1st ed.). Qom: Sheikh Mofid Millennium International Congress. [In Arabic]
25. Muzaffar, M. R. (n.d.). *Al-Mantiq*. Dar Al-Ta'arof.
26. Qaribeh, A., & Masoudi, N. (1390 AP). Jurisprudential and legal analysis of the pre-sale apartment contract with reflection on the types of sale. *Journal of Contemporary Legal Studies (Islamic Jurisprudence and Law)*, 1(2), pp. 157-175. [In Persian]
27. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Rawzah al-Bahiyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dameshqiyyah*. (1st ed. 10 vols.). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
28. Shahidi, M. (1385 AP). *Civil Law 6*. (6th ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
29. Sheikh Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed., 8 vols.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Works. [In Arabic]
30. Tabatabaei, S. M. H. (1424 AH). *Nahayat al-Hikmah*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]

31. Tabatabaei, S. M. S., & Kiani, A. (1393 AP). An Explanation of the legal nature of the building pre-sale contract. *The Judiciary Law Journal*, 78(85), pp. 45-82. [In Persian]
32. Tavakoli, A. (1396 AP). *Brief Civil Law*. (14th ed.). Tehran: Chatre Danesh. [In Persian]
33. Yazdi, S. M. K. (1419 AH). *Al-Urwat al-Wothqa*. (1st ed., Al-Mahshi). Qom: Qom Seminary Islamic Publications Office. [In Arabic]



Research Article

A Jurisprudential Study of the Right to Have Peace with Emphasis on the Verses of the Holy Qur'an

Mahdi Firouzi¹

Received: 11/05/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

Living in a peaceful environment away from war has been one of the most important human aspirations and many efforts have been made to achieve it, including the recognition of the "right to have peace", according to which "living in peace" as "the right of human" has been affirmed and emphasized along with other recognized human rights. However, in addition to the humanistic schools, war and jihad have been emphasized in Islam in some cases, and Muslims are allowed to wage jihad and fight against those with whom they are at war. The question, which this paper seeks to answer, is whether the right to live in peace can be recognized for those who are not at war with Muslims, including non-Muslims. In answer to this question, it seems that by referring to religious arguments, especially the verses of the Holy Qur'an, it can be considered that fighting is permissible with those who are at war with Muslims. Therefore, non-Muslims who want to live peacefully with Muslims have the right to live in a peaceful environment.

Keywords

The Holy Qur'an, Fiqh, war, jihad, peace, human rights, right to have peace.

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Legal Affairs, Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. m.firouzi@isca.ac.ir

* Firouzi, M. (1400 AP). A Jurisprudential Study of the Right to Have Peace with Emphasis on the Verses of the Holy Qur'an. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 69-97. Doi: 10.22081/jf.2021.60905.2291.

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 حق بر صلح با تأکید بر آیات قرآن کریم

مهدی فیروزی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۲۱

چکیده

زندگی در فضای صلح آمیز و به دور از جنگ، یکی از مهم ترین آرزوهای بشر بوده است و برای تحقق آن تلاش های بسیاری صورت گرفته که از جمله می توان به شناسایی «حق بر صلح» اشاره کرد که بر اساس آن «زندگی در صلح» به مثابه «حق بشری» در کنار سایر حق های به رسمیت شناخته شده برای بشر مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است. با این حال، علاوه بر مکاتب بشری، در اسلام نیز جنگ و جهاد در مواردی تجویز شده است و به مسلمانان اجازه داده شده با کسانی که با آنان سر جنگ دارند، به جهاد و مقاتله برخیزند. سؤالی که این مقاله درصدد یافتن پاسخ آن می باشد، این است که آیا می توان حق زندگی در صلح را برای کسانی که سر جنگ و ستیز با مسلمانان ندارند، از جمله غیرمسلمانان، به رسمیت شناخت؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد با استناد به ادله دینی، به ویژه آیات قرآن کریم، می توان قائل شد که جنگ و قتال با کسانی مجاز است که سر جنگ و ستیز با مسلمانان دارند؛ بنابراین غیرمسلمانانی که خواهان زندگی مسالمت آمیز با مسلمانان هستند، حق دارند در فضایی صلح آمیز زندگی کنند.

کلیدواژه ها

قرآن کریم، فقه، جنگ، جهاد، صلح، حقوق بشر، حق بر صلح.

۱. استادیار گروه مسائل فقهی و حقوقی، پژوهشکده فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.
m.firouzi@isca.ac.ir

* فیروزی، مهدی. (۱۴۰۰). بررسی فقهی حق بر صلح با تأکید بر آیات قرآن کریم. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۶۹-۹۷.
Doi: 10.22081/jf.2021.60905.2291

مقدمه

گرچه زندگی در صلح، خواست و آرزوی طبیعی و فطری بشر بوده و است، اما متأسفانه به گواهی تاریخ، جنگ و درگیری بخشی جدایی‌ناپذیر از زندگی بشر را تشکیل داده است؛ بر همین اساس، اقدامات فراوانی برای مقابله با رخداد جنگ و مخاصمات مسلحانه در سطح بین‌المللی صورت گرفته است که از جمله می‌توان به شناسایی «صلح» به‌عنوان «حق بشری» تحت‌عنوان «حق بر صلح» و ذیل مقولات «نسل سوم حقوق بشر» یا «حقوق همبستگی» اشاره کرد که بر اساس آن، حق همه انسان‌ها برای زندگی در فضای صلح‌آمیز و دور از جنگ موردشناسایی قرار گرفته است.

این در حالی است که چه در مکاتب بشری و چه در ادیان آسمانی، قواعد و مقررات مربوط به جنگ و صلح تبیین شده است. در قرآن کریم نیز قوانین و مقررات مربوط به جنگ و جهاد بیان شده و فقیهان مسلمان نیز در طول قرن‌ها در بحث از جهاد، احکام فقهی فراوانی از این آیات استخراج کرده‌اند و یکی از احکام مورد پذیرش فقیهان مسلمان در این باره «جهاد ابتدایی» است.

وجود این حکم، تصویری را پدید آورده که در اسلام، صلح و همزیستی مسالمت‌آمیز با غیرمسلمانان جایگاهی ندارد و غیرمسلمانان یا باید مسلمان شوند و یا باید با آنان جهاد کرد، و لذا نمی‌توان حق زندگی در صلح برای آنان قائل شد، اما تأمل در آیات قرآن کریم بیان‌گر آن است که خداوند، ضمن اینکه صلح را بهترین گزینه برای بشر می‌داند، بر این نکته تأکید می‌کند که مسلمانان نباید با غیرمسلمانانی که سر جنگ و ستیز ندارند به قتال برخیزند و به آنان تعدی و تجاوز کنند؛ بلکه باید با آنان به عدالت رفتار کنند و اگر آنان مسلمانان را به صلح دعوت کردند آن را بپذیرند. از این برداشت‌های کلی از قرآن کریم، می‌توان بر شناسایی «صلح» به‌عنوان «حق بشری» برای «همه انسان‌ها»، از جمله غیرمسلمانان، استدلال کرد.

در کنار حق‌هایی که آیات قرآن کریم بیان‌گر آن هستند، همچون حق مالکیت و حق قصاص، از برخی احکام قرآن نیز حق‌هایی قابل برداشت است؛ مانند «حق حیات»

که از حکم شرعی «حرمت قتل» استفاده می‌شود. در همین راستا، از مجموع احکام آیات قرآن که دلالت بر عدم جواز جنگ و تعدی به غیرمسلمانان غیرمحراب و نیز لزوم رفتار عادلانه با آنان دارد، می‌توان «حق زندگی در صلح» را برای آنان استفاده کرد. تفصیل این مسئله با تحلیل و بررسی آیات قرآن کریم، موضوع مباحث این مقاله خواهد بود. بر همین اساس، مقاله حاضر در سه گفتار تنظیم شده است؛ ابتدا مفاهیم اصلی مقاله تحلیل می‌شود و سپس آیات دال بر شناسایی حق غیرمسلمانان برای زندگی در صلح، و در نهایت، آیاتی که تعارض ظاهری با شناسایی حق بر صلح دارند، مورد تحلیل و بررسی قرار خواهند گرفت.

قبل از ورود به بحث، ذکر این نکته ضروری است که منظور از شناسایی حق زندگی صلح‌آمیز برای غیرمسلمانان، داشتن رابطه ولایی و دوستانه با آنان و نیز صحه‌گذاشتن بر معتقدات آنان نیست، بلکه منظور رابطه طبیعی و همزیستی مسالمت‌آمیز است.

۱. تحلیل و بررسی مفاهیم

چند اصطلاح مهم در این مقاله وجود دارد که تحلیل و بررسی آنها می‌تواند به تبیین بهتر بحث کمک نماید. این مفاهیم عبارتند از جهاد، صلح، سلم و حق بر صلح که در این گفتار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱. جهاد

«جهاد» در لغت یا از «جهد» به معنای مشقت و سختی است، یا از «جُهد» به معنای وسع و توان و طاقت است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰۸؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۶۰-۴۶۱؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۳۳-۱۳۴) که در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. جهاد در معنای عام، یعنی مطلق تلاش و کوشش و به کارگیری توان و نیروی خود در انجام کارهای سخت و دشوار و در معنای خاص، عبارت است از به کار بردن نهایت تلاش و توان برای مقابله

و جنگ با دشمن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۳۵؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۰۸). فقیهان و مفسران نیز جهاد را بذل جان و مال در راه خدا برای نبرد با مشرکان و باغیان بر وجه مخصوص یا بذل جان، مال و توان خود در راه اعتلای اسلام و برپاداشتن شعائر آن تعریف کرده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۱، ص ۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، صص ۷-۸؛ فاضل مقداد، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۳۴۰).

برخی از فقیهان جهاد را به دو قسم جهاد ابتدایی و جهاد دفاعی تقسیم کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص ۷-۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۹؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۱۵). برخی نیز جهاد در اسلام را منحصر در همان جهاد ابتدایی می‌دانند و اطلاق جهاد بر قسم دوم را مجاز و آن را از اقسام دفاع دانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۱، ص ۴۶).

بسیاری از فقیهان، جهاد ابتدایی را به مبارزه با مشرکان و کفار برای دعوت آنان به اسلام و یکتاپرستی تعریف کرده‌اند (ن.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۱، ص ۳) در مقابل، جهاد دفاعی است که هدف آن مبارزه با دشمنان برای دفاع از حوزه اسلام و سرزمین‌های اسلامی و برای دفاع از جان و مال و حیثیت و فرهنگ مسلمانان است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۸۱؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۱۵؛ مشکینی، بی‌تا، ص ۲۴۵).

۲-۱. صلح و سلم

«صلح»^۱ در اصل واژه‌ای عربی است که به زبان فارسی وارد شده و در معانی متعددی همچون سازش، آشتی، سلم، سازش کردن، آشتی کردن، تراضی میان متنازعين، مقابل جنگ، توافق و پیمانی که برحسب آن دعوایی را حل و فصل کنند، آمده است (ن.ک: دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۹، ص ۱۳۲۴۸؛ معین، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۶۰).

در عربی نیز در معانی فراوانی به کار رفته که مهم‌ترین آن، «ضد فساد» است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۱۶؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۸۷؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۴۸۹؛ مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۶، ص ۲۶۵؛ فیومی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۴۵). معانی دیگری نیز مانند: مسالمت و سازش (قرشی،

1. Peace.

۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۴۱، سلم و دوستی، مصالحه و توافق گروهی با یکدیگر (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۱۶)، ازین بردن نفرت و دشمنی بین مردم (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۴۸۹) و ایجاد رضایت بین طرفین منازعه (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۸۷) برای صلح بیان شده است که به نظر می‌رسد همه به همان معنای «ضد فساد» برمی‌گردد.

در فقه و حقوق اسلامی، صلح در دو حوزه مطرح است: یکی در امور مدنی، و دوم در باب جهاد. صلح در امور مدنی عبارت از «عقدی شرعی است برای توافق و سازش میان دو یا چند نفر بر امری؛ از قبیل تملیک عین مال یا منفعت آن و یا انتقال حقی و یا اسقاط آن و یا ابراء دینی و غیر آن؛ خواه به‌طور رایگان و یا در ازای گرفتن عوض باشد» (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۹۲؛ همچنین بنگرید: خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۵۶۱).

معنای دوم صلح که موضوع این مقاله است، صلح در باب جهاد است که به وضعیتی اطلاق می‌شود که فارغ از جنگ و درگیری و همراه با آشتی و آرامش باشد. این معنا در ادبیات دینی غالباً با اصطلاح «سلم» آمده که سلم و سلم واژه‌ای عربی است و در معانی مختلفی از جمله مسالمت، صلح، سازش (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۹۵۱؛ ابن فارس، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۹۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۴۲۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۲۹۲؛ قرشی، ۱۳۷۷، ج ۳، صص ۲۹۹-۳۰۰) و برکناربودن از آفات و بیماری‌های ظاهری و باطنی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۴۲۱؛ ابن فارس، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۹۰؛ مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۱۸۷؛ قرشی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۲۹۶؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۱۰، ص ۲۶۵) به کار رفته است. نزدیک‌ترین مفهوم به «سلم» در آموزه‌های دینی، همان متفاهم عرفی از واژه «صلح» در فارسی است که «آشتی» و «مسالمت» است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۸۵۳). در آیات قرآن کریم سلم عبارت است از آشتی و صلحی که در مقابل جنگ باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۲۶۶؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۴۲۳؛ ابن فارس، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۹۰) و در حقیقت، «سلم» در مقابل «حرب» و «جنگ» است (طبرسی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۰؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۱۰، ص ۲۶۵).

ناگفته نماند که مراد از صلح تسلیم نیست؛ بلکه وجود رابطه عادی، طبیعی و آرام است، بدون آنکه زمینه‌ای برای تهدید یا توسل به زور و برخورد مسلحانه فراهم آید.

۳-۱. حق بر صلح

شناسایی «حق بر صلح»^۱ در نظام بین‌الملل حقوق بشر برای نخستین بار در قطعنامه‌ای که در سال ۱۹۷۶م توسط «کمیسیون (سابق) حقوق بشر»^۲ و با موضوع «ترویج و تشویق بیشتر حقوق بشر و آزادی‌های اساسی»^۳ صادر شد، صورت گرفت (Resolution 5/XXXII HRC). در ماده ۱ این قطعنامه مقرر شده است که: «همه حق دارند در شرایط صلح و امنیت بین‌المللی زندگی کنند و از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، و نیز حقوق مدنی و سیاسی، به‌طور کامل برخوردار شوند».

یکی دیگر از اسناد مهم در این باره، «اعلامیه حق بر صلح»^۴ است که در قالب قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسیده است (Resolution 71/189 GA). در ماده ۱ این اعلامیه آمده است: «هر کس حق برخورداری از صلح را دارد؛ به‌گونه‌ای که کلیه حقوق بشر ترویج و حمایت گردد و توسعه به‌طور کامل محقق شود».

در برخی از اسناد منطقه‌ای همچون «اعلامیه حقوق بشر آ.س.آن»^۵ نیز آمده است: «همه اشخاص و ملت‌های "آ.س.آن" حق دارند در چارچوب امنیت و ثبات، بی‌طرفی و آزادی "آ.س.آن" از صلح برخوردار شوند، به‌گونه‌ای که حقوق مندرج در این اعلامیه به‌طور کامل تحقق یابد».

گرچه تأمل در این اسناد بیان‌گر آن است که حق بر صلح، باید به برخورداری همگان از حقوق مدنی و سیاسی، حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، توسعه و نیز ترویج حقوق بشر بینجامد، اما تعریفی جامع و مانع از حق بر صلح در این اسناد به دست نمی‌آید.

با این حال به نظر می‌رسد تحقق کامل حق بر صلح نیازمند فرایندی چندوجهی

1. Right to Peace.
2. The Human Rights Commission.
3. Further Promotion and Encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms.
4. Declaration on the Right to Peace, 19 December 2016.
5. The ASEAN Human Rights Declaration, 18 November 2012.

شامل «پیشگیری از تعارض»،^۱ «ایجاد صلح»،^۲ «حفظ صلح»^۳ و «تحکیم صلح»^۴ است که می‌تواند زمینه‌ای برای صلح پایدار و در نتیجه تحقق حق بر صلح فراهم نماید. ضمن اینکه از اسناد بین‌المللی از جمله «منشور ملل متحد» استفاده می‌شود، پیش شرط تحقق حق بر صلح چند امر است که از جمله می‌توان به «عدم تهدید یا استفاده از زور در روابط بین‌المللی»، «حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی»، «عدم مداخله در امور داخلی کشورها» و «همکاری بین‌المللی کشورها در مسائل اقتصادی و اجتماعی» اشاره کرد. علاوه بر این، نمی‌توان در تعریف حق بر صلح از عنصر «تهدید و خلع سلاح» که مخالفت کشورهای بزرگ دارند سلاح‌های کشتار جمعی همچون سلاح‌های هسته‌ای را به همراه دارد چشم‌پوشی کرد. با توجه به آنچه گفته شد می‌توان حق بر صلح را حق زندگی همه افراد و ملت‌ها در محیطی عاری از جنگ، تهدید و خشونت دانست که در آن حقوق بشر و آزادی‌های اساسی قابل تحقق باشد.

بر اساس این تعریف، در حق بر صلح، علاوه بر فقدان جنگ و تجاوز، نظام تهدید نیز نباید باشد. ضمن آنکه تحقق کامل حق بر صلح، مستلزم حذف خشونت ساختاری همچون فقر، جهل، تبعیض، توسعه‌نیافتگی و مانند آن است که بتواند زمینه و بستری مناسب برای تحقق حقوق بشر و آزادی‌های اساسی فراهم آورد.

۲. بررسی آیات دال بر شناسایی حق بر صلح

آیاتی از قرآن کریم وجود دارد که می‌توان با استناد به آنها، بر شناسایی صلح به‌عنوان حق بشری برای همه افراد بشر استدلال کرد. تحلیل و بررسی برخی از این آیات موضوع مباحث این گفتار است.

1. Conflict Prevention.
2. Peace Making.
3. Peace Keeping.
4. Peace Building.

۲-۱. آیه ۸ سوره ممتحنه

خداوند در این آیه می‌فرماید: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». بر اساس این آیه، خداوند مسلمانان را سفارش می‌کند که درباره کسانی که سر جنگ و ستیز با آنان ندارند و آنها را از خانه و کاشانه‌شان آواره نکرده‌اند، به نیکی و عدالت رفتار کنند.

از این آیه استفاده می‌شود که اولاً نه تنها نیکی کردن و عدالت ورزیدن به چنین کسانی حرام نیست و مشروع است، بلکه محبوب خدا است و فضیلت دارد (ن.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۲۰، ص ۱۱۰)؛ ثانیاً وقتی با اینکه کافر بوده‌اند، احسان و عدالت در حق آنان جایز بلکه محبوب خداوند است، به طریق اولی جنگ با آنان مورد نهی و منع شارع است (منتظری، ۱۳۸۷، ص ۶۴)؛ ثالثاً گرچه این آیه بر جواز عدالت دلالت دارد، اما آیات متعدد دیگری که ظاهر آنها درباره همه افراد در همه شرایط اطلاق دارد، امر به رفتار همراه با قسط و عدل می‌نمایند^۱ و قسط و عدل نیز در این موارد یک معنا دارند؛ رابعاً با توجه به تعریف عدالت به «اعطاء کل ذی حق حقه» (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۴۲۷؛ وحید بهبهانی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۴؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۸۹)، می‌توان استفاده کرد که مصداق بارز رعایت عدالت و رفتار عادلانه در برابر غیر مسلمانان این است که آنها فارغ از جنگ و درگیری حق داشته باشند در صلح و آرامش زندگی کنند و به عبارت دیگر، مقتضای عدالت، عدم جواز جنگ و قتال و به رسمیت شناختن حق آنان برای زندگی مسالمت آمیز است؛ لذا مفسران و فقیهان، جنگ و قتال با کافرانی که سر ستیزه‌جویی ندارند و مایل‌اند با مسلمانان زندگی مسالمت آمیز داشته باشند را از مصادیق اعتدای می‌دانند (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۵۷۷) و اعتدای را نیز به تجاوز از حق معنا کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۴۳).

بر همین اساس، قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز با تاسی از آیات قرآن کریم، بر رعایت حقوق انسانی افراد غیرمسلمان، از جمله حق آنان برای برخورداری از زندگی مسالمت آمیز تأکید و ضمن یادآوری مسئولیت دولت اسلامی و مسلمانان در این باره، در

۱. إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ، «اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى»، «وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ» و «قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ».

اصل چهاردهم مقرر می‌دارد: «به حکم آیه شریفه "لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. این اصل در حق کسانی اعتبار دارد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند».

نکته مهمی که ذکر آن ضروری می‌نماید این است که گرچه این آیه بر صلح با غیرمسلمانان دلالت دارد، اما برخی از مفسران معتقدند این گونه آیات با آیات دیگری که دلالت بر جهاد با کافران دارد، از جمله آیه ۵ سوره توبه: «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ»، نسخ شده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۹، ص ۴۰۸) که در این صورت، قابلیت استناد به اثبات مدعای موردبحث را از دست خواهد داد.

در پاسخ باید گفت این نظریه علاوه بر اینکه نوعی زیاده‌روی در اعتقاد به نسخ محسوب می‌شود (زحلی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۳۰؛ همچنین بنگرید: خوبی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۷۵)، مقرون به صحت نیست؛ زیرا نسخ جایی است که آیات کاملاً با هم تعارض داشته باشند و به هیچ وجه قابل جمع نباشند، اما اگر قابل جمع باشند، نسخ جایگاهی ندارد. آیه موردبحث همان گونه که بیان شد، درباره کسانی است که سر جنگ با مسلمانان ندارند، لذا شامل کسانی که سر جنگ و ستیز با مسلمانان دارند نمی‌شود؛ در حالی که آیه سوره توبه تنها به کفار حربی و مشرکانی که پیمان شکنی کرده نظر دارد، نه همه کافران (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۱۹، ص ۲۳۴؛ مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۷، ج ۲۴، ص ۳۲)؛ لذا هیچ تراحمی بین این دو آیه نیست.

۲-۲. آیه ۱۹۰ سوره بقره

خداوند در آیه ۱۹۰ سوره بقره می‌فرماید: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ». از این آیه ضمن اینکه جواز تشریح قتال با کسانی که سر ستیز با مسلمانان دارند استفاده می‌شود، نهی از هر عملی که مصداق تجاوز و اعتدا به

غیر آنان باشد نیز استفاده می‌شود؛ لذا قتال با کسانی که سر جنگ‌وستیز با مسلمانان ندارند، از مصادیق اعتدا و تجاوزگری محسوب می‌شود؛ لذا برخی معتقدند اصولاً کسانی که در مقام و قصد مقاتله نیستند، مقاتل محسوب نمی‌شوند تا قتال با آنان موضوعیت داشته باشد (فضل‌الله، ۱۴۱۹ق ب، ص ۲۶۴)؛ زیرا قتال و مقاتله عبارت است از قصد شخص برای کشتن کسی که قصد کشتن او را دارد (ن.ک: طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۵۰۹؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۱؛ فضل‌الله، ۱۴۱۹ق الف، ج ۴، ص ۷۴؛ طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۴۳).

غالب مفسران نیز به این نکته اشاره دارند که یکی از مصادیق مهم اعتدا، شروع جنگ و قتال با غیرمسلمانانی است که سر جنگ‌وستیز با مسلمانان ندارند. بر همین اساس، مفسران امامیه و اهل سنت در تفسیر «وَلَا تَعْتَدُوا»، جنگ با کسانی را که ابتدا به قتال با مسلمانان نمی‌کنند، از مصادیق اعتدا شمرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۵۱۰؛ فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۴۴؛ طبری، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۱۱؛ آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۷۰). علامه طباطبایی نیز در تفسیر المیزان، ضمن اینکه «قتال ابتدایی» را از مصادیق اعتدا می‌داند، بیان می‌دارد: «نهی از اعتدا در این آیه، نهی مطلق است و در نتیجه، مراد از آن هر عملی است که عنوان تجاوز بر آن صادق باشد؛ مانند قتال قبل از دعوت به حق و نیز قتال ابتدایی» (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۶۱). بنابراین، از نظر فقهی نهی وارده در «وَلَا تَعْتَدُوا» نهی عام و مطلق است و آیه شریفه از هرگونه اعتدا نهی می‌کند؛ یعنی هر چیزی که اعتدا بر آن صدق کند مورد نهی قرار گرفته است (فاضل لنگرانی، ۱۳۹۲، صص ۱۹، ۳۲).

فقیه و مفسر معاصر، آیت‌الله جوادی آملی، نیز در بیان تفسیر «وَلَا تَعْتَدُوا» بر اطلاق این آیه تأکید می‌کند و بیان می‌دارد: «عدم ذکر متعلق نهی (لَا تَعْتَدُوا) نشان می‌دهد که از هرگونه تجاوز حق و حکم نهی شده است؛ خواه درباره اشخاص باشد یا نحوه قتل دشمن یا قوانین جنگ» (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۵۷۷). ایشان سپس در بیان مصادیق اعتدا می‌گوید: «گاهی اعتدا نسبت به اشخاص است، چنان که می‌فرماید: با کافرانی که سر ستیزه‌جویی ندارند و مایل اند با شما زندگی مسالمت آمیزی داشته باشند نستیزید؛ بلکه با عدالت رفتار کنید که خدا عدالت‌پیشگان را دوست دارد» (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۵۷۷). برخی دیگر از فقیهان و مفسران نیز از این آیه، تحریم و عدم جواز قتال با کسانی که

سر جنگ با مسلمانان ندارند استفاده کرده‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص ۳۰۷؛ همچنین بنگرید: خوبی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۸۷). ضمن اینکه برخی نیز با ذکر روایتی از ابن عباس در تفسیر این آیه، مصداق اعتدا را قتل کسانی دانسته‌اند که از جنگ با مسلمانان خودداری کرده و دست صلح و دوستی به سوی مسلمانان دراز کرده‌اند (طبری، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۱۰). بر همین اساس، برخی از مفسران و فقیهان تصریح کرده‌اند که «ظلم به کافری که درصدد ایدای مسلمانان نباشد حرام است» (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۸؛ همچنین بنگرید: مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص ۳۰۷). بنابراین، بر اساس آنچه گفته شد، این افراد حق دارند در کنار مسلمانان زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشند و عدم رعایت این حق آنان مصداق ظلم و اعتدای منهی است؛ لذا برخی از مفسران اهل سنت هم مصداق اعتدا را تجاوز به کسانی می‌دانند که هیچ مشکل و خطری برای اسلام و مسلمانان ندارند (سید قطب، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۸۸).

درباره استدلال به این آیه، برخی با استناد به روایتی که بیان می‌دارد «هذه أول آية نزلت في القتال فلما نزلت كان رسول الله يقاتل من قاتله ويكف عن كفه عنه حتى نزلت "فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْتَغِي مَالًا وَلَا مَوَازِينًا كَبِيرًا" فساخت هذه الآية»، گفته‌اند که آیه مورد بحث با نزول برخی آیات از جمله آیه ۵ سوره توبه نسخ شده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، صص ۵۰۹-۵۱۰؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۳۵).

در پاسخ به این اشکال باید گفت که اولاً بر فرض صحت این مطلب، معنای آن این نیست که پس از نزول سوره براءت، پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با کفاری که هیچ‌گونه تعرضی به مسلمانان نداشتند، اعم از معاهد و غیرمعاهد، ابتدائاً و فقط به دلایل اعتقادی به جنگ و قتال می‌پرداخت؛ زیرا این معنا مخالف مضمون بسیاری از آیات قرآن کریم، از جمله آیاتی است که احسان و نیکی و عدالت‌ورزی به کفاری را که متعرض قتال با مسلمانان یا اخراج آنان از دیارشان نمی‌شوند مجاز می‌شمارد، بلکه ترغیب می‌کند (منظری، ۱۳۸۷، ص ۶۶)؛ ثانیاً همان‌گونه که برخی از مفسران معتقدند، آیات متعدد قتال بیان‌گر احکام خاص بر اثر شرایط مخصوص است، نه نسخ یا استثنا. این آیه با آیه سوره توبه از قبیل تعمیم حکم بعد از تخصیص است؛ زیرا حکم قتال در آیه اول مخصوص کسانی است که سر جنگ دارند، اما در آیه سوره توبه، حکم عامی بیان شده است. افزون بر این،

سیاق نشان می‌دهد که این آیات با هم نازل شده‌اند و احتمال نسخ درباره دو آیه‌ای که با هم نازل شده‌اند روا نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۶۰۳؛ همچنین بنگرید: طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۰؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۱؛ طیب، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۳۵۰).

نتیجه اینکه از این آیه استفاده می‌شود غیرمسلمانان تا زمانی که تعرضی به مسلمانان نداشته باشند و خواهان زندگی صلح‌آمیز باشند، این حق برای آنان وجود دارد و کسی نمی‌تواند متعرض آنان شود.

۲-۳. آیه ۶۱ سوره انفال

آیه ۶۱ سوره انفال یکی از آیاتی است که می‌تواند درباره حق بر صلح مورداستناد قرار گیرد. خداوند در این آیه خطاب به پیامبر خود می‌فرماید: «وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ». از این آیه چند نکته مهم استفاده می‌شود؛ اولین نکته این است که از این آیه به‌خوبی استفاده می‌شود که ملاک جنگ و جهاد با کفار و مشرکان «کفر و شرک» آنان نیست؛ چون در این صورت صلح با آنان جایز نخواهد بود؛ بلکه ملاک عمل با کفار چگونگی رفتار آنان با مسلمانان است.

نکته دوم آن است که گرچه برخی جواز صلح با غیرمسلمانان را از این آیه استفاده کرده‌اند (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۷۰)، اما برخی دیگر «وجوب» صلح از آن فهمیده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۶۳)؛ بنابراین می‌توان گفت ظاهر عبارت «فَاجْنَحْ لَهَا» دلالت بر «امر» می‌کند؛ لذا از این امر، تکلیفی برای مسلمانان و دولت اسلامی و در مقابل، حقی برای غیرمسلمانان استفاده می‌شود. بر همین اساس، برخی از فقیهان به‌صراحت از این آیه «حق بر صلح» را برای غیرمسلمانان استفاده و بیان کرده‌اند: «دولت‌های غیرمسلمان اگر با مسلمانان در حال جنگ باشند و تقاضای صلح نمایند، این حق را دارند که چنانچه انگیزه آنان خدعه و فریب نباشد، تقاضای آنها از طرف حکومت اسلامی پذیرفته شود» (منتظری، ۱۳۸۳، ص ۱۱۷؛ همچنین بنگرید: جوادی آملی، ۱۳۸۸، صص ۱۳۴-۱۳۵؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۱۰، ص ۲۸۴). بر همین اساس، پیامبر اکرم ﷺ نیز پیمان‌های متعدد صلح با قبایل و طوایفی امضا کرد که خواستار صلح بودند، و برخی از محققان معاصر آنها را

بیان کرده‌اند (ن.ک: احمدی میانجی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۹۷-۳۴۰).

سومین نکته آن است که به مقتضای ظاهر آیه و با توجه به آنچه در نکته دوم بیان شد، دولت اسلامی باید ضمن اینکه در روابط خود با کفار و مشرکانی که به‌رغم پیمان‌شکنی و توطئه بر ضد مسلمانان پشیمان شده و با تقاضای صلح به رفتار خصمانه خود پایان داده‌اند، رفتاری مسالمت‌آمیز داشته باشد (ن.ک: ورعی، ۱۳۹۰، ص ۸۴)، به طریق اولی، کسانی که سابقه پیمان‌شکنی یا توطئه علیه مسلمانان نداشته، هرچند غیرمسلمان باشند و متمایل به صلح و همزیستی مسالمت‌آمیز با مسلمانان‌اند، باید حق آنان برای زندگی در صلح و آرامش در کنار مسلمانان به رسمیت شناخته شود.

نکته چهارم آنکه از اطلاق آیه این نکته را نیز می‌توان استفاده کرد که صلح با کفار و مشرکان نیازمند دلیل نیست؛ همین که آنها تمایل نشان دادند که نشان‌گر پشیمانی و دست‌کشیدن آنها از رفتار ناشایست خود با مسلمانان است، صلح با آنان مجاز است (ن.ک: ورعی، ۱۳۹۰، ص ۸۴). علاوه بر اینکه اگر دشمن متخاصم دست از جنگ کشید و پیشنهاد صلح داد، هرچند ممکن است در این باره نگرانی‌هایی هم از ناحیه دشمن وجود داشته باشد، با این حال، مسلمانان باید با توکل بر خدا پیشنهاد صلح را بپذیرند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۹، ص ۱۱۷) که این نشان از اهتمام فراوان اسلام به حق زندگی انسان‌ها در صلح و رویکرد صلح‌طلبانه اسلام است.

۲-۴. آیه ۹۰ سوره نساء

خداوند متعال در آیه ۹۰ سوره نساء می‌فرماید: «فَإِنْ اِغْتَرَلَوْكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلْوْكُمْ وَاَلْفَوْاْ اِلَيْكُمْ السَّلْمَ فَمَا جَعَلَ اللهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيْلًا». این آیه از آیاتی است که حق زندگی غیرمسلمانان در صلح از آن قابل استفاده است و همان‌گونه که از کلام برخی از فقیهان و مفسران استفاده می‌شود، این آیه بر ممنوعیت تعرض به کسانی که از جنگ‌وستیز با مسلمانان باز ایستاده و کناره‌گیری نموده، دلالت دارد؛ لذا بیان کرده‌اند که مسلمانان باید آنان را به حال خود واگذارند و نباید به آنان تعدی و تعرض کنند؛ زیرا وقتی خداوند دست دشمنان را کوتاه کرد، مسلمانان نیز نباید دست‌درازی کنند. بنابراین

هنگامی که کافران خواهان زندگی مسالمت آمیز با مسلمانان هستند، مسلمانان حق تعرض به آنان را ندارند (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۲۰، ص ۱۰۵؛ همچنین بنگرید: طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۳۶؛ طبری، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۱۱؛ منتظری، ۱۳۸۷، ص ۶۱). وجه استدلال آن است که به قرینه موضوع بودن قتال در آیه شریفه، نفی سیل علیه غیرمسلمانان، نفی هرگونه جنگ و قتال با آنان خواهد بود و از منع جنگ و قتال با آنان و کناررفتن سایه جنگ از سر آنها، شناسایی حق زندگی مسالمت آمیز برای آنان، عرفاً قابل استفاده است.

نتیجه اینکه آنچه از آیه استفاده می‌شود، عدم جواز و عدم مشروعیت تعدی و تعرض به کسانی است که نه تنها سر جنگ با مسلمانان ندارند، بلکه تقاضای همزیستی مسالمت آمیز با مسلمانان دارند. بنابراین آنان حق زندگی با مسلمانان در فضای صلح آمیز را دارند.

۳. بررسی آیات دال بر جهاد ابتدایی

در برابر آیاتی که از آنها، حق کافران غیرمحراب برای زندگی در صلح استفاده می‌شود، آیات مربوط به تشریح جهاد ابتدایی وجود دارد که از آنها نوعی تعارض ظاهری با شناسایی حق زندگی در صلح برای غیرمسلمانان استفاده شده و این آیات، شاهدی بر عدم امکان برقراری رابطه مسالمت آمیز با کفار دانسته شده است. در این گفتار به این سؤال پاسخ خواهیم داد که آیا این آیات با حق بر صلح در تعارض هستند یا خیر.

۳-۱. آیات ۱۹۱ و ۱۹۳ سوره بقره

خداوند در این آیات می‌فرماید:

وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ نَفَقْتُمُوهُمْ وَأَخْرَجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجَكُمُ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ
وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ
كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ. وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا
فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ.

از این آیات، دستور قتال و جهاد با «عموم کفار و مشرکان» برداشت شده است؛ زیرا می‌فرماید هر کجا مشرکان را یافتید آنان را بکشید و همان‌گونه که شما را از شهر و دیارتان اخراج کردند، اخراج‌شان کنید و نیز با آنان بجنگید تا دیگر فتنه‌ای نباشد و دین مخصوص خدا شود. بر همین اساس برخی از مفسران، به‌قرینه عبارت «وَيَكُونُ الدِّينُ لِلَّهِ»، «رفع فتنه» را به معنای «رفع شرک» دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۶۱)؛ لذا صرف وجود شرک، دلیل بر جهاد و قتال با غیرمسلمانان دانسته شده است.

به نظر می‌رسد این برداشت از آیات فوق محل تأمل است و این آیات دلالتی بر جهاد با «عموم کفار و مشرکان» ندارد؛ زیرا اولاً قبل از این دو آیه آیه ۱۹۰ است که می‌فرماید: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ»، و همان‌گونه که سیاق آیات نشان می‌دهد و مفسران نیز به آن اشاره کرده‌اند، این آیات همه یک‌باره و با هم نازل شده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۶۰؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۶۰۳) و همان‌گونه که بیان شد، آیه ۱۹۰، حکم جنگ با کفار و مشرکانی را صادر می‌کند که سر جنگ و ستیز با مسلمانان دارند، حال آنکه آیه ۱۹۳ حکم جنگ با «تمام مشرکان» است؛ فارغ از اینکه سر جنگ داشته باشند یا نداشته باشند. لازمه این امر، قائل شدن به نسخ آیه ۱۹۰ توسط آیه ۱۹۳ است، در حالی که احتمال نسخ درباره دو آیه‌ای که یک‌باره و با هم نازل شده‌اند صحیح نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۶۰۳)، بلکه این دو آیه باید با هم جمع شوند؛ یعنی هر دو با هم معنای سومی را افاده کنند. این هم‌سویی در اینجا جز این نیست که مطلق بر مقید حمل شود، هر چند مثبتین باشند.

ثانیاً برای «فتنه» دو معنا بیان شده است؛ یکی اینکه آن را مطلق شرک بدانیم. اما معنای دومی نیز برای فتنه در این آیه بیان شده که فتنه به معنای اعمال و رفتاری است که مشرکان در برابر مسلمانان انجام می‌دهند؛ مانند آزار و اذیت مسلمانان، اخراج مسلمانان از دیارشان، جلوگیری از نشر اسلام، تحریک مسلمانان به دست برداشتن از دین و عقیده‌شان و مانند آن که در این صورت آیه اطلاق نخواهد داشت و شامل همه کفار و مشرکان نخواهد شد؛ بلکه فقط «کفار و مشرکان فتنه‌گر» را در بر می‌گیرد. به نظر می‌رسد از میان این دو معنایی که برای فتنه بیان شد، معنای دوم با ظاهر آیه سازگارتر

است و مؤیدی از دیگر آیات همچون آیه ۲۱۷ همین سوره^۱ دارد. بر همین اساس، برخی از مفسران، فتنه را به «کفر و شرک همراه با آزار و اذیت مسلمانان و ایجاد مزاحمت در راه نشر دین خدا» تفسیر کرده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۶۲). دلیل بر این امر آن است که در آیه ۲۱۷: «صَدَّ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ»، اخراج مردم مکه از شهر و مسجدالحرام، تلاش برای منصرف ساختن از عقیده و ایمان و نیز ارتداد آنان، «فتنه» شمرده شده است (ن.ک: ورعی، ۱۳۹۰، صص ۱۹-۲۰). بر این اساس، برخی از مفسران به‌رغم آنکه فتنه را به قرینه تقابل آن با دین، به کفر و شرک معنا کرده‌اند، اما تصریح نموده‌اند که منظور از فتنه «شرک و کفر ترفندساز» است، لذا باید با فتنه و شرک آشوب‌گر مبارزه کرد، نه با شخص مشرک (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، صص ۶۲۴-۶۲۵)؛ ضمن اینکه آیاتی که در گفتار اول آمد نیز بر مشروعیت صلح با کفار، فارغ از عقیده‌شان، دلالت داشت.

ثالثاً هر دو آیه ۱۹۱ و ۱۹۳ سوره بقره، افراد موضوع حکم را با ضمیری مورد خطاب قرار داده‌اند که مرجع این ضمایر، عبارت «الَّذِينَ يُفَاتِلُونَكُمْ» در آیه ۱۹۰ است؛ بنابراین آیات ۱۹۱ و ۱۹۳ فقط به جنگ و قتال با «کسانی که سر جنگ دارند» امر می‌کند (ن.ک: سودمندی، ۱۳۹۳، ص ۲۵)، نه مطلق کفار و مشرکان.

از آنچه گفته شد استفاده می‌شود که این آیات، مطلق کفار و مشرکان را مدنظر ندارد، بلکه فقط نحوه رفتار با «کسانی که سر جنگ دارند» و یا به تعبیری «کفار متخاصم، جنگ طلب و فتنه‌گر» را بیان می‌کند. از این رو، غیرمسلمانانی که با مسلمانان سرستیز و خصومت ندارند و بر ضد آنان فتنه‌گری نمی‌کنند، نباید مورد تعرض قرار گیرند و طبق آیاتی که پیشتر ذکر شد، حق دارند با مسلمانان در محیطی مسالمت‌آمیز زندگی کنند.

۳-۲. آیه ۳۸ و ۳۹ سوره انفال

خداوند در این دو آیه می‌فرماید: «قُلْ لِلدِّينِ كَفْرُؤًا إِن يَنْتَهُوْا يُعْفَرْ لَهُمْ مَّا قَدْ سَلَفَ

۱. «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدَّدْنَاهُ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفِّرْ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ.»

وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّةُ الْأَوَّلِينَ. وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلَّهُ لِلَّهِ. به این آیه‌ها نیز مانند آیه قبل برای اثبات وجوب جهاد با عموم کفار و مشرکان استدلال شده است؛ با این توضیح که در این آیات، فتنه به قرینه «وَيَكُونَ الدِّينُ كُلَّهُ لِلَّهِ» به شرک تفسیر شده است که در این صورت مطلق کفار و مشرکان را شامل می‌شود. پاسخ به این مطلب همان است که در آیه قبلی (آیه ۱۹۳ سوره بقره) بیان شد.

علاوه بر این، نکته‌ای که در این آیات وجود دارد و آن را مقید می‌سازد، این است که با تأمل و دقت در این آیات معلوم می‌شود که دستور جهاد با مطلق کفار و مشرکان صادر نشده است؛ بلکه جهاد با کسانی است که اموال خود را برای «صَدَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» مصرف کرده و علیه مسلمانان مکر می‌کنند که در آیه قبل یعنی ۳۶ بیان شده است^۱ و این گونه امور، معمولاً از کفار ذی‌نفوذ و صاحب قدرت ساخته است، نه از مطلق کفار که قدرت و نفوذی ندارند. بنابراین فلسفه تشریح جهاد در این آیه «حفظ جامعه دینی از شر دشمنان دین» است و روشن است که دفاع از دین در برابر مهاجمان اصل مسلم و پذیرفته شده است. اگر جهاد با این گروه مشروع و واجب نباشد، معابد دینی و شعائر الهی از بین می‌رود.^۲ لذا آیه شریفه از قتال با کسانی سخن می‌گوید که متعرض دین مردم می‌شوند، نه کسانی که با دین مردم دشمنی نمی‌ورزند و مزاحمتی برای دین و عقاید آنان ندارند؛ به همین جهت در آیه مورد بحث، غایت جنگ «پایان یافتن فتنه کفار» دانسته شده، نه مسلمان شدن آنان (ورعی، ۱۳۹۰، صص ۱۹-۲۰). برخی از مفسران همچون علامه طباطبایی نیز آیه شریفه را کنایه از تضعیف «کفار فتنه‌گر» به وسیله قتال دانسته تا به کفر خود مغرور نشوند و نتوانند با قدرتی که در اختیار دارند علیه مسلمانان فتنه‌گری کنند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۹، صص ۷۵-۷۶). به همین خاطر، کافر اسیر کشته نمی‌شود، چون قدرت بر فتنه‌گری ندارد؛ لذا خداوند در این آیه «غایت جنگ را کفر و شرک» قرار

۱. «إِنَّ الدِّينَ كَفَرُوا يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ لِيَصُدُّوا عَن سَبِيلِ اللَّهِ فَسَيُنْفِقُونَهَا ثُمَّ تَكُونُ عَلَيْهِمْ حَسْرَةً ثُمَّ يُغْلَبُونَ وَالَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ يُخْشَرُونَ».

۲. «وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَهَدَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا».

نداد و نفرمود با آنها بجنگید تا کفر و شرک نباشد؛ بلکه غایت قتال را رفع فتنه قرار داد. از آنچه گفته شد استفاده می‌شود که صرف کفر و شرک، علت برای وجوب قتال نیست (ن.ک: معرفت، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۲۸۳)؛ چراکه پس از بازایستادن از فتنه، کفار همچنان به کفر خود باقی بوده‌اند. بر همین اساس، برخی معتقدند که اصولاً بازگشت جهاد ابتدایی به دفاع است و همه جنگ‌های اسلامی دفاعی بوده است (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۵۸۶) و هدف این جنگ‌ها دفع موانع تبلیغ، یا رفع سلطه کفار بر مؤمنان، یا دفع هجوم مشرکان یا رفع آزار و اذیت آنان و مانند آن بوده است.

۳-۳. آیه ۵ سوره توبه

خداوند در آیه ۵ سوره بقره می‌فرماید: «فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَخْضِرُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». این آیه قوی‌ترین دلیل بر وجوب جهاد با عموم کفار و مشرکان و لزوم قتل آنان و ممنوعیت داشتن هرگونه رابطه صلح‌آمیز با آنان است. بر اساس این آیه، مسلمانان وظیفه دارند با عموم مشرکان (بنابر اینکه «ال» در این آیه برای عموم یا جنس باشد)، جهاد کنند تا آنان اسلام بیاورند و نماز اقامه کنند و زکات بپردازند. روشن است که اقامه نماز و پرداخت زکات، نشانه مسلمان شدن و توبه از شرک نیز به معنای اسلام آوردن است.

این برداشت از آیه، محل تأمل جدی است؛ بر همین اساس لازم است مفاد آیه و نیز آیات قبل و بعد آن نیز در قالب چند نکته مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد:

نکته اول: قبل از این آیه، آیات اول تا چهارم سوره توبه یا برائت است. آیه اول این سوره، «بَرَاءَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ»، درباره برائت از «مشرکان معاهد ولی پیمان‌شکن» است. هم استثنای «مشرکان معاهد ولی وفادار به پیمان» در آیه چهارم: «إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوا شَيْئًا وَكَمْ يَظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحْدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» قرینه این تفسیر است، و هم شأن نزول آیه.

نکته دوم: آیه سوم: «وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ»، اعلان عمومی برائت است از «مشرکان پیمان‌شکن» که در آیه اول از آن سخن گفته شد، تا مردم بدانند که دلیل تعرض به آنان چیست؛ بنابراین «ال» در «المشرکین» در آیه سوم، «ال عهد ذکری» است؛ یعنی به مشرکان پیمان‌شکن اشاره دارد، نه عموم مشرکان؛ لذا «ال» برای عموم یا جنس نیست (ن.ک: معرفت، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۲۸۲).

نکته سوم: از آنچه بیان شد معلوم می‌شود که موضوع این آیات عموم مشرکان نیست، بلکه آن دسته از «مشرکان هم‌پیمان» با مسلمانان هستند که «پیمان‌شکنی» کرده‌اند. بنابراین شدت و حدّتی که در آیه پنجم در برخورد با آنان مشاهده می‌شود، به‌خاطر نقض عهد و پیمان از سوی آنان است، نه به‌دلیل مشرک‌بودن آنان. بر این اساس، مشرکان زیادی که در سراسر حجاز بودند و پیمانی با مسلمانان نداشتند و تعرضی هم به مسلمانان نداشتند، بلکه سرگرم زندگی خود بودند، تکلیف قتال با آنان از این آیه استفاده نمی‌شود؛ چون این امر مستلزم نسخ آیات متعددی است که جواز و محبوبیت صلح با غیرمسلمانان و رعایت عدالت در مواجهه با آنان را مقرر کرده است که پیشتر بیان شد. بر همین اساس، برخی از صاحب‌نظران (خامنه‌ای، ۱۳۸۵، ص ۲۶) تصریح کرده‌اند که آیات اول سوره برائت، دربردارنده حکمی خاص درباره گروهی خاص از مشرکان است، نه اینکه حکمی عام و شامل همه گروه‌های کافر در همه زمان‌ها باشد.

نکته چهارم: از دستور به مسلمانان برای وفادارماندن به پیمان با «مشرکان معاهد» تا پایان مدت قرارداد که در آیه چهارم بیان شد، استفاده نمی‌شود که پس از اتمام قرارداد باید با آنان جنگید؛ لذا نمی‌توان حکم قتال با «مشرکان معاهد پیمان‌شکن» را درباره این گروه ساری و جاری دانست (ن.ک: ورعی، ۱۳۹۰، صص ۳۳-۳۴).

بنابراین از این آیه نمی‌توان وجوب جهاد با عموم مشرکان را استفاده کرد.

۳-۴. آیه ۳۶ سوره توبه

خداوند در آیه ۳۶ سوره توبه می‌فرماید: «وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ». درباره این آیه شریفه گفته شده است که اصطلاح

«كَافَّةً» از ادات عموم است؛ از این رو، بر وجوب جهاد و قتال با عموم مشرکان دلالت دارد. درباره این برداشت از آیه باید گفت که در خود آیه، علت قتال با عموم مشرکان بیان شده است و آن جنگ و قتال آنان با عموم مسلمانان است و چون مشرکان با عموم مسلمانان می‌جنگند، مسلمانان نیز وظیفه دارند با عموم مشرکان قتال کنند. معنای این سخن آن است که اگر آنان با عموم مسلمانان سر جنگ نداشتند، مسلمانان نیز موظف به جنگ با آنان نبودند. به عبارت دیگر، جهاد در این آیه جنبه عکس‌العمل به رفتار جنگ‌افروزانه کفار با همان کیفیت دارد. علاوه بر این، اگر آیه را هم عام بگیریم و دلالت بر وجوب جهاد با همه مشرکان کند، به وسیله آیاتی که دستور قتال با کفاری را داده که علیه مسلمانان فتنه می‌کنند و از شهر و دیارشان اخراج می‌کنند و نقض پیمان می‌کنند و با آیه فوق تعارض دارند، تخصیص می‌خورد و وجوب جهاد منحصر به کفار و مشرکانی خواهد شد که علیه مسلمانان فتنه و توطئه می‌کنند. به تعبیر برخی فقیهان، آیاتی که در آنها موضوع قتال یا جهاد با دشمنان به صورت مطلق مطرح شده است را باید حمل بر آیات مقید کرد که این آیات، اطلاق سایر آیات جهاد را مقید می‌سازد (ن.ک: منتظری، ۱۳۸۷، ص ۶۳). همچنین می‌توان گفت که چون همه مشرکان در همه زمان‌ها با مسلمانان جنگ نداشته‌اند، حکم آیه منحصر به همان مشرکان عصر رسول خدا ﷺ است و حکم عامی درباره همه مشرکان از آیه به دست نمی‌آید (ن.ک: ورعی، ۱۳۹۰، ص ۳۷). به عبارت دیگر، این آیات مربوط به مشرکان و کفار مکه است که با رسول خدا ﷺ و مسلمانان سر جنگ داشته‌اند، نه مطلق کفار.

نتیجه‌گیری

آیات متعددی از قرآن کریم، بر این مسئله دلالت دارد که جنگ و قتال با کسانی که سر جنگ‌وستیز با مسلمانان ندارند و خواهان زندگی مسالمت‌آمیز هستند، اعتدا و تجاوز از حدود الهی و ممنوع است. البته در مقابل این آیات، آیات دیگری نیز در قرآن کریم وجود دارد که ظهور در وجوب جهاد ابتدایی و جنگ با همه کافران دارد که با توجه به قرائنی که در خود این آیات وجود دارد و آیات دیگری که از صلح و سازش با کافران

غیرمعاند سخن می‌گوید، باید این آیات را حمل بر کسانی کرد که با مسلمانان سرستیز و جنگ دارند.

بنابراین، غیرمسلمانان حق دارند در فضای صلح‌آمیز با مسلمانان زندگی کنند. بر این اساس، دولت اسلامی مجاز است با دولت‌های دیگر که با مسلمانان و دین و آیین آنان سر جنگ‌وستیز ندارند و مسلمانان را مورد اذیت و آزار قرار نمی‌دهند و خواهان روابط حسنه با آنان هستند، روابط مسالمت‌آمیز و عادلانه برقرار کنند. از این رو، آیات قرآن کریم بیان‌گر حکم کلی در چگونگی رابطه مسلمانان با غیرمسلمانان است که نه تنها برای صدر اسلام، بلکه برای امروز و فردا نیز ثابت است که بر اساس آن مسلمانان موظف‌اند که اگر غیرمسلمانان حتی در عین کافر بودن، با اسلام و مسلمانان سر جنگ‌وستیز نداشته باشند و یا تمایل داشته باشند با مسلمانان زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشند، با آنها رابطه صلح‌آمیز برقرار سازند؛ البته نه رابطه‌ای که با برادران مسلمان خود دارند و نه رابطه‌ای که موجب نفوذ آنها در میان مسلمانان گردد. پذیرش این مسئله، این تکلیف را متوجه دولت‌ها می‌سازد که در روابط بین‌المللی خود از توسل به جنگ و زور خودداری کنند و در مقابل، برای افراد و ملت‌ها این حق به وجود می‌آید که در صلح و آرامش زندگی کنند.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. آلوسی، محمود. (۱۴۱۵ق). روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲. ابن فارس، احمد. (۱۴۱۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر.
۴. احمدی میانجی، علی. (۱۴۱۹ق). مکاتیب الرسول. تهران: مؤسسه دارالحدیث.
۵. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۵). تسنیم. قم: مرکز نشر اسراء.
۶. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۸). روابط بین الملل در اسلام. قم: مرکز نشر اسراء.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربیة. بیروت: دارالعلم للملایین.
۸. حسینی جرجانی، سیدامیر ابوالفتوح. (۱۴۰۴ق). آیات الاحکام. تهران: انتشارات نوید.
۹. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر.
۱۰. خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۸۵). مهاده: قرارداد ترک مخاصمه و آتش بس. مجله علوم سیاسی، ۹(۳۳)، صص ۱۳-۵۸.
۱۱. خمینی، سیدروح الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه دارالعلم.
۱۲. خوانساری، سیداحمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۳. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۱۴. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۳۰ق). البیان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

۱۵. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). لغت‌نامه دهخدا. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت - دمشق: دارالقلم - الدار الشامیه.
۱۷. زحیلی، وهبه. (۱۴۱۲ق). آثار الحرب فی الفقه الاسلامی. بیروت: دارالفکر.
۱۸. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۰۷ق). الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل وعیون الأفاویل فی وجوه التأویل. بیروت: دارالکتب العربی.
۱۹. سید قطب. (۱۴۱۹ق). فی ظلال القرآن. بیروت: دارالشروق.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة. قم: داوری.
۲۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرایع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
۲۲. طباطبائی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسة آل البيت.
۲۳. طباطبائی، سیدمحمدحسین. (۱۳۹۰ق). المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.
۲۴. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصر خسرو.
۲۵. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۲ق). تفسیر جوامع الجامع. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
۲۶. طبری، محمد بن جریر. (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دارالمعرفة.
۲۷. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). النبیان فی تفسیر القرآن. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۹. طبیب، عبدالحسین. (۱۳۶۹). اطیب البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات اسلام.

۳۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۹۲). تولید و استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی از دیدگاه فقه اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی، ۱۰(۳۹)، صص ۷-۳۴.
۳۲. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۳۶۹). کنز العرفان فی فقه القرآن. تهران: انتشارات مرتضوی.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
۳۴. فضل‌الله، سیدمحمدحسین. (۱۴۱۹ق الف). تفسیر من وحی القرآن. بیروت: دارالملاک.
۳۵. فضل‌الله، سیدمحمدحسین. (۱۴۱۹ق ب). کتاب الجهاد. بیروت: دارالملاک.
۳۶. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۰۵ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: دارالهجرة.
۳۷. قرشی، سیدعلی اکبر. (۱۳۷۷). قاموس قرآن. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۸. مشکینی، علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. قم: نشر الهادی.
۳۹. مصطفوی، حسن. (۱۳۶۸). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۰. معرفت، محمدهادی. (۱۴۲۹ق). التفسیر الأثری الجامع. قم: مؤسسه التمهید.
۴۱. معین، محمد. (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۴۲. مقدس اردبیلی، احمد. (بی تا). زبدة البیان فی أحكام القرآن. تهران: مکتبه المرتضویه.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ همکاران. (۱۳۷۷). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۴. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۳). رساله حقوق. تهران: انتشارات سرای.
۴۵. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۷). حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش.
۴۶. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه وفقه الدولة الاسلامیه. قم: نشر تفکر.
۴۷. نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۴۸. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۲۶ق). حاشیة الوافی. قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.

۴۹. ورعی، سیدجواد. (۱۳۹۰). بررسی فقهی اصل در روابط خارجی دولت اسلامی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

50. Declaration on the Right to Peace, 19 December 2016.

51. Promotion of peace as a vital requirement for the full enjoyment of all human rights by all, 18 December 2014.

52. Resolution 5/XXXII of the UN Commission on Human Rights. 27 February 1976.

53. The ASEAN Human Rights Declaration, 18 November 2012.

54. UN General Assembly Resolution 71/189, 19 December 2016.

References

* The Holy Quran.

1. Ahmadi Mianji, A. (1419 AH). *Makatib al-Rasoul*. Tehran: Dar al-Hadith Institute. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tadkirat al-Foqaha*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
3. Alusi, M. (1415 AH). *Ruh al-Ma'ani fi Tafsir al-Quran al-'Azeem al-Sab'a al-Mathani*. Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
4. Declaration on the Right to Peace, 19 December 2016.
5. Dehkhoda, A. A. (1373 AP). *Dehkhoda dictionary*. Tehran: Institute of Publishing and Printing, University of Tehran. [In Persian]
6. Fadhil Miqdad, M. (1369 AP). *Kanz al-Irfan fi Fiqh al-Qur'an*. Tehran: Mortazavi Publications. [In Persian]
7. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab al-Ain*. Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
8. Fayumi, A. (1405 AH). *Al-Misabah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir le Rafi'i*. Qom: Dar al-Hijrat. [In Arabic]
9. Fazel Lankarani, M. J. (1392 AP). Production and use of weapons of mass destruction from the perspective of Islamic jurisprudence. *Journal of Islamic Law*, 10(39), pp. 7-34. [In Persian]
10. Fazlullah, S. M. H. (1419 AH b). *Kitab al-Jihad*. Beirut: Dar al-Malak. [In Arabic]
11. Fazlullah, S. M. H. (1419 AH). *Tafsir min Vahy al-Qur'an*. Beirut: Dar al-Malak. [In Arabic]
12. Hosseini Jorjani, S. A. (1404 AH). *Ayat al-Ahkam*. Tehran: Navid Publications. [In Arabic]
13. Hosseini Waseti Zubeiydi, S. M. (1414 AH). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamous*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
14. Ibn Faris, A. (1414 AH). *Mujam Maqa'is al-Luqah*. Qom: Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
15. Ibn Manzur, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
16. Javadi Amoli, A. (1385 AP). *Tasnim*. Qom: Esraa Publishing Center. [In Persian]

17. Javadi Amoli, A. (1388 AP). *International Relations in Islam*. Qom: Esraa Publishing Center. [In Persian]
18. Johari, E. (1410 AH). *Al-Sahah: Taj al-Luqah va Sahah al-Arabiyyah*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
19. Khamenei, S. A. (1385 AP). Mahadeneh: Contract to leave the conflict and ceasefire. *Journal of Political Science*, 9(33), pp. 13-58. [In Persian]
20. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
21. Khoei, S. A. (1413 AH). *Minhaj al-Salehin*. Qom: Madinat al-Ilm Publications. [In Arabic]
22. Khoei, S. A. (1430 AH). *Al-bayan fi Tafsir al-Qur'an*. Qom: Imam Al-Khoei's Works Revival Institute. [In Arabic]
23. Khomeini, S. R. (1409 AH). *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Dar al-Ilm Institute. [In Arabic]
24. Maarifat, M. H. (1429 AH). *Al-Tafsir al-Athari al-Jame'*. Qom: Al-Tamhid Institute. [In Arabic]
25. Makarem Shirazi, N. et al. (1377 AP). *Tafsir Nemouneh*. Tehran: Dar al-kotob al-Islamiyah. [In Persian]
26. Meshkini, A. (n.d.). *Mustalahat al-Fiqh*. Qom: Al-Hadi Publications.
27. Moein, M. (1375 AP). *Persian Dicationary*. Tehran: Amirkabir Publications. [In Persian]
28. Montazeri, H. A. (1383 AP). *Risalah al-Hoquq*. Tehran: Saraei Publications. [In Persian]
29. Montazeri, H. A. (1387 AP). *Religious government and human rights*. Qom: Arqawan Danesh. [In Persian]
30. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Dirasat fi Wilayah al-Faqih va Fiqh al-Dolat al-Islamiyah*. Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
31. Moqaddas Ardabili, A. (n.d.). *Zobdah al-Bayan fi Ahkam al-Qur'an*. Tehran: Mortazavi Library.
32. Mustafavi, H. (1368 AP). *Al-Tahqiq fi Kalamat al-Quran al-Karim*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Persian]

33. Najafi, M. H. (1981). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
34. Promotion of peace as a vital requirement for the full enjoyment of all human rights by all, 18 December 2014.
35. Qurashi, S. A. A. (1377 AP). *The Qur'an Dictionary*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Persian]
36. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an*. Beirut - Damascus: Dar al-Qalam - Al-Dar al-Shamiya. [In Arabic]
37. Resolution 5/XXXII of the UN Commission on Human Rights. 27 February 1976.
38. Sayed Qutb. (1419 AH). *Fi Zilal al-Qur'an*. Beirut: Dar Al-Shorouq. [In Arabic]
39. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Rawzah al-Bahiyah fi Sharh al-Lum'at al-Dameshqiyyah*. Qom: Davari. [In Arabic]
40. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyah Institute. [In Arabic]
41. Tabari, M. (1412 AH). *Jame' al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an*. Beirut: Dar Al-Ma'rifah. [In Arabic]
42. Tabarsi, F. (1372 AP). *Majma' al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an*. Tehran: Nasser Khosrow.
43. Tabarsi, F. (1412 AH). *Tafsir Jawame' al-Jame'*. Qom: Qom Seminary Management Center. [In Arabic]
44. Tabatabaei, S. A. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam be al-Dala'il*. Qom: Alulbayt Foundation. [In Arabic]
45. Tabatabaei, S. M. H. (1390 AH). *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an*. Beirut: Mu'sisah al-A'almi le al-Matbu'at. [In Arabic]
46. Tarihi, F. (1416 AH). *Majma' al-Bahrain*. Tehran: Mortazavi Bookstore. [In Arabic]
47. Tayyib, A. (1990). *Al-Tayyib Al-Byan Fi Tafsir Al-Quran*. Tehran: Islam Publications.
48. The ASEAN Human Rights Declaration, 18 November 2012.

49. Tusi, M. (1409 AH). *Al-Tebyan fi Tafsir al-Qur'an*. Qom: Maktab al-A'alam al-Islami. [In Arabic]
50. UN General Assembly Resolution 71/189, 19 December 2016.
51. Vahid Behbahani, M. B. (1426 AH). *Hashiyah Al-Wafi*. Qom: Al-Allameh Al-Mujadid al-Wahid al-Behbahani Institute. [In Arabic]
52. Varaei, S. J. (1390 AP). *Jurisprudential study of the principle in foreign relations of the Islamic State*. Qom: Research Institute for Hawzah and University. [In Persian]
53. Zamakhshari, M. (1407 AH). *Al-Kashaf an Haqa'eq Qawamiz al-Tanzil va Oyoun al-Aqawil fi Vojouh al-Ta'awil*. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
54. Zoheili, W. (1407 AH). *Athar al-Harb fi al-Fiqh al-Islami*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]



Research Article

An Examination of the Adequacy of a Single Confession in Proving the Hadd Crimes for Qiadat, Qazf, Drinking Alcohol, and Theft¹

Hamed Hagh Mohammadi²

Mohammad Mohseni Dehkalani³

Mohammad Mahdi Zare'ei⁴

Received: 04/05/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

There is no doubt in the validity and authenticity of the confession as one of the arguments for proving hadd crimes, but jurists have different viewpoints in the number of confessions necessary to prove such crimes. According to most jurists' viewpoint and Islamic penal code of 2013, it is

1. This paper is taken from a doctoral dissertation entitled an examination of the impact of Ayatollah Khoei's unfamiliar viewpoints on the Islamic Penal Code in 2013. (Supervisor: Mohammad Mohseni Dehkalani, Advisor: Mohammad Mehdi Zare'ei), Mazandaran University, Faculty of Theology, Theology and Islamic Studies, Jurisprudence and principles of Islamic law, Babolsar, Iran.

2. PhD Student, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Mazandaran University, Babolsar, Iran (Corresponding Author) hamedhag14@gmail.com.

3. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Mazandaran University, Babolsar, Iran. mmdehkalany@yahoo.com

4. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. m.zarei@umz.ac.ir.

* Hagh Mohammadi, H., & Mohseni Dehkalani, M., & Zarei, M. M. (1400 AP). An Examination of the Adequacy of a Single Confession in Proving the Hadd Crimes for Qiadat, Qazf, Drinking Alcohol, and Theft. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 100-136. Doi: 10.22081 / jf.2021.60736.2288.

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.

required to validate two confessions in proving the crimes of qiadat (pimping, or 'bringing people together for zena or lavvat' with or without payment), qazf (slandorous accusations of zena or sodomy), drinking alcohol and theft (limit of certainty). Some have considered a single confession sufficient. The origin of most jurists' viewpoint is the comparison of documents of adultery and sodomy, the lack of accuracy in the documents of the adequacy of a single confession, and the great focus on the principles and rules of hudud. The current study is finally detailed using a descriptive-analytical method after reviewing the arguments. According to this study, well-known arguments such as referring to the most jurists' fatwas, the content of narrations, the statements of Sallar Deylami and Allameh Helli, the impossibility of relying on the general rule of confession and other arguments were not enough to prove the necessity of two confessions in proving the crimes of qiadat, qazf and drinking alcohol and a single confession is sufficient. However, in proving the hadd of theft, the documents of those who believe in the sufficiency of a single confession and their problems in the common narrative issues have not been necessarily valid, so the validity of the two confessions in proving the hadd of theft remains in force.

Keywords

Hadd crimes, single confession, validity of multiple confessions, Mohaghegh Khoi.

مقاله پژوهشی

بازنگری کفایت اقرار واحد در ثبوت جرائم حدی قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت^۱

حامد حق محمدی^۲ محمد محسنی دهکلانی^۳ محمدمهدی زارعی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۵

چکیده

در اعتبار و حجیت اقرار به عنوان یکی از دلایل اثبات جرائم حدی هیچ تردید و اختلافی نیست، اما در تعداد اقرار لازم جهت ثبوت چنین جرائمی، تفاوت در آرا مشاهده می‌شود. مشهور و به تبعیت از آن - قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در جرائم قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت (حد قطع) به اعتبار دو اقرار در ثبوت این جرائم ملتزم شده است. برخی نیز اقرار واحد را کافی دانسته‌اند. منشأ نظر مشهور، قیاس به مستندات زنا و لواط، عدم مذاقه در مستندات کفایت اقرار واحد، و جریان دادن وسیع اصول و قواعد حاکم بر حدود است. پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی پس از بازنگری دلایل، در نهایت قائل به تفصیل شده است. بر اساس این پژوهش، ادله مشهور از قبیل استناد به شهرت فتوایی، فحوای روایات، بیان سلاخ دیلمی و علامه حلی، عدم امکان تمسک به عموم قاعده اقرار و دلایل دیگر، در اثبات لزوم دو اقرار در ثبوت جرائم قیادت، قذف، شرب خمر کافی نبوده و حتی کفایت اقرار واحد است؛ اما در ثبوت حد سرقت، مستندات قائلان کفایت اقرار واحد و اشکالات آنان در مباحث روایی باب، از اتقان لازم برخوردار نبوده، فلذا اعتبار دو اقرار در ثبوت حد سرقت به قوت خویش باقی است.

کلیدواژه‌ها

جرائم حدی، اقرار واحد، اعتبار تعدد اقرار، محقق خوبی.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان: بررسی تاثیر آراء غیر مشهور آیت‌الله خویی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (استاد راهنما: محمد محسنی دهکلانی، استاد مشاور: محمدمهدی زارعی)، دانشگاه مازندران، دانشکده الهیات، رشته الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق اسلامی، بابلسر، ایران می‌باشد.
۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول).
hamedhag114@gmail.com
۳. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
mmdehkalany@yahoo.com
۴. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
m.zarei@umz.ac.ir

* حق محمدی، حامد؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ زارعی، محمدمهدی. (۱۴۰۰). بازنگری کفایت اقرار واحد در ثبوت جرائم حدی قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت. فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۱۰۰-۱۳۶.

Doi: 10.22081/jf.2021.60736.2288

۱. بیان مسئله

با قطع نظر از جایگاه ویژه اقرار در میان ادله اثبات حدود، در تعداد اقراریر لازم در ثبوت برخی جرائم حدی، اختلافاتی مشاهده می‌شود. مشهور فقها دو اقرار را در ثبوت حد قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت لازم دانسته‌اند. در مقابل برخی قائل به کفایت اقرار واحد هستند (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۱، صص ۳۰۴، ۳۲۰، ۳۳۰ و ۳۶۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۱۵، ۱۷، ۶۱، ۸۹ و ۱۲۶؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، صص ۴۸۹، ۴۹۱ و ۴۹۵؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۵، صص ۲۹۵، ۳۰۴ و ۳۰۸؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۱؛ فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۳، صص ۲۹۳، ۲۹۶ و ۲۹۸ و ۳۰۳). جستار حاضر، مستندات هر دو گروه را موردبازنگری قرار داده است. پرداختن اجمالی هر دو گروه به رأی خود، غیرمشهوربودن اعتبار اقرار واحد و مثمرثمربودن بحث در فقه جزایی، دلائلی است که موجب ضرورت پژوهش در مسئله شده است. حقوق موضوعه به تبع مشهور، در بند ب ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، همین نظر را پذیرفته است.

۱۰۱

ف

مسئله اصلی پژوهش این است که با وجود عموم قاعده اقرار مبنی بر نفوذ اقرار واحد و تصریح موارد مخصّص از قاعده در جرائمی مانند زنا، چرا مشهور به لزوم تعدد اقرار در موارد غیرمنصوص قائل گشته است؟ مستند مشهور در تعدی از موارد منصوص و کنارنهادن ادله اجتهادی در برابر ادله‌ای که در طول آن ادله قرار دارد چیست؟ هر چند قانون‌گذار نوعاً در انتخاب آرا، رویکردهای حقوقی معاصر را دخالت می‌دهد، فقهای شیعه با عنایت به عدم احاطه کامل به علل احکام شرع انور و به دلیل دوری از قیاس و استحسان، همواره درباره سرایت احکام به موضوعات ظاهراً مشابه حساسیت ویژه‌ای داشته و هرگز بدون اتکا به مصادر تشریح رأیی صادر نکرده و رویکردهای حقوق معاصر خود را بلاجهت و بدون پشتوانه تعقیب ننموده‌اند.

در مانحن فیه، مشهور از ادله اجتهادی (قاعده اقرار) چشم‌پوشی کرده و مناقشات مطرح در قواعد عمومی حاکم در فقه جزایی را ملاحظه ننموده‌اند و این اصول به لحاظ مستندات به منزله ارسال مسلمات و به لحاظ مدلولات، دارای دامنه‌ای وسیع اخذ شده است. گرچه در حقوق عرفی، اقراری در امور کیفری حجت است که هیچ شائبه خلافی

در آن نباشد و قرائن پرونده آن را تأیید کند، اما عدم پذیرش اقرار واحد در دادگاه‌ها در جرائم، به خاطر اقتضای امور خارجی در زمان معاصر است، نه مبتنی بر ادله اجتهادی. جهت این پژوهش نیز رویکردی فقهی از طریق بازخوانی مبانی یک رأی مشهور در جهت پیشبرد نگاه دقیق‌تر در استنباط از مصادر تشریح است.

روش پژوهش به مانند غالب پژوهش‌های حیطه علوم انسانی، از نوع توصیفی-تحلیلی است که با مراجعه به منابع مکتوب فقهی سامان یافته و بر اساس فیش‌برداری، تحلیل و بازخوانی نظرات، نگارش یافته است. در باب پیشینه پژوهش، با جستجو در پایگاه‌های معتبر علمی، مقاله‌ای با هم‌پوشانی جستار دیده نمی‌شود. با عنایت به واضح بودن مفاهیم کلیدی جستار و معروف بودن این مفاهیم در نزد عرف و متشرعان، از اختصاص بخش مفاهیم به جستار پیش رو صرف نظر گردید.

ادله قائلان لزوم دو اقرار در ثبوت جرائم چهارگانه مذکور، غالباً در ذیل بحث قیادت مطرح شده و برای احصای دلایل مشهور مراجعه به این باب حائز اهمیت است. اعتبار دو اقرار در ثبوت حد در آثار فقها تا اواخر قرن اول به صورت فتوایی بوده و اشاره‌ای به مستندات نشده است (ر.ک: ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۳۴؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۲۷؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۷۱؛ حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۲۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۷؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۹۸). شروع مباحثه و تعلیل از زمان محقق اردبیلی در مجمع الفائده و آثار برخی فقهای بعد از ایشان دیده می‌شود؛ محقق اردبیلی قاعده درء، سهله بودن شریعت و احتیاط را شایسته تأمل در اتخاذ مستند اعتبار دو اقرار دانسته (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۱۸۱)، صاحب جواهر نیز عدم خلاف در مسئله، عبارت سلار دیلمی در المراسم و مانند آن از مختلف، فحوای روایات باب زنا و لواط، بنای حدود بر تخفیف، رجوع به اصل عدم ثبوت حد، و مراجعه به متیقن - دو اقرار - را مستند این قول می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، صص ۳۹۹، ۴۳۰ و ۴۵۵). فاضل لنکرانی هم اصطیادی بودن قاعده اقرارالعقلاء و در نتیجه عدم امکان تمسک به عموم ادله لیبی را به عداد دلایل افزوده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۸).

۲. قیادت

۲-۱. ادعای تسالم و عدم‌الخلاف فقها

کسی در مسئله ادعای اجماع نکرده و صرفاً برخی فقها مدعی عدم‌الخلاف در مسئله شده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۸۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، صص ۳۹۹، ۴۳۰).

نقد و بررسی

این دلیل قابل تأمل است؛ **اولاً** عبارات برخی فقها در مسئله، ظهور در کفایت اقرار واحد دارد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۱۰؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۱۵). با ملاحظه تعیین تعداد شهود در عبارات ایشان، عدم تعیین تعداد اقرار لازم، ظهور قول ایشان در کفایت اقرار واحد را تقویت می‌نماید. عدم دسترسی جامع به کتب فقهی، فقدان باب حدود یا متعرض نشدن برخی فقها به بحث، مانع از انعقاد اطمینان به اتحاد رأی است. **ثانیاً** تحقق عدم‌الخلاف صغری است که کبرای آن حجیتی ندارد؛ زیرا بلاخلاف بودن غیر از اتفاق جمیع علما است و دلیلی بر التزام به آن وجود ندارد.

۲-۲. فحوی روایات باب زنا و لواط

برخی فقها دلالت فحوی روایات باب زنا و لواط را مستند رأی خود دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۹۹). تقریب استدلال اینکه ایشان تعبیر شهادت بر نفس در آیات^۱ (انعام، ۱۳۰؛ اعراف، ۳۷؛ نساء، ۱۳۵) را حمل بر اقرار نموده‌اند (حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۸۶-۸۷؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۲۱) سپس آن را در کنار روایاتی از باب زنا و لواط که در آن اقرار تعبیر به شهادت بر نفس شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸،

۱. «... قَالُوا شَهَدْنَا عَلَىٰ أَنْفُسِنَا وَغَرَّثَهُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَشَهِدُوا عَلَيَّ أَنْفُسِهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا كَافِرِينَ»، «قَالُوا ضَلُّوا عَنَّا وَشَهِدُوا عَلَيَّ أَنْفُسِهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا كَافِرِينَ»، «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ».

صص ۱۰۳-۱۰۵؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۸۷) قرار داده و نتیجه گرفته‌اند که هر اقرار به منزله یک شهادت است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۸۱، ۲۸۲ و ۳۹۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۷) و همان‌گونه که زنا به چهار شاهد و چهار اقرار (شهادت بر نفس) ثابت می‌شود، در سایر جرائم حدی نیز بین تعداد شهادت و اقرار، وحدت و تلازم برقرار است.

نقد و بررسی

اشکال این است که اصل عدم سرایت و عدم وجود چنین ملازمه و فحوایی است و سرایت این حکم قیاس مع الفارق است که حجیتی ندارد (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۰۴). به عدم وجود موجب در سرایت نیز تصریح شده است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۰). احتمال «انحصار شرطیت تعدد اقرار به زنا مستوجب رجم» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۱۷) - بر اساس اختصاصات باب حدود - نیز احتمال قابل‌اعتنایی است؛ چراکه تنزیل مذکور صرفاً در روایات باب زنا و زنا مستوجب رجم مطرح است. مشهور در صدد تنقیح مناط و اثبات ملازمه بین تعداد اقرار و شاهد است، اما اثبات چنین ملازمه‌ای مشکل است؛ چراکه در عباراتی مانند «اللهم إنه قد ثبت علیها أربع شهادات» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۴۰۹) که اقرار در آن، شهادت بر نفس محسوب شده و اقرار به منزله شهادت - نه شاهد - دانسته شده است و پذیرش اقرار به منزله شهادت (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۱۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۷)، غیر از پذیرش آن به‌عنوان شاهد است (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۳۷). بله، اگر اقرار در روایات مترادف شاهد دانسته می‌شد، از تعداد شهود معتبر در اثبات یک جرم، تعداد اقرار لازم در اقرار نیز به دست می‌آمد، حال آنکه هر کدام ادله‌ای مستقل با شرایط مستقل هستند، یعنی در یک روایت به دو دلیل از ادله اثبات اشاره شده است. ظاهراً اشتباه مشهور این بوده که مقارنت و تساوی تعداد اقرار و شاهد در این روایات را ناشی از ملازمه دانسته‌اند؛ حال آنکه تفاوت‌های ماهوی اقرار و شهادت و شرایط پذیرش آنها قرینه‌ای بر عدم ملازمه است. همچنین نتیجه پذیرش این ادعا که اقرار شهادت بر نفس است و در هر مسئله‌ای به تعداد شاهد معتبر در اثبات آن اقرار لازم است،

بدون مصداق ماندن قاعده اقرار خواهد بود. گلبایگانی می‌نویسد: «ابداً موردی که در آن اقرار واحد کفایت نماید [در صورت پذیرش این فحوا] باقی نمی‌ماند و لازم می‌آید که اقرار واحد هرگز پذیرفته نشود؛ چراکه هر موردی [در شرع] فرض گردد، کمتر از دو شاهد در آن پذیرفته نیست، بنابراین اقرار واحد در چه موضعی پذیرفته گردد؟!» (گلبایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۹۳). با توجه به مناط قیاس اولویت - اولی بودن فرع نسبت به حکم اصل در نزد عرف - (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۷۰)، مناط در اینجا محرز نیست؛ چون اولاً در قیاس اولویت بایستی حکم به صورت ثابت به فرع سرایت کند که در مسئله چنین نیست، ثانیاً قیادت، قذف، شرب خمر و سرقت، متناسب با زنا نیستند که مجرای قیاس اولویت باشند، و گرچه تمام جرائم مذکور حدی‌اند، لکن حدودی جداگانه با مجازات و شروط مختلف هستند. بنابراین اصل قرارداد زنا و فرع قرارداد این جرائم مشکل است. استناد به «مناسبت حکم و موضوع» نیز منتفی به نظر می‌رسد، زیرا به دلیل تخمینی بودن نمی‌تواند منشأ انصراف باشد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۲۳۹) و برخی همراهی آن با دلیلی مانند اولویت را شرط حجیت دانسته‌اند (نائینی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، صص ۳۲۵-۳۲۶)؛ حال آنکه چنین اولویتی در مسئله نیست. تنقیح مناط نیز با لحاظ تنوع جرائم و نوع مجازات‌شان ممکن نیست؛ چراکه نزد اصولیان، تنقیح مناط قطعی معتبر است.

۲-۳. بیان سلار و علامه حلی

«کل ما فيه بينة شاهدین من الحدود، فالإقرار فيه مرتین» (سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۵۹)؛ سلار دیلمی اولین بار این قاعده را مطرح کرده و مورد نقد و پذیرش دیگران بوده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۵۰۸؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۷۸؛ منتظری، بی‌تا، ص ۱۸۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۷۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۹۸). مشهور با اتکا به یکی از وجوه ذیل می‌تواند به قاعده‌ای که سلار بیان کرده، تمسک نماید:

۱. ابتدای قاعده بر فحوا و سیاق روایات باب زنا و لواط

۲. مبتنی بودن قاعده بر ادله دیگر از مصادر تشریح

۳. از اصول متلقات بودن قاعده: روایت محسوب شدن اقوال و فتاوی متقدمان و

متقدم بودن سلار دیلمی از یک سو و قید کتاب المراسم در بین اصول متلقات از سوی دیگر (بروجردی، ۱۴۱۶ق الف، ص ۲۲۲)، می تواند موجب اعتباربخشی گردد و این قاعده از اصول متلقات محسوب شود.

نقد و بررسی

علاوه بر آنکه ابتدای قاعده بر فحوای روایات، بر اساس اشکالات بخش قبل، موجب بی اعتباری قاعده شده، مدرکی نیز برای آن وجود ندارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۵۰۹؛ خوبی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۰۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۷۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۷۸). ترحینی در صورت تمام بودن اجماع در مسئله آن را معتبر دانسته (ترحینی، ۱۴۲۷ق، ج ۹، ص ۲۹۴)، لکن با وجود احتمال قیاسی بودن قاعده، اجماع علما بر آن نیز مصحح حجیت محسوب نشده است (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۹۹). نتیجه اینکه قاعده مذکور صرفاً فتوای سلار دیلمی است. از اصول متلقات بودن قاعده نیز محل تأمل است؛ زیرا مکتوبات متقدمان به اصول متلقات، مسائل توضیحی، و مسائل تفریعی تقسیم می شود (بروجردی، ۱۴۱۶ق ب، ص ۲۹۷)، و این سه گروه در آثار فقهای متقدم به صورت آمیخته بوده و تفکیک شان نیازمند تتبع و دقت ویژه است (حسینی جلالی، ۱۳۷۸، ص ۳۸۴) و با توجه به امتزاج یا احتمال امتزاج اصول متلقات با دو قسم دیگر، این اصول عملاً در کاربرد حجیتی ندارند (بروجردی، ۱۴۱۶ق ب، ص ۲۹۷)؛ یعنی با توجه به عدم اطلاع از نوع قول سلار دیلمی و وجود احتمال توضیحی یا تفریعی بودن، تمسک عملاً منتفی است.

بنابر توزیع آثار متقدمان در بین این سه دسته، آثار از زمان ابن عقیل عمانی به بعد، آثار تفریعی بوده است (ابن براج، ۱۴۰۶ق، مقدمه آیت الله سبحانی، ج ۱، صص ۲۲-۲۶). بر اساس این تقسیم، کتاب المراسم و به تبع آن قول سلار دیلمی از تألیفات تفریعی به شمار می آید و حتی اگر دارای شهرت فتوایی هم باشد، به خاطر خروج از زمره اصول متلقات، دیگر حجیت نخواهد داشت. توجه به زمان حیات سلار دیلمی نیز مؤید این معنا است؛ چراکه وی را در زمره فقهای دوره سوم، یعنی آغاز اجتهاد آورده اند. ایشان بعد از زمان شیخ طوسی بوده و دوره ایشان دوره فقه مستنبط بوده است (گرگی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۳). از دوره بعد

از شیخ طوسی تعبیر به دوره تفریع نیز شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق الف، ص ۱۲). بر فرض بطلان تمام دلایل مذکور، امام خمینی معتقد است که اعتبار اصول متلقات منوط به افاده حدس قطعی یا معروف بودن فتوا از زمان معصوم تا زمان قدما است (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۶۹)، و بنا بر آنچه گفته شد، حدس قطعی و معروفیت بحث منتفی و یا محتمل‌الانتفاء بوده، فلذا بر فرض اصول متلقات بودن عبارت سلار، باز هم استناد مشهور به آن فایده‌ای ندارد.

۲-۴. بیان علامه در مختلف

برخی از فقها از جمله صاحب جواهر، علاوه بر بیان سلار دیلمی، مطلبی به‌مانند آن از علامه را نیز مورد استناد رأی مشهور دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۹۹). با نگاه به آثار فقها مشاهده می‌شود که برخی اصلاً به این موضوع اشاره نکرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۰؛ منتظری، بی‌تا، ص ۱۸۹) و آنان که اشاره داشته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۷)، و نیز موسوی اردبیلی (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۷۰)، آن عبارت را در مسئله هشتاد باب سرقت مرقوم داشته‌اند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۲۳). بنابراین بیان علامه در مختلف دارای دو اشکال است: **اولاً** مطلب ایشان عمومیت ندارد و در بحث سرقت مطرح شده و اعتبار دو اقرار در حد سرقت مورد قبول نگارندگان است، **ثانیاً** بر فرض عدم اختصاص عبارت به بحث سرقت نیز ایراداتی که بر وجوه قابل تمسک مشهور به عبارت سلار دیلمی وارد شد، عیناً بر این عبارت نیز وارد است، **ثالثاً** استناد علامه به بنای حدود بر تخفیف است که پاسخ آن در قسمت پایانی مقاله داده خواهد شد.

۲-۵. شهرت فتوایی

با توجه به حجیت شهرت فتوایی قدما (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۴۳؛ بروجردی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۹۳؛ خمینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۶۹؛ خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص ۲۶۴-۲۶۵؛ خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۴۷)، اثبات اعتبار دو اقرار در نزد قدما می‌تواند به‌عنوان رادع بنای عقلا در نفوذ اقرار و مانع در برابر ادله کفایت وحدت اقرار قرار گیرد.

نقد و بررسی

مؤمن قمی می‌گوید: «أَنَّ استفادة إفتاء مشهور القدماء به مشكلة» (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ص ۳۹۸)؛ تحلیل عبارت اینکه با قطع نظر از تصریح به اعتبار دو اقرار در کتبی مانند شرایع، مختصر النافع و ارشاد الأذهان (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۱۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۷۶)، یکی از شروط اعتبار شهرت قدمائی، تحقق شهرت در هر عصر بوده و احراز شهرت در همه طبقات کاشف از وجود شهرت در سلسله‌های پیشین تا زمان معصومان علیهم‌السلام و شهیر بودن آن حکم در عصر ایشان است. فلذا اثبات شهرت قدمایی در مانحن فیه با توجه به عدم دسترسی به کتب برخی فقها، عدم اشاره به مستندات اعتبار دو اقرار (جهت استفاده از شهرت در جابریت ضعف مستندات) و عدم توجه برخی فقیهان به مسئله مشکل است، زیرا شیخ صدوق و ابن زهره اصلاً متعرض طرق اثبات فعل نشده‌اند. برخی نیز به ذکر بینه اقتصار نموده‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص ۷۹۱؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۵۱۵). عده‌ای هم ثبوت عمل به اقرار را مطلق گذاشته و اعتبار تعدد در آن را ذکر نکرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۷۱۰؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص ۴۱۵؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۵۵۷). بنابراین با عدم وقوف ما بر بیان این تعداد از فقهای متقدم، تحقق شهرت قدمایی معتبر در تمامی طبقات قطعاً مشکوک است. مخالف اصل و قاعده بودن نیز یکی دیگر از شروط لازم در اعتبار شهرت قدما است؛ حال آنکه بر اساس مبانی مشهور اصل و قاعده در مسئله تعدد اقرار است، فلذا تمسک ایشان به شهرت قدمایی محل اشکال است.

۲-۶. عدم امکان تمسک به عموم قاعده اقرار

با توجه به عدم وجود آیات و روایات صریح در کفایت اقرار واحد در ثبوت جرائم مورد بحث، قاعده اقرار می‌تواند مستند این قول قرار بگیرد. قائل به کفایت اقرار واحد نیز نفوذ قاعده اقرار عقلاً را دلیل نظر خویش می‌داند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۳۰۴)، اما مشهور اشکالاتی را در دو بخش «مستندات قاعده» و «مقدار دلالت و جریان قاعده» با هدف اثبات اصطیادی بودن قاعده و در نتیجه عدم امکان تمسک به عموم قاعده مطرح نموده‌اند.

۲-۶-۱. اشکالات وارد بر دلایل لفظی قاعده

این اشکالات در دو بخش بررسی آیات و روایات به شرح ذیل است:

بررسی آیات: آیه ۸۱ سوره آل عمران^۱ با حجیت اقرار ارتباطی ندارد؛ زیرا در صورت کفایت و حجیت اقرار مردم، لزومی بر اخذ شهود بر پیمان مرقوم در آیه نبود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۶۶). در خصوص آیه ۱۰۲ سوره توبه^۲ نیز این اشکال مطرح شده است که آیه شریفه مفید حکمی جزئی است و نمی‌تواند مستند استنباط حکمی کلی قرار گیرد و حداکثر دلالت آن بیان مصداقی از قاعده اقرار خواهد بود و حکم «حجیت اقرار هر عاقلی به زیان خویش» را اثبات نخواهد کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۱۲۲).

نهایت دلالت آیه ۱۳۵ سوره نساء^۳ هم حجیت اقرار مؤمنان علیه خود مشروط به وجود شرایط شهادت است، حال آنکه قاعده در صدد اثبات نفوذ اقرار عقلا بر زیان خودشان به نحو مطلق، اعم از مؤمن و غیر مؤمن، است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۱۲۳).

بررسی روایات: روایت اولی که محل تأمل است، روایت جراح مدائنی است^۴ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۱۸۶). در این روایت امام در مقام بیان وضعیت اقرار فاسق و عدم نفوذ آن الا در اقرار به زیان خویش است. مرسله محمد بن الحسن العطار^۵ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۱۸۴) روایت دومی است که به جهت ارسال بی اعتبار دانسته شده است

۱. «وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَضْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِضْرِي قَالُوا أَقْرَضْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ».
۲. «وَآخِرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ».
۳. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا».
۴. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّاسِمِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جِرَاحِ الْمَدَائِنِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: «لَا أَقْبَلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ شَهَادَتِ فَاسِقٍ تَنْهَاهُ بِرِجْلِهَا عَنْ أَنْ يَشْهَدَ بِخَطِيئَتِهِ».
۵. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي كِتَابِ صِفَاتِ الشَّيْخَةِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ (عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الْعَطَّارِ) عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «الْمُؤْمِنُ أَصْدَقُ عَلَىٰ نَفْسِهِ مِنْ سَبْعِينَ مُؤْمِنًا عَلَيْهِ؛ مُؤْمِنٌ عَلَيْهِ خُذُوا مِنْهُ هَفْتًا مِنْ مَوْلَانِ عَلَيْهِ وَيُصَادِقُ تَرْتَابًا».

(بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۵۰)، اما محوری ترین مستند لفظی این قاعده عبارت مشهور «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» است که در کتب قدیم ذکری از آن نیست و در کتب روایی جدید آورده شده است (احسایی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲۳؛ محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۶، ص ۳۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۱۸۴). این عبارت در موارد زیادی مورد استناد فقها قرار گرفته است (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۴۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۰۴). با این حال اشکالاتی در خصوص روایت مطرح است؛ اولاً نخستین ناقل این عبارت شیخ طوسی در خلاف است و عدم نقل روایت در آثار قبل از شیخ طوسی موجب تقویت شک در انتساب روایت به معصومان علیهم السلام است. مهم تر اینکه خود ایشان در کتاب مبسوط که متأخر از خلاف است، در اثبات نفوذ اقرار عقلا این عبارت را مورد استناد قرار نداده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳). لذا به احتمال قوی قید این روایت در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۵) تفریع و اجتهاد او از تجمیع ادله بوده است. اگر کسی توجیه نماید که نقل روایت توسط شیخ متکی به حجتی قطعی نزد او بوده، گفته می شود که لازمه قبول چنین ادعایی تبعیض رفتار با مراسم است. ابن ادریس نیز در جای جای سرائر، بدون استناد روایت به پیامبر آن را استعمال کرده و آن را بلاخلاف بین علما دانسته است، در صورتی که اگر روایت می بود، آن را به معصوم نسبت می داد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۹۸، ۱۲۳، ۳۵۴، ۵۰۶، ۵۱۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۴۶، ۲۱۷). بناء علی هذا، استناد به این موارد برای فقهای مانند محقق خویی که روش اعتبارسنجی روایت ایشان روش سندی است، صحیح نخواهد بود.

پاسخ به اشکالات

گرچه عبارت «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» در کتب روایی نیامده، ولی استنادات بی شماری داشته است (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۸). صاحب جواهر آن را مستفیض یا متواتر دانسته (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۵، ص ۳) و اتفاق فریقین بر نقل آن غیربعید خوانده شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۷؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۷۱). گرچه با ملاحظه تعریف حدیث متواتر، اعتقاد به تواتر لفظی روایتی که در طبقات قبل از شیخ طوسی هیچ نقلی از آن

نشده، بعید است، لکن در ابواب مختلف فقه جزایی، مانند قصاص، حدود، دیات و ابواب فقه مدنی، مانند ارث و وصیت، مشاهده می‌شود که روایات عدیده‌ای وارد گردیده و حسب مورد، دلالت بر حجیت اقرار و مفروغ‌عنه‌بودن این قاعده نزد معصومان دارد (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، صص ۱۶۶ و ۲۱۹). علاوه بر آن، وجود روایاتی که اعتبار تعدد اقرار در زنا و لواط و امثال آن را مورد توجه قرار داده، اقرار را به‌عنوان یکی از ادله اثبات به‌صورت یقینی معتبر دانسته است و تنها در مواردی خاص، تعدد اقرار وارد میدان ادله اثبات گردیده است. به عبارت دیگر، اعتبار تعدد اقرار در یک جرم به‌معنای تخصیص قاعده کلی نفوذ اقرار واحد در عموم جرائم بوده است. از تجمیع قرائن فوق برمی‌آید که ثبوت تواتر معنوی این روایت خالی از وجه نخواهد بود. در پاسخ اشکالی که بیان داشت پیروان روش سندی اعتبارسنجی نمی‌توانند به مستندات مراجعه کنند، پاسخ داده می‌شود که ایشان منکر وجود طرق دیگری غیر از روش سندی برای اطمینان از صدور روایات از معصوم نیستند و معتقدند اطمینان شخصی به صدور حدیث از معصومان، موجب حجیت آن است (خویی، ۱۴۲۲ق ب، ج ۱، ص ۱۴۱).

۲-۶-۲. اشکالات وارد بر دلائل لبی قاعده

بنای عقلا بر پذیرفتن و ترتیب‌اثر دادن به اخبار علیه خویش است، و رفع‌ید از این بنا، تنها به‌مقدار ردع و منع شارع صورت می‌گیرد. با عنایت به اینکه بنای عقلا به‌تنهایی حجت نیست، بلکه حجیت آن منوط به امضای شارع - هرچند با سکوت و عدم‌منع از عمل به آن - است (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۵۴) و بنای مورد بحث از سیره مستحدثه نیست و امکان احراز امضا و یا ردع بنا در آن وجود دارد، شهرت فتوایی قدمایی در ثبوت ردع شرعی کافی است (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۹۷). اجماع نیز از مستندات قاعده اقرار است (طوسی، ۱۳۸۷ق ب، ج ۳، ص ۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۵، ص ۳؛ طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۶؛ ابن‌رشد، ۱۹۹۵م، ج ۲، ص ۴۷۱) و اجماع بر این قاعده اجماع مدرکی است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۷)؛ در نتیجه از حجیت ساقط است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۷۱).

پاسخ به اشکالات

به اشکالات مشهور چنین می‌توان پاسخ داد که **اولاً** ردع شارع منتفی است، چرا که به لحاظ صغروی بیان گردید که شهرت فتوایی محرز نیست، **ثانیاً** بر فرض احراز، شهرت فتوایی زمانی حجیت دارد که مستند به روایتی صحیح‌السند و یا مستند به ظن و گمان به صدور روایتی از معصوم موافق با شهرت و یا مستند به ناسازگاری شهرت با روایتی که ظن به عدم صدور آن از معصوم است باشد (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۴۲؛ خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۴۷؛ خویی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵) که در مانحن‌فیه هر سه ملاک مفقود است، پس بنابراین بنابر فرض عدم وجود اشکال به لحاظ صغروی، باز هم به لحاظ کبروی حجیت چنین شهرتی محل مناقشه بوده و امر فاقد حجیت، شایستگی ردع بنای عقلا را ندارد، فلذا بنای عقلا همچنان پابرجا است. در جواب اشکالات مربوط به اجماع، **اولاً** اجماع مدرکی به معنای وجود مدارک معتبر و قابل استناد است و لازمه قول به مدرکی بودن اجماع، پذیرش مستندات لفظی قاعده و اعتبار آنها خواهد بود و با وجود ادله لفظی تمسک به عموم و اطلاق ادله جائز خواهد بود، **ثانیاً** بر فرض اصطیادی بودن قاعده (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۶۷) و تعدی بودن اجماع، بنابر مبنایی که از آیت‌الله شبیری زنجانی خواهد آمد، باز هم تمسک به اطلاق و عموم محتوای اجماع میسر گشته و مطلوب (کفایت اقرار واحد) ثابت خواهد شد.

۲-۶-۳. اشکال وارد بر عدم جواز به عموم قاعده

با توجه به عدم امکان تمسک به عموم و اطلاق دلایل لیبی (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۶۴؛ مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۴۰)، مشهور با استناد به فقدان دلایل لفظی و اصطیادی بودن قاعده، نهایت قلمرو و شمول قاعده را اخذ به قدر متیقن - اعتبار دو اقرار - دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۸).

پاسخ به مبنای مذکور

پاسخ مبنای مذکور این است که **اولاً** تفصیل متأخران در نحوه تمسک به ادله لفظی

و لبی صحیح نیست، زیرا بر اساس تحریر آیت‌الله سید موسی شبیری زنجانی در دویست و چهلمین جلسه سومین سال درس خارج کتاب نکاح، اجماع یا دارای معقد است یا خیر؛ چنانچه بر موضوعی معین با تعبیری معین اتفاق نظر فقها وجود داشته باشد و به نحوی موجب اطمینان به صدور چنین تعبیری از معصومان شود، به اطلاق چنین عبارتی می‌توان تمسک نمود و اجماع به‌عنوان دلیل لبی در این جهت با ادله لفظی فرقی ندارد. بر اساس این مبنا حتی در صورت عدم وجود ادله لفظی به‌عنوان مستندات قاعده، در جهت اخذ اطلاق در اثبات کفایت وحدت اقرار در موارد غیرمخصص، باز هم می‌توان به عموم و اطلاق قاعده اقرار مبتنی بر مبنای مذکور تکیه کرده و کفایت اقرار در ثبوت جرائم مورد اشاره را نتیجه‌گیری کرد. **ثانیاً** علمای علم اصول تأکید کرده‌اند که اگر اصول عقلایی برداشته شود، اختلال نظام پیش می‌آید (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۸۱؛ خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۰۶) و دلیل بسیاری از احکام عقلی، اختلال و عدم اختلال نظام است. بازگشت سیره عقلا نیز به عقل بوده و از آن جهت حجیت ذاتی دارد و تنها از جهت اینکه شارع اختیار تصرف‌های جزئی را دارد، برای مشخص کردن موضع شارع درباره آن تصرفات احتمالی و جزئی، باید به شرع مقدس مراجعه شود (اکبرنژاد، ۱۳۸۹، ص ۱۶۰). لذا سیره عقلا متکی بر امری حقیقی و غیرقراردادی است و می‌توان به عموم چنین بنایی تمسک نمود.

۳. سرقت

در ثبوت حد سرقت، بیان سلار دیلمی، شهرت فتوایی و اجماع، به ضمیمه چند روایت، مستندات قائلان تعدد اقرار است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۴۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۴۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۴۵۶؛ خویی، ۱۴۲۲، الف، ج ۴۱، ص ۳۶۳؛ تبریزی، ۱۴۱۷، ص ۳۴۹). بررسی دو مستند اول در مباحث قبلی گذشت. در رابطه با اجماع مطرح شده نیز با توجه به وجود روایات در مسئله اجماع مدرکی است و با کلام شیخ صدوق در المقنع (صدوق، ۱۴۱۵، ص ۴۴۸) موجب عدم انعقاد آن به لحاظ صغروی است، فلذا فاقد اعتبار است. بنابراین تنها بررسی روایات باقی می‌ماند. قائلان کفایت اقرار واحد، در جهت اثبات نظر خود اشکالاتی بر این روایات وارد نموده‌اند.

۳-۱. روایات ظاهر در اعتبار دو اقرار

- روایت اول: «مرسلة جميل بن دراج، عن أحدهما عليه السلام: لَا يُقْطَعُ السَّارِقُ حَتَّى يُقِرَّ بِالسَّرِقَةِ مَرَّتَيْنِ - فَإِنْ رَجَعَ ضَمِنَ السَّرِقَةَ - وَلَمْ يُقْطَعْ إِذَا لَمْ يَكُنْ شُهُودًا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۲۴۹). این روایت با سند کامل تر ولی باز هم مرسل، به این صورت در کافی آمده است: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَلِيدٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحَدِهِمَا عليه السلام» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۱۹).
- روایت دوم: «أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ فَقَالَ إِنِّي سَرَقْتُ فَاتَّهَرَهُ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي سَرَقْتُ فَقَالَ أَ تَشْهَدُ عَلَيَّ نَفْسِكَ مَرَّتَيْنِ فَقَطَعَهُ» (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۴۷۴).
- روایت سوم: «صحيحه أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: ... إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ سَرَقَ قَالَ يُقْطَعُ قُلْتُ فَمَا تَقُولُ فِي الرَّثَا إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ قَالَ تَرْجُمُهُ قُلْتُ وَمَا يَمْنَعُكُمْ مِنَ السَّارِقِ إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ مَرَّتَيْنِ أَنْ تَقْطَعُوهُ فَيَكُونَ بِمَنْزِلَةِ الرَّانِي» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۲۵۰).
- روایت چهارم: «مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَجُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ السَّنْدِيِّ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ لَا يُقْطَعُ السَّارِقُ حَتَّى يُقِرَّ بِالسَّرِقَةِ مَرَّتَيْنِ وَلَا يُرْجَمُ الرَّانِي حَتَّى يُقِرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۲۵۱؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۲۰۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۸).

نقد و بررسی

دو حدیث اول به دلیل مرسل بودن ضعیف و غیر قابل استفاده دانسته شده، روایت سوم به لحاظ سندی قوی، لیکن به لحاظ دلالت ضعیف است، زیرا تنها اشعار به اعتبار دو اقرار دارد (حوی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۶۴). در خصوص روایت چهارم تعیین تکلیف این روایت به لحاظ سند با توجه به تصریح و عدم ضعف در دلالت آن، معین تکلیف تعداد اقرار معتبر در ثبوت حد سرقت خواهد بود. روات این حدیث شیخ طوسی (نجاشی، بی تا، ص ۴۰۳؛ حلی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴۸)، محمد بن علی بن محبوب (نجاشی، بی تا، ص ۳۴۹؛ حلی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۶)، ابن ابی عمیر از اصحاب اجماع (کشی، بی تا، ج ۱، ص ۵۹۲) و جمیل بن دراج (حلی،

۱۴۱۷ق، ص ۳۴) هستند که عبارت «امامی و ثقه» در شرح حال هر یک از روای این روایت مندرج است و تنها علی بن السندي محل بحث است. صاحب جامع الروات، علی بن السندي را متحد علی بن اسماعیل ثقه دانسته (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۵۸۴)، او را علی ابن اسماعیل سندي بن عیسی الاشعری نامیده و توثیق کرده است. در مقابل برخی منکر اتحاد بوده و به دلیل فقدان توثیق خاص برای علی بن السندي، روایت را دارای اشکال سندي دانسته اند (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۶۴).

۲-۳. دلایل عدم توثیق علی بن السندي

قائلان عدم وثاقت وی **اولاً** نقل کشی مبنی بر توثیق نصر بن صباح از علی بن اسماعیل (کشی، بی تا، ص ۵۹۸) را با توجه به غالی بودن نصر بن صباح (حلی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۲؛ کشی، بی تا، ج ۱، ص ۱۸) نپذیرفته و به قول او در وثاقت و اتحاد علی بن اسماعیل با علی بن السندي اعتماد نکرده اند. **ثانیاً** اگرچه محقق خویی اتحاد مشایخ و راویان را دلیل بر اتحاد افراد نمی داند، لکن به احصاء راویان و مروی عنهم مشترک علی بن سندي و علی بن اسماعیل پرداخته است. به نظر ایشان عدم اتحاد تنها در صورتی بعید است که راوی و مروی عنهم دو اسم و تعداد آنها یکی باشد، اما بین علی بن سندي و علی بن اسماعیل در اکثر روای اختلاف وجود دارد و به همین جهت نمی توان حکم به اتحاد کرد. وی با این بیان عدم جزم خود در اتحاد دو عنوان را اعلام نموده است و نتیجه گیری کرده است که اتحاد علی بن اسماعیل و علی بن سندي به جهت اشتراک حداقلی روای اختصاصی و مشایخ اختصاصی هر کدام بعید است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص ۵۳). **ثالثاً** با استناد به نقل سعد بن عبدالله که متلخر از علی بن اسماعیل است، به ضمیمه نقل محمد بن یحیی العطار متأخرتر از سعد، به متاخر بودن طبقه علی بن اسماعیل از طبقه علی بن سندي اعتقاد یافته است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، صص ۵۰-۵۳).

اشکالات وارد بر دلایل قائلان عدم وثاقت علی بن السندي

اولاً دلیل عدم کفایت توثیق نصر بن صباح، غلو او است. غلو به اعتقادات بیش از حد

درباره ائمه مربوط می‌شود و به اخبار از لقب افراد که انگیزه کذب در آن وجود ندارد ارتباطی ندارد، فلذا عدم اعتماد محقق خوئی بلاوجه به نظر می‌رسد. چون نقل قول کشی از نصر بن صباح تنها این جمله بود که لقب علی بن اسماعیل سدی یا سندی است. **ثانیاً** علی بن سندی و علی بن اسماعیل جزو مشایخ محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری، صاحب کتاب نوادر الحکمه هستند و مرحوم ابن ولید و شیخ صدوق و ابن نوح، علی بن سندی یا علی بن اسماعیل را استثنا نکرده‌اند. در نتیجه علی بن سندی توثیق می‌شود. **ثالثاً** محقق خوئی، احمد بن نصر را در روات اختصاصی علی بن اسماعیل آورده ولی در روات علی بن سندی به دلیل اینکه از او در کتب اربعه روایت نکرده نیاورده حال آنکه در غیر کتب اربعه از او روایتی دارد (صدوق، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۳). همچنین جعفر بن محمد عبیدالله را در مشترکات ذکر نکرده حال آنکه از این دو در غیر کتب اربعه روایت دارد (حلی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۱۵؛ صدوق، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۶۵۰). **رابعاً** اینکه محقق خوئی فرموده موارد اختلاف در راوی و مروی عنه بیش از موارد عدم اختلاف بوده، به دلیل عدم احصاء برخی از این افراد بوده است. مشایخ اصلی علی بن سندی در کتب اربعه پنج نفر هستند: حماد بن عیسی، ابن ابی عمیر، صفوان بن یحیی، عثمان بن عیسی، و محمد بن عمرو بن سعید الزیات که محقق خوئی هیچ کدام از این پنج نفر را جزو مشایخ اختصاصی علی بن سندی ذکر نکرده است و راویانی را هم که به عنوان مشترک آورده است، تعداد یک یا دو روایت از ایشان نقل شده است، حال آنکه این نمی‌تواند اماره‌ای قوی بر عدم اتحاد علی بن اسماعیل و علی بن السنندی باشد. **خامساً** در کتاب کافی و کامل الزیارات، هر دو با عنوان قمی آمده‌اند و در غیبت نعمانی و خصال صدوق نیز با عنوان اشعری آمده است که اشعری‌ها نیز غالباً قمی هستند و این نیز قرینه‌ای بر اتحاد است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۷۶؛ ابن قولویه، ۱۳۹۸ق، ج ۱، ص ۱۳۸؛ ابن ابی‌زینب، ۱۳۹۷ق، ج ۱، ص ۲۰۶؛ صدوق، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۰۶). به دلایل مذکور، اتحاد علی بن السنندی با علی بن اسماعیل اثبات گشته و با استناد به این روایت که صراحت بالایی دارد، در اثبات حد سرقت دو اقرار لازم است.

۳-۳. نقد روایات ظاهر در کفایت اقرار واحد در سرقت

صحیح اول: «عَنْهُ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا أَقْرَأَ الْحُرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِالسَّرِقَةِ مَرَّةً وَاحِدَةً عِنْدَ الْإِمَامِ قُطِعَ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۲۶). صحیح دوم: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ الْفُضَيْلِ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ مَنْ أَقْرَأَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ... يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ فَمَا هَذِهِ الْحُدُودُ... الَّتِي إِذَا أَقْرَأَ بِهَا عِنْدَ الْإِمَامِ مَرَّةً وَاحِدَةً عَلَى نَفْسِهِ... أَقِيمُ عَلَيْهِ الْحُدُودَ فِيهَا... فَقَالَ إِذَا أَقْرَأَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِسَرِقَةٍ قُطِعَتْ...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۵۶). دو روایت معارض با چهار روایت مذکور وجود دارد و با عنایت به صحت سندی و دلالتی آن، ظهور این دو روایت بر کفایت اقرار واحد بی رقیب دانسته شده است (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۶۴). گرچه این روایت در بیان علما مورد اعراض مشهور واقع شده است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۱)، لیکن بر اساس مبانی اصولی برخی فقها، اعراض مشهور محل استفاده از این حدیث نیست (خویی، ۱۴۲۲ق ب، ج ۲، ص ۲۴۲). همچنین با اشاره به اعتبار دو اقرار در ثبوت حد سرقت نزد کثیری از عامه، از جمله ابوحنیفه، مالک و شافعی (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۱۰، ص ۹۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۹۱). حمل روایات بر تقیه (طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ج ۱۰، ص ۱۲۶) به دلیل موافقت روایت با روایات عامه در کفایت وحدت اقرار بلاوجه خواهد بود. **ثالثاً** مجمل دانستن روایت به دلیل احتمال تعلق ظرف به اقرار یا سرقت و دوران معنای قطع بین قطع دست یا قطع به معنای یقین از طریق اقرار دوم (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۵۲۳)، جداً خلاف ظاهر است (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۵۲۳). **نهایتاً** موافقت دو روایت با مقتضای عموم ادله مثبت نفوذ اقرار، سبب ترجیح این روایات بر روایات خاص باب است (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۶۵). از طرفی وجود احتمال تقیه (مرعشی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۸)، رد آن توسط قائلان کفایت اقرار واحد را مشکل می نماید. روایت از چند جهت شاذ و به لحاظ مضمون و محتوا دارای ایراد است، زیرا در اقرار آیه و عبد، قطع صورت نمی پذیرد: «لأنه إقرار على حق الغير»، (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۸۸) به ضمیمه اینکه در روایت استفصال بین محصن و غیر محصن نشده است (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۲ق، صص ۷۷، ۸۸) و حتی ابن عقیل عمانی که در مسئله زنا هم قائل به کفایت اقرار واحد است، به این روایت ملتزم

نشده است. احتمال دیگر اینکه کفایت اقرار عند امام المعصوم مدنظر باشد که این نیز
اخص از مدعا است.

۴. شرب خمر

با توجه به اینکه فقها غالب مباحث مربوط به تعداد اقرار معتبر را ذیل بخش قیادت
مطرح نموده‌اند، لذا در ثبوت شرب خمر دلالتی علاوه بر دلایل بحث شده ذیل قیادت
مطرح نشده و ارجاع به همان بحث شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۵۵؛ خویی، ۱۴۲۲ق الف،
ج ۱، ص ۳۳۰) و تنها دلیل جدید استنادی در مسئله اجماع است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۸۱)
که آن هم با توجه به بیان فقها (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۵۵۶) مبتنی بر همان ادله‌ای
است که در قیادت آمد؛ فلذا مدرکی بودن و یا احتمال مدرکی بودن آن موجب
عدم اطمینان به آن می‌گردد.

۵. قذف

مشهور دلیلی مستقل بر اعتبار دو اقرار در قذف غیر از دلایل مباحث مطرح نکرده است.
صاحب جواهر بنای حدود بر تخفیف و فحوای روایات را دلیل قرار داده است (نجفی،
۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۳۰). به دلیل ابتدای رأی بر مباحث مطرح شده در ذیل بحث قیادت، از
متقدمان شیخ طوسی در نهاییه و مبسوط اصلاً متعرض ادله مثبت قذف نشده و برخی هم
به همان مستندات بحث شده قبلی اشاره کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۵۰۸).
معاصران نیز یا متعرض مستندات نشده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۵۵) و یا ارجاع بحث به
مباحث قیادت را خط مشی خود قرار داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۴۱، ص ۳۲۰؛ فاضل لنکرانی،
۱۴۲۲ق، ص ۳۸۹).

۶. بازخوانی اصول عملی و قواعد استنادی مشهور

هرچند با وجود ادله اجتهادی نوبت به اجرای موارد این بخش نمی‌رسد، لکن
به جهت دقت در مقدار دلالت جریان و تحدید اصول و قواعدی که مسلم انگاشته

شده است، در جهت اتقان بیشتر، به بررسی اجمالی قواعد و اصول استنادی مشهور پرداخته می‌شود.

۱-۶. تمسک مشهور به اصول عملیه

با اثبات امکان اخذ به اطلاق و عموم دلیل لبی در شرایط خاص، در نتیجه جریان قاعده اقرار عقلا، اصل عدم ثبوت به اقرار واحد و عمل بر اساس متیقن - اعتبار دو اقرار - که در زمان شک در «حکم شرعی مستند به دلیل لبی» جریان می‌یابد، مجرای نخواهد داشت، و مجرای برای بیان سبزواری: «أما اعتبار المرتین فلأصالة عدم الثبوت إلا بالمتیقن والمرتان هما المتیقن من الاتفاق علیهما» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۳۱۸) وجود ندارد؛ به اضافه اینکه بر فرض جریان اصل عملی، مشهور دلیلی بر قدر متیقن قرار دادن دو اقرار - با توجه به محدوده شک بین یک تا چهار اقرار - ندارد.

۲-۶. احتیاط

مقصود از احتیاطی که اجمالاً مستمسک معتبرین دو اقرار در مسئله قرار گرفته است، یکی از دو نحو ذیل است:

۱-۲-۶. احتیاط در دماء

در جرائم قیادت، قذف و شرب مسکر که مجازات‌شان جلد است، دماء و نفوس مطرح نیست تا قاعده احتیاط جاری گردد. بنابراین جرائم مذکور خروج تخصصی از شمول این بحث دارند. ثانیاً احتیاط در دماء اولاً دلیلی است که در طول ادله اجتهادی قرار می‌گیرد و با وجود قاعده اقرار نوبت به اصل احتیاط نمی‌رسد.

۲-۲-۶. احتیاط اصولی

تقریب استدلال: علم اجمالی به ثبوت این جرائم از طریق اقرار و شک در اقرار مجزی وجود دارد و مقتضای احتیاط، اعتبار دو اقرار است. هر چند حسن احتیاط و

جایگاه آن مورد پذیرش است و در میان فتاوا نیز چنین رویکردی دیده می‌شود (خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۷۵)، اما **اولاً** با وجود ادله اجتهادی مذکور نوبت به اجرای این اصل نمی‌رسد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۲۶۶). حتی با فرض بناء بر عدم وجود دلیل، مقتضای قاعده نیز کفایت اقرار واحد است، چراکه با قیام یک اقرار واجد شرایط، قطع به صحت گفته حاصل می‌گردد و اقرار بدین جهت تفاوت جوهری با بینه که مقتضی تعدد است دارد. حتی برخی در مقام تأسیس اصل از باب اعتبار قول ثقه، شهادت یک شاهد را نیز کافی دانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۸۹). از طرفی شخص مقرر در باب حدود نوعاً به دنبال تطهیر خویش است و حکمت‌های اشتراط تعدد اقرار از جمله پرده پوشی شارع، سخت‌گیری در اثبات و... شامل اثبات از طریق اقرار نمی‌شود. بنابراین فارغ از ادله وارد در موضوع، با توجه به اصل عدم اشتراط زیادت، مقتضای قاعده، کفایت اقرار واحد است. **ثانیاً** جریان دادن وسیع احتیاط در باب حدود می‌تواند اختلال در نظام جزایی ایجاد کند و اختلال نظام مسقط جریان احتیاط است. **ثالثاً** دلیلی مبنی بر یکی از طرفین شک بودن دو اقرار وجود ندارد؛ چراکه امتثال یقینی بر سه اقرار و چهار اقرار هم می‌تواند باشد.

۳-۶. قاعده درء

با وجود اصول لفظی مانند اصالت عدم تخصیص وجود عام شرعی - بنابر لفظی بودن مستندات قاعده^۱ - دیگر شبهه‌ای برای فقیه و قاضی و اجرای قاعده درء باقی نمی‌ماند و با تعیین تکلیف موضوع، دیگر شبهه‌ای در تعداد اقرار وجود ندارد که به موجب آن درء از حد شود. این استدلال در کلام فقها نیز دیده می‌شود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۲۶۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۸۹). از طرفی جریان قاعده درء در مسئله با اشکالاتی مواجه است؛ چون در شمول و گستره این قاعده بین فقها اختلاف وجود دارد و بسیاری از فقها

۱. چراکه بر اساس نظر قائلان لبی و اصطیادی بودن این قاعده، امکان تمسک به قاعده در زمان شبهه قاضی - حتی در صورت عدم وجود دلیل اجتهادی - وجود نخواهد داشت، چراکه بایستی به قدر متیقن تمسک کرد و قدر متیقن در درء حد، شبهه در ناحیه مرتکب است.

مجرد تحقق شبهه را مسقط نمی‌دانند، چون معتقدند مستند معتبری برای اثبات قاعده جز در موارد منصوص وجود ندارد (خوبی، ۱۴۲۲ق الف، ج ۱، ص ۱۵۴). برخی هم تحقق گمان دارای اعتبار از قبیل بینه را محقق شبهه می‌دانند (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۶). برخی ایجاد ظنی که حجیت خود را از شرع گرفته را در حصول شبهه لازم می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۲). بنابراین نمی‌توان در مسئله تمسک به قاعده درء کرد، زیرا فقیه یا قاضی در موضوع، علم و ظن به عدم شرطیت تعدد اقرار ندارند، بلکه بین کفایت اقرار واحد و لزوم تعدد اقرار شک دارد و مجرد احتمال و حتی ظن در ایجاد شبهه کفایت نمی‌کند، بلکه تنها زمانی شبهه حادث می‌شود که فرد علم به عمل داشته باشد یا دلیل شرعی بر معتبر بودن ظن به عمل پیدا شود. بنابر این مبنا، مناط شبهه، علم یا ظن معتبر شرعی است (خوبی، ۱۴۲۲ق ب، ج ۱، ص ۲۰۶؛ خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۶).

۴-۶. بنای حدود بر تخفیف

به لحاظ حلی، مستندات نفوذ اقرار واحد مانع جریان این بنا است و فقها نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۲۶۶؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۹۴). به لحاظ نقضی نیز هر چند بنای فقها در حق الله بر تخفیف است، اما اولاً نظر مشهور مبتنی بر مطلق بودن تخفیف در حق الله مورد اشکال است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۱۹۹). ثانیاً هیچ فقیهی مستقلاً به این قاعده نپرداخته است، لذا این قاعده مبتنی بر قواعدی از قبیل درء و احتیاط در دماء است که در این صورت به مدلول و مجرای آن قواعد مراجعه می‌گردد، و یا اینکه قاعده‌ای است اصطیادی که قائلان تعدد اقرار، لاجرم به مانند تمسک به قدرمتمیق در قاعده اقرار عقلاء، در اینجا نیز بایستی به قدرمتمیق از موارد تخفیف (جرائم مستوجب رجم و قتل) مراجعه نمایند. ثالثاً با ملاحظه مستندات فقها در مجاری قاعده (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۹۶) از قبیل روایت سعد بن طریف از اصبح (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۱) و قضیه معروف ماعز بن مالک که در باب زنا مطرح شده‌اند، ظاهراً با وجود احتمالاتی از قبیل قضیه‌فی‌واقعه بودن، انحصار «تخفیف در اثبات» به باب زنا یا نهایتاً به حدود مستوجب مرگ، امکان سرایت دادن جریان قاعده تخفیف در

مرحله اثبات جرم از زنا به تمام جرائم حدی مشکوک بوده و با شک در شمول این بناء، اصل بر عدم چنین جریانی بوده و عدم شمول وجیه می‌نماید. این احتمال با توجه به بیان مستشکلان مبنی بر محتمل بودن انحصار اعتبار تعدد اقرار در زنا مستوجب رجم نیز تقویت می‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۱۷).

نتیجه‌گیری

پس از بررسی نظرات، نگارنده قائل به تفصیل شده است؛ به نظر نگارنده، ادله استنادی مشهور در جرائم قیادت، قذف و شرب خمر از اتقان لازم برای اثبات مدعا برخوردار نیست؛ زیرا اجماع ادعایی شیخ طوسی در باب شرب خمر و سرقت دارای اشکال بوده، ادعای عدم‌الخلافاً فقها در قیادت نیز حجیتی ندارد. استناد مشهور به فحوای روایات، نه بر قیاس اولویت و نه مناسبت حکم و موضوع و نه تنقیح مناط، منطبق نیست. عبارت سلار دیلمی نیز فاقد مستند بوده و به دلیل عدم شمارش آن در زمره اصول متلقات، نمی‌توان معامله روایت با آن نمود. بیان علامه در مختلف نیز تنها ناظر به بحث سرقت بوده که نگارندگان نیز دلایل اعتبار تعدد اقرار در سرقت را صحیح می‌دانند. شهرت فتوایی هم به دلایلی از قبیل عدم دسترسی به برخی کتب فقهی، عدم اشاره برخی فقها به مسئله و عبارات ظاهر در کفایت اقرار واحد از قداما، با «عدم تحقق شروط مکفی در تمسک به شهرت قدمایی»، از عداد دلایل خارج گردید. اشکال مشهور مبنی بر اصطیادی بودن و عدم امکان تمسک به عموم قاعده اقرار به دلیل لبی، با استفاده از نظریه آیت‌الله شیری زنجانی و نیز حجیت ذاتی بنای عقلاً مرتفع گردید. نهایتاً بیان شد که با وجود ادله اجتهادی، اصول عملیه و قواعدی مانند اصل عدم ثبوت، اصل احتیاط، قاعده درء و امثال آن، مجرای در بحث ندارد. اما در خصوص اثبات حد سرقت **اولاً** از نظر قائلان نظر غیرمشهور، روایات دال بر کفایت اقرار واحد پس از تعارض با روایات خاص باب سرقت به دلایلی از قبیل «موافقت روایات مطلق با اصول» و «در مقام تقیه نبودن روایات مطلق» ترجیح می‌یافت. **ثانیاً** از نظر ایشان روایات وارد در باب سرقت به لحاظ ایرادات سندی و دلالی قابلیت استناد نداشته‌اند. **اما** پس از بررسی و مذاقه، انصاف

اینکه با خدشه بر دلالت صحیحین مورد استناد مخالفان نظر مشهور، و نیز تحقیق در وثاقت علی بن سندی و اثبات اتحاد وی با علی بن اسماعیل، اعتبار دو اقرار در اثبات حد سرقت ابقا گردید. فلذا رأیی جدید در مسئله با تفصیل بین اقرار معتبر بین قیادت، شرب خمر، قذف و سرقت به وجود آمد. پیشنهاد می گردد با توجه به ثمرات جزایی این تفصیل، قانون گذار در اصلاحات بعدی، بند ب ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را اصلاح نماید؛ چراکه ابتدا بر نظری که ابطال آن به استدلال ثابت شده است، در قانون مجازاتی که عمدتاً مبتنی بر فقه است، موجه نخواهد بود.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن‌ابی‌زینب، محمد بن ابراهیم. (۱۳۹۷ق). الغيبة للنعماني (چاپ اول). تهران: نشر صدوق.
۲. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن‌حمزه طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی رحمته.
۵. ابن‌رشد، محمد بن احمد. (۱۹۹۵م). بداية المجتهد ونهاية المقصد (چاپ اول). بیروت: دارالفکر.
۶. ابن‌زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد. (۱۳۸۸ق). المغنی (چاپ اول). قاهره: مكتبة القاهرة.
۸. ابن‌قولویه قمی، جعفر بن محمد. (۱۳۹۸ق). کامل الزیارات (چاپ اول). نجف اشرف: دارالمرتضویة.
۹. احسائی، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). عوالي اللئالی العزیزية (چاپ اول). قم: دار سید الشهداء.
۱۰. اکبرنژاد، محمدتقی. (۱۳۸۹). حجیت ذاتی بناهای عقلایی و تأثیر آن در فقه و اصول. فقه، (۶۴)، صص ۱۱۴-۱۶۵.
۱۱. بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (چاپ اول). قم: نشر الهادی.
۱۲. بروجردی، سیدحسین طباطبائی. (۱۴۱۲ق). حاشیه علی کفایة الاصول (مقرر: حسینعلی منتظری، چاپ اول). قم: نشر انصاریان.

۱۳. بروجردی، سیدحسین طباطبائی. (۱۴۱۵ق). نهاية الاصول (مقرر: حسینعلی منتظری، چاپ اول). قم: نشر تفکر.
۱۴. بروجردی، سیدحسین طباطبائی. (۱۴۱۶ق الف). البدر الزاهر (چاپ سوم). قم: دفتر آیت الله بروجردی رحمته الله.
۱۵. بروجردی، سیدحسین طباطبائی. (۱۴۱۶ق ب). تقرير بحث السيد البروجردی (مقرر: علی پناه اشتهااردی، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (چاپ دوم). قم: دفتر معظم له.
۱۷. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۷ق). أسس الحدود والتعزیرات (چاپ اول). قم: دفتر مؤلف.
۱۸. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقہیة فی شرح الروضة البهیة (چاپ چهارم). قم: دارالفقه للطباعة والنشر.
۱۹. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۰. حسینی جلالی، سیدمحمدرضا. (۱۳۷۸). المنهج الرجالی والعمل الرائد (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۱. حلی، سیدبن طاووس. (۱۴۰۶ق). فلاح السائل ونجاح المسائل (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۲. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه معظم له.
۲۳. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۲۵ق). کنز العرفان فی فقه القرآن (چاپ اول). قم: انتشارات مرتضوی.
۲۴. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.
۲۵. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۷ق). خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال. نجف اشرف: منشورات المطبعة الحیدریة.

۲۶. خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البيع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۷. خمینی، سیدروح الله. (۱۴۰۹ق). تحرير الوسيلة (چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۸. خمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۲). تهذيب الاصول (مقرر: جعفر سبحانی، چاپ اول). قم: انتشارات اسماعیلیان.
۲۹. خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۵ق). انوار الهدایة فی تعلیقات علی الکفایة (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۰. خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارك في شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). مصباح الأصول: مباحث حجج و امارات (چاپ پنجم). قم: مكتبة الداوري.
۳۲. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۰۹). معجم رجال الحديث (چاپ چهارم). قم: دفتر معظم له.
۳۳. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). دراسات في علم الاصول (مقرر: سیدمحمود شاهرودی، چاپ اول). تهران: دائرة المعارف اسلامي.
۳۴. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲ق الف). مباني تکملة المنهاج (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.
۳۵. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲ق ب). مصباح الاصول (مقرر: سیدمحمد سرور بهسودی، چاپ پنجم). قم: نشر داوری.
۳۶. خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة (مقرر: محمدعلی توحیدی). نجف اشرف: المطبعة الحیدریه.
۳۷. روحانی قمی، سیدصادق حسینی. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام (چاپ اول). قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام.
۳۸. سبحانی تیریزی، جعفر. (۱۳۸۸). الوسيط في أصول الفقه (چاپ چهارم). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۳۹. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۹ق). الموجز فی اصول الفقه (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۴۰. سبزواری، سیدعبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.

۴۱. سلار ديلمی، حمزة بن عبد العزيز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلوية والأحكام النبوية (چاپ اول). قم: منشورات الحرمين.

۴۲. سيد مرتضى، على بن حسين موسى. (۱۴۱۵ق). الانتصار في انفرادات الإمامية (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۳. شيری زنجانی، سيدموسی. درس خارج: كتاب نکاح. سال سوم، جلسه ۲۴۰.

۴۴. شهيد اول، محمد بن مکى عاملی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية (چاپ اول). بيروت: دارالتراث-الدار الإسلامية.

۴۵. شهيد ثانی، زين الدين بن على عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

۴۶. صدوق، محمد بن على. (۱۳۶۲). الخصال (چاپ اول). قم: جامعه مدرسین.

۴۷. صدوق، محمد بن على. (۱۴۱۳ق). من لا يحضره الفقيه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۸. صدوق، محمد بن على. (۱۴۱۵ق). المقنع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.

۴۹. طباطبایى حائرى، سيدعلى بن محمد. (۱۴۱۸ق). رياض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

۵۰. طباطبایى حائرى، سيدعلى بن محمد. (بی تا). رياض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

۵۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق الف). الجمل و العقود في العبادات (چاپ اول). مشهد: نشر دانشگاه فردوسی.

۵۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق ب). المبسوط في فقه الإمامية (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۵۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار (چاپ اول). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۵۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى (چاپ دوم). بیروت: دارالکتب العربي.
۵۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق الف). الخلاف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق ب). تهذیب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۵۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۸. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۹. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهية (چاپ اول). قم: چاپخانه مهر.
۶۰. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة: الحدود (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۶۱. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۲. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. قم: مکتب سماحة آية الله العظمی الحاج شیخ محمد اسحاق الفیاض.
۶۳. کشی، محمد بن عمر. (بی تا). اختیار معرفة الرجال. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافي (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۶۵. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۵). تاریخ فقه و فقها (چاپ هشتم). تهران: انتشارات سمت.
۶۶. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود (چاپ اول). قم: دارالقرآن الکریم.
۶۷. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مباني تحرير الوسيلة: كتاب الحدود (چاپ اول). تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

۶۸. محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل (چاپ اول). بیروت: مؤسسه آل‌البتیة.
۶۹. اردبیلی، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). جامع الرواة (چاپ اول). بیروت: دارالأضواء.
۷۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع في فقه الإمامية (چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدينية.
۷۳. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۴. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۷۵. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین. (۱۴۲۴ق). السرفقة على ضوء القرآن والسنة (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی.
۷۶. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۰). اصول الفقه (چاپ چهارم). قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۷۷. مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۷۸. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۷۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية (چاپ سوم). قم: مدرسه امیرالمؤمنین علیه‌السلام.
۸۰. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی. (بی‌تا). کتاب الحدود (چاپ اول). قم: انتشارات دارالفکر.
۸۱. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم. (۱۴۲۳ق). فقه القضاء (چاپ دوم). قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.

۸۲. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزیرات (چاپ اول). قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۸۳. نجاشی، احمد بن علی. (بی تا). رجال النجاشی. قم: نشر اسلامی.
۸۴. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۸۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۸۶. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم، ۳ جلد). قم: مدرسه امام باقر (ع).

References

* The Holy Quran.

1. Akbarnejad, M. T. (1389 AP). Intrinsic authority of rational buildings and its effect on jurisprudence and principles. *Journal of Fiqh*, (64), pp. 114-165. [In Persian]
2. Allameh Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhan*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1410 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
4. Ardabili, M. (1403 AH). *Jame al-Rowat*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Azwa. [In Arabic]
5. Bahjat, M. T. (1426 AH). *Jame' al-Masa'il*. (2nd ed.). Qom: His Holiness's office. [In Arabic]
6. Bojnurdi, S. H. (1419 AH). *Jurisprudential rules*. (1st ed.). Qom: Al-Hadi Publications. [In Arabic]
7. Boroujerdi, S. H. T. (1412 AH). *Hashiyah ala Kifayah al-Usul*. (Montazeri, H. A, Ed.). (1st ed.). Qom: Ansarian Publications. [In Arabic]
8. Boroujerdi, S. H. T. (1415 AH). *Nahayat al-Usul*. (Montazeri, H. A, Ed.). (1st ed.). Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
9. Boroujerdi, S. H. T. (1416 AH). *Al-Badr al-Zahir*. (3rd ed.). Qom: Office of Ayatollah Boroujerdi. [In Arabic]
10. Boroujerdi, S. H. T. (1416 AH). *Taqrir Bahth Al-Sayyid Al-Boroujerdi*. (Eshtehardi, A. P, Ed.). (1st ed.). Qom, Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Ehsa'i, M. (1405 AH). *Awali Al-Laali Al-Aziziya*. (1st ed.). Qom: Dar Sayyid al-Shuhada. [In Arabic]
12. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qawa'id al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
13. Fayyaz Kaboli, M. E. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. Qom: The Office of Ayatollah Al-Hajj Sheikh Muhammad Ishaq Al-Fayadh.
14. Fazel Lankarani, M. (1416 AH). *Al-Qawa'id al-Fiqh*. (1st ed.). Qom: Mehr Printing House. [In Arabic]

15. Fazel Lankarani, M. (1422 AH). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah*. (1st ed.). Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Arabic]
16. Golpayegani, S. M. R. (1412 AH). *Al-Dur al-Manzoud fi Ahkam al-Hudud*. Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
17. Gorji, A. (1385 AP). *History of jurisprudence and jurists*. (8th ed.). Tehran: Samt Publications. [In Persian]
18. Heli, H. (1417 AH). *Khulasah al-Aqwal fi Ma'arifah al-Rijal*. Najaf: Manshurat al-Matba'at al-Heidariah. [In Arabic]
19. Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le Mukhtasar al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Heli's Library Publications. [In Arabic]
20. Heli, M. (1425 AH). *Kanz al-Irfan fi Fiqh al-Qur'an*. (1st ed.). Qom: Mortazavi Publications. [In Arabic]
21. Heli, S. T. (1406 AH). *Falah al-Sa'il va Najah al-Masa'il*. . Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
22. Heli, Y. (1405 AH). *Al-Jame' le al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Sayyid al-Shuhada al-Ilmiyah Institute. [In Arabic]
23. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Sharia*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
24. Hosseini Jalali, S. M. R. (1378 AP). *Al-Manhaj al-Rijali va al-Amal al-Ra'id*. (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Persian]
25. Ibn Abi Zaynab, M. (1397 AH). *Al-Qaibah le Al-Nu'mani*. (1st ed.). Tehran: Sadough Publications. [In Arabic]
26. Ibn Baraj Terablesi, Q. (1406 AH). *Al-Muhadab*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
27. Ibn Hamza Tusi, M. (1408 AH). *Al-Wasilah ila Neil al-Fazilah*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Library Publications. [In Arabic]
28. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sara'ir Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
29. Ibn Qudama, A. (1388 AH). *Al-Muqni*. (1st ed.). Cairo: Cairo School. [In Arabic]

30. Ibn Qulewayh Qomi, J. (1398 AH). *Kamil al-Ziarat*. (1st ed.). Najaf Ashraf: Dar Al-Mortazavi. [In Arabic]
31. Ibn Rushd, M. (1995). *Bidayah al-Mujtahid va Nahayah al-Maqsad*. (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr.
32. Ibn Zahra Halabi, H. (1417 AH). *Qaniyah al-Nozou' ila Ilmi al-Usul va al-Forou*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
33. Kashi, M. (n.d.). *Ikhtiar Ma'arifah al-Rijal*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
34. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
35. Khoei, S. A. (1409 AH). *Mujam Rijal al-Hadith*. (4th ed.). Qom: His Holiness's office. [In Arabic]
36. Khoei, S. A. (1419 AH). *Dirasat fi Ilm al-Usul*. (Shahroudi, S. M, Ed.). (1st ed.). Tehran: Islamic Encyclopedia. [In Arabic]
37. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj*. (1st ed.). Qom: The Institute for the Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
38. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mesbah al-Osul*. (Behsudi, S. M. S, Ed.). (5th ed.). Qom: Davari Publications. [In Arabic]
39. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqh*. (Tohidi, M. A, Ed.). Najaf: Al-Matba'at Al-Haydari.
40. Khoi, S. A. (1417 AH). *Mesbah al-Osul: Mabahith Hojaj va Imarat*. (5th ed.). Qom: Davari. [In Arabic]
41. Khomeini, S. R. (1382 AP). *Tahdhib al-Osul*. (Sobhani, J, Ed.). (1st ed.). Qom: Ismailian Publications. [In Persian]
42. Khomeini, S. R. (1409 AH). *Tahrir al-Wasila*. (1st ed.). Qom: Dar Al-Ilm Press Institute. [In Arabic]
43. Khomeini, S. R. (1415 AH). *Anwar al-Hidayah fi Ta'aliqat ala al-Kifayah*. (1st ed.). Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
44. Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'e*. (1st ed.). Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]

45. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
46. Maghrebi, N. (1385 AH). *Da'aim al-Islam*. (2nd ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
47. Makarem Shirazi, N. (1411 AH). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyah*. (3rd ed.). Qom: Amir al-Mo'menin School. [In Arabic]
48. Marashi Najafi, S. S. (1424 AH). *Al-Sirقات ala Zaw'e al-Qur'an va al-Sunnah*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Library Publications. [In Arabic]
49. Mohaghegh Damad, S. M. (1406 AH). *Qawa'id Fiqh*. (12th ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Arabic]
50. Mohaqeq Ardabili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Adhan*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
51. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
52. Mohaqeq Heli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar al-Nafi' fi Fiqh al-Imamiyah*. (6th ed.). Qom: Al-Matbu'at al-Diniyah Institute. [In Arabic]
53. Mohaqeq Karaki, A. (1414 AH). *Jame al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. (2nd ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
54. Mo'men Qomi, M. (1422 AH). *Mabani Tahrir al-Wasilah: Kitab al-Hudud*. (1st ed.). Tehran: The Institute for Preparing and publishing the works of Imam Khomeini. [In Arabic]
55. Montazeri Najafabadi, H. A. (n.d.). *Kitab al-Hudud*. (1st ed.). Qom: Dar al-Fikr Publications.
56. Mousavi Ardebili, S. A. (1423 AH). *Fiqh al-Qaza*. (2nd ed.). Qom: Mu'asisah al-Nashr le Jame'ah al-Mufid. [In Arabic]
57. Mousavi Ardebili, S. A. (1427 AH). *Fiqh al-Hudood wa al-Tazirat*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah al-Nashr le Jame'ah al-Mufid. [In Arabic]
58. Mufid Baghdadi, M. (1413 AH). *Al-Muqna'a*. (1st ed.). Qom: Sheikh Mufid International Congress. [In Arabic]
59. Muhaddith Nouri, M. H. (1408 AH). *Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbat al-Masa'il*. (1st ed.). Beirut: Alulbayt Institute. [In Arabic]

60. Muzaffar, M. R. (1370 AP). *Usul al-Fiqh*. (4th ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publishing Center. [In Persian]
61. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
62. Najashi, A. (n.d.). *Rijal al-Najashi*. Qom: Eslami Publications.
63. Naraqi, M. A. (1417 AH). *Awa'id al-Ayam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office. [In Arabic]
64. Rouhani Qomi, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh School Library. [In Arabic]
65. Sabzewari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
66. Saduq, M. (1413 AH). *Man la Yahzor al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
67. Saduq, M. (1415 AH). *Al-Muqna'*. (1st ed.). Qom: Imam Hadi Institute. [In Arabic]
68. Saduq, M. (1362 AP). *Al-Khisal*. (1st ed.). Qom: Teachers Association. [In Persian]
69. Salar Daylami, H. (1404 AH). *Al-Marasem al-Alaviyah va al-Ahkam al-Nabaviyah*. (1st ed.). Qom: Manshurat al-Haramain. [In Arabic]
70. Sayyid Murtadha, A. (1415 AH). *Al-Intisar fi Inferadat al-Imamiyah*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
71. Shahid Awal, M. (1410 AH). *Al-Lum'at al-Dameshqiyyah fi Fiqh al-Imamiyah*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Torath-Al-Dar Al-Islamiya. [In Arabic]
72. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed.). Qom: al-Ma'arif al-Islamiyah Institute. [In Arabic]
73. Shobeiri Zanjani, S. M. *Darse Kharij: Kitab Nikah*. Third year, session 240.
74. Sobhani Tabrizi, J. (1388 AP). *Al-Wasit fi Usul al-Fiqh*. (4th ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Persian]
75. Sobhani Tabrizi, J. (1429 AH). *Al-Mujaz fi Usul al-Fiqh*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
76. Tabatabaei Haeri, S. (1418 AH). *Riyadh al-Masa'il*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]

77. Tabatabaei Haeri, S. A. (n.d.). *Riyadh al-Masa'il*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute.
78. Tabrizi, J. (1417 AH). *Asas al-Hudud va al-Ta'azirat*. Qom: Mu'alif office. [In Arabic]
79. Tarhini Ameli, S. M. H. (1427 AH). *Al-Zobdat al-Fiqhiyah fi Sharh al-Rawzah al-Bahiyah*. Qom: Dar al-Fiqh le al-Taba'at va al-Nashr. [In Arabic]
80. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Al-Jaafari Works. [In Arabic]
81. Tusi, M. (1387 AH). *Jamal va al-Uqud fi al-Ibadat*. (1st ed.). Mashhad: Ferdowsi University Publications. [In Arabic]
82. Tusi, M. (1390 AH). *Al-Istibsar fima al-Ikhtalaf min al-Akhbar*. (1st ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
83. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nahayat fi Mujarad al-Fiqh va al-Fatawa*. (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
84. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khalaf*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
85. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib Al-Ahkam*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
86. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (5th ed., 3 Vols.). Qom: Imam Baqir School. [In Arabic]



Research Article

The Jurisprudential-legal Nature of the Right to Imprisonment in Contracts with a View to International Documents¹

Elaheh Sha'abanpour Almoshiri²

Mahdi Rahbar³

Mahmoud Veisi⁴

Received: 21/04/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

The right to imprisonment is optional for the parties of the contract, according to which they can defer the fulfillment of their obligation to the fulfillment of another person's obligation. The necessity of writing this paper is to explain the nature of the right to imprisonment, since most of

1. This paper is taken from a doctoral dissertation entitled the realm, rulings and effects of the right to imprisonment in contracts from the perspective of Islamic jurisprudence. (Supervisor: Mehdi Rahbar and Advisor: Mahmoud Veisi) University of Islamic Denominations, Islamic jurisprudence and principles of Islamic law, Tehran, Iran.
2. PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran (Corresponding Author). elahehshabanpour@ut.ac.ir.
3. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran. rahbarmahdi@yahoo.com.
4. Assistant Professor, Department of Shafi'i Jurisprudence and Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran. mahmoodvaisi@yahoo.com.

* Shabanpour Al-Moshiri, E., & Rahbar, M., & Veisi, M. (1400 AP). The Jurisprudential-legal Nature of the Right to Imprisonment in Contracts with a View to International Documents. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 139-165. Doi: 10.22081 / jf.2021.60691.2272.

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.

the differences in the rulings and the realm of the right to imprisonment are because it remains unknown. Following the discovery of the truth of the right to imprisonment, the present paper has concluded that some differences are due to the confusion of concepts related to the right to imprisonment in Western law and Islamic jurisprudence. By re-examining these concepts in Imamiyah jurisprudence, Iranian law, and international documents, it was concluded that imprisonment is a purely financial right and despite its similarities with objective and religious rights, it cannot necessarily be considered objective or religious rights, but depends on the obligation and is also a kind of guarantee of mutual implementation that takes place in the place of defense and of course, it can be abolished or stipulated otherwise. The present findings are significantly effective in determining the limits of imprisonment, sentences, and its effects.

Keywords

Right to imprisonment, financial right, objective and religious right, compositional right.

مقاله پژوهشی

ماهیت فقهی - حقوقی حق حبس در عقود با نگاهی به اسناد بین‌المللی^۱

الهه شعبانپور المشیری^۲ مهدی رهبر^۳ محمود ویسی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۵

چکیده

حق حبس اختیاری برای طرفین قرارداد است که بر اساس آن می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری نمایند. بررسی حقیقت حق حبس به‌عنوان تأسیس حقوقی، مهم است زیرا اختلاف در ماهیت، آثار عملی متفاوتی دارد. ضرورت تدوین این مقاله، تبیین ماهیت حق حبس است چراکه غالب اختلافات در احکام و قلمرو حق حبس ناشی از ناشناخته‌ماندن همین امر می‌باشد. نوشته حاضر به دنبال کشف حقیقت حق حبس، به این نتیجه رسیده است که برخی اختلاف‌ها ناشی از خلط مفاهیم مرتبط با حق حبس در حقوق غرب و فقه اسلامی است و از طریق بازپژوهی این مفاهیم در فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، این نتایج حاصل گردید که حق حبس صرفاً مالی است و علی‌رغم شباهت‌هایی که با حقوق عینی و دینی دارد، نمی‌توان آن را لزوماً در زمره حقوق عینی یا دینی قرار داد بلکه به مورد تعهد بستگی دارد و همچنین نوعی ضمانت اجرای متقابل است که در مقام دفاع جاری می‌گردد و البته می‌توان آن را اسقاط یا خلاف آن را شرط نمود. نتایج حاضر به‌طور قابل توجهی در تعیین حدود حق حبس، احکام و آثار ناشی از آن موثر است.

کلیدواژه‌ها

حق حبس، حق مالی، حق عینی و دینی، حق انشائی.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان: قلمرو، احکام و آثار حق حبس در عقود از منظر فقه مذاهب اسلامی (استاد راهنما: مهدی رهبر و استاد مشاور: محمود ویسی) دانشگاه مذاهب اسلامی، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، تهران، ایران می‌باشد.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
elahehshabanpour@ut.ac.ir

۳. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران.
rahbarmahdi@yahoo.com

۴. استادیار گروه فقه و حقوق شافعی، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران.
mahmoodvaisi@yahoo.com

* شعبانپور المشیری، الهه؛ رهبر، مهدی؛ ویسی، محمود. (۱۴۰۰). ماهیت فقهی - حقوقی حق حبس در عقود با نگاهی به اسناد بین‌المللی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۱۳۹-۱۶۵.
Doi: 10.22081/jf.2021.60691.2272

مقدمه

امروزه بخش اعظمی از قراردادها در حوزه معاملات، در قالب تعهدات متقابل منعقد می‌گردد و با توجه به اینکه معیار برتر در این عقود وجود دو تعهد و تقابل میان آنها است، قانون‌گذار در فقه و حقوق ایران و همچنین در اسناد بین‌المللی، حقی را به‌عنوان ضمانت اجرای تعهدات متقابل از سوی طرفین قرارداد به رسمیت شناخته است که آن را حق حبس می‌نامند. علی‌رغم اهمیت ویژه حق حبس در اجرای قراردادها، متأسفانه ماهیت این امر به‌عنوان تأسیس حقوقی مورد توجه نویسندگان قرار نگرفته و حتی نوشته‌هایی که با عنوان ماهیت حق حبس وجود دارد نیز به‌معنای دقیق کلمه به بررسی حقیقت حق حبس نپرداخته‌اند، بلکه با مطالعه محتوای آنها مشاهده می‌شود که غالباً با عنوان ماهیت، در راستای مبنا و قلمرو حق حبس بحث نموده‌اند و با وجود منابع غنی فقهی در این زمینه، هنوز در خصوص ماهیت این نهاد تعریف روشنی وجود ندارد و چه بسا اختلافات چشمگیری که در آثار و قلمرو حق حبس مشاهده می‌گردد نیز ناشی از همین امر است.

برخی از مقالات که در زمینه حق حبس نگاشته شده عبارتند از:

۱. مقاله «بازبینی و نقد مبانی فقهی حق حبس در نکاح مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی»، نوشته اکرم عبدالله پور، مجله دانش حقوق مدنی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۹.
 ۲. مقاله «تاریخچه و قلمرو حق حبس در فقه امامیه با نگاهی تطبیقی به فقه اهل سنت»، نوشته محسن جهانگیری، مجله آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱.
 ۳. مقاله «مطالعه تطبیقی حق تعلیق و حق حبس در حقوق داخلی و قرارداد نمونه فیدیک»، نوشته محمد عیسی تفرشی، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۱۳۸۴.
- همان‌طور که از عنوان مقالات فوق مشخص است، غالباً پژوهش‌گران محترم حق حبس را در نکاح بررسی نموده و یا در سایر عقود فقط به احکام و آثار آن پرداخته‌اند، اما معمولاً در همین آثار دیدگاه روشنی در خصوص ماهیت حق حبس وجود ندارد و با ابهام از آن گذشته‌اند، حال آنکه پژوهش فرارو، اولاً و بالذات حقیقت حق حبس را به‌صورت اختصاصی و بدون پرداختن به مباحث دیگر (مبانی، قلمرو،

احکام و آثار) به عنوان قاعده‌ای کلی در تمام عقود و به‌طور ویژه در عقود معاوضی در نظر داشته و همین امر نه تنها یکی از وجوه تمایز تحقیق حاضر با سایرین است، بلکه از این جهت فاقد پیشینه پژوهشی است، و ثانیاً در اندک مباحث موجود درباره حقیقت حق حبس در آثار سابق، صرفاً دیدگاه‌های نویسندگان حقوقی بیان گردیده، اما محقق کوشیده است در این پژوهش در وهله اول با تتبع فراوان در منابع غنی فقهی، حقیقت حق حبس را از زوایای مختلف بررسی نماید، و ثالثاً جهت جامعیت هرچه بیشتر، مسئله را به صورت تطبیقی در سه نظام فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی مورد بررسی قرار داده است و قطعاً یافته‌های این تحقیق که توصیفی-تحلیلی است و داده‌های آن به شیوه کتابخانه‌ای گردآوری شده است، در تشخیص حدود و ثغور حق حبس موثر است.

۱. تعریف حق

با توجه به اینکه بحث اصلی در این مقاله بررسی ماهیت حق حبس در عقود است، بنابراین لازم است برای شناخت دقیق آن ابتدا تعریفی از واژه حق بیان شود تا معلوم گردد حبس چگونه در زمره حقوق قرار می‌گیرد، تا پس از شناخت انواع حقوق و خصوصیات و آثار آنها در یابیم که حق حبس در کدام دسته قرار خواهد گرفت.

حق در لغت به معنای استحکام، در مقابل ملک و مال آمده است (جوهری، ۱۴۳۲ق، ذیل واژه حق). در برخی کتب فقهی حق درجه‌ای ضعیف از ملک است؛ هرچند در اصطلاح در مقابل ملک به کار می‌رود (مامقانی، ۱۳۱۷، ج ۸، ص ۱۲). به عبارتی می‌توان گفت حق سلطه بر شخص یا شیء است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۵).

حق، بر اساس تعریفی دیگر، توانایی و سلطنت است (اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۴۱)، اما نوعی سلطنت اعتباری از طرف عقلاً که بر چیزی یا شخصی قرار گرفته است (موسوی بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۱۵۲). البته سه نوع سلطنت وجود دارد: سلطنت قوی، سلطنت متوسط، و سلطنت ضعیف، که این قسم مربوط به حق است (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۹ق، ج ۱، ص ۱۰).

طبق نظر برخی دیگر از فقها، حق به معنای اولویت دارنده آن نسبت به دیگران است؛ مانند ملکیت در حق شفعه و احیا در حق تحجیر (موسوی خویی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۵۵).

معنای دیگر حق آن است که حق ماهیتی اعتباری است؛ همانند ملک و سلطنت که عقلاً یا شارع آن را وضع کرده‌اند، اما تفاوت‌هایی با آن دارد (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۳۷)؛ مثلاً بعضی موارد مانند حق تحجیر حق است اما ملک نیست، و در برخی دیگر حق است اما سلطنت نیست؛ مانند جایی که سوگند دادن به صغیر غیر ممیز منتقل شود، که در این صورت صاحب حق خود صغیر است، اما سلطنت برای ولی قانونی او است. طبق این نظر، حق، ملک و سلطنت و درجه ضعیف‌تر از آنها نیست، در غیر این صورت امکان نداشت که حق وجود داشته باشد اما ملک و سلطنت وجود نداشته باشد (غروی تبریزی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۳۴۱).

حقوق دانان در تعریف حق گفته‌اند: اختیاری است که قانون برای فرد شناخته و می‌تواند عملی را انجام دهد یا آن را ترک نماید و فرد در اعمال و عدم‌اعمال آن آزاد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۴۹).

آنچه در این پژوهش و در معنای حق حبس پذیرفته شده، آن است که حق به معنای سلطه قراردادی بر عین یا بر انسانی دیگر یا بر امری اعتباری است (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴). از نظر نگارنده، همین معنا صحیح‌تر است، زیرا حق - بر خلاف اشیاء مادی - در خارج موجود نیست، بلکه رابطه‌ای اعتباری است که قانون آن را در جهت حفظ نظم در جامعه به رسمیت شناخته و ایجاد نموده و از آن حمایت می‌کند (سیستانی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۸۸)؛ مثلاً در حق خیار، سلطنت بر فسخ، و در حق شفعه سلطنت بر تملک با عوض، و در حق تحجیر سلطنت بر تملک بدون عوض، و در حق حبس سلطنت بر امتناع از تسلیم و ایفای تعهد مقابل وجود دارد (موسوی الخینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۴). بنابراین بهتر است بگوییم «حبس» در اصطلاح «حق حبس»، قدرت و سلطه‌ای است که از طرف قانون به شخص داده شده است. پس از مشخص شدن معنای حق، و مبنای پذیرفته شده در حق حبس توسط نگارنده، انواع حقوق بیان می‌گردد.

۲. حقوق مالی و حقوق غیرمالی

اکنون که روشن گردید حبس در زمره حقوق و به چه معنا است، باید دید در کدام دسته از حقوق قرار می‌گیرد. حقوق خصوصی به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم می‌گردد:

حق مالی آن است که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعت نماید که قابل تقویم به پول است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۳۵). حق غیرمالی امتیازی است که هدف آن نفع پولی نیست، مانند حق زوجیت که مستقیماً برای زن ایجاد نفعی که قابل تقویم به پول باشد نمی‌کند، ولی غیرمستقیم حق نفقه برای او ایجاد می‌شود (اردبیلی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۲۵). نظریه‌ای که از سوی برخی فقها بیان شده، این است که حق حبس بدون شک حق مالی است و بدین جهت از حق حبس به عنوان حبس العین یاد کرده‌اند (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۲۷۷) و گویا متعلق حق را عین دانسته‌اند (جزائری، ۱۳۸۶، ج ۷، ص ۲۱). مصداق بارز آن در قانون مدنی نیز ماده ۳۷۷ است که حق حبس را برای بیع بیان داشته، زیرا در بیع دو رکن ثمن و مبیع هر دو عین هستند و جنبه مالی دارند. اما برخی فقها (انصاری، ۱۳۷۸، ص ۲۶۷) در ادامه گفته‌اند که با توجه به اینکه متعلق حق، گاهی عین، گاهی عقد و گاهی شخص است و حق حبس در نکاح متعلق به حق شخص است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۹۴)؛ در نتیجه حق حبس از این جهت حقی شخصی و غیرمالی است (زحیلی، ۱۴۱۱، ج ۷، ص ۲۸۰)، مانند حق قصاص و حق حضانت.

برخی دیگر نیز حق حبس را اساساً حقی مالی می‌دانند، اما به دلیل جریان این حق در بحث نکاح، آن را به حق غیرمالی نیز تعمیم داده‌اند (سبزواری، ۱۴۰۱، ج ۲۱، ص ۷۵). از نظر نگارنده، حق حبس حقی صرفاً مالی است، زیرا در تمام مصادیق حق حبس جنبه مالی دیده می‌شود و نباید به دلیل یک مصداق (نکاح) که اتفاقاً این مصداق از آن جهت که آیا جزء عقود معاوضی است تا حق حبس در آن اجرا شود یا نه، مشکوک است، این حق را به حقوق غیرمالی تعمیم داد. حتی طبق نظر کسانی که نکاح را از عقود معاوضی می‌دانند و حق حبس را از این جهت در نکاح جاری می‌دانند، فقط در صورتی که این حق را برای زن و شوهر (هر دو) بپذیرند (یوسفی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۵۴۰) متعلق

و مورد حق، شخص است و عبارت است از حق تمتع از زن (لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۳۱) که با توجه به تقسیم‌بندی حق جزو حقوق غیرمالی قرار می‌گیرد، اما طبق نظر غالب فقها و حقوق مدنی، این حق مختص زن است و برای حمایت از حقوق زوجه قرار داده شده است (بحرانی، ۱۴۰۱، ج ۲۹، ص ۲۴۰)؛ خصوصاً اینکه از نظر بسیاری از حقوق‌دانان حق حبس در نکاح حکمی خاص و استثنایی است و مستند آن اجماع و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد، نه معوض بودن نکاح؛ چراکه اساساً در عقد نکاح تعیین مهر شرط صحت عقد نیست و ممکن است اصلاً نکاح بدون تعیین مهر واقع گردد، در حالی که عقد صحیح است (همدانی، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ص ۶۸۴).

حق حبس از حقوق مالی است، زیرا در تمام مصادیق صرفاً جهت حمایت از روابط مادی افراد و در عقود و معاملات مالی مطرح می‌گردد و ثمره بحث آن است که حقوق مالی اولاً قابل اسقاط است و ثانیاً به ارث می‌رسد و همچنین قابل انتقال به ثالث است و تمام این آثار بر حق حبس نیز به‌عنوان حق مالی مترتب می‌گردد (هاشمی‌الشاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۱۱).

۳. حق عینی و حق دینی

یکی از تقسیم‌بندی‌های حق مالی تقسیم آن به حقوق عینی و دینی است. پاسخ به این سؤال که ماهیت حق حبس چیست، حق عینی است یا حق دینی، واجد اهمیت بسیار است و اختلاف نظری صرف نیست، بلکه از لحاظ عملی دارای آثار متفاوت است؛ چراکه اگر حق حبس حق عینی شناخته شود، تنها به مواردی که به موجب نص قانون تصریح شده اختصاص دارد، نه در مقابل همه موارد. اما اگر از مصادیق حق عینی نباشد، نیازی به تصریح قانون‌گذار ندارد و همه روابطی را که بر اساس تعهدات متقابل استوار است در بر می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۴۰).

فقها و حقوق‌دانان نظریه روشنی در اینکه حق حبس از حقوق عینی است یا حقوق دینی است ارائه نداده‌اند و در همان اندک نظراتی که از میان بیانات‌شان استنباط شده است نیز اختلاف نظر وجود دارد. یعنی برخی حق حبس را از حقوق عینی می‌دانند

(نجفی، ۱۴۱۱ق، ج ۲۳، ص ۱۴۴)، اما نظر دیگر این است که حق حبس به عین تعلق ندارد و امری خارجی است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۳، ص ۱۹۰). البته در ادامه، کلام فقها بیان و مورد بررسی قرار می‌گیرد.

برای شناخت هرچه بهتر ماهیت حق حبس بهتر است ابتدا تعریف دقیقی از حق عینی و حق دینی و خاستگاه آن ارائه شود و سپس نظرات مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد. حق عینی حقی است که شخص به طور مستقیم و بی واسطه بر چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۴)، اما حق دینی حقی است که شخص بر دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام دادن کار را از او بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۵).

ظاهراً اختلافاتی که در خصوص حق عینی یا دینی بودن حبس وجود دارد، به دلیل تعاریفی است که از این اصطلاحات در فقه و حقوق صورت گرفته و به عبارتی خلط مباحث حقوق غرب با فقه اسلامی است که در ادامه با ارائه تعریف دقیق و صحیح از هر کدام، ماهیت حق حبس از این حیث معلوم می‌گردد.

تقسیم حق مالی به حق عینی و دینی در حقوق غرب شکل گرفت و در تمامی نظام‌های حقوقی پیر و حقوق روم پذیرفته شده است (Carbonnier, 2001, p. 68). از طرفی دو واژه عین و دین در فقه در ابواب مختلفی به کار رفته و با توجه به شباهت‌های بین این دو واژه با اصطلاح حق عینی و حق دینی، برخی دانشمندان مسلمان دو واژه عین و دین در حقوق اسلام را به ترتیب مرادف با حق عینی و حق دینی در نظام حقوقی نوشته یا رومی-ژرمنی تلقی کرده‌اند (موسوی هاشمی، ۱۳۹۸، ص ۲۷). این در حالی است که حق عینی و دینی با واژه عین و دین از لحاظ ماهیت و کارکرد متفاوت است و به همین دلیل تقسیم حق به عینی و دینی مصون از ایراد نمانده و از حقوق غرب تأثیر پذیرفته است و بر فرض که حق عینی و حق دینی در حقوق رومی-ژرمنی جامع تمام روابط حقوقی باشد، اما با بسیاری از احکام فقهی و حقوقی ما مطابقت ندارد و نوعی تقسیم عاریتی است که نمی‌توان احکام فقهی و حقوقی را به راحتی در قالب آن جای داد. برخی از این روابط، مانند مالکیت عین، با حق عینی مطابقت دارد و برخی مانند ملکیت دین با حق دینی

تناسب دارند، اما برخی دیگر از حقوق، مانند حق شفعه، خیار، فسخ و شرط، نه در تقسیم عین و دین می‌گنجد و نه با حق عینی و دینی سازگاری کامل دارند.

طبق تعریفی که دکتر کاتوزیان از حق عینی و دینی بیان نموده‌اند، حق عینی توانایی شخص بر شیء خارجی است، اما حق دینی رابطه‌ای اعتباری بین دو شخص است که به موجب آن متعهدله می‌تواند انجام یا ترک کاری را از متعهد درخواست کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۲۴۱). بنابراین حق عینی رابطه حقوقی مستقیم بین شخص و شیء است، در حالی که حق دینی رابطه حقوقی بین دو شخص است.

در فقه شیعه، در خصوص ماهیت حق حبس به‌طور خاص، نظر قاطع و دقیقی وجود ندارد، ولی در بحث از آثار قبض مال محبوس بدون اذن حابس، فقها مباحثی را بیان کرده‌اند که در ضمن آن به ماهیت حق حبس اشاره نموده‌اند.

طبق نظر صاحب جواهر، حق حبس حق عینی تبعی است، همانند حق مرتهن بر عین مرهونه. در کلام ایشان آنجا که ممتنع بدون اذن حابس اقدام به قبض کند، نظراتی ارائه شده است که تا اندازه‌ای اشاره به ماهیت عینی بودن حق حبس دارد. ایشان می‌فرمایند: «قبض ممتنع مرتکب گناه شده و قبض نیز باطل و بلااثر است و هرگونه تصرفات قابض بدون اذن صحیح نبوده و مستوجب ضمان است؛ هرچند که او پس از عقد مالک مال محبوس بوده و ضامن قیمت منافع آن نیست». طبق این بیان به نظر می‌رسد که حابس حق عینی بر مال محبوس دارد (نجفی، ۱۴۱۱ق، ج ۲۳، ص ۱۴۴)؛ چراکه اگر ممتنع بدون اذن آن را قبض کند، اگرچه مالک آن مال است، اما چون حابس همچنان درباره آن مال حق حبس دارد، تمام تصرفات قابض موجب ضمان است و این مطلب نشان‌دهنده آن است که از نظر صاحب جواهر، حق حابس بر مال حق عینی است.

اما مرحوم نائینی خلاف آن را معتقد است و نظر ایشان چنین است که حق حبس متعلق به عین نیست، بلکه امری خارجی است، و یا حتی حکمی شرعی است؛ چراکه قابض بدون اذن چون سبب از بین رفتن حق حبس طرف دیگر شده، فقط مرتکب تقصیر شده است، اما عین به او تعلق داشته و ملک او است و منعی در تصرف آن ندارد. مرحوم نائینی معتقد است که حق حبس به عقد تعلق می‌گیرد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۳، ص ۱۸۳)؛

خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۲، ص ۱۸۳. طبق نظر ایشان حق حبس نه حق عینی و نه حق دینی است، بلکه حکم شرعی است.

امام خمینی علیه السلام متعلق حق حبس را به مانند خیار - عقد دانسته و معتقدند که موضوع آن نه عین است و نه دین، و بر این اساس قبض بدون اذن را غصب ندانسته اند؛ چرا که قابض در مال خود تصرف کرده است، هر چند حابس حق مراجعه به او را دارد و بر چنین قبضی آثاری مترتب نیست (موسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۳۷۲).

شیخ انصاری برای حق حبس ماهیت خاص و جداگانه‌ای در نظر گرفته و آن را نوعی دفاع متقابل شناخته است و می‌فرماید: «وهذا مما يؤيدان حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق الحابس على الاخر فيكون الحبس بازاء الحبس...» و در جای دیگر می‌گوید حق امتناع از اجرای تعهد یا حق حبس را می‌توان یک طرفه و بدون مراجعه به حاکم اجرا کرد؛ چرا که این حق نوعاً دفاعی است که یکی از طرفین در مقابل تعدی و تجاوزی که به حقوق او شده است از خود می‌کند و به اعتبار آن می‌تواند عقد را معلق سازد و به تعهداتی که در نتیجه عقد برای وی ایجاد شده است عمل ننمایند (انصاری، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۳۱۲).

برخی دیگر نیز با انکار عینی بودن حق حبس اعتقاد به شخصی بودن آن دارند و گروهی حتی آن را حق عینی از نوع خاص می‌پندارند؛ به این معنا که حق حبس حق عینی است، اما از جهاتی به حقوق دینی نیز شباهت دارد و بعضی دیگر نیز با نقد تقسیم‌بندی حق حبس به حقوق عینی یا دینی معتقدند که حق حبس صرفاً حقی است برای هر بدهکار در عدم انجام تعهدات پذیرفته شده، تا دینی را که بر ذمه طلبکار دارد استیفا کند (سنهوری، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۳۴).

تا اینجا نظراتی که راجع به ماهیت حق حبس در فقه امامیه وجود داشت بیان گردید، اما در بحث از اینکه آیا حق حبس حقی عینی است یا دینی، نظریات متعددی از سوی علمای حقوق نیز مطرح گردیده که پس از بررسی آنها نظر نگارنده بیان می‌گردد.

به لحاظ بحث حقوقی، عینی بودن حق حبس از دو جهت قابل بررسی است:

۱. با توجه به تعریف دکتر کاتوزیان در خصوص حق عینی مبنی بر اینکه شخص

می‌تواند به‌طور مستقیم بر چیزی حق پیدا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۴)، منظور از عینی بودن این است که طرفین برای اجرای مفاد قرارداد حق دارند به‌عنوان ضمانت اجرای قرارداد، تعهدات خود را حبس نمایند تا زمانی که از اجرای تعهدات طرف دیگر اطمینان حاصل نمایند و حق حبس از این جهت حق عینی است و امتیازات حق عینی را دارد

۲. طبق تعریفی دیگر، حق عینی رابطه بین شخص و مال است که در اینجا منظور از مال فقط عین معین است (موسوی هاشمی، ۱۳۹۸، ص ۱۳) و عینی بودن حق حبس به این معنا است که حق حبس تنها در تعهداتی که مورد معامله عین باشد جاری می‌شود.

واضح است که معنای دوم از عینی بودن حق حبس صحیح نیست، چرا که این حق اختصاص به عین ندارد و می‌تواند در تمامی عقود دوجانبه جاری باشد؛ اعم از اینکه موضوع قرارداد عین باشد یا منفعت یا انجام تعهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۱۲). اما در خصوص معنای اول باید گفت که حق حبس حقی عینی نیست، زیرا:

اولاً حابس هیچ‌گونه حقی بر مال محبوسه ندارد و بدون اذن مالک نمی‌تواند در آن دخل و تصرف کند یا از آن انتفاع ببرد، و همچنین بر خلاف رهن که مرتهن حق فروش مال مرهونه را دارد، حابس حتی در صورت طولانی شدن مدت حبس حقی بر آن مال ندارد (امامی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۰۲).

ثانیاً چنانچه بپذیریم که حق حبس حقی عینی است، پس باید آثار حق عینی مانند حق تعقیب و حق تقدم نیز بر آن بار گردد، در حالی که در حق حبس حابس بر مال محبوس چنین حقی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۹)؛ به‌عنوان مثال، اگرچه یکی از آثار حق حبس قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث است، اما این اثر زمانی جاری می‌شود که با حقوق عینی شخص ثالث تعارض نداشته باشد؛ مثلاً شخصی مالی را از ید مالک خارج و به دیگری می‌فروشد، مالک از حق تعقیب خویش استفاده می‌کند و مالش را که هنوز در اختیار فروشنده است مطالبه می‌نماید؛ در این صورت فروشنده نمی‌تواند به معامله خود با خریدار و حق حبس خویش استناد کند، زیرا استناد به حق حبس در چنین حالتی مستلزم تضييع حقوق شخص ثالث است که قانون‌گذار آن را جایز ندانسته است (صفایی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۰۳). بنابراین نمی‌توان گفت که قابلیت استناد به

حق حبس به طور مطلق و در همه جا وجود دارد، بلکه در صورت تعارض با حق عینی اشخاص ثالث از جمله حق تعقیب، جایی برای اعمال حق حبس وجود ندارد. نظر بعضی دیگر از نویسندگان حقوقی این است که هر چند حق حبس از حقوق عینی نیست، اما برخی خصوصیات حق عینی، مانند قابلیت انتقال یا اسقاط حق و نیز قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث، در حق حبس وجود دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۶). به نظر می‌رسد این عقیده نیز صحیح نباشد، چرا که نقل و انتقال حق به طور کلی از ویژگی‌های حقوق مالی است و اختصاصی به حقوق عینی ندارد و در حقوق دینی هم قابل اجرا است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۵۳، ج ۲، ص ۲۰۶)؛ مثلاً چنانچه حابس فوت کند یا مال خود را به دیگری انتقال دهد، یا اینکه ورشکست گردد، حق حبس به تناسب انتقال موضوع قرارداد به ثالث منتقل می‌شود (افتخاری، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۲۰). همچنین قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث نیز مختص حقوق عینی نیست و در تمام حقوق مالی وجود دارد (شهبازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۰). لذا در خصوص ماهیت حق حبس دیدگاه فوق نیز نظر درستی نیست.

اما آیا می‌توان گفت حق حبس حقی دینی است؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت که حق حبس از حقوق دینی نیز نیست، زیرا حقوق دینی به ذمه شخص بدهکار تعلق می‌گیرد، اما موضوع حق حبس لزوماً و در همه حال دین نیست، بلکه ممکن است تسلیم عین، منفعت و حتی انجام عمل باشد.

از نظر برخی دیگر (قبری، ۱۳۸۲، ص ۱۰۶) چنانچه حق حبس حقی عینی باشد، احتیاج به نص قانون‌گذار دارد و بدین ترتیب تنها در مواردی جاری می‌شود که قانون تصریح نموده است، و در غیر این صورت نیاز به بیان قانون‌گذار ندارد و به تمام روابطی که بر اساس تعهدات متقابل استوار است، تسری می‌یابد.

اکنون با بیان نظرات فقها و حقوق‌دانان می‌توان به این نتیجه رسید که شاید اختلافات به دلیل عدم تبیین صحیح جایگاه حقوق دینی و عینی در فقه و حقوق است که در ادامه ابتدا به بررسی این مسئله پرداخته و در نهایت نظر نگارنده بیان می‌شود.

می‌توان گفت در فقه، دارایی به ملک و حق تقسیم می‌شود و در واقع از لحاظ فقهی آنچه قابلیت مقایسه با حق عینی را دارد، ملک است، نه عین، و آنچه قابلیت مقایسه با

حق دینی را دارد حق است، نه دین (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۳۱۲).

پس اینکه برخی فقها و حقوق دانان (زحیلی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۴۱۵) حق حبس را با این استدلال که چون حابس حق هرگونه تصرف بر عین دارد و می تواند از تسلیم آن امتناع کند، اصطلاحاً حبس العین نامیده اند و از حقوق عینی می دانند، صحیح نیست؛ زیرا موضوع حق عینی ملک است، نه عین، و حابس مالک محبوس نیست، بلکه موضوع حق حبس تنها امتناع نمودن و یا خودداری نمودن از تسلیم است؛ اعم از اینکه آن چیز عین باشد یا منفعت یا تعهد به انجام یا ترک فعل.

همچنین آنچه قابلیت مقایسه با حق دینی را دارد، حق است، نه دین، و حق نوعی سلطه است که انسان بر اشیا یا اشخاص یا غیر اینها دارد و مرتبه ای ضعیف تر از ملک است. به عبارت دیگر، متعلق حق ممکن است شخص باشد، مانند حق قصاص، یا عین باشد، مانند حق تحجیر، یا غیرعین، مانند حق خیار که متعلق آن عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱)، اما دین در فقه نوعی از مال است، نه موضوع حق. از لحاظ ماهیت، موضوع حق دینی، انتقال مال، فعل یا ترک فعل است (موسوی الخینی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۵۱)، در حالی که موضوع دین در فقه، مال یا عمل کلی است؛ بنابراین دین به مفهوم فقهی نمی تواند معادلی برای حق دینی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۶۰).

به نظر می رسد فقهایی که با حق دینی بودن حبس مخالفت کرده اند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۳، صص ۴۱-۴۲)، به این دلیل بوده که موضوع حق دینی را همان دین می دانسته اند و با این استدلال که در حبس دین وجود ندارد، به چنین نتیجه ای رسیده اند.

اکنون که تعاریف حق عینی و حق دینی و خاستگاه و معادل آن با توجه به مقایسه انجام شده بین مفاهیم در فقه معلوم گردید، از نظر نگارنده بهتر است بگوییم حق حبس نه حق عینی اصلی است، به مانند حق مالکیت بر مال، و نه حق عینی تبعی است، همانند حق مرتهن بر عین مرهونه؛ چرا که ممکن است مال مورد حبس اصلاً عین یا منفعت نباشد، بلکه گاهی متعلق آن انجام یا عدم انجام کار و یا حتی کلی فی الذمه باشد، به مانند حق حبس ثمن توسط مشتری در صورتی که ثمن پول باشد. همچنین حق حبس حق دینی نیست، زیرا اگرچه دلیل حبس یک مال می تواند ذمه شخص یا بدهی او باشد، اما

موضوع حق حبس هرگز به ذمه اشخاص تعلق نمی‌گیرد و حتی دین هم اگر موضوع حق حبس باشد، امر اعتباری است. بنابراین حق حبس نه ماهیت عینی دارد و نه حق دینی است، بلکه دارای ماهیت مستقلی است که متعلق و موضوع آن خودداری از ایفای تعهد است و این تعهد حسب مورد می‌تواند تسلیم عین، تأدیه کلی فی‌الذمه، تسلیم منفعت، انجام کار یا عدم‌انجام کار باشد.

تا اینجا ماهیت حق حبس در فقه امامیه و حقوق داخلی ایران مشخص گردید، اما حق حبس در عقود نه تنها در منابع فقهی امامیه و حقوق داخلی ایران، بلکه در عرصه مبادلات بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده و در اسناد متعدد بین‌المللی با قلمرو گسترده‌ای مورد توجه قرار گرفته است و در هر مورد به‌فراخور موضوع می‌تواند مختلف باشد.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی است که حق حبس به صورت قابل توجهی در آن ملاحظه گردیده است.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواد ۸۵، ۸۶، ۵۸ و ۷۱، دو نوع حق به‌عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی پیش‌بینی شده است: حق حبس و حق تعلیق.

بر اساس ماده ۸۵ کنوانسیون بیع، «فروشنده حق دارد تا زمانی که خریدار هزینه‌های متعارف انجام‌شده را تأدیه ننماید، کالا را حبس نماید. در صورتی که فروشنده به تعهد خود بر نگهداری مبیع عمل کند، این ماده به وی حق حبس در قبال هزینه‌های نگهداری مبیع را می‌دهد». طبق این ماده، فروشنده می‌تواند از خریداری که به وظایف خود عمل نکرده و کالا را در موعد قبض ننموده و موجب گردیده فروشنده برای نگهداری آن متحمل هزینه گردد، از حق حبس استفاده کند؛ به این صورت که اگر فروشنده به تعهد خود مبنی بر نگهداری کالاها عمل کند، به موجب ماده ۸۵ در قبال هزینه‌های معقول نگهداری و حفاظت، از حق حبس برخوردار است.

چنان‌که مشاهده گردید، در ماده ۸۵، حق حبس ناشی از ارتباط دو تعهد متقابل نیست، بلکه با هدف جبران مخارج و هزینه‌های ناشی از حفاظت از کالا در نظر گرفته شده است که وظیفه قانونی بوده و از طرف کنوانسیون بر بایع یا مشتری در اثر قصور

طرف مقابل او در تأخیر وی از تأدیه ثمن یا تحویل کالای غیرمنطبق با قرارداد تحمیل گردیده است و به نظر می‌رسد بایع یا مشتری حق عینی در کالای محبوس پیدا می‌نمایند و از این رو در بند ۱ ماده ۸۸ پیش‌بینی شده است که اگر صاحب کالا تأخیر غیرمعقول و غیرمتعارفی در پرداخت ثمن یا هزینه‌های حفظ کالا داشته باشد، حابس پس از اخطار مبتنی بر قصد فروش، می‌تواند آن را از طریق مقتضی به فروش رساند و همین مطلب در ماده ۸۶ کنوانسیون برای مشتری نیز مقرر گردیده است، و لذا این حق حبس مشابهت زیادی به حق عینی پیدا می‌کند و یا به عبارت صحیح‌تر منشأ پیدایش حق عینی حابس در مال محبوس می‌گردد.

بر اساس این مواد، عده‌ای از علمای حقوق فرانسه معتقدند که حق حبس از مصادیق حق عینی است، لیکن اکثریت آنها به‌ویژه معاصران، حق حبس را از جمله حقوق عینی ندانسته‌اند؛ زیرا معتقدند که حق حبس فاقد امتیاز حق عینی از جمله حق امتیاز و تقدم و تعقیب است (Planiol et repert, 1998, p. 342; weill, 1970, p. 10). با این حال پاره‌ای از حقوق‌دانان، حق تقدم عملی برای کسی که در مقام اجرای حق حبس خویش است قائل شده‌اند؛ به این ترتیب که مادام که حابس می‌تواند شیئی را در ید خود نگه دارد تا دینی را که بر ذمه طرف مقابل دارد استیفا کند، در واقع از حق تقدم عملی بر سایر طلبکاران برخوردار است.

۴. حق ذاتی و اولیه

اکنون که ماهیت حق حبس از منظر حق عینی یا دینی بودن مشخص گردید، این سؤال مطرح است که آیا حق حبس ابتداءً ساکن و به محض انعقاد قرارداد برای طرفین ایجاد می‌شود (یعنی حق ذاتی و اولیه است؟)، یا در صورتی که یکی از طرفین از انجام تعهد خودداری نماید، طرف دیگر می‌تواند به‌عنوان ضمانت اجرای حق خود از آن استفاده کند؟

طبق نظر برخی از فقها (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۵۱) حق حبس حقی ذاتی و اولیه است و ثمره این نظریه در آنجا نمود پیدا می‌کند که یکی از طرفین از ایفای تعهد خودداری

نماید و بلافاصله قرارداد بین آنها منحل گردد. آن‌گاه تعیین تکلیف نمائات، منافع و تلف هر یک از عوضین و حق وراثت بر آن بستگی به نظریه فوق دارد (اصفهانی، ۱۳۹۳، ص ۲۵۴)؛ یعنی چنان‌چه عقد منحل شود، منافی که در فاصله عقد تا انحلال در مالی که تحت تصرف یکی از طرفین است حاصل گردد، متعلق به شخص او است و یا اگر یکی از آنها فوت شود وراثت او حق ندارند طرف دیگر را ملزم به اجرای تعهد نمایند، زیرا به محض اینکه مورث آنها در حال حیات از انجام تعهد امتناع نماید قرارداد منحل گردیده و نیز اگر یکی از عوضین تلف شود از مال کسی خواهد بود که متصرف آن است نه طرف مقابل او؛ زیرا وقتی منافع برای او باشد خسارت مال محبوس نیز برای او منظور خواهد گردید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۱۴).

با این حال اگر حق امتناع از اجرای تعهد را نوعی حق دفاع بدانیم، عکس نتایج بالا حاصل می‌شود (فتحی‌پور، ۱۳۹۶، ج ۵، ص ۵۲)، ولی با دقت در استدلال فوق چنین عقیده‌ای چندان صحیح و منطقی به نظر نمی‌رسد، زیرا پس از انعقاد معامله، مال مورد معامله به ملکیت طرف قرارداد درمی‌آید، پس چطور می‌شود که اگر حق حبس حقی ذاتی و اولیه باشد، در فاصله تشکیل قرارداد و امتناع یکی از طرفین و اعمال حق حبس منافع آن متعلق به حابس خواهد بود، همان‌طور که تلف از مال او محسوب خواهد شد؟

بیشتر حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۰۲؛ امامی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۰۲؛ شهیدی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۲۱۴) حق حبس را حقی ذاتی و اولیه که ابتدا به ساکن قابل اجرا باشد نمی‌دانند، زیرا حق حبس - چنان‌که پیشتر بیان گردید - ضمان اجرای تعهد است و تا زمانی که یکی از متعاقدین از تسلیم مورد قرارداد امتناع نرزد، اساساً محلی برای اعمال حق حبس وجود ندارد. در واقع بایع و مشتری در صورتی می‌توانند به حق حبس متوسل شوند که طرف دیگر تعهد خود را انجام ندهد، ولی اگر یکی از آنها به انجام تعهد خود قیام نماید، دلیلی ندارد که آن یکی از ایفای تعهد سر باز زند، زیرا در این حالت ممتنع است و طبق ماده ۳۷۷ ق.م.م.لزم به اجرای تعهد می‌شود.

از مفهوم ماده ۳۷۷ قانون مدنی نیز می‌توان نتیجه گرفت که حق حبس حقی ذاتی و اولیه نیست، چراکه در این ماده قانون‌گذار در صورتی قائل به حق حبس شده است که

طرف مقابل حاضر به تسلیم نشده باشد، اما به محض اینکه ممتنع حاضر به انجام تعهد شود، حق حبس از بین می‌رود (امامی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۲).

اما در این میان نظرات مخالف نیز وجود دارد. برخی از فقها به نقد نظر فوق پرداخته و معتقدند که با توجه به تساوی طرفین در تسلیم و همزمانی ایفای تعهدات، هر یک از آنها حق دارد ابتداءً ساکن از اجرای تعهد امتناع ورزد و تسلیم موضوع تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل نماید و نیازی نیست که منتظر بماند تا طرف مقابل از اجرای تعهد خود امتناع نماید و سپس وی به حق حبس خود استناد کند (قزوینی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۶۳). این گروه معتقدند حق حبس حقی اولیه و ذاتی برای هر یک از طرفین عقد است که از ارتباط و التزام متقابل ناشی از عقد و تساوی در اجرا و عدم اولویت در تقدم تسلیم از جانب دو طرف انتزاع می‌شود. برخی حقوق دانان نیز چنین نظریه‌ای را پذیرفته و معتقدند حق حبس حقی ذاتی و اولیه است که موضوع آن خودداری از اجرای تعهد یک طرف تا اجرای تعهد طرف دیگر است (شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۳۱).

از نظر نگارنده، با مطالعه و بررسی مفاد حق حبس در ماده ۳۷۷ قانون مدنی که بیان داشته است هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، و عبارت «خودداری کردن» که در ماده به کار رفته است، نظریه‌ای که حق حبس را در حالت امتناع طرف مقابل جایز دانسته است، منطقی‌تر و با بنای عقلا و انصاف نیز سازگارتر است؛ زیرا از میان مبانی مختلفی که برای حق حبس وجود دارد، به نظر می‌رسد مبنای پذیرش حق حبس بنای عقلا است (موسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۴۲) و در ثبوت سیره و بنای عقلا در حق حبس، چه از نظر صغروی و چه کبروی، بحث و اشکالی نیست. از نظر صغروی، سیره عقلا بر ثبوت و رواج این حق در میان آنها است و قابل انکار نیست، و از نظر کبروی نیز اصل بر حجیت این سیره است (جلالی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۰۵)؛ همچنان که بنای عقلا - که مبنای پذیرش حق حبس است - حکم می‌کند که این حق نوعی دفاع در مقابل تخلف طرف مقابل در اجرای تعهداتش است، نه حمله، و قانون‌گذار این حق را به‌عنوان دفاع متقابل برای

طرف با حسن نیت شناخته است که البته مفاد تراضی بین طرفین نیز وجود دارد، و همچنین بنا بر سیره عقلا، چنانچه طرف مقابل از اجرای تعهد خود امتناع ورزد، دیگری می تواند حق حبس را جاری نماید.

در اسناد بین المللی نیز به موجب بند ۱ ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، «فروشنده می تواند تسلیم کالا یا اسناد آن به خریدار را منوط به تأدیه ثمن کند». این ماده در بردارنده قاعده کلی حق حبس است. در حقیقت بند ۱ ماده ۵۸ در صدد بیان این قاعده است که تحویل کالا و پرداخت ثمن همزمان انجام می گیرد و مبنای این ماده، رابطه علیت بین دو تعهد یا همبستگی ارادی عوضین است. بنابراین چنانچه یکی از طرفین بر خلاف مقررات قراردادی تکالیف خود را انجام ندهد، کنوانسیون به او اجازه دفاع متقابل از طریق حبس مال متعلق به دیگری داده است.

طبق کنوانسیون بیع، حق حبس حقی ذاتی و اولیه است که تعلیق کننده را مستحق تصرف در کالاهای فروخته شده در صورت خارج شدن تصرف آنها از ید او - نمی نماید، بلکه نوعی چاره جویی برای برطرف نمودن نگرانی حاصل از امکان نقض در اجرای تعهد متقابل است.

بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون که ناظر بر مفاد حق تعلیق است بیان می کند: «در صورتی یک طرف قرارداد می تواند اجرای تعهدات خود را معلق کند که بعد از انعقاد قرارداد معلوم شود طرف دیگر قسمت مهم تعهداتش را اجرا نخواهد کرد». همچنین حق حبس در اصول حقوق قراردادی اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز با عنوان «خودداری از تعهد» آمده است. بنابر توصیه اتاق بازرگانی بین المللی، با وقوع قوه قاهره، طرفین می توانند علاوه بر مطالبه خسارت، حقوق دیگری مانند اعمال حق حبس را نیز طبق قانون اعمال کنند (Cheshire & chevalier, 1991, p. 535). ماده ۳-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی در زمینه حق حبس، مقرر می دارد: «در موردی که قرار است طرفین قرارداد را به طور همزمان انجام دهند، هریک از طرفین می تواند تا زمانی که طرف دیگر تعهدش را اجرا نمی کند، از اجرای تعهدش خودداری کند» (داراب پور، ۱۳۷۷، ص ۲۷).

حق حبس در سایر اسناد بین‌المللی مانند «رهنمود آنسیترا^۱» اتاق بازرگانی نیز به‌طور ضمنی پذیرفته شده است (Chengwei, 2005, p. 22). طبق ماده ۶۲ رهنمود آنسیترا در شرایط اضطراری^۲ و دشواری^۳، چنان‌چه تغییر اساسی در اوضاع و احوال معاهده ایجاد شود، اگر یکی از طرف‌های معاهده حق داشته باشد که به تغییر اساسی اوضاع و احوال به‌عنوان مبنای فسخ یا خروج از معاهده استناد نماید، مضافاً حق خواهد داشت تا به آن تغییر به‌عنوان مبنای حبس انجام تعهد نیز استناد کند.

در واقع طبق این مبنا ماهیت حق حبس در اسناد بین‌المللی نیز حقی ذاتی و اولیه نیست، بلکه دفاع متقابل و ضمانت اجرای تعهد است.

حق حبس همچنین در پیش‌نویس قواعد عمومی مرجع در زمینه حقوق خصوصی اروپا در شرایط دشوار (هاردشیپ) پذیرفته شده است. در این موارد که از یک طرف درجه اطمینان برای فسخ قرارداد کافی نیست و از طرف دیگر با توجه به اوضاع و احوال احتمال نقض و ورود ضرر و خسارت وجود دارد، حبس تعهدات متقابل و مطالبه تضمین مناسب پیش‌بینی گردیده است (Lookofshy 2000, p. 151).

علاوه بر اسناد ذکر شده، حق حبس در کلیه قراردادهای حمل‌ونقل بین‌المللی مطرح گردیده است؛ به‌عنوان مثال، طبق بند ۱ ماده ۱۲ کنوانسیون CMR که ایران در سال ۱۳۷۶ با تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام به آن پیوست، حق حبس به‌عنوان حق در اختیار گرفتن کالا توسط ارسال‌کننده یا مرسل‌الیه مطرح گردیده است. همچنین در موافقت‌نامه بین‌المللی حمل‌ونقل هوایی و کنوانسیون بین‌المللی «کوتیف» نیز که مربوط به حمل‌ونقل ریلی است و ایران نیز به آن پیوسته است، در مسئولیت متصدی حمل‌ونقل به حق حبس اشاره گردیده است (Honnold, 1999, p. 438).

طبق موارد فوق، حق حبس در اسناد بین‌المللی را می‌توان نوعی دفاع و گاهی حق عینی تبعی دانست و حق تعلیق در اجرای عقد، مشابه قاعده اعتراض به عدم اجرای عقد

1. Uncitral.
2. Force majeure.
3. Hardship.

یا امتناع مشروع از انجام تعهد یا همان حق تعلیق اجرای قرارداد، در برخی کشورهای تابع نظام حقوق نوشته می باشد و حق ذاتی و اولیه نیست، بلکه نوعی چاره جویی برای دفع تشویش حاصل از امکان نقض در اجرای تعهد متقابل است.

نتیجه گیری

۱. به نظر می رسد حق حبس در فقه امامیه و حقوق ایران مختص حقوق مالی است و اگر در بحث نکاح نیز مطرح می شود، خللی به این نظریه وارد نمی کند؛ چرا که حق حبس در عقد نکاح جنبه استثنایی دارد. بنابراین تمام آثار حقوق مالی مانند قابلیت اسقاط، به ارث رسیدن و انتقال دادن، بر حق حبس نیز مترتب می گردد.

۲. این حق علی رغم شباهت هایی که با حق عینی و در برخی موارد - با حق دینی دارد، اما نه می توان آن را مطلقاً حق عینی دانست و نه حق دینی؛ زیرا حق حبس بر خلاف حقوق دینی، شامل عین هم می شود و از طرفی حتی برخی از خصوصیات حقوق عینی را نیز دارا است و بهتر است بگوییم در هر مورد بسته به نوع اجرای حق و مصادیق، مختلف است. بنابراین در بحث از آثار، احکام و قلمرو حق حبس نباید این موارد را به طور مطلق و با استناد به حق عینی یا حق دینی بودن، مشخص و محدود نمود.

۳. همچنین حق حبس حقی ذاتی و اولیه نیست، بلکه ضمانت اجرای تعهد است و تا زمانی که یکی از متعاقدین از تسلیم مورد قرارداد امتناع نرزد، اساساً محلی برای اعمال حق حبس وجود ندارد. لذا حق حبس حقی انشایی با ماهیت مستقل و نوعی وسیله دفاعی است و با توجه به اینکه مقتضای اطلاق عقد است، بنابراین شرط خلاف در جهت اسقاط آن نیز جایز است.

۴. در اسناد بین المللی نیز نمی توان برای حق حبس ماهیتی واحد در نظر گرفت، بلکه گاه شبیه حق عینی و گاه حق دینی است و همچنین نوعی دفاع متقابل محسوب می شود که جنبه حمایتی دارد.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح الاذهان. قم: طلیعه نور.
۲. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۹۳). وسیلة النجاة. قم: مطبعة مهر.
۳. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشیة کتاب المکاسب. بیروت: دارالمصطفی لاحیاء التراث.
۴. افتخاری، جواد. (۱۳۸۲). حقوق مدنی (چاپ اول، ج ۳). تهران: انتشارات میزان.
۵. امامی، سیدحسن. (۱۳۸۰). حقوق مدنی (ج ۱، چاپ بیستم). قم: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۶. امیری قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۵۳). حقوق تعهدات و قراردادها (چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۷۸). کتاب المکاسب (چاپ دهم). قم: انتشارات مجمع الفکر الاسلامی.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۱ق). حدائق الناضرة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. جزائری، محمدجعفر. (۱۳۸۶). هدی الطالب الی شرح المکاسب. قم: طلیعه نور.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۵). فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه (چاپ اول). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. جلالی، سید محمود. (۱۴۱۴ق). المحصول فی علم الاصول. قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۱۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۳۲ق). الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية (محقق: احمد بن غفور). بیروت: دارالمصطفی لاحیاء التراث.
۱۳. خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (چاپ اول). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۴. خوانساری، احمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (چاپ دوم). تهران: مکتبه الصدوق.
۱۵. داراب پور، مهرب. (۱۳۷۴). تفسیری بر حقوق بیع بین المللی (چاپ اول). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۶. روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم: مطبعة العلمية.
۱۷. زحیلی، وهبة بن مصطفى، (۱۴۱۱ق). الفقه الاسلامی و ادلته. دمشق: دارالفکر.
۱۸. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۰۱ق). مهذب الاحکام (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق. (بی تا). مصادر الحق فی فقه الاسلام (چاپ سوم). مصر: دارالعلم الملايين.
۲۰. سیستانی، علی. (۱۴۲۰ق). منهاج الصالحین (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۱. شهبازی، محمد حسین. (۱۳۸۵). مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی. تهران: نشر میزان.
۲۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). آثار قراردادها و تعهدات (چاپ اول، ج ۳). تهران: نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۳. شیرازی، سید محمد. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی مکاسب. تهران: منشورات الاعلمی.
۲۴. صفایی، سید حسن. (۱۳۸۳). درآمدی بر نکات مهم حقوق مدنی. تهران: نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۸ق). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۳۹ق). نهج الفقاهة. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۷. عاملی جعی، زین الدین بن نورالدین علی بن احمد. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۸. غروی تبریزی، میرزا علی. (۱۴۲۵ق). شرح استدلالی بر مکاسب. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۹. فتحی پور، علی. (۱۳۹۶). حق امتناع از اجرای تعهد. حقوق امروز، ۱(۵)، صص ۴۷-۵۳.
۳۰. قزوینی، علی. (۱۴۱۴ق). صیغ العقود والایقاعات (چاپ اول). قم: اشکوری.

۳۱. قنبری، محمدرضا. (۱۳۸۲). مجموعه مقالات حقوقی. تهران: گنج دانش.
۳۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). حقوق مدنی: اموال و مالکیت (چاپ پنجم). تهران: انتشارات گنج نشر.
۳۳. کرکی، علی بن حسین بن عبدالعالی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. تهران: آل البيت علیهم السلام.
۳۴. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۳۹۰). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۵. مامقانی نجفی، محمدحسن. (۱۳۱۷). غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب (چاپ اول). قم: انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیة.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة (چاپ اول). قم: مدرسه الامام علی ابن ابی طالب علیه السلام.
۳۷. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۴۳۰ق). قواعد الفقهیة (چاپ سوم). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۸. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۴۳۱ق). مصباح الفقاهة. قم: بی نا.
۳۹. موسوی الخمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۵). کتاب البیع. قم: انتشارات مهر.
۴۰. موسوی هاشمی، سیدحسن. (۱۳۹۸). انواع حق مالی در قانون مدنی ایران با نگاهی به حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۶(۴)، صص ۱۱۱-۱۳۲.
۴۱. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المكتبة المحمدیة.
۴۲. نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۴۱۱ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (چاپ هفتم). قم: نشر دارالکتب الاسلامی.
۴۳. هاشمی الشاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۲۳ق). کتاب الاجارة. قم: مؤسسه دائرة المعارف الاسلامیة.
۴۴. همدانی، آقارضا. (۱۴۰۱ق). مصباح الفقیه. تهران: المكتبة المحمدیة.
۴۵. یوسفی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۲۰ق). کشف الرموز (چاپ دوم). قم: نشر دارالکتب الاسلامی.

46. Cheshire & Chevalier, Geoffrey Cheshire. (1991). *Fifoot and Furmston's Law of Contract*. London: Butterworths.
47. Honnold, John O. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (ed. 3th). The Hague: Kluwer Law International.
48. Honnold, John O. (2000). *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in International Encyclopedia of Laws - Contracts* (editors: J. Herbots, R. Blanpain). The Hague: Kluwer Law International.

References

* The Holy Quran.

1. Ameli al-Jabaei, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham fi Sharh Shara'e al-Islam*. Qom: Mua'sisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
2. Amiri Ghaem Maghami, A. (1353 AP). *Law of Obligations and Contracts*. (2nd ed.). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
3. Ansari, S. M. (1378 AP). *Kitab al-Makasib*. (10th ed.). Qom: Publications of the Islamic Thought Association. [In Persian]
4. Ardabili, A. (1414 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh al-Adhan*. Qom: Tali'eh Nour. [In Arabic]
5. Bahrani, Y. (1401 AH). *Hada'iq al-Nazirah*. Qom: Majma' al-Fikar al-Islami. [In Arabic]
6. Cheshire & Chevalier, G. C. (1991). *Fifoot and Furmston's Law of Contract*. London: Butterworths.
7. Darabpour, M. (1374 AP). *An Interpretation of International Sale Law*. (1st ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh Publications. [In Persian]
8. Eftekhari, J. (1382 AP). *Civil Law* (Vol. 3, 1st ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
9. Emami, S. H. (1380 AP). *Civil Law* (Vol. 1, 20th ed.). Qom: Islamic Bookstore Publications. [In Persian]
10. Esfahani, A. (2014). *Wasilah al-Najah*. Qom: Mehr Press.
11. Esfahani, M. H. (1419 AH). *Hashiyah Kitab al-Makasib*. Beirut: Dar Al-Mustafa le Ihya al-Torath. [In Arabic]
12. Fathipur, A. (1396 AP). The right to refuse to fulfill an obligation. *Journal of Today's Law*, 1(5), pp. 47-53. [In Persian]
13. Ghanbari, M. R. (1382 AP). *Collection of legal articles*. Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
14. Gharavi Tabrizi, M. (1425 AH). *Argumentative description of Makasib*. Qom: Mua'sisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
15. Hamedani, A. (1401 AH). *Misbah al-Faqih*. Tehran: Al-Maktabat al-Mohammadiyah. [In Arabic]

16. Hashemi Al-Shahroudi, S. M. (1423 AH). *Kitab al-Ijarah*. Qom: Islamic Encyclopedia Institute. [In Arabic]
17. Honnold, J. O. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed.). The Hague: Kluwer Law International.
18. Honnold, J. O. (2000). *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in International Encyclopedia of Laws - Contracts* (J. Herbots, R. Blanpain. Ed.). The Hague: Kluwer Law International.
19. Jafari Langroudi, M. J. (1385 AP). *General Philosophy of Law Based on the Originality of Practice: Balance Theory*. (1st ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh Publications. [In Persian]
20. Jalali, S. M. (1414 AH). *Al-Mahsoul fi Ilm al-Usul*. Qom: Imam Al-Sadiq Institute. [In Arabic]
21. Jazayeri, M. J. (1386 AP). *Huda al-Talib ila Sharh al-Makasib*. Qom: Tali'eh Nour. [In Persian]
22. Johari, I. (1432 AH). *Al-Sahih: Taj al-Luqah va Sahah al-Arabia*. (Ghafoor, A, Ed.). Beirut: Dar Al-Mustafa le Ihya Al-Torath. [In Arabic]
23. Karaki, A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. Tehran: Alulbayt. [In Arabic]
24. Katozian, N. (1383 AP). *Civil Law: Property*. (5th ed.). Tehran: Ganj Publications. [In Persian]
25. Khansari, A. (1355 AP). *Jame' al-Madarik fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'*. (2nd ed.). Tehran: Maktab al-Saduq. [In Persian]
26. Khorasani, M. K. (1406 AH). *Hashiyah al-Makasib*. (1st ed.). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
27. Lankarani, M. F. (1390 AP). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah*. Qom: Jurisprudential Center of the Imams. [In Persian]
28. Makarem Shirazi, N. (1418 AH). *Anwar al-Fiqahah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (1st ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School. [In Arabic]
29. Mamghani Najafi, M. H. (1317 AP). *Qayah al-Amal fi Sharh Kitab al-Makasib*. (1st ed.). Qom: Publications of Majma' al-Dakha'ir al-Islamiyah. [In Persian]

30. Mousavi Bojnourd, M. (1430 AH). *Qawa'id al-Fiqhiyah*. (3rd ed.). Qom: The Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini' Works. [In Arabic]
31. Mousavi Hashemi, S. H. (1398 AP). Types of financial rights in Iranian civil law with a look at Western law. *Comparative Research of Islamic and Western Law*, 6(4), pp. 111-132. [In Persian]
32. Mousavi Khoei, A. (1431 AH). *Misbah al-Fiqh*. Qom. [In Arabic]
33. Mousavi Khomeini, S. R. (1385 AP). *Kitab al-Bay'e*. Qom: Mehr Publications. [In Persian]
34. Naeini, M. H. (1373 AH). *Maniyah al-Talib fi Hashiyah al-Makasib*. Tehran: Al-Maktabah Mohammadiyah. [In Arabic]
35. Najafi, S. M. H. (1411 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e*. (7th ed.). Qom: Dar al-Kotob al-Islami Publications. [In Arabic]
36. Qazvini, A. (1414 AH). *Seigh al-Uqud va al-Iqa'at*. (1st ed.). Qom: Eshkevari. [In Arabic]
37. Rouhani, S. M. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. Qom: Matba'ah al-Ilmiyah. [In Arabic]
38. Sabzevari, A. (1401 AH). *Muhadab al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
39. Safaei, S. H. (1383 AP). *An introduction to the important points of civil law*. Tehran: Majd Scientific and Cultural Association. [In Persian]
40. Sanhori, A. (n.d.). *Masadir al-Haq fi Fiqh al-Islam*. (3rd ed.). Egypt: Dar al-Ilm al-Mala'in
41. Shahbazi, M. H. (1385 AP). *Basics of necessity and permission of legal actions*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
42. Shahidi, M. (1382 AP). *The effects of contracts and obligations*. (1st ed.). (vol. 3). Tehran: Majd Scientific and Cultural Association Publications. [In Persian]
43. Shirazi, S. M. (1418 AH). *Isal al-Talib ila al-Makasib*. Tehran: Manshurat al-A'alami. [In Arabic]
44. Sistani, A. (1420 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]

45. Tabatabaei Hakim, S. M. (1439 AH). *Nahj al-Fiqahah*. Qom: Mua'sisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
46. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1418 AH). *Hashiyah al-Makasib*. Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
47. Yousefi, H. (1420 AH). *Kashf al-Romouz*. (2nd ed.). Qom: Nashr Dar al-kotob al-Islami. [In Arabic]
48. Zoheili, W, (1411 AH). *Islamic jurisprudence and its evidence*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]



Research Article

Civil Liability Resulting from Reluctance Based on the Perspective of Iranian Jurisprudence and Law: With Emphasis on Civil Law and Civil Liability Law

Mahdi Ashouri¹

Masoud Barchakh²

Received: 23/01/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

About unfair damage to a person who is a guarantee, if it is due to reluctance, sometimes Mukrah, sometimes third parties, and rarely Mukrih himself are responsible for the damage. Damage caused by reluctance is in some cases due to reluctant crime and sometimes to non-crime. In addition, reluctance may be related to the loss or aggravation of the destruction or defect or imperfection of another person's property (both guaranteed and non- guaranteed property). It may also force another person to usurp the property, without reluctance to waste, defect, or impair that property, and that person can be forced to take legal action. In addition, being forced to incur material and moral damage in reluctant adultery can be examined according to Article 9 of Iranian Penal Code. In

1. Assistant Professor, Department of Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran (Corresponding Author). ashouri.mehdi@sku.ac.ir

2. Master of Private Law, Qom University, Qom, Iran. barchakhmasoud@gmail.com.

* Ashouri, M., & Barchakh, M. (1400 AP). Civil Liability Resulting from Reluctance Based on the Perspective of Iranian Jurisprudence and Law: With Emphasis on Civil Law and Civil Liability Law. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 168-195. Doi: 10.22081 / jf.2021.59364.2173.

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.

each of the above cases, the question under consideration is "what is the effect of reluctance on the civil liability of Mukrah and Mukrih." The answers to these questions are not the same in all of the above cases. In most cases, reluctance excludes civil liability, but in some cases, it does not exclude him of his liability. In this study, the answers to the mentioned questions have been examined according to Imamiyah jurisprudence, public and Iranian law (with emphasis on Iranian Penal Code and Direct Taxes Code).

Keywords

Reluctance, Mukrih, Mukrah, guarantee, civil liability.

مقاله پژوهشی

مسئولیت مدنی ناشی از اکراه از دیدگاه فقه و حقوق ایران: با تأکید بر قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی

مسعود برجخ^۲

مهدی عاشوری^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۴

چکیده

خسارت ناروای وارد به دیگری که ضمان آور است، اگر ناشی از اکراه باشد، گاه متوجه مکره، گاه متوجه اشخاص ثالث و به ندرت متوجه خود مکره است. خسارت ناشی از اکراه در برخی موارد ناشی از جرم اکراهی و گاهی نیز ناشی از غیر جرم است. به علاوه اکراه ممکن است ناظر به اتلاف یا تسبیب در ازین بردن و یا معیوب یا ناقص کردن مال دیگری (اعم از مال مضمون و مال غیر مضمون) باشد. همچنین ممکن است شخصی دیگری را اکراه به غضب مال غیر نماید، بدون اینکه اکراه ناظر به اتلاف یا معیوب یا ناقص کردن آن مال باشد و نیز ممکن است اکراه به انجام عمل حقوقی باشد. همچنین اکراه به ورود خسارت مادی و معنوی در زناى اکراهی با توجه به ماده ۹ ق.م.م قابل بررسی است. در هر یک از موارد فوق سؤال موردبررسی این است که تأثیر اکراه در مسئولیت مدنی مکره و مکره چگونه است. پاسخ به این سؤالات در همه موارد فوق یکسان نیست؛ در غالب موارد، اکراه رافع مسئولیت مدنی مکره است، اما در برخی موارد نیز رافع مسئولیت او نیست. در این تحقیق پاسخ به سؤالات مذکور با توجه به فقه امامیه، عامه و حقوق ایران (با تأکید بر ق.م.م و ق.م.م) موردبررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها

اکراه، مکره، مکره، ضمان، مسئولیت مدنی.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران (نویسنده مسئول). ashouri.mehdi@sku.ac.ir
۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران. barchakhmasoud@gmail.com

* عاشوری، مهدی؛ برجخ، مسعود. (۱۴۰۰). مسئولیت مدنی ناشی از اکراه از دیدگاه فقه و حقوق ایران: با تأکید بر قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۱۶۸-۱۹۵.

Doi: 10.22081/jf.2021.59364.2173

مقدمه

اکراه بیم‌دادن کسی را به جان یا مال یا آبروی او یا کسان نزدیک او است، تا قهراً (با غلبه مکره بر مکروه) فعل یا ترک فعلی را که خوشایند او نیست و از آن کراهت دارد مرتکب شود؛ اعم از اینکه مکره قلباً از آن کار خرسند باشد یا نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۳۵۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۳۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، صص ۸۳ و ۱۰۸). برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۴۹۵، ش ۲۵۳) در تعریف اکراه آن را مختص اعمال حقوقی دانسته است؛ در حالی که قلمرو اکراه شامل جرائم و وقایع حقوقی نیز می‌شود.

دو ضرر در هر اکراه متصور است: نخست، ضرر موعود به مکره؛ دوم، ضرری که از فعل مکره بر اثر اکراه ممکن است صادر گردد، به خودش یا به ثالث. ممکن است ضرر اولی اخف از ضرر دومی باشد و یا بالعکس. در باب اکراه رعایت اخف و اشد مذکور نمی‌شود؛ زیرا به موجب نصوص اکراه، اکراه رافع حرمت است (جز در مورد قتل) بدون لحاظ اشد و اخف (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۳۵۲).

هر دو نوع ضرر مذکور ممکن است ناشی از اکراه به جرم باشد، یا اکراه به غیر جرم. در اکراه به ارتکاب جرم اعم از جرائم علیه تمامیت جسمانی و جرائم علیه اموال، معمولاً خسارت، به مجنی علیه (ثالث) وارد می‌شود. اما گاهی نیز خسارت به خود مکره وارد می‌شود و در واقع زیان‌دیده و مجنی علیه خود مکره است، مانند زنای اکراهی. البته در خسارت علیه تمامیت جسمانی، خسارات در قالب دیه و خسارت معنوی قابل طرح و بررسی است. در خسارات ناشی از اکراه در غیر جرائم نیز می‌توان به اکراه به اتلاف یا ناقص یا معیوب کردن مال دیگری، اکراه به تسبیب در تلف یا ناقص یا معیوب کردن مال دیگری، اکراه به غضب کردن مال دیگری، اکراه شدن غاصب به اتلاف یا تسبیب در تلف یا ناقص یا معیوب کردن مال مغضوب و همچنین اکراه به انجام عمل حقوقی اشاره کرد. در این گونه موارد خسارت وارده به مالک مال مورد اتلاف و نیز خسارت ناشی از انجام عمل حقوقی اکراهی که متوجه مالک (مکره) و یا فضول (مکره) می‌شود، موجد مسئولیت مدنی می‌گردد، اما اینکه این مسئولیت بر عهده چه کسی است، در این مقاله به بررسی تفصیلی آن پرداخته شده است.

در پژوهش حاضر سعی شده خلأی که در تألیفات دیگر وجود داشته و به آن نپرداخته‌اند پر شود و مطالب به صورت منظم و دسته‌بندی شده با ذکر آراء مختلف فقهای امامیه و عامه و حقوق دانان آورده شود و مورد نقد و بررسی قرار گیرد. البته تحقیقاتی که به صورت مقاله و پایان‌نامه در خصوص اکراه وجود دارد، همگی یا مربوط به مفهوم اکراه و یا مربوط به نقش اکراه در مسئولیت کیفری و یا مربوط به اثر اکراه در صحت معاملات است و همین امر اهمیت تحقیق حاضر را از جهت نوبودن و مورد نیاز بودن می‌رساند. ضمناً در قسمت نتیجه، مواد قانونی پیشنهادی نگارنده به عنوان ماحصل پژوهش برای قانون‌گذار جهت اصلاح قانون ارائه شده که کاری نو است و در مقالات دیده نمی‌شود. سؤالات مهمی که در این تحقیق پاسخ به آنها ضروری است، عبارتند از اینکه: ضمان در اکراه به اتلاف و یا تسبیب در مال مضمون و غیر مضمون به چه صورت است؟ آیا اکراه در غصب مانع صدق عنوان غصب است؟ در صورت صدق عنوان غصب مسئولیت مدنی ناشی از آن چگونه است؟ مسئولیت مدنی ناشی از اکراه به انجام عمل حقوقی چگونه است؟ حکم جبران خسارت مادی و معنوی ناشی از زنای اکراهی چیست؟

۱. مسئولیت مدنی در اکراه موجب خسارت وارد به اموال

در این قسمت به مسئولیت مدنی ناشی از اکراه به اتلاف مال دیگری می‌پردازیم. مال غیر که موضوع اکراه به اتلاف قرار می‌گیرد، ممکن است در ید مکره امانت باشد، یا اینکه مکره اصلاً وضع ید بر مال مذکور نداشته باشد و نیز ممکن است مکره، غاصب و یا شبه‌غاصب باشد و مال در ید مکره، مضمون باشد.

۱-۱. مسئولیت مدنی در اکراه به اتلاف مال غیر مضمون

اگر کسی شخصی را اکراه به اتلاف مال متعلق به دیگری کند که یا در ید مکره نیست و یا اینکه در دست مکره امانت است، درباره اینکه ضمان بر عهده مکره است یا مکره، در فقه محل اختلاف نظر است.

۱-۱-۱. دیدگاه فقهای امامیه

الف. قول مشهور فقهای امامیه بیانگر ضمان مکروه است؛ زیرا در این حالت سبب (مکروه) اقوی از مباشر (مکروه) است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ص ۱۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص ۱۶۵؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۲۹ق، صص ۱۶۴-۱۶۵). صاحب عناوین در تعلیل قول مشهور می گوید که شاید برداشت عرفی مشهور فقها از مسئله این بوده که عرفاً مکروه را مانند وسیله ای در دست مکروه می دانند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۷). میرزا حبیب الله رشتی در کتاب الغصب در خصوص عدم ضمان مکروه در این حالت چهار دلیل ذکر کرده است: نخست اینکه تلف عرفاً به مکروه منتسب است، نه به مکروه. منظور ایشان این است که در این صورت رابطه سببیت عرفی بین فعل مکروه و تلف برقرار می شود، نه بین فعل مکروه و تلف. به عبارت دیگر اکراه رابطه سببیت بین فعل مکروه و تلف را قطع می کند. دوم اینکه قاعده احسان شامل مکروه می شود؛ زیرا قاعده احسان شامل هرگونه فعلی می شود که شرعاً و عرفاً مجاز باشد، هرچند نسبت به غیر احسان نباشد. به عبارت دیگر هنگامی که مکروه برای دفع ضرر از نفس یا مال خود مرتکب اتلاف مال دیگری می شود، امر خوب و نیکویی است.^۱ دلیل سوم این است که حکمت اذن شرعی به امری منافات با ضمان دارد. بدین توضیح که هرچند ملازمه دائمی یا همیشگی بین اذن شرعی و عدم ضمان وجود ندارد، اما معمولاً این ملازمه برقرار است. در مانحن فیه نیز اذن به اتلاف مال دیگری به موجب اکراه برای دفع ضرر از مکروه مستلزم عدم ضمان مکروه است. دلیل چهارم استناد به حدیث رفع است (رشتی، بی تا، صص ۳۷-۳۸)؛ یعنی حدیث رفع رافع حکم وضعی (ضمان) و در بیشتر موارد رافع حکم تکلیفی (حرمت) است (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۶۶).

در بررسی استدلال های فوق مطالب زیر قابل ذکر است: اولاً در انتقاد از نحوه استدلال مرحوم میرزا حبیب الله رشتی که اذن شرعی را به عنوان دلیل سوم قبل از استناد

۱. به عبارت دیگر میرزا حبیب الله رشتی قاعده احسان را با تفسیر موسع به معنای «احسان به غیر» و «احسان به خود» معنی کرده است.

به حدیث رفع آورده است، می‌توان گفت که از لحاظ رتبی باید اذن شرعی را به‌عنوان آخرین دلیل بیان نمود؛ زیرا بعد از قائل شدن به اینکه عرف مکره را مسئول می‌داند و قاعده احسان شامل حال مکره می‌شود و حدیث رفع نیز مسئولیت را از عهده مکره برمی‌دارد، در این صورت است که شرع به مکره اذن در تلف مال غیر می‌دهد. ثانیاً در خصوص رافع مسئولیت بودن یا نبودن اذن شرعی بین فقها اختلاف نظر است. توضیح اینکه در فقه قاعده‌ای با عنوان «الجواز الشرعی ینافی الضمان» وجود دارد که بر اساس آن هرگاه ارتکاب فعل زیان‌باری شرعاً مجاز باشد موجب مسئولیت مدنی و کیفری نخواهد بود. البته این قاعده مورد قبول همه فقها نیست، بلکه برخی تنافی بین جواز شرعی و ضمان را قبول نداشته و قاعده مذکور را به‌صورت «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان» بیان می‌کنند (برای مطالعه در این موضوع ر.ک: رضوانی مفرد، احمد؛ سبحانی، نبی. ۱۳۹۹). بررسی قاعده «الجواز الشرعی ینافی الضمان» با رویکردی بر آرای امام خمینی. نشریه پژوهشنامه متین، زمستان ۱۳۹۹، (۸۷)، صص ۷۵-۸۷.

در حقوق ما می‌توان هم کاربرد قاعده «الجواز الشرعی ینافی الضمان» را دید و هم کاربرد عکس این قاعده را. البته اذن شرعی مذکور در این قاعده را هنگام اجرا در عالم حقوق باید با اذن قانونی یکسان دانست. از موارد کاربرد این قاعده می‌توان به موارد زیر اشاره نمود: در قانون مدنی مواد متعددی در این خصوص قابل استنادند؛ از جمله می‌توان به ماده ۱۳۲ ق.م در روابط همسایگان اشاره نمود که تصرفات زیان‌بار مالک دربارۀ همسایه در صورتی که برای دفع ضرر از خود باشد، طبق اصل تسلیط، قانوناً مجاز و بدون مسئولیت دانسته شده است (جواز قانونی تصرفات مذکور منافی ضمان است). همچنین در ماده ۱۰۳۵ ق.م به هر یک از نامزدها اجازه برهم‌زدن نامزدی داده شده، بدون اینکه صرف برهم‌زدن نامزدی ضمان آور باشد. به‌علاوه عدم ضمان ناشی از فسخ به‌موجب خیارات حیوان و مجلس با قاعده فوق قابل توجیه است. البته باید توجه داشت که در حقوق ما اجرای قاعده مورد بحث را باید با رعایت اصل ۴۰ قانون اساسی (ممنوعیت سوءاستفاده از حق) به کار برد.

اما در خصوص کاربرد عکس قاعده «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان» می‌توان به

ماده ۴۹۵ ق.م.ا^۱ اشاره کرد که جواز طبابت و انجام عمل جراحی را دارای منافات با ضمان ندانسته و در این ماده برای پزشک مسئولیت مبتنی بر تقصیر مفروض قائل شده است. بنابراین در قوانین ما حسب مورد گاهی اصل قاعده مذکور و گاهی عکس آن اعمال شده است.

ب. اما قول غیرمشهور دلالت بر مسئولیت مکره دارد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۷)؛ زیرا مکره در اتلاف مال دیگری قاصد است؛ همان‌طور که در انجام معامله اکراهی قاصد است و لذا از این جهت فرقی بین اکراه به انجام عمل حقوقی و اکراه به عمل غیرحقوقی مانند اتلاف وجود ندارد. به عبارت دیگر اکراه سالب قصد نیست و اکراه‌شونده، چه در معامله و چه در فعل غیرحقوقی، قصد انجام عمل را دارد. به همین دلیل ضمان تلف بر عهده مکره است که مال را تلف کرده است. نهایت چیزی که می‌توان گفت این است که در این حالت فعل مکره در اتلاف مال غیر که به دلیل جلوگیری از ورود ضرر به خود صورت گرفته، از مصادیق تراحم دو ضرر و مقتضای اضطرار است، لذا مشمول حکم تکلیفی حرمت نبوده، اما مشمول حکم وضعی ضمان است. بنابراین ضمان مکره را نمی‌توان با استفاده از حدیث رفع نفی نمود؛ زیرا حدیث مذکور حکمی را رفع می‌نماید که رفع آن حکم مقتضای امتنان بر امت است؛ در حالی که در اتلاف اکراهی اگر ضمان مکره را با حدیث رفع سلب کنیم، خلاف امتنان بر مالکی است که مالش مورد اتلاف واقع شده و این به معنای هدر دادن مال مالک است (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، صص ۴۸۱-۴۸۲). بنابراین مکره در مقابل مالک مسئولیت مدنی برای جبران خسارت دارد و بعد از جبران خسارت حق مراجعه به مکره را از باب تسبیب خواهد داشت (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۵۱). اما شیخ انصاری با استدلالی متفاوت، قاعده امتنان را شامل حال اکراه‌شونده می‌داند. ایشان با استناد به حدیث رفع و قاعده امتنان، مطابق قول مشهور، مکره را در مانحن‌فیه معاف از مسئولیت می‌داند و معتقد است حدیث رفع شامل مواردی می‌شود که مشمول قاعده امتنان باشد و در غیر این صورت حدیث رفع شامل

۱. قانون مجازات اسلامی.

حال آنها نمی‌شود. از بین دو مورد اضرار به دیگری برای دفع ضرر از خود بدون اینکه اکراهی وجود داشته باشد، و اضرار به دیگری برای دفع ضرر از خود در اثر اکراه، فقط مورد اخیر مشمول قاعده امتنان و متعاقباً مشمول حدیث رفع می‌شود (طبق قاعده امتنان و حدیث رفع بر مکره واجب نیست که برای جلوگیری از ورود ضرر به غیر، خودش متحمل ضرر شود)؛ چون در اتلاف مال دیگری ناشی از اکراه، ورود ضرر به غیر، از همان ابتدا ناشی از خواست و اراده مکره بوده است نه خواست مکره، و لذا مکره ضامن اتلاف است (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۳۵-۳۶). در واقع تعلیل شیخ انصاری به این معنی است که چون ورود ضرر، به غیر از همان ابتدا، تا انتها خواست و اراده مکره بوده و اراده بعدی مکره در انجام عمل که برای دفع کره صورت گرفته اراده آزاد نبوده است، لذا مکره سبب اقوی از مباشر بوده و رابطه سببیت عرفی بین فعل اکراه‌کننده و ضرر برقرار می‌شود، نه بین فعل اکراه‌شونده و ضرر.

در حقوق ما به نظر می‌رسد که با توجه به ظاهر قانون مدنی، قول غیر مشهور بیشتر از قول مشهور قابل دفاع باشد؛ زیرا اولاً برای اثبات مسئولیت مکرهی که مال غیر را تلف نموده، می‌توان به ماده ۳۲۸ ق.م.استناد نمود که در اتلاف تقصیر و عدم تقصیر و عمد و غیرعمد را شرط نمی‌داند. ثانیاً با توجه به اینکه در قوانین به جواز اتلاف مال غیر در مورد فوق اشاره‌ای نشده (جواز قانونی منفی است)، لذا قاعده «الجواز الشرعی ینافی الضمان» شامل این مورد نمی‌شود. بنابراین مکره در مقابل مالک مسئول بوده، ولی بعداً حق رجوع به مکره را خواهد داشت.

ج. صاحب عناوین با تفکیک بین اکراهی که قصد و اختیار را کاملاً زائل می‌کند و اکراهی که این‌گونه نباشد، معتقد است که اگر اکراه به حد سلب شعور و اختیار برسد، رافع ضمان مکره است، اما اگر اکراه به این حد نرسد، اتلاف بر فعل مباشر (مکره) صادق است؛ در این صورت ضمان بر عهده او قرار می‌گیرد. سپس ایشان در تأیید قول مشهور با تردید بیان می‌کند که بعید هم نیست گفته شود اتلاف بر فعل مکره صدق نمی‌کند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۷).

د. شهید ثانی در کتاب مسالک قولی را نقل کرده مبنی بر اینکه برخی معتقدند در

صورتی مکزه مسئول اتلاف ناشی از اکراه نیست که تحمل اکراه ممکن نباشد و ضرری که مکزه از آن می‌ترسد بیشتر از ضرر ناشی از اتلاف مال غیر باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص ۱۶۵)، اما مشهور فقها در اکراه رافع ضمان چنین مقایسه‌ای بین ضرر ناشی از اتلاف مال غیر و ضرر موعود ناشی از اکراه قائل نیستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۵۷).

ه. قول ضعیفی هم در فقه وجود دارد مبنی بر اینکه در صورتی که نفع اتلاف به مباشر (مکزه) برسد، فقط مکزه در مقابل مالک مسئول است، اما در غیر این صورت مکزه مسئول است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۵۸). این نظر در میان فقها و نویسندگان حقوقی مورد پذیرش واقع نشده است.

۱-۲. دیدگاه فقهای عامه

اگر شخصی دیگری را بر اتلاف مال غیر اکراه کند فقهای عامه اتفاق نظر در خصوص ضمان مکزه و مکزه ندارند، اگر اکراه تام^۱ باشد چندین نظر به شرح زیر وجود دارد:

الف. دیدگاه حنفیه و حنابله و بعضی از شافعیه: ضمان بر عهده مکزه است، زیرا مکزه مسلوب الاراده بوده و به‌عنوان وسیله‌ای در دست مکزه است و ضمان بر عهده وسیله قرار نمی‌گیرد و اکراه کننده سبب جوهری ضرر محسوب می‌شود (الزحیلی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۳؛ ابن عابدین، ۱۴۲۳ق، ص ۱۸۷).

ب. دیدگاه برخی از مالکیه و ظاهریه و برخی از شافعیه: ضمان بر عهده مکزه است، زیرا مباشر ورود ضرر است و در صورت اجتماع سبب و مباشر، همواره نقش مباشر بر سبب غالب است؛ مانند اینکه کسی چاهی بکند برای اینکه انسانی در آن بیفتد و شخص سومی فرد مورد نظر را در چاه بیندازد؛ این شخص مباشر است و حفر کننده چاه سبب است، و مباشر مسئول است؛ زیرا شارع در مقام تعارض همواره امری را که مرجح است

۱. اکراه در منابع فقهی به اعتبار وجود یا عدم وجود اجبار و یا به اعتبار شدت اجبار، به اکراه تام (ملجی) و اکراه ناقص (غیر ملجی) تقسیم شده است.

برمی‌گزینند، مگر اینکه نقش مباشر ضعیف‌تر از سبب باشد؛ مانند اکراه در قتل که بنا بر نظر مالکیه قصاص علیه هر دو ثابت می‌شود. (الزحلی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۳؛ الدسوقی، بی‌تا، صص ۴۴۳-۴۴۴).

ج. قول ارجح شافعیه: مکره و مکره به‌طور تضامنی مسئول‌اند؛ زیرا اتلاف حقیقتاً از سوی مکره صورت گرفته و مکره نیز سبب است و در اینجا سبب و مباشر مساوی هستند، اما مسئولیت نهایی بر عهده اکراه‌کننده است. این نظر با توجه به مسئولیت نهایی مانند نظر گروه اول است (الزحلی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۳؛ سیوطی، ۲۰۱۰م، ص ۳۰۵).

اما اگر اکراه ناقص باشد، بنا به عقیده حنفیه و مالکیه و ظاهریه و بعضی از شافعیه و برخی از حنابله، ضمان بر عهده اکراه‌شونده است؛ زیرا اکراه ناقص رافع اختیار نیست، پس مکره به‌عنوان وسیله‌ای در دست مکره محسوب نمی‌شود. بنابراین اتلاف مستند به مکره بوده و ضمان بر عهده او است (الزحلی، ۱۴۰۲ق، صص ۷۳-۷۴).

۲. مسئولیت مدنی در اکراه به غضب

اگر شخصی دیگری را فقط اکراه به غضب کند، بدون اینکه اکراه به اتلاف یا ناقص یا معیوب شدن مال مغضوب نماید و مال در دست مکره تلف یا ناقص یا معیوب شود، در خصوص مسئولیت مدنی مکره و مکره سؤالاتی چند مطرح می‌شود: آیا اکراه در غضب مانع صدق عنوان غضب است یا خیر؟ در اکراه به غضب آیا درباره مکره غضب تحقق می‌یابد، یا درباره مکره یا درباره هیچ‌کدام؟ آیا ید مکره درباره مال مذکور ضمانی است یا غیرضمانی؟

۲-۱. مانعیت یا عدم‌مانعیت اکراه به غضب در صدق عنوان غضب

درباره تأثیر اکراه در تحقق عناوین مدنی و غضب، دکتر جعفری لنگرودی مقرر می‌دارد: «فقها در این مسئله اختلاف دارند. برخی اکراه را مانع تحقق عقد می‌دانند و اکراه از نظر آنان موجب بطلان عقد است... ولی غالب فقها وجود اکراه را مانع صدق عقد نمی‌دانند و بالتبع نباید وجود اکراه را مانع صدق عناوین کیفری (از جمله غضب)

بدانند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، صص ۶۵-۶۶). در مواد ۲۰۳، ۲۰۹، ۷۶۳ و ۱۰۷۰ قانون مدنی ما، قانون گذار اکراه را مانع صدق و تحقق عقد ندانسته و عقد اکراهی نیز عقد دانسته شده است، اما عقد غیر نافذ. درباره غصب نیز به نظر می‌رسد که اکراه در غصب مانع تحقق عنوان غصب نیست. به عقیده دکتر جعفری لنگرودی، قانون مدنی در این باره ساکت است. قول مشهور در فقه این است که در این مورد مکروه غاصب است و مسئولیت کیفری و مدنی متوجه او است و شدت و ضعف اکراه تأثیری در این مسئله ندارد. بعضی معتقدند که اگر اکراه به سرحد اجبار برسد، اکراه کننده غاصب است، و گرنه اکراه شونده غاصب است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، صص ۶۶-۶۷).

۲-۲. مسئولیت مدنی مکروه و مکروه در اکراه به غصب

در خصوص مسئولیت مکروه و مکروه در خسارات ناشی از اکراه به غصب در مقابل مالک مال مغضوب چند نظر در فقه وجود دارد:

الف. مکروه غاصب محسوب می‌شود و ضمان بر عهده مکروه غاصب است؛ لیکن او بعد از دادن خسارت می‌تواند به مکروه مراجعه کند و هر چه خسارت داده، از او بگیرد. یعنی ضمان نهایی بر عهده مکروه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۶۶)؛ در واقع معنای این نظر چنین است که استیلا بر مال غیر به نحو عدوان و یا اثبات ید بر مال غیر بدون اذن مالک، چه با اختیار و اراده باشد و چه از روی اکراه، در هر دو حالت مشمول عنوان غصب و یا شبه غصب بوده و متصرف (مکروه یا غیر مکروه) مسئول جبران خسارت مالک است؛ به عبارت دیگر، اختیار و عدم اختیار در تصرف مال غیر تأثیری در صدق عنوان غصب و شبه غصب ندارد. بنابراین چون رابطه‌ای بین مالک و مکروه وجود ندارد، مالک حق مراجعه به مکروه را ندارد. اما در رابطه بین مکروه و مکروه چون مکروه سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود، لذا مکروه بعد از جبران خسارت مالک حق مراجعه به مکروه را دارد.

ب. مکروه ضامن نیست و اکراه کننده شخصاً در مقابل مالک مسئول است. اکثر طرف دار این قول‌اند. دکتر جعفری لنگرودی در تأیید این نظر که در سال ۱۳۴۹ ذکر

کرده است، به ماده ۴۱ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ استناد کرده^۱ و مقرر نموده که این ماده در مسئولیت کیفری علی‌الاصول نفی مسئولیت از مکره می‌کند؛ زیرا مطابق این ماده در صورت وقوع اجبار (که اعلی‌درجه اکراه است) جرم محقق می‌شود، ولی مکره مجازات نمی‌شود. اما اطلاق ماده ۳۱۱ ق.م.مستلزم ضمان مکره است، لیکن عمل به اطلاق ماده، نوعی استدلال لفظی است و اصل براءت هم به نفع غاصب مذکور جاری است. به علاوه از نظر قانون مدنی ما که رویه غالب مقنن پیروی از قول مشهور است، باید در باب مسئولیت مدنی غاصب بگوییم که مسئولیت از همان ابتدا متوجه کسی است که دیگری را اکراه به تصرف در مال غیر کرده است. همچنین ایشان برای تأیید نظر خود به عرف نیز استناد کرده‌اند و معتقدند که تفاهم عرف هم اکراه را مانع صدق عناوین مدنی و کیفری نمی‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، صص ۶۶-۶۸). دکتر کاتوزیان نیز در تأیید قول به عدم مسئولیت مکره چنین بیان کرده است: «ضمان شدید و گسترده غاصب نوعی واکنش حقوقی در برابر عدوان و تجاوز به حقوق دیگران است که درباره مکره صدق نمی‌کند. وانگهی در واقع اکراه‌کننده است که با فشار مادی یا معنوی بر مکره او را وسیله استیلای عدوانی خود بر مال دیگری ساخته است. پس اکراه‌کننده را باید غاصب شناخت و از مباشر ناتوان درگذشت. با وجود این، تکلیف به بازگرداندن عین بر عهده مکره است که در نخستین لحظه زوال اکراه باید به آن اقدام کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۸۰، ش ۵۲۹)، زیرا ید مکره بر مال غیر تا بقای کره، ید امانی قانونی است، لذا پس از زوال کره در اولین فرصت عرفی ممکن باید مال را به مالکش مسترد کند، و در غیر این صورت ید وی تبدیل به ضمانی خواهد شد.

۱. ماده ۴۱ ق.م.ع. ۱۳۰۴ شمسی: «هر کسی که به موجب ضرورت برای دفاع و حفظ نفس یا ناموس خود مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد (رجوع به فصل اول از باب سوم این قانون) و همچنین است کسی که به واسطه اجبار بر خلاف میل خود مجبور به ارتکاب جرم گردیده و احتراز از آن هم ممکن نبوده است، مگر در مورد قتل که مجازات مرتکب تا سه درجه تخفیف خواهد شد». معادل فعلی این ماده در خصوص اجبار را در ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌توان ماده ۱۵۱ دانست که در آن به جای «اجبار» عبارت «اکراه غیرقابل تحمل» به کار رفته است.

ج. نظر نگارنده: به نظر می‌رسد برای تعیین مسئولیت مکره و مکره در مانحن فیه باید قائل به تفصیل شد و بین خسارات ناشی از مباشرت مکره و خسارات ناشی از تسبیب وی باید فرق گذاشت؛ بدین توضیح که در اکراه به غصب و در زمان بقای کره اگر مکره مال مغضوب را مباشرتاً تلف یا ناقص یا معیوب کرده و یا منافع مال را استیفا کرده باشد، نظر به اینکه طبق ماده ۳۲۸ ق.م در اتلاف یا ناقص یا معیوب کردن، عمد و غیر عمد و نیز تقصیر و غیر تقصیر شرط نیست و با توجه به اینکه در فرض مسئله اکراه بر اتلاف صورت نگرفته، بلکه صرفاً اکراه بر غصب صورت گرفته است، لذا در این صورت فقط مکره در مقابل مالک مسئول است. ولی بعد از جبران خسارت مالک حق مراجعه به مکره را از باب سبب اقوی از مباشر (که در رابطه بین این دو لحاظ می‌شود) دارد. اما اگر خسارت وارده به مالک توسط مکره و در زمان بقای کره، به مباشرت نباشد، بلکه به تسبیب باشد (تلف یا ناقص یا معیوب شدن ناشی از تسبیب و یا خسارت ادعایی مالک، عدم النفع باشد - بر فرض قابل مطالبه بودن عدم النفع-)، در این صورت نیز دو فرض قابل تصور است: اگر خسارت ناشی از تسبیب همراه با تقصیر مکره باشد، فقط مکره به عنوان سبب اقوی از مکره مسئول است، اما اگر خسارت ناشی از تسبیب بدون تقصیر رخ داده باشد، چون در تسبیب تقصیر شرط است و صرف غصب اکراهی عرفاً تقصیری برای مکره محسوب نمی‌شود بلکه تقصیر قابل انتساب به مکره است، لذا مکره در مقابل مالک سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود و مسئول است. البته آنچه که گفته شد، مربوط به مواردی است که خسارت وارد بر مال مغضوب در زمان بقای کره واقع شده باشد، اما اگر خسارت پس از زوال کره رخ داده باشد، با توجه به اینکه مکره بعد از زوال کره وظیفه داشت در اولین فرصت عرفی ممکن مال را به مالکش رد کند، در صورت عدم رد مال، ید وی تبدیل به ید ضمانی شده و فقط خود او مسئول خساراتی است که مباشرتاً یا به تسبیب بر مال مغضوب وارد شده است.

۲-۳. مسئولیت مدنی در اکراه غاصب به اتلاف مال مغضوب

اگر کسی بدون اکراه بر مال متعلق به غیر تصرف غاصبانه یا شبه‌غاصبانه نماید و بعد

از حدوث ید ضمانی، فردی غاصب و یا شبه‌غاصب را به اتلاف مال مغضوب یا شبه‌مغضوب اکراه کند، در خصوص مسئولیت مکره و مکره چند نظر وجود دارد:

الف. ضمان تلف بر عهده مکره و مکره به صورت تضامنی است و مالک به هر کدام که بخواهد می‌تواند رجوع کند. اگر مالک به مکره رجوع کرد، مکره حق مراجعه به مکره را ندارد؛ بر خلاف عکس آن (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۶۶). علت مسئولیت مکره این است که ید مکره قبل از اکراه به دلیل غصب ضمانی بوده و اکراه ید ضمانی او را ساقط نمی‌کند و اگرچه مکره سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود، اما مسئولیت مکره در اینجا به دلیل ید ضمانی سابق او است، نه به دلیل قوت مباشرت. به همین دلیل مکره بعد از جبران خسارت مالک حق مراجعه به مکره را دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۵۹).

ب. ضمان تلف فقط بر عهده مکره است، زیرا وی غاصب بوده و ید او همچنان ضمانی است. البته در صورت مراجعه مالک به مکره غاصب، مکره بعداً حق مراجعه به مکره را برای دریافت غرامت دارد (بهرامی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۴).

از بین دو نظر فوق، نظر اول قوی‌تر و قابل قبول است؛ زیرا همان‌طور که در این تحقیق در بحث «ضمان مدنی در اکراه به اتلاف مال غیر مضمون» گفتیم که قول مشهور قائل به ضمان مکره است نه مکره، و با توجه به اینکه عمل مکره در اکراه به اتلاف مال مضمون و مال غیر مضمون ماهیتاً تفاوتی ندارد و در هر دو مورد سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود، لذا در هر دو مورد مکره را باید مسئول دانست. تفاوت این دو مورد فقط در مسئولیت و عدم مسئولیت مکره است. درباره اکراه به اتلاف مال غیر مضمون، چون عمل مکره رابطه سببیت بین فعل مباشر (مکره) و تلف را قطع می‌کند، مکره مسئول نیست، اما در اکراه به اتلاف مال مضمون که غاصبی و ادار به تلف مال غیر می‌شود، چون در اثر غصب سابق بر اکراه ید ضمانی مکره تحقق یافته و غاصب مسئولیت مطلق دارد، لذا هیچ عاملی جز رد مال به صاحبش ید ضمانی او را از بین نمی‌برد؛ به همین دلیل مسئولیت مکره مانع از مسئولیت مکره در کنار او نیست.

۳. مسئولیت مدنی در اکراه به انجام عمل حقوقی

هنگامی که شخصی اکراه به انجام عمل حقوقی می‌شود، دو حالت متصور است: نخست اینکه مکروه مالک مال مورد معامله باشد، دوم اینکه مکروه فصول باشد؛ در هر دو حالت مذکور ممکن است مالک معامله را تنفیذ کند یا تنفیذ نکند.

در باره فرض اول که مکروه مالک مال مورد معامله است، در صورتی که معامله را تنفیذ نکنند و از اکراه ضرری متوجه او شود، مکروه از باب تسبیب، مسئول جبران خسارت وارد بر او است، اما اگر مالک (مکروه) معامله را تنفیذ کند و در اثر اکراه ضرری بر او وارد شده باشد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تنفیذ معامله اکراهی به معنای ابرای مکروه از مسئولیت مدنی است یا چنین ملازمه‌ای وجود ندارد. در پاسخ می‌توان گفت با توجه به اینکه ممکن است مالک برای جلوگیری از ضرر بیشتر اقدام به تنفیذ معامله کرده باشد، لذا تنفیذ معامله الزاماً به معنای ابرای مذکور نیست و با توجه به اصل عدم ابرا و استصحاب حق مطالبه خسارتی که قبل از تنفیذ وجود داشت، دلیلی بر ابرای یادشده وجود ندارد و اثبات ابرا بر عهده مکروه است.

اما در باره فرض دوم که مکروه در انجام عمل حقوقی فصول است: الف. اگر فصول مکروه، مال مورد معامله را به تصرف طرف معامله داده باشد، احکام غصب بر او بار می‌شود و در صورتی که مالک معامله را تنفیذ نکند، تابع همان نظریاتی خواهد بود که در مباحث قبل ذیل تیتیر «مسئولیت مدنی مکروه و مکروه در اکراه به غصب» بیان شد. اما اگر مالک معامله را تنفیذ کند، باز هم سؤال سابق مطرح می‌شود که آیا تنفیذ معامله اکراهی به معنای ابرای مکروه فصول و مکروه از مسئولیت مدنی است یا چنین ملازمه‌ای وجود ندارد. پاسخ همان است که در فرض قبل بیان شد. ب. اگر فصول مکروه مال مورد معامله را به تصرف طرف معامله نداده و خود نیز تصرفی بر مال مذکور نداشته و از معامله مذکور خسارتی به مالک وارد شده باشد، مشمول احکام تسبیب می‌شود. به عبارت دیگر در این حالت دو فرض قابل تصور است: اگر با عدم قبول خواسته مکروه خسارتی که به مکروه فصول وارد می‌شد کمتر از خسارتی باشد که از انجام معامله فصولی به مالک وارد شده است، در این صورت مکروه فصول مقصر محسوب می‌شود و

به‌عنوان سبب اقوی از مکره در مقابل مالک مسئول است، اما اگر خسارت متصور ناشی از عدم قبول خواسته مکره بیشتر از خسارت وارده به مالک باشد، در این صورت مکره در مقابل مالک سبب اقوی از مباشر محسوب شده و مسئول است. البته به نظر می‌رسد که دکتر جعفری لنگرودی مخالف این نظر باشد. ایشان در بیان اقسام ضرر ناشی از اکراه، رعایت اشد و اخف مذکور در فوق را نمی‌پذیرند: «دو ضرر در هر اکراه متصور است: نخست، ضرر موعود به مکره؛ دوم، ضرری که از فعل مکره بر اثر اکراه ممکن است صادر گردد، به خودش یا به ثالث. ممکن است ضرر اولی اخف از ضرر دومی باشد و یا بالعکس. در باب اکراه رعایت اخف و اشد مذکور نمی‌شود؛ زیرا به موجب نصوص اکراه، اکراه رافع حرمت است (جز در مورد قتل) بدون لحاظ اشد و اخف» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۳۵۲).

البته در موارد فوق در صورتی که در اثر اکراه به مکره فصول هم خسارتی وارد شده باشد، از باب تسبیب می‌تواند به مکره رجوع نموده و از او مطالبه خسارت نماید.

۴. مسئولیت مدنی در اکراه موجد خسارت وارد به جسم و روان؛ به‌طور خاص: اکراه به زنا

مسئولیت مدنی در اکراه موجب خسارت وارد بر جسم تحت‌عنوان مسئولیت مدنی ناشی از اکراه به جرم، قابل بررسی است که البته آن را باید در مقاله دیگری بررسی نمود و در این مقال نمی‌گنجد؛ لیکن با نظر به اینکه در زنا پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره مطرح است، به گونه‌ای که مهرالمثل نقش خسارت معنوی (محمودیان اصفهانی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۱۴۵) و ارش البکاره نقش خسارت مادی را دارد^۱ (در متن ماده ۲۳۱ ق.م.ا عبارت «علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل محکوم می‌شود»، مؤید این است که مهرالمثل و ارش البکاره جدای از مجازات هستند)، همچنین با توجه به اینکه ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی به زناهای اکراهی و غیراکراهی و خسارت معنوی ناشی از آن پرداخته است، لذا در این خصوص رابطه ماده ۹ ق.م.ا با تبصره ۱ ماده ۶۵۸

۱. البته ارش طبق ماده ۴۴۹ ق.م.ا دیه غیرمقدر است.

ق.م.ا از جهت نسخ یا تخصیص قابل بررسی است؛ بنابراین در این مجال فقط به مسئولیت مدنی ناشی از اکراه به زنا می پردازیم.

ضمان ناشی از اکراه به زنا تحت سه عنوان حد شرعی، پرداخت مهرالمثل، و ارش البکاره به مکره قابل بررسی است. در کتاب های فقهی تفکیکی بین ضمان مدنی و کیفری ناشی از این اکراه به عمل نیامده و همه در یک جا مورد بررسی واقع شده است. لیکن از لحاظ حقوق موضوعه چنین تفکیکی مفید و لازم است. اگرچه ضمان به پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره نوعی مسئولیت مدنی است، نه کیفری، زیرا به زیان دیده از جرم پرداخت می شود، نه به دولت، و زیان دیده می تواند ذمه عامل زیان را به این ضمان ابرا کند، لیکن دو ضمان مذکور در قانون مجازات اسلامی آمده است، نه در قوانین مربوط به مسئولیت مدنی؛ بنابراین علی رغم اینکه ماهیت این ضمان مسئولیت به جبران خسارت است نه مجازات، لیکن از جهت اینکه زنا جرم است، مسئولیت مدنی ناشی از آن نیز به تبع مسئولیت کیفری و به همراه آن در قانون مجازات اسلامی آمده است.

درباره مسئولیت مدنی ناشی از زنای اکراهی، فقها زانی مکره را مسئول می دانند، اما در خصوص میزان مسئولیت وی بر حسب اینکه مکره غیرباکره و یا باکره باشد، حکم مسئله متفاوت است؛ در موردی که مکره غیرباکره باشد، فقها اتفاق نظر دارند که وی فقط مستحق دریافت مهرالمثل از مکره است، اما در موردی که مکره باکره باشد، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از فقهای امامیه معتقدند که در زنای اکراهی، مکره باکره فقط مستحق دریافت مهرالمثل از مکره است (نجفی، ۱۴۲۳ق، ص ۱۱۵؛ موحدی لنگرانی، بی تا، ص ۴۳۳؛ بهجت گیلانی فومنی، ۱۴۲۶ق، صص ۵۴۳-۵۴۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۷۵؛ حلی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۹۲)، اما بیشتر فقها اعتقاد دارند که مکره علاوه بر مهرالمثل باید ارش البکاره را نیز به مکره بدهد (خراسانی، بی تا، ص ۴۵۶؛ حلی، ۱۴۲۴ق، ص ۵۹۱-۵۹۲؛ موسوی خمینی، بی تا، ص ۵۸۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۰۷؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۹۷؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۷۰۲؛ عاملی، بی تا، ص ۴۵۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۳۶). دلیل گروه اول این است که منشأ ضمان فعل واحد است (زنای اکراهی)، لذا باید یک ضمان بر زانی مکره مستقر

شود که این ضمان (پرداخت مهرالمثل) در واقع عوض وطی (نزدیکی) نامشروع است. به نظر این گروه، مهرالمثل ارش البکاره را هم در درون خود دارد. اما گروه دوم معتقدند که مهرالمثل غیر از ارش البکاره است؛ زیرا مهرالمثل عوض وطی و تمتع جنسی نامشروع است، در حالی که ازاله بکارت جنایت دیگری غیر از وطی و تمتع است و ارش البکاره ضمان این جنایت است (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۰۷؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۷۰۲؛ عاملی، بی تا، ص ۴۵۲). به عبارت دیگر وطی ملازمه‌ای با ازاله بکارت ندارد؛ زیرا گاهی ممکن است وطی صورت گیرد، بدون اینکه ازاله بکارت تحقق پذیرد. بنابراین وطی و ازاله بکارت موضوعاً و حکماً دو امر جداگانه هستند. به همین دلیل ارش البکاره داخل در مهرالمثل قرار نمی‌گیرد و جدای از آن است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۳۶. برای مطالعه بیشتر ر.ک: محمودیان اصفهانی و المیر، ۱۳۹۲، صص ۱۱۸-۱۲۲).

در تأیید قول دوم و با در نظر گرفتن انصاف و عدالت می‌توان چنین استدلال کرد که ارش البکاره خسارت مادی ازاله بکارت است، اما مهرالمثل خسارت معنوی ناشی از زنا یا اکراهی است؛ لذا این دو با هم قابل جمع‌اند. هدف از برقراری مسئولیت مدنی داراشدن زیان دیده نیست، بلکه باید تا حد امکان وضعیت زیان دیده را به حالت قبل از وقوع زیان رساند. در مانحن فیه نیز واقعاً دو خسارت جداگانه به زیان دیده وارد شده که یکی داخل در دیگری نیست و لذا هر یک باید ضمان خاص خود را داشته باشد.

برخی نیز در کتاب خود در موردی که مکره کنیز (جاریه) و یا آزاد باشد، قائل به تفصیل شده و دو حکم متفاوت داده‌اند؛ بدین توضیح که اگر مکره کنیز و باکره باشد، مکره زانی باید ارش البکاره را به عنوان نقص قیمت کنیز به علاوه مهرالمثل او به صاحبش بدهد، زیرا زنا یا اکراهی با کنیز متعلق به غیر که باعث ازاله بکارت او شود، جنایت بر مال غیر محسوب می‌شود که باعث نقص قیمت او شده و مستلزم پرداخت ارش است، اما اگر مکره، شخص آزاد و باکره باشد، وی از مکره فقط می‌تواند مهرالمثل را مطالبه کند، نه ارش البکاره را؛ زیرا این دو با هم قابل جمع نیستند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، صص ۴۴۹-۴۵۰).

در انتقاد از این نظر که ضمان ازاله بکارت در کنیز و غیرکنیز را تابع دو حکم

متفاوت دانسته، می‌توان گفت هرچند برابر دانستن کنیز با مال قابل قبول نیست، اما فارغ از این امر، اولاً ازاله بکارت چه در کنیز و چه در شخص آزاد ماهیتاً یکسان است و باید تابع یک حکم باشد، ثانیاً درباره کنیز که ملک دیگری فرض شده، برای مالک وی حق مطالبه ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل قائل شده‌اند؛ حال چگونه است که در مورد شخص آزاد که مالک خودش است حق مطالبه ارش البکاره وجود نداشته باشد؟ در این مورد باید به طریق اولی قائل به چنین مطالبه‌ای شد. بنابراین تفکیک مذکور مورد قبول نیست و حق با کسانی است که ضمان ازاله بکارت با زنا یا اکراهی را حق مطالبه مهرالمثل و ارش البکاره می‌دانند. در قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار در ماده ۲۳۱ با تبعیت از قول اکثر فقهای امامیه حکمی مطابق با حق و انصاف و عدالت داده است.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر مکروه غیر از زانی باشد، به عبارت دیگر شخصی مرد یا زن و مردی را اکراه به زنا نماید، در این صورت آیا بر مردی که اکراه بر زنا شده مسئولیت مدنی به شرح فوق مستقر می‌شود؟

اگر فقط مرد، مکروه و زن راضی بر زنا باشد، در این صورت بنابر قاعده اقدام، زن مستحق مهرالمثل و یا ارش البکاره نخواهد بود (برای تأیید این نظر و بررسی مبسوط این موضوع و تفسیر عبارت «چیزی ثابت نیست» در ماده ۶۵۸ ق.م.ا رجوع کنید: آوان و سلطانی، ۱۳۹۶، صص ۱۸-۲۷؛ محمودیان اصفهانی و مالیر، ۱۳۹۲، صص ۱۳۳-۱۳۵). به عبارت دیگر در این حالت مکروه و مکروه معاف از مسئولیت مدنی هستند. تبصره ۱ ماده ۶۵۸ ق.م.ا نیز همین نظر را در بر دارد. اما ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی به گونه‌ای انشا شده که گویا در تعارض با تبصره ۱ مذکور است؛ زیرا ماده ۹ ق.م.ا دلالت دارد بر اینکه اگر زنا یا مطاوعی در اثر اغفال و یا حيله صورت گیرد، زن می‌تواند خسارت مادی و معنوی را از زانی مطالبه نماید. حال آیا رابطه بین این دو ماده رابطه نسخ است یا تخصیص؟ توضیح اینکه ماده ۹ مذکور، هم زنا یا مطاوعی را در بر می‌گیرد و هم زنا یا غیرمطاوعی را. به عبارت دیگر ماده ۹ ق.م.ا سه مورد را ذکر کرده است که عبارتند از: اعمال حيله، اعمال تهدید و سوءاستفاده از زیردست بودن. از سه مورد مذکور اعمال حيله و سوءاستفاده از زیردست بودن ممکن است با تهدید و یا بدون تهدید صورت گیرد که حالت اول واجد اکراه و حالت دوم

فاقد اکراه است. محدوده تعارض تبصره ۱ ماده ۶۵۸ ق.م.ا و ماده ۹ ق.م.م نیز حالت دوم مذکور در فوق است که مطاوعی و فاقد اکراه است. به نظر می‌رسد برای جلوگیری از سوءاستفاده زنان مرتکب زنا مطاوعی و با توجه به اینکه قانون مسئولیت مدنی قبل از انقلاب اسلامی و در زمان حکومت غیراسلامی تصویب شده و طبعاً به مبانی فقه اسلامی در تصویب آن چندان التفاتی نشده است، باید گفت که فقط در محدوده زنا مطاوعی، تبصره ۱ ماده ۶۵۸ ق.م.ا نسخ ماده ۹ ق.م.م است (آوان و سلطانی، ۱۳۹۶، صص ۲۶-۲۷). اما اگر شخصی زن و مردی را اکراه بر زنا نماید، در این فرض برای تعیین مسئولیت یا عدم مسئولیت مکره و مرد مکره ابتدا باید بررسی شود که آیا اکراه مانع تحقق جرم و به تبع آن مانع مجازات است، یا اینکه عمل موضوع اکراه (مکره‌علیه) در صورت تطبیق با عناوین مجرمانه جرم تلقی می‌گردد، ولی اکراه رافع مسئولیت کیفری برای مکره است. این سؤالی است که به عقیده دکتر جعفری لنگرودی کسی به آن نپرداخته است. وی می‌گوید: «سؤالی که باید به صورت علمی طرح کرد و (نکرده‌اند) این است که این اختیار محدود حاصل از اکراه برای تحقق جرائم کافی است؟» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، صص ۳۵۲-۳۵۳).

از مواد قانون مجازات اسلامی چنین بر می‌آید که اکراه در ارتکاب جرائم مانع تحقق جرم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۶۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۶۷). جرم در اثر اکراه واقع می‌شود، اما این جرم به مکره منتسب نمی‌گردد، بلکه انتساب آن به مکره است. به عبارت دیگر مجرم جرم ناشی از اکراه، شخص مکره است نه مکره؛ مگر در باره اکراه به قتل که هم مکره و هم مکره مجرم محسوب می‌شوند (ماده ۳۷۵ ق.م.ا). بنابراین در غالب موارد اکراه به جرم، برای مکره مجازات فاعل جرم در نظر گرفته شده و اکراه موجب معافیت مکره از مجازات اعلام شده است؛ زیرا اختیار محدود حاصل از اکراه و عدم سوءنیت مکره، انتساب جرم را به مکره از بین می‌برد و آن را منتسب به مکره می‌کند. البته لازم به ذکر است که مطابق ماده ۱۵۱ ق.م.ا اکراهی مانع انتساب جرم به مکره می‌شود که غیرقابل تحمل باشد؛ در غیر این صورت، خود شخص مکره مجرم محسوب می‌گردد. در ماده ۸۴ ق.م نیز قانون‌گذار اکراه به زنا

را مانع تحقق زنا درباره مکزه دانسته است. بنابراین با عنایت به مطالب فوق اگر شخصی زن و مردی را اکراه بر زنا نماید، مکزه مسئول پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره به زن خواهد بود، نه مکزه.

نتیجه گیری

درباره مسئولیت مدنی ناشی از اکراه می توان به مسئولیت مدنی ناشی از اکراه موجد خسارت به اموال (شامل اکراه به اتلاف و یا اکراه به تسبیب در ورود خسارت به مال غیر، اعم از مضمون و غیر مضمون، اکراه به غصب و اکراه به انجام عمل حقوقی) و مسئولیت مدنی ناشی از اکراه موجد خسارت به جسم و روان (به طور خاص اکراه به زنا در این مقاله) اشاره کرد. در اکراه موجد خسارت به اموال تأثیر اکراه در همه موارد فوق یکسان نیست و نمی توان یک حکم کلی واحد برای تمام موارد بیان کرد. در برخی از موارد، اکراه رافع مسئولیت مکزه است و تمام خسارات ناشی از اکراه بر عهده اکراه کننده قرار می گیرد، اما در برخی موارد نیز اکراه رافع مسئولیت مدنی مکزه نیست که در این صورت گاهی مسئولیت به جبران خسارت تماماً بر عهده مکزه است و گاهی نیز متضامناً با مکزه مسئول قرار می گیرد. نتیجه اینکه اکراه مطلقاً رافع مسئولیت مدنی اکراه شونده نیست، بلکه غالباً رافع مسئولیت مدنی او است.

ضمان مدنی ناشی از اکراه به زنا، پرداخت مهرالمثل (خسارت معنوی) و ارش البکاره (خسارت مادی) است. اگر ثالثی مردی را اکراه به زنا نماید اما زن راضی بر آن باشد (زناى مطاوعی)، طبق قاعده اقدام مسئولیت مدنی برای مکزه به وجود نمی آید، اما اگر ثالث مذکور زن و مردی را اکراه به زنا نماید، زنا منتسب به مکزه نیست، بلکه منتسب به ثالث مکزه است. در این صورت وی باید مهرالمثل و ارش البکاره را به زن مذکور بدهد.

با عنایت به مراتب فوق و به عنوان ماحصل پژوهش حاضر، مواد قانونی پیشنهادی نگارنده برای اضافه شدن به مواد قانونی مربوط به مسئولیت مدنی، در قانون مدنی و یا قانون مسئولیت مدنی به شرح زیر ذکر و پیشنهاد می گردد:

ماده ۱. در اکراه به اتلاف مال غیر در صورتی که مال غیر مضمون باشد، در مقابل مالک فقط مکزه مسئول است و در صورت رجوع مالک به مکزه، او نیز می‌تواند برای دریافت غرامات به مکزه رجوع کند؛ لیکن در صورتی که مال مضمون باشد، مکزه و مکزه متضامناً در مقابل مالک مسئول‌اند.

ماده ۲. در اکراه به تسبیب در ورود خسارت به مال غیر در صورتی که مال غیر مضمون باشد، با فرض تقصیر مکزه فقط خود او در برابر مالک مسئول جبران خسارت است، اما در فرض عدم تقصیر مکزه فقط مکزه در برابر مالک مسئول خواهد بود. لیکن اگر مال غیر مضمون باشد، مکزه و مکزه متضامناً در مقابل مالک مسئول‌اند.

ماده ۳. حکم جبران خسارات ناشی از اکراه به غصب نیز مطابق مواد ۱ و ۲ فوق است.

ماده ۴. در اکراه به انجام عمل حقوقی در صورتی که مکزه مالک مال مورد معامله باشد، مکزه مطلقاً (اعم از تنفیذ و یا عدم تنفیذ معامله فضولی) ضامن جبران خسارت مالک است.

ماده ۵. در اکراه به انجام عمل حقوقی، اگر مکزه مالک مال مورد معامله نباشد، در صورت صدق عنوان غاصب و یا شبه‌غاصب بر فضول مکزه مشمول مواد ۱ و ۲ فوق قرار می‌گیرد، اما در صورت عدم صدق عنوان غاصب و یا شبه‌غاصب بر فضول مکزه، مکزه در مقابل مالک مسئول است، مگر اینکه خسارتی که به مکزه در اثر عدم قبول خواسته مکزه وارد می‌شد کمتر از خسارتی باشد که از انجام معامله فضولی به مالک وارد شده است. در این صورت مکزه فضول در مقابل مالک مسئول است.

فهرست منابع

۱. آوان، رضا؛ سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۶). جایگاه ارش البکاره، مهرالمثل و خسارت معنوی در زناى مطاوعی از منظر فقه با رویکرد نقد قانون مجازات اسلامی ۹۲. فقه و اصول، ۴۹ (۱۱۰)، صص ۹-۳۰.
۲. ابن‌ادریس حلّی، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم، ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن‌عابدین، محمد امین. (۱۴۲۳ق). رد المحتار علی الدر المختار: شرح تنویر الابصار (ج ۹). ریاض: دارعالم الکتب.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب المحرمه والبیع والخیارات (چاپ اول، ج ۳). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (ج ۲). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. بهجت گیلانی فومنی، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (چاپ دوم، ج ۵). قم: دفتر معظم‌له.
۷. بهرامی، حمید. (۱۳۹۳). ضمان قهری (چاپ دوم). تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب (چاپ سوم، ج ۱ و ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی الاحکام: کتاب القصاص (چاپ دوم). قم: دارالصدیقه الشهبده علیه السلام.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۴۹). غصب. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۳)، صص ۵۱-۶۷.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۰). عناصر غصب (۲). مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۷)، صص ۶۳-۹۸.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱). الفارق (چاپ دوم، ج ۱). تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۲). فرهنگ عناصرشناسی (چاپ دوم). تهران: گنج دانش.
۱۴. حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع القَطّان. (۱۴۲۴ق). معالم‌الدین فی فقه آل یاسین (چاپ اول، ج ۲). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری. (۱۴۲۸ق). ایضاح ترددات الشرائع (چاپ دوم، ج ۲). قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۱۶. خراسانی، علی محمدی. (بی تا). شرح تبصره المتعلمین (ج ۲). بی جا: بی نا.
۱۷. الدسوقی المالکی، محمد بن أحمد بن عرفه. (بی تا). حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير (ج ۳). دمشق: دارالفکر.
۱۸. رشتی گیلانی، میرزا حبیب‌الله. (بی تا). کتاب الغضب. بی جا: بی نا.
۱۹. الزحلی، وهبه. (۱۴۰۲ق). نظریة الضمان او الاحکام المسؤولة المدنية والجناية في الفقه الاسلامی. دمشق: دارالفکر.
۲۰. سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام (چاپ چهارم، ج ۲۹). قم: مؤسسه المنار.
۲۱. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التفتیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول، ج ۴). قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۲۲. سیوطی، الامام جلال‌الدین. (۲۰۱۰م). الاشباه والنظائر فی قواعد وفروع فقه الشافعیه (چاپ اول). بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی العاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول، ج ۱۲ و ۱۵). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (چاپ سوم، ج ۷). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۵. عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی. (بی تا). مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول، ج ۱۰). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه (چاپ دوم، ج ۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول، ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۲). قواعد عمومی قراردادها (چاپ دوم، ج ۱). تهران: انتشارات بهنشر.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). مسئولیت مدنی (چاپ نهم، ج ۲). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۰. محمودیان اصفهانی، کامران؛ پوربافرانی، حسن و یوسفزاده، حسن. (۱۳۹۵). بررسی تطبیقی مجازات ازاله بکارت در فقه امامیه و حقوق کیفری. پژوهش‌های فقهی، ۱۲(۱)، صص ۱۳۷-۱۷۰.
۳۱. محمودیان اصفهانی، کامران؛ مالیر، محمود. (۱۳۹۲). جبران خسارات ازاله بکارت در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه. مجله حقوقی دادگستری، ۸۳(۸۳) صص ۱۱۳-۱۵۰.
۳۲. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه (چاپ اول، ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). فقه الإمام الصادق علیه السلام (چاپ دوم، ج ۵). قم: مؤسسه انصاریان.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید (چاپ دوم، ج ۳). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۵. موحدی لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۹ق). تفصیل الشریعه: الغصب، إحياء الموات، المشتركات واللقطه (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۶. موحدی لنکرانی، محمد فاضل. (بی تا). جامع المسائل (چاپ یازدهم، ج ۲). قم: انتشارات امیر قلم.
۳۷. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول، ج ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۸. موسوی خمینی، سیدروح الله. (بی تا). تحریر الوسیله (چاپ اول، ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

۳۹. نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمدرضا. (۱۴۲۳ق). سفینه النجاه ومشکاه الهدی ومصباح السعادات (چاپ اول، ج ۴). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۰. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (چاپ هفتم، ج ۳۷ و ۴۲). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

References

1. Al-Dusuqi Al-Maliki, M. (n.d.). *Al-Dasuqi ala Al-Sharh Al-Kabir*. (Vol. 3). Damascus: Dar al-Fikr.
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Sharia*. (2nd ed., vol. 9). Qom: Islamic Publishing Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
3. Al-Zuhaili, W. (1402 AH). *Nazariyah al-Ziman aw al-Ahkam al-Mas'uliyah al-Madaniyah va al-Jena'iyah fi al-Fiqh al-Islami*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
4. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Alamah*. (1st ed., vol. 10). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
5. Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib al-Muharram, al-Bayy 'wa al-Khayaryat*. (1st ed., vol. 3). Qom: International Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
6. Ansari, M. (1428 AH). *Fara'id al-Usul*. (Vol. 2). Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
7. Avan, R., & Soltani, A. A. (1396 AP). The position of Arsh Al-Bakareh, Mahr al-Mithl and moral damage in adultery from the perspective of jurisprudence with a critical approach to the Islamic Penal Code 92. *Jurisprudence and Principles*, 49(110), pp. 9-30. [In Persian]
8. Bahrami, H. (1393 AP). *Coercive guarantee*. (2nd ed.). Tehran: Imam Sadegh University. [In Persian]
9. Behjat Gilani Foumani, M. T. (1426 AH). *Jame' al-Masa'il*. (2nd ed., Vol. 5). Qom: His Holiness's office. [In Arabic]
10. Fakhr al-Muhaqiqin Helli, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Moshkelat al-Qawa'id*. (1st ed., vol. 4). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
11. Heli, N. (1428 AH). *Izah Taradodat al-Shara'e*. (2nd ed., vol. 2). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
12. Helli, S. (1424 AH). *Ma'alim al-Din fi Fiqh al-Yasin*. (1st ed., vol. 2). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
13. Ibn Abedin, M. A. (1423 AH). *Rad Al-Mukhtar Ali Al-Dar Al-Mukhtar: Sharh Tanwir al-Absar* (Vol. 9). Riyadh: Dar al-Alam al-Kitab. [In Arabic]

14. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Saraei Al-Hawi le Tahrir al-Fatwa*. (2nd ed., vol. 3). Qom: Islamic Publishing Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
15. Jafari Langroudi, M. J. (1349 AP). Ghasb. *Journal of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*, (3), pp. 51-67. [In Persian]
16. Jafari Langroudi, M. J. (1350 AP). Elements of usurpation (2). *Journal of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*, (7), pp. 63-98. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1391 AP). *Al-Fariq*. (2nd ed., vol. 1). Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
18. Jafari Langroudi, M. J. (1392 AP). *Dictionary of Element Studies*. (2nd ed.). Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
19. Katozian, N. (1372 AP). *General Rules of Contracts*. (2nd ed., Vol. 1). Tehran: Behnashr Publications. [In Persian]
20. Katozian, N. (1390 AP). *Civil Liability*. (9th ed., Vol. 2). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
21. Khorasani, A. M. (n.d.). *Sharh Tabsirah al-Mute'alemin*. (vol. 2).
22. Mahmoudian Esfahani, K., & Malmir, M. (2013). Compensation for the loss of virginity in Iranian criminal law and Imami jurisprudence. *The Judiciary Law Journal*, (83) pp. 113-150. [In Persian]
23. Mahmoudian Esfahani, K., & Pourbafrani, H., & Yousefzadeh, H. (1395 AP). A comparative study of the punishment of deprivation of virginity in Imami jurisprudence and criminal law. *Jurisprudential Researches*, 12(1), pp. 137-170. [In Persian]
24. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Religious Questions*. (2nd ed., Vol. 3). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
25. Maraghi, S. M. (1417 AH). *Al-Anawin al-Fiqhiyah*. (1st ed., vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
26. Mousavi Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'*. (1st ed., Vol. 2). Tehran: The Institute for Publications and Preparation of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]

27. Mousavi Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1st ed., vol. 2). Qom: Dar Al-Alam Press Institute.
28. Movahedi Lankarani, M. F. (1429 AH). *Tafsil al-Shari'a: Al-Qasb, Ihya al-Mawat, al-Mushtarakat va al-Laqti*. (1st ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams. [In Arabic]
29. Movahedi Lankarani, M. F. (n.d.). *Jame' al-Masa'il*. (11th ed., Vol. 2). Qom: Amir Ghalam Publications.
30. Mughniyeh, M. J. (1421). *Fiqh of Imam Al-Sadiq*. (2nd ed., Vol. 5). Qom: Ansarian Institute. [In Arabic]
31. Najafi Kashif al-Ghitta ', A. (1423 AH). *Safinat al-Najah, Mishkah al-Huda, and Misbah al-Saadat*. (1st ed., vol. 4). Najaf: Kashif Al-Ghitta Institute. [In Arabic]
32. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam* (7th ed., vols. 37 & 42). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
33. Rashti Gilani, M. (n.d.). *Kitab al-Qasb*.
34. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Mahadab al-Ahkam fi Bayan al-Halal va al-Haram*. (4th ed., vol. 29). Qom: Al-Manar Foundation. [In Arabic]
35. Seivari Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le Mukhtasar al-Shara'e*. (1st ed., vol. 4). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
36. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed., vols. 12, 15). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
37. Soyouti, J. (2010). *Al-Ashyah va al-Naza'ir fi Qawa'id va Forou' Fiqh Shafi'ei*. (1st ed.). Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah.
38. Tabrizi, J. (1416 AH). *Irshad al-Talib ila al-Ta'aliq ala al-Makasib*. (3rd ed., vols. 1, 2). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
39. Tabrizi, J. (1426 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam. Kitab al-Qisas*. (2nd ed.). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shuhada '[In Arabic]
40. Tusi, A. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed., vol. 7). Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Jafariyeh Works. [In Arabic]



Research Article

The Necessity of the Conditions of Reason, puberty and Couples' Being Muslim to Realize Ihsan in Adultery Hadd

Ruhollah Akrami¹

Received: 06/05/2021

Accepted: 26/11/2021

Abstract

Realization of Ihsan (being married) in adultery hadd requires that the person has previously had sexual intercourse with his or her spouse. However, the couple must have the conditions during the intercourse so that they can be sentenced to (Rajm) stoning if they commit adultery. There is no consensus on these conditions. Despite the fact that Article 226 of the Islamic Penal Code adopted in 2013 considers the wisdom and maturity of a person necessary in Ihsan of a man and a woman, and in addition, the maturity of the spouse during the intercourse is valid in the ihsan of a man. However, the findings of the current study, which has been done by descriptive-analytical method, indicate that there is no convincing evidence for the validity of

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran. r.akrami@qom.ac.ir.

* Akrami, R. (1400 AP). The Necessity of the Conditions of Reason, puberty and Couples' Being Muslim to Realize Ihsan in Adultery Hadd. *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 198-223.

Doi: 10.22081 / jf.2021.60770.2276.

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.

maturity and wisdom during the intercourse as a condition of ihsan, and that a person is mature and wise at the time of committing adultery is enough, although the intercourse with his/her spouse has been occurred in childhood or insanity. On the other hand, the couple's being Muslim is necessary for the fulfillment of ihsan in the case of at least one of them (the husband or wife) is Muslim and the narrated arguments is sufficient for that. Therefore, the provisions of the Islamic Penal Code in this regard should be reviewed.

Keywords

Ihsan, conditions of Ihsan, adultery causing stoning, criminal jurisprudence, criminal law.

مقاله پژوهشی

شرطیت عقل، بلوغ و اسلام زوجین جهت تحقق احسان در حد زنا روح‌الله اکرمی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۶

چکیده

تحقق احسان در حد زنا مستلزم آن است که فرد سابقاً با همسر خود نزدیکی کرده باشد. با وجود این زوجین باید در هنگام نزدیکی شرایطی را داشته باشند تا بتوان بر اساس آن حکم به مجازات رجم در صورت ارتکاب زنا از سوی ایشان صادر نمود. پیرامون شرایط مزبور اتفاق نظر وجود ندارد. به‌رغم اینکه ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عاقل و بالغ بودن شخص را در احسان زن و مرد لازم دانسته است و علاوه بر آن بلوغ همسر در هنگام نزدیکی را نیز در احسان مرد معتبر دانسته است؛ لکن نتایج پژوهش حاضر که به‌روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، حکایت از آن دارد که هیچ دلیل متقنی بر اعتبار بلوغ و عقل حین نزدیکی به‌عنوان شرایط احسان وجود ندارد و بالغ و عاقل بودن شخص در زمان ارتکاب زنا کفایت می‌کند، هرچند نزدیکی وی با همسرش در زمان کودکی یا جنون صورت گرفته باشد. در نقطه مقابل، اسلام طرفین در شرایطی که دست کم یکی از زوجین مسلمان باشند، برای تحقق احسان ضروری است و ادله نقلی بر آن دلالت دارد. از این رو مقررات قانون مجازات اسلامی در این زمینه می‌بایست مورد بازنگری قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها

احسان، شرایط احسان، زنا، موجب رجم، فقه جزایی، حقوق کیفری.

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. r.akrami@qom.ac.ir

* اکرمی، روح‌الله. (۱۴۰۰). شرطیت عقل، بلوغ و اسلام زوجین جهت تحقق احسان در حد زنا. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۱۹۸-۲۲۳.
Doi: 10.22081/jf.2021.60770.2276

فقه‌های اسلامی، به اتفاق، یکی از مجازات‌های زنای موجب حد را رجم می‌دانند که شرط ثبوت آن احصان مرتکب است. احصان از نظر واژگانی به معنای منع (ابن اثیر جزری، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹۷)، و در اصطلاح اجمالاً به وضعیتی اطلاق می‌شود که عفت و ورزی شخص را در پرتو ازدواج با همسری که با اطفای غریزه جنسی از وقوع در حرامش باز می‌دارد رقم می‌خورد.^۱ از همین رو کسی که دارای چنین وضعیتی بوده و با وجود آن مرتکب زنا می‌شود، با مجازات شدیدتری روبرو می‌شود که در برخی روایات از آن با عنوان «حد الله الأكبر» تعبیر شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۶۱). تحلیل دقیق مؤلفه‌های تشکیل دهنده کیفیت مشدده مزبور به جهت چنین ضمانت اجرای سنگینی مسئله‌ای بسیار ضروری می‌نماید. در این راستا در مقاله حاضر تلاش شده تا لزوم سه شرط بلوغ، عقل و اسلام در هر کدام از زوجین که در پرتو آنها بتوانند واجد احصان محسوب شوند، مورد مطالعه قرار گیرد. تحقیق فرارو به دنبال پاسخ‌گویی به این مسئله است که در قلمرو قیود موضوع دسته اخیر، کدام موارد می‌بایست در احصان زوجین اعتبار شود. در زمینه نقش شرایط مزبور در احصان تاکنون مقاله‌ای نوشته نشده است، لذا تحقیق حاضر با روشی توصیفی-تحلیلی سه شرط مورد مناقشه بلوغ، عقل و اسلام را بر مبنای مصادر فقه امامیه مورد مطالعه قرار داده،^۲ تا از این طریق بتوان با شناختی جامع‌تر از مبانی فقهی قانون‌گذار، رویکرد حقوق موضوعه کشورمان را به این مسئله بهتر ارزیابی نمود.

۱. همین کاربردهای مورد اشاره در قرآن کریم به عنوان منبع نخست اجتهاد نیز مشهود است؛ به نحوی که احصان گاه به معنای ازدواج (نظیر عبارت «والمحصنات من النساء إلا ما ملکتم ایمانکم» در آیه شریفه ۲۴ از سوره مبارکه نساء)، زمانی در مفهوم نزدیکی جنسی (مانند فراز «فإذا احصن» در آیه شریفه ۲۵ سوره مبارکه نساء)، و گاه به عنوان عفت (مانند فراز «والذین یرمون المحصنات» در آیه شریفه ۴ سوره مبارکه نور) استعمال شده است.

۲. تا جایی که تتبع نشان می‌دهد، تاکنون دو مقاله در تبیین وضعیت احصان نگاشته شده که نخستین آنها با عنوان «فلسفه احصان در جرایم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲» در سال ۱۳۹۶ در فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی منتشر، و دومین مقاله با عنوان «اسباب تحقق و زوال احصان در جرایم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲» در فصلنامه فقه و اصول در ۱۳۹۸ انتشار یافته، که در آنها به جایگاه شرایط سه گانه در احصان پرداخته‌اند.

۱. تحریر محل نزاع

تحقق احصان در گرو آن است که فرد دارای همسری باشد که با او نزدیکی نموده و متعاقب آن مرتکب زنا شود. ضرورت نزدیکی و عدم کفایت مجرد عقد نکاح جهت احصان زوجین امری اجماعی میان فقهای امامیه و اهل سنت است. فقهای امامیه و اهل سنت معتقدند نزدیکی باید از طریق قبل باشد و حتی در این زمینه ادعای عدم خلاف شده است (ابن قدامه مقدسی، ۲۰۰۴م، ص ۲۱۸۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۴۴۴). در فقه امامیه نیز بر لزوم نزدیکی جهت تحقق احصان ادعای اجماع شده است (ابن زهره حسینی حلبی، ۱۴۱۷ق، صص ۴۲۳-۴۲۴)؛ موضعی که مستند به روایات متعدد است که از نظر سندی و دلالتی با خدشه روبرو نیستند. محمد بن مسلم در حدیث صحیح السندی درباره فرموده خداوند متعال: «فَإِذَا أَحْصَنَ» (نساء، ۲۵) می پرسد که امام علیه السلام می فرماید: «احصان زنان به این است که با آنها نزدیکی شده باشد». راوی در ادامه سؤال می کند که اگر نزدیکی صورت نگیرد حد بر آنها جاری می شود؟ حضرت پاسخ مثبت می دهند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۷). این خبر در اعتبار نزدیکی در احصان زن صریح است و به قرینه آن مقصود از حدی که ثابت می شود جلد است. مشابه همین تفسیر از آیه شریفه در روایت ابوبصیر به نقل از حضرت امام صادق علیه السلام نیز آمده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۹).^۱ در برخی احادیث بر نفی رجم در حالت زناى فرد متأهلی که هنوز نزدیکی نکرده حکم شده است که ملازمه با عدم احصان مرتکب دارد. در این راستا در روایتی صحیحه، رفاعه از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام در خصوص مردی سؤال می کند که پیش از آنکه با زوجه اش نزدیکی کند مرتکب زنا می شود؛ آیا چنین کسی مشمول حکم رجم است؟ حضرت علیه السلام بر نفی این مجازات حکم می فرمایند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۶).

سؤال تحقیق آن است که آیا مجرد سبق نزدیکی زوجین برای احصان آنها کفایت می کند، یا آنکه این نزدیکی در شرایط خاصی اعتبار شده است؛ به این معنا که اگر

۱. «عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله فإذا أحصن قال: احصانهن إذا دخل بهن، قال قلت: أرأيت إن لم يدخل بهن وأحدثن ما عليهن من حد؟ قال: بلى.»

نزدیکی فرد در زمان کودکی یا جنون خود یا همسرش صورت گرفته و یا در شرایطی که مسلمان نبوده باشند، احصان تحقق نمی‌یابد؟

لازم به بیان است که بحث حاضر ارتباطی با ضرورت یا عدم لزوم شرایط مزبور در زمان ارتکاب زنا ندارد و بررسی آن مجال دیگری را می‌طلبد؛ هرچند اجمالاً می‌توان گفت به‌رغم برخی تهافت‌های نظری که ناشی از استنباط‌های مختلف از ظواهر ادله است، ثبوت حد رجم مستلزم بلوغ و عقل زانی بوده و مسلمان بودن وی مداخلیتی در حکم ندارد. اما محط بحث کنونی ناظر بر اعتبار شرایط مورد بحث در زمان نزدیکی زوجین است که مثبت احصان آنها است. در ادامه موقعیت شرایط تکلیف، بلوغ و عقل، و اسلام در احصان بررسی شده است.

۲. رویکرد فقه امامیه در شرایط زوجین در احصان

در این قسمت شرایط بلوغ، عقل و اسلام از منظر فقهی بررسی شده است، به این منظور ابتدا شرایط تشکیل‌دهنده تکلیف، بلوغ و عقل، مطالعه شده و در ادامه به شرط اسلام پرداخته‌ایم.^۱

۱-۲. شرایط تکلیف: بلوغ و عقل

فقها درباره تقیید احصان به بلوغ و عقل نگرش‌های مختلفی دارند. پس از نگاهی به آرای ایشان دلایل کاویده شده است.

۱-۱-۲. شرایط بلوغ و عقل در اقوال فقها

بررسی آثار قدما حکایت از آن دارد که در مقام بیان شرایط احصان بر اشتراط آن به بالغ و عاقل بودن زوجین در زمان نزدیکی فتوا نداده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۷۷۶؛ ابن‌براج

۱. گفتنی است که بر خلاف اهل سنت، مشهور فقهای امامیه، اسلام را از شرایط تکلیف نمی‌دانند، و از این رو در نوشتار حاضر بلوغ و عقل ذیل عنوان شرایط تکلیف متمایز از اسلام بحث شده‌اند.

طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، صص ۵۱۹-۵۲۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۴۱؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۱۴). این در حالی است که با توجه به آرای غالب فقهای اهل سنت مبنی بر چنین شرطی، انتظار می‌رفت که اگر بر اساس مبانی فقه امامیه نیز چنین تقيیدی معتبر می‌بود در ادله نقلی و به تبع آن آثار قدمای اصحاب به آن تصریح می‌گردید. از باب قاعده «عدم الدلیل دلیل العدم» خود همین سکوت درباره چنین اشتراطی گواه بر موضع متمایز فقه امامیه در عدم چنین تقيیدی است.

افزون بر آن، حسب آنچه صاحب کشف اللثام و متعاقب ایشان صاحب جواهر از قول شیخ طوسی در مبسوط نقل می‌کنند، ایشان بر عدم اعتبار بلوغ و عقل در زمان نزدیکی مقدم بر زنا فتوا داده و آن را به عنوان موضع مذهب امامیه معرفی نموده‌اند. در نقل ایشان از مبسوط چنین حکایت شده که فرموده‌اند: «... لأننا نراعی الشروط حين الزنا ولا اعتبار بما قبل ذلك واصحابنا لم يراعوا كمال العقل لأنهم رَووا أن المجنون إذا زنى وجب عليه الرجم» (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۵۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹). با وجود این در نسخه مبسوطی که در دسترس است، عبارت بدین گونه آمده است: «لأننا لا نراعی الشروط حين الزنا والاعتبار بما قبل ذلك واصحابنا يراعون كمال العقل لأنهم رَووا أن المجنون إذا زنى وجب عليه الرجم أو الجلد» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۳)؛ همین موجب شده است که برخی معاصران نسبت فاضل اصفهانی و صاحب جواهر را به شیخ طوسی ناشی از سهو بدانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۱۹۸). اما به نظر می‌رسد نقل آنها با قرائن موجود در سیاق عبارات سازگارتر بوده و اشکال از نسخه‌ای است که امروزه در دسترس ما است. توضیح آنکه طبق نسخه کنونی، شیخ در ابتدا بر عدم شرطیت بلوغ و عقل در زمان زنا فتوا می‌دهند! و ملاک را در اعتبار این شرایط در زمان نزدیکی مثبت احصان دانسته‌اند. بعد با وجود چنین ضابطه نادرستی، در ادامه، شرط عقل را در ثبوت حد معتبر می‌دانند، در حالی که اگر عبارت قبلی ناظر بر عدم ضرورت بلوغ و عقل در هنگام ارتکاب زنا می‌بود، دیگر جمله اخیر نقیض عبارت قبلی است. این اضطراب عبارتی ادامه دارد و پس از آنکه می‌فرمایند فقهای امامیه عاقل بودن زانی را لازم می‌دانند، مبنای چنین استظهاری را در این دانسته‌اند که ایشان قائل به ثبوت حد در زنا

دیوانگان هستند! یعنی دقیقاً جمله قبل مبنی بر لزوم شرط عقل را لغو می‌کند. این در حالی است که نقل کشف اللثام و جواهر عاری از چنین ایراداتی است و حسب آن، شیخ شرایط بلوغ و عقل را نه در زمان نزدیکی زوجین، بلکه در هنگام ارتکاب زنا از سوی ایشان لازم دانسته‌اند. لکن در ادامه با مستثنی نمودن شرط عقل، بر ثبوت حد درباره زنا مجانبین تصریح نموده‌اند؛ به‌ویژه آنکه ایشان در ادامه ضمن بیان آرای فقهای اهل تسنن در فروعی که زوجین هر دو عاقل و بالغ باشند و یا هر دو فاقد این شرایط بوده و یا به تبعیض این شرایط در آنها وجود داشته باشد تصریح می‌کنند. بنابر مبنای مختار فقهای امامیه دیگر نیازی به چنین تفصیلی نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۴).

با وجود عدم توجه قدما به ضرورت بلوغ و عقل در زمان نزدیکی، تا جایی که تتبع نشان می‌دهد، ضرورت چنین شرایطی که از سوی عمده فقهای اهل سنت پذیرفته شده، برای نخستین بار در فقه امامیه از سوی علامه حلی در قواعد الاحکام در قرن هفتم هجری مطرح شد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۸)، و پس از ایشان برخی دیگر نیز (ابن مکی عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۵۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۱۱) همین موضع را اجمالاً اتخاذ نموده‌اند، هرچند در آرای ایشان اختلاف در رویکردها مشهود است.

اطلاق سخنان عده‌ای حکایت از کفایت عقل و بلوغ شخص حین نزدیکی برای تحقق احصان دارد؛ اعم از اینکه همسرش بالغ و عاقل باشد یا نباشد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۱۴). از طرفی برخی تنها به شرط بلوغ اشاره نموده‌اند و از اشتراط عقل سخنی به میان نیاورده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹). بعضی نیز احصان مرد و زن، هر دو، را در جایی محقق می‌دانند که عقل و بلوغ در هر دوی طرفین در زمان نزدیکی محقق باشد (مدرسی، ۱۴۳۰ق، ص ۷۸؛ مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، سؤال ۱۳۶۱۹، ۱۳۶۴۱). تعدادی نیز در احصان مرد، علاوه بر بلوغ و عقل وی، بلوغ و عقل زوجه را نیز لازم دانسته‌اند، اما در احصان زن، در حالی که بلوغ و عقل وی ضروری دانسته شده، اما تنها بلوغ - و نه عقل - شوهر را معتبر شناخته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۵۴؛ نراقی، ۱۴۲۵ق، ص ۸۱۷).

۲-۱-۲. ادله فقهی ناظر بر شرایط بلوغ و عقل و ارزیابی آنها

در تأیید تقیید احصان به شرایط بلوغ و عقل، به دلایلی چند تمسک شده که ذیلاً ضمن تبیین آنها ارزیابی خواهند شد.

۲-۱-۲-۱. روایات

تبع در اخبار نشان می‌دهد که هیچ‌گونه دلیل نقلی بر شرطیت بلوغ و عقل در احصان وجود ندارد. چنانچه اشکال شود که احادیث صرفاً در مقام بیان ضرورت اصل نزدیکی با همسر هستند و از جهت عدم بلوغ و عقل اطلاقی ندارند تا قابل تمسک باشند، پاسخ داده می‌شود که چون روایات در مقام بیان شرایط احصان بوده، و به قیود لازم، اعم از وقوع نزدیکی، آزادبودن همسر، دائمی بودن نکاح اشاره نموده‌اند، لذا اگر بنا بر لزوم عقل و بلوغ زوجین نیز می‌بود، توقع می‌رفت که به این شرایط هم تصریح می‌شد، و اگر حتی باز مدعی تردید در این شرایط شویم، اقتضای اصل عدم الاشتراط آن است که شرایط مورد بحث معتبر نباشند.

با وجود این برخی اخبار در اشتراط بلوغ مورد استناد قرار گرفته که دلالتی بر این مطلب ندارند. محقق اردبیلی به بعضی از احادیث استناد می‌کنند که دلالت بر نفی حد از زناى کودک و نفی رجم از زناى زن محصنه با کودک دارند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، صص ۱۵-۱۶). در خبر اُبی بصیر از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام، درباره زن محصنه‌ای که با کودکی زنا می‌کند سؤال می‌شود. حضرت علیه السلام ضمن تصریح بر عدم حد بر کودک، بر نفی رجم از زن نیز تأکید و در تعلیل آن می‌فرمایند: «لأن الذی نکحها لیس بمدرک ولو کان مدرکاً رجماً» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۸۲). با توجه به اینکه چنین احادیثی در مقام بیان حکم زنا هستند، ارتباطی با لزوم بلوغ و عقل در زمان نزدیکی ندارند که بتوان به آنها استناد نمود، لذا از بررسی سندی آنها نیز خودداری می‌شود. همین نگاه در آثار برخی از معاصران که به اخبار ناظر بر عدم مسئولیت و رفع قلم از کودکان و دیوانگان در این زمینه استدلال نموده‌اند نیز مشاهده می‌شود (منتظری، بی‌تا، صص ۲۰-۲۱) که همان‌گونه که اشاره شد، استنادپذیری آنها تنها در بحث

از لزوم بلوغ و عقل حین تحقق زنا ممکن است، ولی این اخبار نمی‌توانند مثبت ضرورت این شرایط حین نزدیکی زوجین، برای محصن تلقی نمودن زنا یا بعدی ایشان باشند، مگر گفته شود اصلاً نزدیکی کودک و دیوانه اعتباری ندارد، که این سخن نیز وجاهتی ندارد و در ادامه ذیل بحث از «عدم قابلیت رفتار جهت ترتب احکام شرعی» توضیح بیشتر ارائه خواهد شد.

برخی از معاصران به موثقه اسحاق بن عمار استناد نموده‌اند که از حضرت امام موسی کاظم علیه السلام درباره احصان مردی که دارای کنیز مملوک است سؤال می‌کند و حضرت با این تعلیل که «لأن عنده ما یغنیه عن الزنا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۶۸) بر محصن بودن شخص تصریح می‌فرمایند. ایشان با احتجاج به این خبر بیان داشته‌اند که ظهور عرفی در آن دارد که احصان مستلزم وجود کسی است که مکرر با زن نزدیکی نموده یا قابلیت این مسئله را داشته باشد، در حالی که فرد نابالغ چنین ویژگی‌ای را ندارد (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۷). ضعف این استدلال نیز واضح است؛ چرا که قطع نظر از عدم ظهور خبر در تحقق نزدیکی‌های متعدد در گذشته و نادرستی نفی مطلق قابلیت مزبور از افراد نابالغ، باید گفت که با فرض التزام به چنین استظهاری، نهایتاً بر لزوم بلوغ در زمان زنا دلالت دارد، اما به هیچ‌عنوان از این خبر استفاده نمی‌شود که اگر فردی که در زمان کودکی با همسرش نزدیکی نموده، ولی در زمان زنا بالغ شده، و یا کسی که در هنگام کودکی همسرش یک مرتبه با او نزدیکی نموده ولی هنگام زنا همسرش بالغ شده باشد، نتوانند مصداق محصن موضوع روایت باشند، چون در فروض مزبور شرط «عنده ما یغنیه عنه الزنا» در هنگام زنا یا محقق است، در حالی که مدعای عمده قائلان به اشتراط بلوغ و عقل آن است که اگر فرد بالغ و عاقل با وجود داشتن همسر بالغ و عاقل زنا نماید، صرفاً به این دلیل که سابقاً همسرشان حین نزدیکی بالغ یا عاقل نبوده، مشمول وصف احصان نیستند؛ در حالی که حدیث مورد استناد اصلاً دلالتی بر این امر ندارد.

با توجه به همین مطلب است که استدلال فقها در تقیید احصان به شرایط تکلیف عمدتاً مبتنی بر ادله غیر نقلی است که در ادامه بررسی می‌شوند.

صاحب جواهر در تقویت قول به لزوم بلوغ در هنگام نزدیکی به هر دو قسم اجماع استناد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹). در پاسخ باید گفت اولاً در این زمینه ادعای اجماع محصل قطعاً مردود است؛ چه همان‌طور که مذکور افتاد، اغلب قدما در مقام بیان شرایط احصان به قیود مورد بحث متعرض نشده‌اند و حتی همان‌گونه که ملاحظه شد، شیخ طوسی در مبسوط خلاف آن را به‌عنوان موضع امامیه توصیف نموده بود. ثانیاً اجماع منقول نیز حجیتی نداشته و نمی‌تواند در موضوع کنونی مورد استناد قرار گیرد؛ به‌ویژه که حتی با فرض پذیرش آن، احتمال دارد مبتنی بر احادیث پیش‌گفته باشد که خود وجه دیگری در تضعیف استنادپذیری چنین اجماعی است.

از دیگر دلایل صاحب جواهر اصل و استصحاب است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹) که به قرینه استناد به استصحاب در عرض اصل، مقصود از آن، براءت است؛ به این بیان که در صورت تردید در ثبوت کیفر رجم، مقتضای اصل براءت کناره‌نهادن آن است. در پاسخ باید گفت که قطع نظر از اینکه با وجود اخبار متعدد ناظر بر شرایط احصان و عدم تعریض آنها به اشتراط قیود بلوغ و عقل با وجود مبتلابه بودن مسئله، شک قابل‌اعتنایی باقی نمی‌ماند تا امکان تمسک به اصول عملیه از جمله براءت باشد، افزون بر آن با وجود علم اجمالی به ثبوت یکی از دو حد رجم و جلد، امکان استناد به اصل براءت نیز وجود ندارد؛ چراکه اجرای اصل در یکی از این دو حد معارض اجرای آن در دیگری است.

درباره اصل استصحاب نیز باید گفت که مقصود از آن یا استصحاب در موضوع است، یا استصحاب در حکم؛ در زمینه استصحاب موضوعی باید گفت که چون شبهه ناظر بر مفهوم احصان است که آیا با نزدیکی غیر مکلف نیز محقق می‌شود یا خیر، لذا نمی‌توان با استناد به اصل استصحاب که ناظر بر وقایع خارجی است، چنین شبهه مفهومی‌ای را مرتفع نمود. چنان‌چه استصحاب حکمی مورد نظر باشد، به این بیان که

بگویم زناى شخص قبل از نزديكى مستوجب حد جلد بوده است، حال پس از نزديكى چنانچه در بقای این حکم تعلیقی تردید نماییم، اقتضای استصحاب ثبوت حکم حد جلد است. در پاسخ به این وجه نیز می‌توان گفت قطع نظر از مخالفت بسیاری از اندیشمندان با حجیت استصحاب تعلیقی، متعلق چنین استصحابی نه حکم، بلکه موضوع حکم شرعی است؛ چه اینکه بحث بر سر تعلیق حکم رجم به فعلیت موضوع آن است که بنا بر مبنای مختار در چنین مواردی استصحاب جاری نیست (عراقی، ۱۴۱۱ق، ج ۵، ص ۲۲۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۱۳۵-۱۳۶).

۲-۱-۲-۴. عدم قابلیت رفتار جهت ترتب احکام شرعی

در تأیید اشتراط احصان به بلوغ و عقل حین نزديكى، استدلال شده است که رفتار کودک و مجنون قاصر از آن است که بتواند در معرض احکام شرعی قرار گیرد؛ چه اینکه چنین رفتارهایی عرفاً به ایشان استناد داده نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۰۱). در این راستا عده‌ای از معاصران به حدیث رفع نیز استناد نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، صص ۱۹۸-۱۹۹، ۲۰۱).

استدلال حاضر نیز قابل توجیه نیست، چون قطع نظر از آنکه در اینجا بنای بر ترتب آثار در همان دوران کودکی و جنون نیست، نمی‌توان گفت رفتارهای کودکان و مجانین قابلیت این را ندارد که بعد از بلوغ و افاقه منشأ اثر شود؛ چه اینکه اگر کودک یا مجنون مال کسی را تلف نماید، رفتار دوره کودکی و جنون موجب الزام شرعی شخص به جبران خسارت پس از بلوغ و افاقه خواهد شد؛ همین نزدیکی طفل و مجنون نیز موجب توجه تکلیف به غسل جنابت پس از بلوغ و افاقه آنها می‌شود. همین امور نشان می‌دهد رفتار با طفل و مجنون استناد عرفی دارد، و الا ترتب چنین آثاری و جاهتی نمی‌داشت؛ حتی در بحث ضمان عاقله در جنایات اطفال و دیوانگان، اگر استناد پذیرفته نمی‌شد، مسئول دانستن عاقله ایشان بلا دلیل می‌بود. از این رو مانعی ندارد که با اعتبار نزدیکی حین کودکی و جنون، چنانچه بعد از بلوغ و سلامت عقل مرتکب زنا شوند، زنا را محصنه تلقی کرد. حدیث رفع نیز شمولی به آثار وضعی رفتار ندارد.

۲-۱-۲. ۵. نقص لذت

از دیگر دلایل اقامه شده از سوی صاحب جواهر در لزوم بلوغ شخص حین نزدیکی جهت تحقق احسان آن است که چنین نزدیکی ای به جهت نقص لذت احسان را ثابت نمی کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹). همین وجه را درباره نزدیکی افراد دیوانه نیز مطرح کرده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۸۰).

دلیل کنونی نیز وارد نیست؛ چراکه اولاً هیچ قرینه و مدرکی بر ضرورت حصول لذت در نزدیکی، چه رسد به کامل بودن چنین لذتی، وجود ندارد. لذا چنین وجهی صرفاً جنبه استحسان دارد.^۱ ثانیاً اصل اینکه نزدیکی در حالت عدم بلوغ و عقل مطلقاً توأم با نقص لذت است، خود جای تأمل دارد. ثالثاً حتی با فرض پذیرش چنین مبنایی باید گفت اگر فرد بعد از بلوغ و آفاقه هم با همسرش نزدیکی نماید، ولی به هر جهتی مانند کینه از همسرش یا داشتن مشغله ذهنی لذت وی کامل نباشد، می بایست به عدم احسان او حکم نمود! مسئله ای که هیچ کس به آن ملتزم نشده است. از همین رو است که فقها و از جمله خود صاحب جواهر نزدیکی را به مجرد پنهان شدن حشفه واقع دانسته (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹) و حتی بسیاری تصریح کرده اند که اگر به انزال هم نینجامد احسان محقق است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۸؛ عاملی جعی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۵۲؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۴۸)، در حالی که اگر لذت کامل معیار تحقق احسان می بود، چنین نتیجه ای با آن مبنا در تعارض است.

۲-۱-۲. ۶. تبادر ذهنی از نزدیکی

دلیل دیگر در لزوم شرط بلوغ هنگام نزدیکی زوجین آن است که ایشان معتقدند واژه «دخول» که در روایات آمده نزدیکی افراد نابالغ را در بر نمی گیرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۹) و حتی گفته شده که چنین نزدیکی ای در حکم عدم نزدیکی است (مقدس

۱. در برخی موضوعات دیگر ممکن است کمال لذت وجهی برای استدلال داشته باشد؛ مانند نزدیکی لازم جهت حلیت زن سه طلاقه برای شوهر نخست که در اخبار تعبیری مانند «یذوق عسلیتها» به کار برده شده، اما در بحث کنونی چنین قرآنی وجود ندارد.

اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۱۴). همین سخن درباره نزدیکی افراد دیوانه نیز بیان شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۸۰). سخن مزبور نیز فاقد وجاهت است؛ چراکه چنین نگاهی خلاف تسالم اصحاب است که در غیر این صورت می‌بایست بر نزدیکی اطفال و مجانین احکام شرعی مانند مهر، جنابت و عده مترتب نشود که هیچ‌کس به چنین نتیجه‌ای ملتزم نشده است، بنابراین پشتوانه قابل دفاعی برای چنین تبادر ذهنی متصور نیست.

۲-۱-۲. احتیاط در دماء

توجه‌ناپذیری دلایل اقامه‌شده بر شرطیت بلوغ و عقل موجب شده تا برخی معاصران با تصدیق ضعف ادله، تنها به جهت رعایت احتیاط به آن تن دهند (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۸۰).

این در حالی است که چنین احتیاطی خود خلاف احتیاط است؛ زیرا قطع نظر از آنکه اخذ به احتیاط در جایی است که امر دائرمدار و جوب یا حرمت از یک سو و اباحه از سوی دیگر باشد، نه در فرض حاضر که اجرای حد رجم یا واجب است یا حرام، که در صورت عدم حکم به آن با مانع اصل و جوب اجرای حد و حرمت تعطیلی حدود روبرو می‌شویم. باید افزود زمانی که اخبار وارده به‌طور مطلق نزدیکی را موجب احسان دانسته و هیچ قرینه‌ای که صلاحیت ایراد شبهه شرطیت بلوغ و عقل در آن نماید وجود ندارد و حتی قدما نه تنها بر لزوم چنین شرطی که موردپذیرش اهل سنت است فتوا نداده‌اند، بلکه از سخنان شیخ طوسی عکس آن استنباط می‌شود. چگونه می‌توان به صرف فتوای بعضی از متأخران، حکم به تقیید احسان به شرایط مذکور نمود؟ از این رو باید گفت برای چنین شرطی هیچ دلیل متقنی اقامه نشده است.

۲-۲. شرط اسلام

شرط دیگری که لزوم آن جهت احسان موردبحث قرار گرفته، مسلمان بودن زوجین است که فقها پیرامون آن اتفاق نظر ندارند. در ادامه پس از تبیین فتاوی فقهای به بررسی ادله می‌پردازیم.

۲-۲-۱. شرط اسلام زوجین در اقوال فقها

تتبع در آثار قدما نشان می‌دهد که اختلاف مواضع ایشان درباره اشتراط اسلام در احصان به گونه‌ای است که هر دو موضع را باید واجد شهرت فتوایی دانست. از همین رو است که صاحب ریاض قول به عدم اشتراط اسلام را در بین قدما به‌عنوان نظر «اشهر» توصیف نموده (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۴۴۴) که نشان‌دهنده آن است که قول مقابل نیز میان ایشان مشهور بوده است.

اغلب قدما برای اسلام طرفین در احصان مدخلیتی قائل نشده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۷۷۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۳؛ ابن‌زهره حسینی حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۲۳؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۴۱)؛ با وجود این بسیاری از ایشان نیز بر ضرورت اسلام جهت تحقق احصان تأکید نموده‌اند که ظهور کلام برخی در آن است که اسلام در احصان هم مرد و هم زن معتبر است (حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۵). عده‌ای علاوه بر اسلام خود شخص، اسلام همسر او را که با وی نزدیکی می‌کند، چه در مرد و چه زن، نیز شرط دانسته‌اند (ابن‌جنید اسکافی، ۱۴۱۶ق، ص ۳۴۵). بعضی از قدما هم تنها در احصان مرد، مسلمان بودن زوجه را لازم دانسته‌اند (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۹؛ ابن‌ابی‌عقیل عمانی، بی‌تا، ص ۱۶۷). در ادامه دلایل نظریات مذکور بررسی می‌شود.

۲-۲-۲. ادله فقهی ناظر به شرط اسلام و ارزیابی آنها

روایات وارد در این خصوص را می‌توان به دو دسته تفکیک نمود: دسته نخست روایاتی که ناظر بر اصل اشتراط احصان به اسلام است، و دسته دوم مربوط به شرطیت اسلام در احصان در وضعیتی که یکی از طرفین مسلمان باشند.

۲-۲-۱. روایات ناظر بر اصل اشتراط اسلام در زنا میان غیرمسلمان‌ها

در روایتی صحیح‌السند محمد بن مسلم از حضرت امام محمد باقر علیه السلام نقل می‌کند که فرمودند: «النصرانی یحصن الیهودیة والیهودی یحصن النصرانیة» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۵). در صحیح‌ه حلبی نیز از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام نقل شده که فرمودند:

«اليهودی یحصن النصرانیة والنصرانی یحصن اليهودیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۱).

می‌توان گفت سخن فقهای که بر اسلام شخص تصریح داشته‌اند، ناظر به حالتی نیست که زوجین هر دو غیرمسلمان باشند، چرا که با توجه به احادیث مزبور که از نظر سندی و دلالتی بر عدم اعتبار اسلام تردیدی باقی نمی‌گذارند، در این فرض وجهی برای تقویت اشتراط اسلام در احصان به‌طور کلی باقی نمی‌ماند. لذا این عبارت کشف اللثام که ظهور در مورد تسالم بودن عدم اشتراط اسلام به‌طور کلی دارد، قابل دفاع است (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۵۴).

۲-۲-۲. روایات ناظر بر اشتراط اسلام در زناى مسلمان

در جایی که شخص مسلمانی زنا می‌کند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا لازم است زوج یا زوجه وی نیز که با او نزدیکی کرده مسلمان باشد یا خیر. روایات پیش‌گفته درباره این فرض دلالتی ندارند؛ زیرا متعلق آنها ناظر بر وضعیتی است که زوجین، هر دو، غیرمسلمان هستند که معصوم علیه السلام، اسلام و حتی هم‌کیش بودن آنها را در احصان ایشان معتبر ندانسته بود.

در فرض حاضر، صحیحه محمد بن مسلم منطوقاً حکایت از عدم تحقق احصان دارد. در این خبر محمد بن مسلم از حضرت امام پنجم علیه السلام نقل می‌کنند که فرمودند: «لا تحصنه الامة واليهودية والنصرانية» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۷۱). خبر از جهت سندی تمام است و از جهت دلالت بر عدم تحقق احصان در جایی که زوجه شخص غیرمسلمان باشد، خدشه‌ای وارد نیست. گفتنی است که حتی می‌توان از مفهوم صحیحه‌های حلبی و محمد بن مسلم که در بند قبل اشاره شد نیز جهت تقویت همین موضع استفاده کرد؛ چه اینکه در حالی که در آنها سؤال راوی از امکان تحقق احصان به‌واسطه داشتن مملوک بود که ظاهراً سؤال ناظر بر احصان مرد مسلمان بوده است، حضرت ضمن حکم به انتفای احصان در فرض داشتن مملوک، بر احصان غیرمسلمان به‌واسطه داشتن همسر غیرمسلمان تصریح می‌فرمایند که مشعر این معنا است که همان‌گونه که در اختیار داشتن مملوک موجب احصان نمی‌شود، همسر غیرمسلمان نیز تنها در غیرمسلمان، و نه مسلمان، موجب احصان می‌شود.

در هر صورت همین ادله باعث شده فقهای چون شیخ صدوق و ابن ابی عقیل بر ضرورت اسلام زوجه جهت احصان مرد فتوا دهند. با وجود این در این خبر درباره عکس این وضعیت تعیین تکلیف نشده است؛ یعنی آیا اسلام شوهر نیز جهت احصان زوجه لازم است یا خیر. در این باره ابن جنید اسکافی بر نفی احصان در فرض عدم اسلام زوج فتوا داده است. موضع اخیر نیز قابل دفاع است؛ زیرا با قطع نظر از سکوت خبر محمد بن مسلم درباره این صورت، به جهت آنکه ازدواج زن مسلمان با مرد غیرمسلمان باطل است، لذا طبعاً نکاح فاسد نمی توانسته محقق احصان زن شود و حتی اگر در ابتدای عقد نیز شوهر مسلمان باشد، لکن بعداً مرتد شود، به دلیل انفساخ عقد زن محصنه تلقی نمی شود؛ از این رو می توان محصنه دانستن زناهی مسلمان را مستلزم اسلام همسرش، اعم از زوج یا زوجه، دانست.

با وجود این ادله، فتوا بر عدم اشتراط اسلام در احصان در چنین فرضی محل مناقشه است؛ مخالفان برای تصحیح فتوای خود به چند گونه استدلال نموده اند که مناقشات ایشان عمدتاً حول صحیحه محمد بن مسلم است و از مفهوم دو حدیث دیگر غفلت شده است؛ لذا بر همین مبنا این نقدها ذیلاً بررسی می شوند.

۲-۲-۱. حمل خبر محمد بن مسلم بر نکاح موقت

شیخ طوسی با مبنای قرارداد منع ازدواج دائم با اهل کتاب، عدم احصان موضوع صحیحه اخیر را به جهت موقت بودن ازدواج دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۳). قطع نظر از آنکه حمل چنین تعابیر مطلق بر فرضی خفی چندان پذیرفتنی نیست، توجه به دیگر فرازهای خبر از جمله حکم بر عدم جواز رجم در زناهی با غیرمسلمان ملهم خصوصیت داشتن دین در مسئله از نظر معصوم بوده و بحث ارتباطی با موقتی بودن ازدواج ندارد، و همین خود مؤید خلاف ظاهر بودن تفسیر شیخ طوسی است که بعضی مانند صاحب کشف اللثام صریحاً بر استبعاد آن تصریح نموده اند (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۵۲).

ممکن است گفته شود که اصلاً ازدواج دائم با زن اهل کتاب جایز نیست، لذا حتی

اگر به موقتی بودن ازدواج موضوع صحیحه نیز ملتزم نشویم، باید گفت به خاطر بطلان ازدواج دائم با اهل کتاب نمی‌توان احصان در مرد را محقق دانست؛ نه به این اعتبار که چون همسر فرد مسلمان نبوده است. در پاسخ به این وجه باید گفت همان‌گونه که بسیاری از فقها مانند شیخ مفید و ابن‌ابی‌عقیل (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۴۷)، شیخ صدوق (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۳۰۸) و پدر شیخ صدوق و ابن‌جنید (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، صص ۹۰-۹۱) و صاحب‌جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۳۱) بر جواز ازدواج دائم با اهل کتاب فتوا داده‌اند، دلیل محکمی بر بطلان چنین ازدواجی وجود ندارد تا مستمسکی برای پاسخ‌پیش‌گفته شود. روایات متعددی بر جواز مطلق ازدواج، اعم از دائم و موقت، با اهل کتاب دلالت دارد که جهت جلوگیری از اطاله کلام به روایتی از همین محمد بن مسلم اشاره می‌نماییم؛ از حضرت امام محمد باقر علیه السلام درباره ازدواج با یهودی و نصرانی سؤال می‌کنند که حضرت علیه السلام ضمن بلااشکال دانستن آن به ازدواج طلحه با زن یهودی در زمان نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله استشهاد می‌فرمایند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۹۸). نکته در آن است که با توجه به سؤال راوی که از حکم ازدواج با غیرمسلمان جویا شده، مشخص می‌شود که ازدواج طلحه در زمانی که مسلمان بوده صورت گرفته، نه اینکه حکم ناظر بر صحت بقای ازدواج با اسلام آوردن شوهر باشد، چه در غیر این صورت، با فرض سؤال هماهنگی ندارد و خلاف ظاهر روایت است. از طرفی نمی‌توان این خبر را بر تقیه نیز حمل نمود، چراکه در این صورت مجرد بیان بلااشکال بودن ازدواج کفایت می‌نمود و نیازی نبود حضرت علیه السلام به قضیه ازدواجی استناد نمایند که ظهور در امضای آن از سوی پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله دارد؛ چه اینکه طبعاً در آن امضا پیامبر شرایط تقیه نداشته‌اند. همچنین اینکه اصل حکایت خلاف واقع باشد، دلیلی نداشته که امام پنجم علیه السلام به جهت تقیه به مجرد جواز ازدواج اکتفا نکنند و بخواهند به قضیه‌ای موهوم هم استشهاد نمایند.

۲-۲-۲-۲. حمل خبر محمد بن مسلم بر تقیه

وجه دیگری که ممکن است برای پاسخ به صحیحه محمد بن مسلم بیان شود، حمل آن بر تقیه به جهت هم‌سوئی با آرای اهل سنت است (منتظری، بی‌تا، ص ۱۷)؛ چراکه حنفیه

و مالکیه قائل به شرطیت اسلام در احصان هستند (کاشانی، ۲۰۰۲م، ص ۱۹۶؛ خرسی، ۱۳۱۷ق، ج ۸، ص ۸۲).

در پاسخ به این وجه نیز باید گفت که قطع نظر از آنکه خبر مزبور معارضی ندارد تا برای علاج به راه کارهایی چون حمل بر تقیه تن دهیم، اساساً باید گفت که با توجه به مدلول اخبار افرادی مانند ابن عمر در مصادر اهل سنت که متضمن عدم اشتراط اسلام در احصان است که همین مبانی موجب شده فقهای شافعی و حنبلی (شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۳۶؛ بهوتی، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۱۸۲) بر عدم تقیید احصان به اسلام فتوا دهند، همچنین باید افزود که برخی فقهای متنفذ سنی در دربار اموی مانند زُهری که اتفاقاً معاصر امام محمد باقر علیه السلام نیز بوده است، نیز قائل به عدم شرطیت اسلام بوده‌اند (ابن قدامه مقدسی، ۲۰۰۴م، ص ۲۱۸۷) و همین امور قطع بر حمل سخن امام پنجم علیه السلام بر تقیه را دشوار می‌نماید.

۲-۲-۲-۳. نادیده‌انگاری خبر محمد بن مسلم به جهت اعراض اصحاب

برخی معاصران ضمن تصدیق اینکه خبر محمد بن مسلم معارضی نداشته و راویان آن در زمره بزرگان اصحاب هستند، اما به‌خاطر آنکه هیچ‌کدام از فقها بر مضمون آن فتوا نداده‌اند، به علت اعراض ایشان، برای آن حجیتی قائل نشده‌اند (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۷۵). این ادعا نیز با توجه به فتاوی بسیاری از قداما مانند شیخ صدوق، ابن جنید، ابن ابی عقیل و حلبی قطعاً مردود است؛ به‌نحوی که صاحب ریاض قائل به شهرت فتوایی اشتراط اسلام در احصان میان قداما شده است.

از این رو باید گفت با وجود صریح صحیحه محمد بن مسلم و مفهوم دو روایت دیگر و عمل بسیاری از قداما بر اساس آنها و به‌ویژه اینکه مفاد آنها موافق رعایت احتیاط در دماء است، معلوم نیست که چگونه اغلب فقها در حالی که در بحث از شرایط عقل و بلوغ، بدون هیچ دلیل قابل‌اعتنایی و صرفاً به جهت اقتضای احتیاط همانند حنفیه و مالکیه به اشتراط احصان به آنها فتوا داده‌اند، اما در شرط اسلام با وجود ادله نقلی بلامعارض، اندک تردیدی هم ننموده‌اند تا دست کم حسب قاعده در احتیاط را جاری کنند! محقق شوشتی در شرح لمعه پس از ذکر روایت محمد بن مسلم و دلالت آن بر اشتراط اسلام

می نویسند: «والخبر صحيح السند، فهل مثله لا يولد الشبهه؟ والحدود تدرأ بالشبهات لا سيما مثل الرجم الذي هو القتل بالشدة مع أنه عمل به الصدوق والعماني والإسكافي» (شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص ۲۵). برخی دیگر از معاصران نیز پس از ذکر صحیحه در این مورد می نویسند: «قد توقف صاحبا الوسائل و المستدرک في المسئلة، كما يظهر من عنوان الباب فيهما وللتوقف مجال إذ هذه الروايات أخص من المطلقات، فلو لا الشهرة ودعوى الاجماع على الاحصان، كان اللازم القول بعدم الاحصان، اما والامر كذلك فالتوقف مجال مما يوجب الاحتياط لدرء الحدود بالشبهات» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق، ج ۸۷، ص ۴۸). البته همان گونه که گفته شد، ادعای اجماع تمام نیست، بلکه اتفاقاً قول مخالف بین قدما دارای شهرت فتوایی است. بنابر آنچه بیان شد، باید به اشتراط احصان به اسلام در جایی که یکی از زوجین مسلمان باشد حکم نمود.

۳. رویکرد حقوق موضوعه ایران به شرایط زوجین در احصان

در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ به عنوان نخستین قانون کیفری کشور که به شرایط احصان پرداخته بود، طی ماده ۱۰۰، مرد محصن کسی معرفی شده بود «که دارای همسر دائمی است و با او جماع کرده و هر وقت بخواهد با او جماع کند می تواند». در ادامه زن محصنه نیز به «زنی که دارای شوهر دائمی است و جماع با او حاصل شده و امکان تمتع از شوهر را داشته باشد» اطلاق شده بود. همان گونه که از این ماده پیدا بود، مقنن بر اشتراط شرایط سه گانه تصریحی نداشته و لذا حسب آن امکان محکومیت به رجم کسانی که در زمان ارتکاب زنا شرایط مسئولیت کیفری را داشته اند وجود داشت؛ هر چند در زمان نزدیکی سابق، خودشان و همسرشان بالغ و عاقل و مسلمان نمی بودند. هر چند عدم تقیید قانون درباره دو شرط بلوغ و عقل پذیرفتنی بود، لکن سکوت قانون گذار درباره اشتراط اسلام در جایی که یکی از زوجین مسلمان بوده را نمی توان توجیه نمود.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، مقنن در عرصه شرایط احصان تحولی را درباره شرط عقل اعمال نمود. مطابق ماده ۸۳، احصان مرد یا زن مستلزم آن دانسته شد که

شخص در حال نزدیکی عاقل باشد. حسب این مقرره اگر زوج، هر چند در دوره قبل از بلوغ، اما در حالت سلامت عقل، با همسرش، هر چند نابالغ و مجنون باشد، نزدیکی می‌نمود، زناى وی بعد از بلوغ واجد احصان تلقی می‌شد؛ از دیگر سو، زوجه هم هر چند پیش از بلوغ، لکن در حالی که عاقل بوده، چنانچه شوهرش هر چند نابالغ و مجنون باشد با وی نزدیکی کند، زناى او بعد از بالغ شدن محصنه است. موضع قانون اخیر محل نقد جدی بود، زیرا با قطع نظر از توجیه‌ناپذیریِ اشتراط احصان به نزدیکی در حالت سلامت عقل، حتی بنابر مبنای مقنن مشخص نبود که چرا درباره شرط بلوغ که مورد قبول اغلب متأخران بوده، سکوتی اختیار کرده که به جهت در مقام بیان بودن، تداعی‌کننده نظر وی بر عدم تقیید احصان به آن بود؛ در صورتی که شرط عقل را در حالی لازم انگاشته بود که بسیاری از متأخران درباره اشتراط احصان به آن سکوت نموده‌اند!

به هر ترتیب، در آخرین تحول قانونی در سال ۱۳۹۲، مقنن در ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی، احصان را این گونه تعریف نموده است: «الف. احصان مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قبل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد... ب. احصان زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده با او از طریق قبل جماع کرده باشد». تدقیق در مفاد ماده کنونی نشان می‌دهد که مقنن اشکال بنایی قانون سال ۱۳۷۰^۱ را - که تنها عاقل بودن زوجین را شرط نموده بود - را برطرف کرده و بلوغ شخص هنگام نزدیکی را نیز به عنوان شرط احصان مورد حکم قرار داده است.

با وجود این، دو نکته در این راستا قابل توجه است: نخست اینکه با توجه به اینکه مقنن در مقام بیان بوده، سکوت درباره شرط اسلام را باید حمل بر عدم تقیید احصان به آن دانست که حسب آنچه بیان شد، بر خلاف اشتراط احصان به قیود بلوغ و عقل که

۱. البته پرواضح است که اشکال مزبور بنابر نگرشی است که مقنن در اشتراط بلوغ و عقل برگزیده، و الا حسب مبنای مختار، شرایط مزبور اساساً در احصان اعتباری ندارند.

پشتوانه قابل دفاعی نداشت، عدم تقیید احصان به اسلام قابل توجیه نیست. نکته دوم آنکه قانون‌گذار شرایط بلوغ و عقل را تنها در خود شخص برای تحقق احصان لازم دانسته، اما درباره وجود چنین شرایطی در همسر شخص حین نزدیکی، رویکرد متفاوتی اتخاذ کرده است؛ به این معنا که در خصوص احصان مرد صرفاً بر ضرورت بالغ بودن همسرش حین نزدیکی تصریح شده که به این معنا است که عاقل بودن زوجه برای احصان زوج لازم نیست. اما قانون‌گذار برای احصان زوجه، نه تنها عاقل بودن زوج، که حتی بلوغ وی را هم لازم ندانسته است. تا جایی که تتبع در منابع فقهی و حتی استفتائات مراکز تحقیقاتی از مراجع تقلید معاصر نشان می‌دهد، چنین نگاه متفاوتی را هیچ‌کدام از فقها مطرح ننموده‌اند و اصلاً برای چنین تفصیلی دلیل و مدرک مؤیدی هم نمی‌توان تصور نمود؛ لذا باید آن را صرفاً بر عدم دقت در تقنین حمل نمود.

نتیجه‌گیری

پژوهش انجام‌شده پیرامون نقش شرایط بلوغ، عقل و اسلام در تحقق احصان در زنا ما را به نتایجی چند رهنمون می‌سازد:

۱. در خصوص تقیید احصان شخص به دو شرط بلوغ و عقل، نه در ادله نقلی نشانی از این مطلب دیده می‌شود، و نه حتی در آثار قدمای امامیه کسی متعرض اشتراط احصان به آنها شده است. تتبع در مصادر فقهی مشخص می‌سازد که برای نخستین بار علامه حلی در اواخر قرن هفتم هجری بر شرطیت احصان به بلوغ و عقل فتوا داده است. فقهای متأخر از ایشان نیز عمدتاً این موضع را اختیار نموده و دلایلی که بر آن اقامه نموده‌اند، هیچ‌کدام توانایی اثبات مدعا را ندارند و غالباً در زمره استحساناتی هستند که از نظر فقهی حجیتی ندارند. همین مسئله سبب شده تا برخی معاصران صراحتاً تصدیق نمایند که صرفاً رعایت احتیاط ایشان را مجاب به پذیرش این موضع نموده است. این در حالی است که احتیاطی که نشأت گرفته از سخنان برخی متأخران باشد، نمی‌تواند مجوز افزودن شرطی بلادلیل برای اجرای حدودی شود که تعطیلی آنها در نصوص نهی شده است.

۲. درباره شرطیت اسلام شخص در تحقق احصان باید گفت که مقتضای روایات آن است که در جایی که زوجین هر دو غیرمسلمان باشند، اسلام مدخلیتی در احصان آنها ندارد، اما در صورتی که زوج مسلمان باشد، منطوق صحیحہ محمد بن مسلم و مفهوم صحیحہ دیگر محمد بن مسلم و صحیحہ حلبی به ترتیب صریح و ظاهر در اشتراط احصان به مسلمان بودن همسر است؛ افزون بر آن، در حالت ازدواج زن مسلمان با مرد غیرمسلمان به جهت عدم جواز چنین ازدواجی، طبعاً چنین نکاح فاسدی نیز موجب احصان زوجه نخواهد شد. به رغم اینکه مفاد روایات مزبور معارضی ندارند و اتفاقاً همان گونه که صاحب ریاض بیان داشته و تتبع در آثار قدمای اصحاب نشان می‌دهد، قول موافق با این اخبار میان ایشان شهرت فتوایی نیز داشته است، و فقهای متأخر بدون دلیل محکم و با حمل بر موقتی بودن ازدواج یا تقیه تلاش داشته‌اند از عمل به آنها خودداری کنند؛ وجوهی که هیچ کدام قابلیت آن را ندارند که بتوان از این روایات که مورد عمل نیز قرار گرفته چشم‌پوشی نمود. حتی با فرض آنکه بر تمام بودن دلالت آنها متقاعد نشویم، دست کم شبهه‌ای را ایجاد می‌نمایند که با وجود آن و حسب مقتضای قاعده درأ، نمی‌توان به حدی مانند رجم قطع پیدا کرد. در این راستا آنچه جای شگفتی دارد، برخورد احتیاط‌آمیز در بحث از شرایط بلوغ و عقل است که هم‌سو با موضع اغلب فقهای اهل سنت عمل شده و اتفاقاً مستظهر به هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای نیست، در حالی که در شرط اسلام با وجود اخبار صحیح‌السند، آنها را بر وجوهی چون تقیه حمل و احتیاط را نادیده انگاشته‌اند.

۳. در مقررات کیفری کشور ما در ادوار مختلف، به شیوه‌های متفاوتی درباره اشتراط احصان به قیود سه‌گانه بلوغ، عقل و اسلام برخورد شده است؛ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اساساً برای اسلام نقشی در احصان قائل نشده، لکن احصان مرد را مستلزم بلوغ زوجین در زمان نزدیکی دانسته، اما شرط عقل تنها در مرد لازم دانسته شده است. درباره احصان زن، تنها بالغ و عاقل بودن وی شرط شده و لذا کودکی و جنون شوهرش در زمان نزدیکی خدشه‌ای در احصان وی ایجاد نمی‌کند که چنین موضعی نیازمند بازنگری است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن اثیر جزری، مبارک. (بی تا). النهایة فی غریب الحدیث والأثر. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲. ابن ادیس حلی، محمد. (۱۴۱۰ق). السرائر. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن ابی عقیل عمانی، حسن. (بی تا). مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل. قم: طابعة الإخلاص.
۴. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهدب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. ابن جنید اسکافی، محمد. (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن الجنید. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن زهره حسینی حلبی، حمزه. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. ابن قدامه مقدسی، عبدالله. (۲۰۰۴م). المغنی. بیروت: بیت الأفكار الدولیه.
۸. ابن مکی عاملی، محمد. (۱۴۱۰ق). اللعة دمشقیة. بیروت: دار التراث.
۹. بهوتی، منصور. (۱۴۲۱ق). شرح منتهی الإرادات. بی جا: مؤسسه الرساله.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ق). الفقه: الحدود والتعزیرات. بیروت: دارالعلوم.
۱۲. حلبی، ابی الصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۳. خرشی، ابی عبدالله محمد. (۱۳۱۷ق). الخرشی علی مختصر خلیل. مصر: مطبعة الكبرى الأميریه.
۱۴. شوشتری، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). النجعه. تهران: کتاب فروشی صدوق.
۱۵. شیخ صدوق، محمد. (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۱۶. شیخ مفید، محمد. (۱۴۱۰ق). المقنعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. شیرازی، ابواسحاق ابراهیم. (۱۴۱۶ق). المهدب. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۸. طباطبائی، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضویه.

۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. عاملی جبعی، زین الدین. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۲. عراقی، آقاضیاء. (۱۴۱۱ق). منهاج الاصول. بیروت: دارالبلاغه.
۲۳. علامه حلی، أبو منصور حسن. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۲۴. علامه حلی، أبو منصور حسن. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. علامه حلی، أبو منصور حسن. (۱۴۱۴ق). مختلف الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. فاضل آبی، حسن. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. فاضل اصفهانی، محمد. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعه: الحدود. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام.
۲۹. کاشانی، علاء الدین. (۲۰۰۲م). بدائع الصنائع. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳۰. کیدری، قطب الدین محمد. (۱۴۱۶ق). إصباح الشیعه. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۱. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا. (۱۳۹۰). گنجینه استفتائات قضایی. نسخه ۲.
۳۲. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله: الحدود. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۳. محقق حلی، أبو القاسم جعفر. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام. قم: اسماعیلیان.
۳۴. مدرس، سید محمد تقی. (۱۴۳۰ق). فقه الحدود وأحكام العقوبات. قم: محبان الحسین علیهم السلام.
۳۵. مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). کتاب الحدود والتعزیرات. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۷. منتظری، حسین علی. (بی تا). کتاب الحدود. قم: دارالفکر.
۳۸. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزیرات. قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۳۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). الهدایة فی الاصول. قم: مؤسسه صاحب الامر علیه السلام.
۴۰. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۱. نراقی، ملا احمد. (۱۴۲۵ق). الحاشیة علی الروضة البهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

References

* The Holy Quran.

1. Allama Heli, A. (1412 AH). *Muntahi al-Matlab*. Mashhad: Majma' al-Bohouth al-Islamiyah. [In Arabic]
2. Allameh Heli, A. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allameh Heli, A. (1414 AH). *Mukhtalaf al-Shia*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
4. Ameli Jabaee, Z. (1412 AH). *Al-Rawzah al-Bahiyah*. Qom: Islamic Propaganda Office. [In Arabic]
5. Behouti, M. (1421 AH). *Sharh Muntahi al-Iradat. Mu'asisah al-Risalah*. [In Arabic]
6. Fazel Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Romouz*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
7. Fazel Isfahani, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
8. Fazel Lankarani, M. (1422 AH). *Tafsil al-Sharia: al-hudud*. Qom: Jurisprudential Center for of the Pure Imams. [In Arabic]
9. Halabi, A. (1403 AH). *al-Kafi fi al-Fiqh*. Isfahan: Library of Imam Amir al-Mo'menin. [In Arabic]
10. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
11. Hosseini Shirazi, S. M. (1409 AH). *Al-Fiqh, al-Hudud va al-Ta'arizat*. Beirut: Darul Uloom. [In Arabic]
12. Ibn Abi Aqeel Omani, H. (n.d.). *Collection of Fatwas of Ibn Abi Aqeel*. Qom: Tab'iah al-Ikhlās.
13. Ibn Athir Jazri, M. (n.d.). *Al-Nahayah fi Qarib al-Hadith al-Athar*. Qom: Ismailian Institute.
14. Ibn Baraj Terablesi, A. (1406 AH). *Al-Muhadab*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
15. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sa'ir*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

16. Ibn Junaid Scafī, M. (1416 AH). *Collection of Fatwas of Ibn Al-Junaid*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
17. Ibn Maki Ameli, M. (1410 AH). *Al-Mum'at al-Dameshghiyah*. Beirut: Dar Al-Torath. [In Arabic]
18. Ibn Qudama al-Moghadasi, A. (2004). *Al-Muqni*. Beirut: Bayt al-Afkar al-Dowaliyah.
19. Ibn Zohra Hosseini Halabi, H. (1417 AH). *Qaniyah al-Nozou'*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
20. Iraqi, A. (1411 AH). *Minhaj al-Osul*. Beirut: Dar al-Balaghah. [In Arabic]
21. Kashani, A. (2002). *Bada'e al-Sanaye'*. Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah.
22. Kharshi, Abi Abdullah Muhammad. (1317 AH). *Al-Kharshi Ala Mukhtasar Khalil*. Egypt: Matba'ah Al-Kubra Al-Amiriya. [In Arabic]
23. Kidari, Q. (1416 AH). *Isbah al-Shia*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
24. Makarem Shirazi, N. (1418 AH). *Kitab al-Hudud va al-Ta'azirat*. Qom: School of Imam Amir al-Mo'menin Ali Ibn Abi Talib. [In Arabic]
25. Modarressi, S. M. T. (1430 AH). *Fiqh al-Hudud va Ahkam al-Aqawiat*. Qom: Muheban Al-Hussein. [In Arabic]
26. Mohaqeq Heli, A. (1408 AH). *Shara'e al-Islam*. Qom: Ismailian. [In Arabic]
27. Mo'men Qomi, M. (1422 AH). *Mabani Tahrir al-Wasilah*. Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute. [In Arabic]
28. Montazeri, H. A. (n.d.). *Kitab al-Hudud*. Qom: Dar al-Fikr.
29. Moqaddas Ardabili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
30. Mousavi Ardebili, S. A. K. (1427 AH). *Fiqh al-Hudud va al-Ta'azirat*. Qom: Mofid University Press. [In Arabic]
31. Mousavi Khoei, S. A. (1413 AH). *Al-Hidayat fi al-Usul*. Qom: Sahib al-Amr Institute. [In Arabic]
32. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
33. Naraqi, M. A. (1425 AH). *Al-Hashiyah ala Al-Rawdah Al-Bahiya*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

34. Qaza Educational and Research Institute. (1390 AP). *A treasure of judicial questions. Version 2.* [In Persian]
35. Sheikh Mofid, M. (1410 AH). *Al-Muqni'ah.* Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
36. Sheikh Saduq, M. (1415 AH). *Al-Muqni'.* Qom: Imam Hadi Institute. [In Arabic]
37. Shirazi, A. (1416 AH). *al-Muhadab.* Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
38. Shoushtari, M. T. (1406 AH). *Al-Naj'ah.* Tehran: Sadough Bookstore. [In Arabic]
39. Tabatabaei, S. A. (1418 AH). *Riyadh Al-Masa'il.* Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
40. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut.* Tehran: Al-Maktabah Mortazaviyeh. [In Arabic]
41. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib Al-Ahkam.* Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]



Research Article

Therapeutic Abortion: A Critical Examination into the Monopoly of the Mother's Satisfaction in the Absolute Abolition of Abortion Guarantees

(A Critique and Proposal to the Legal Effect of the Father's Permission in the Single Article of Therapeutic Abortion)

Taha Zargarian¹

Iman Kakavand²

Received: 29/09/2021

Accepted: 29/11/2021

Abstract

The legislator stipulates in the single article on therapeutic abortion that if a maternal illness or fetal illness occurs, therapeutic abortion will be possible with the approval of three specialist doctors and the mother's permission. However, the legal statement "abortion ... is permitted with the consent of the woman and the punishment and responsibility will not be on the attending physician" shows that only the permission of the mother for therapeutic abortion can relieve the responsibility of the abortion Diya (blood money) from the attending physician. However, the

1. Assistant Professor of Law, Ayatollah Boroujerdi University, Boroujerd, Lorestan, Iran (Corresponding Author). tahazargariyan93@abru.ac.ir.

2. Student of the highest levels of Islamic seminary. imankakavandzaman@yahoo.com.

* Zargarian, T., & Kakavand, I. (1400 AP). Therapeutic Abortion: A Critical Examination into the Monopoly of the Mother's Satisfaction in the Absolute Abolition of Abortion Guarantees (A Critique and Proposal to the Legal Effect of the Father's Permission in the Single Article of Therapeutic Abortion). *Journal of Fiqh*, 28(108), pp. 226-248. Doi: 10.22081 / jf.2021.62007.2379.

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.

mentioned legislation is facing jurisprudential and legal conflicts since the permission of therapeutic abortion along with the irresponsibility of guaranteeing diya in Imamiyah jurisprudence is limited to the assumption of the mother's illness and saving the mother's life, not the assumption of the fetus's disease. In addition, according to the note of Article 718 of the Islamic Penal Code, the failure to prove the diya in a therapeutic abortion is subject to abortion for the mother's illness or saving the mother's life. However, "fetal disease" is recognized in the single article of therapeutic abortion is one of the abortion licenses, along with the irresponsibility of the attending physician. The present study uses a descriptive-analytical method to prove that the mother's consent in the case of "fetal disease" is not sufficient for the physician's irresponsibility to have an abortion and the irresponsibility of fetus's diya for the attending physician, also requires the permission of the fetus's father.

Keywords

Therapeutic abortion, Diya of abortion, mother's consent, father's consent.

مقاله پژوهشی

سقط درمانی؛ جستاری انتقادی درباره انحصار

رضایت مادر در رفع مطلق ضمان سقط

(نقد و پیشنهاد اصلاح اثر حقوقی اذن پدر در ماده واحده سقط درمانی)

طه زرگریان^۱ ایمان کاکاوند^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۷

چکیده

قانون‌گذار در ماده واحده سقط درمانی مقرر داشته که اگر بیماری مادر یا بیماری جنین حاصل شود، با تأیید سه پزشک متخصص و اذن مادر، سقط درمانی ممکن خواهد بود. لکن از عبارت قانونی «سقط... با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود» معلوم می‌شود که صرف اذن مادر حامل برای سقط درمانی می‌تواند رافع مسئولیت دیه سقط از پزشک مباشر باشد. اما تقنین مذکور با تعارض‌های فقهی و قانونی مواجه است؛ زیرا جواز سقط درمانی به همراه عدم مسئولیت ضمان دیه در فقه امامیه منصرف است به فرض بیماری مادر و حفظ نفس مادر، نه فرض بیماری جنین. همچنین بر اساس تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا، عدم ثبوت دیه در سقط درمانی، منوط به انجام سقط برای بیماری مادر یا همان حفظ نفس مادر است. این در حالی است که «بیماری جنین» در ماده واحده سقط درمانی از جمله مجوزهای سقط به همراه عدم مسئولیت پزشک مباشر شناخته شده است. پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی در مقام اثبات آن است که رضایت مادر در فرض «بیماری جنین» برای عدم مسئولیت پزشک مباشر به سقط کافی نبوده و سقوط دیه جنین از ذمه پزشک مباشر، به اذن پدر جنین هم نیازمند است.

کلیدواژه‌ها

سقط درمانی، دیه سقط جنین، رضایت مادر، رضایت پدر.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آیت‌الله بروجردی، بروجرد، لرستان، ایران (نویسنده مسئول).

tahazargariyan93@abru.ac.ir

imankakavandzaman@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته سطوح عالی حوزه علمیه.

* زرگریان، طه؛ کاکاوند، ایمان. (۱۴۰۰). سقط درمانی؛ جستاری انتقادی درباره انحصار رضایت مادر در رفع مطلق ضمان سقط (نقد و پیشنهاد اصلاح اثر حقوقی اذن پدر در ماده واحده سقط درمانی). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۸)، صص ۲۲۶-۲۴۹.
Doi: 10.22081/jf.2021.62007.2379

۱. بیان مسئله

موضوع سقط از جمله موضوعاتی است که در عصر حاضر به علت‌های متعدد اجتماعی، فرهنگی و پزشکی، روزافزون بوده و خانواده‌های بسیاری را درگیر خود کرده است. گذشته از مسائل صرف پزشکی سقط که در حوزه طبابت به آن رسیدگی می‌شود، مسائل حقوقی سقط از اولویت‌های خانواده‌های درگیر با آن محسوب می‌شود. موضوع جواز سقط درمانی تا مدت‌ها از جمله موضوعات پژوهشی داغ میان صاحب‌نظران عرصه فقه و حقوق بود؛ لکن با توجه به همان پژوهش‌ها و دروس مختلف در حوزه سقط، بالاخره قانون‌گذار در سال ۱۳۸۴ اقدام به تصویب ماده واحده سقط درمانی نمود: «سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد».

قانون‌گذار در ماده واحده مذکور به صراحت اعلام می‌دارد که جواز سقط درمانی در دو فرض «بیماری مادر» و «بیماری جنین» با رضایت مادر حامل قانونی خواهد بود. پژوهش حاضر با تقنین مذکور موافق است تا آنجا که قانون‌گذار با عبارت «با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود»، مقرر می‌دارد که پزشک مباشر هیچ‌گونه مسئولیتی برای دیه سقط جنین ندارد و فقط کافی است که اذن مادر حامل را برای انجام عمل سقط أخذ نماید. قانون‌گذار بر اساس عبارت قانونی مذکور، پزشک مباشر را در هر دو فرض «بیماری مادر» و «بیماری جنین» از مسئولیت دیه سقط خلاصی داده و برای این منظور، اذن مادر را کافی می‌داند. لکن بر اساس مستندات فقهی و همچنین قوانین موضوعه جزایی باید گفت که تقنین مطلق عدم مسئولیت پزشک مباشر در سقط درمانی برای هر دو فرض «بیماری مادر» و «بیماری جنین» با اشکالات جدی مواجه است؛ زیرا بر اساس مبانی فقه امامیه، اصل در سقط جنین، ثبوت دیه است و تنها در موارد خاص می‌توان از حکم اصل عدول کرد. با

تحقیقات صورت گرفته معلوم می‌شود که فرض «بیماری جنین» آن‌چنان‌که قانون‌گذار معتقد است از موارد تخصیص عدم‌مسئولیت در سقط جنین شمرده نمی‌شود. همچنین تقنین مطلق عدم‌مسئولیت پزشک مباشر در سقط درمانی برای فرض «بیماری جنین» با تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا همخوانی ندارد.

پژوهش حاضر با توجه به اصل چهارم قانون اساسی درباره لزوم تطبیق قوانین با موازین اسلامی و همچنین با توجه به ادله معتبر فقهی بر این باور است که انتفای مسئولیت سقط جنین از پزشک مباشر در فرض «بیماری جنین» منوط به اذن پدر جنین هم می‌باشد. بر اساس مطالب مذکور تلاش می‌شود تا با در نظر داشتن آرای فقهی و همچنین مواد قانونی مربوطه، اقدام به نقد ماده واحده سقط درمانی شود و در نهایت پیشنهاد اصلاحی ارائه شود.

۲. اهمیت تحقیق

هر چند می‌توان مدعی بود که همه موضوعات مرتبط با حوزه فقه و حقوق از اهمیت خاصی برخوردار است، اما وقتی موضوع مورد نظر کاربردی باشد و بالاخص در حوزه جان افراد جای گرفته باشد، آن‌گاه حساسیت موضوع از جایگاه ویژه‌ای برخوردار خواهد شد. موضوع سقط جنین از جمله موضوعاتی است که به‌طور مستقیم با جان جنین و جان مادر حامل در ارتباط است. تفاوت‌های جزئی در احکام سقط درمانی می‌تواند به نتایج بزرگ و بعضاً جبران‌ناپذیر منتهی شود. موضوع پژوهش حاضر به نقد گزاره‌ای از ماده واحده سقط درمانی ختم می‌شود که عدم‌اصلاح آن می‌تواند اقدام‌کننده به سقط درمانی را در فرض عدم‌اذن ولی جنین به سقط، از هرگونه مسئولیتی مبرا کند. بر این اساس، اهمیت پژوهش حاضر که به تطبیق ماده واحده سقط درمانی با مبانی فقهی و البته دیگر مواد قانونی می‌انجامد، واضح و قابل تأکید است.

۳. پیشینه تحقیق

با تتبع در پژوهش‌های صورت گرفته می‌توان تحقیقات متعددی را در حوزه اصل جواز

سقط، مفهوم‌شناسی حرج و ارزیابی مسئولیت مدنی پزشک مورد توجه قرار داد. موضوع مقاله حاضر به‌طور کلی در حوزه مسئولیت مدنی پزشک مباشر به سقط است که مقالات ارزنده‌ای مانند «مسئولیت مدنی سقط درمانی» در مجله علمی پژوهشی فقه، دوره بیست‌وپنجم، سال ۱۳۹۷، در این زمینه نگاشته شده است؛ لکن وجه تمایز و نوآوری مقاله پیش رو با پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه مسئولیت مدنی پزشک، به زوایه نگاه و روش آن بازمی‌گردد؛ زیرا موضوع پژوهش‌های صورت گرفته، ارزیابی کلی مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک مباشر در امر سقط درمانی است؛ فارغ از فروض مختلف «بیماری مادر» و «بیماری جنین» که در نص ماده واحده سقط مقرر شده است. لکن موضوع مسئولیت پزشک مباشر به سقط در پژوهش حاضر با در نظر گرفتن فروض مختلف «بیماری مادر» و «بیماری جنین» و با عرضه آنها به اذن مادر حامل و اذن پدر جنین مورد ارزیابی واقع می‌شود؛ زیرا احکام مسئولیت و عدم مسئولیت پزشک مباشر به سقط درمانی در فقه امامیه کلی و برای یک مورد نیست، بلکه احکام آن در فروض مختلف متفاوت است.

۴. مفهوم‌شناسی

۴-۱. رضایت

واژه «رضایت» در منابع لغوی به معنای قهر و تنفر آمده است؛ معانی خشنودی، خرسندی، میل و موافقت از جمله مواردی است که برای واژه «رضی یا رضو» در منابع اهل لغت قابل مشاهده است (فیومی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۲۹). واژه «رضایت» در منابع فقهی و حقوقی مورد استعمال قرار گرفته است و در راستای معنای لغوی خود ظاهر شده است. واژه «رضایت» در ابواب فقهی عبادات، عقود و ایقاعات پرکاربرد است و قدرمتیقن مفهوم آن به ضد سخط و کراهت معنا شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص ۱۱۰). واژه «رضایت» در حوزه حقوق به معنای میل به انجام عمل حقوقی است که در مرحله تصمیم‌گیری و پس از سنجش حاصل می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۳۰). همچنین گفته شده است که رضایت عبارت است از تمایل قلب به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً

انجام شده یا الان انجام می‌شود یا بعداً واقع خواهد شد (لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۳۳۵). اصطلاح رضایت در حوزه درمان و پزشکی همسو با ماهیت رضایت در لغت، دانش فقه و حوزه حقوق است؛ رضایت بیمار یا مجنی‌علیه و تمایل قلبی و موافقت ایشان مبنی بر اینکه تعرضی بر خلاف قانون علیه حقوق و آزادی‌های او انجام شود (اردبیلی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۸۸).

۲-۴. سقط جنین

با جستجو در منابع اهل لغت می‌توان دریافت که واژه «سقط» در منابع لغوی به معنای افتادن از بالا به پایین است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۵۴). عبارت «سقط جنین» به علت کاربرد ویژه در دانش پزشکی و همچنین در دانش فقه به مثابه یک اصطلاح علمی شناخته شده و تعاریف دقیقی درباره آن وجود دارد. سقط جنین در اصطلاح پزشکی به معنای اخراج عمدی یا مصنوعی یا خروج خودبه‌خود حمل قبل از موعد طبیعی است (گودرزی، ۱۳۷۴، ص ۵۹۳). با تتبع در منابع معتبر پزشکی می‌توان درباره سقط جنین چنین مطالعه نمود که سقط خروج محصولات حاملگی از رحم است، قبل از آنکه جنین قادر به زندگی باشد و همچنین ناتمام‌مانی و توقف پیش‌رس یک روند طبیعی یا پاتولوژیک است (نواک، ۱۳۹۲، ص ۲۱). اصطلاح «سقط» در منابع فقهی به علت مباحث متعددی که درباره آن وجود دارد، مورد استعمال فقها قرار گرفته است. با تتبع در منابع فقهی می‌توان اصطلاحاتی مانند «اجهاض الجنین» را در لسان فقها مشاهده نمود که به همان «اسقاط الجنین» تعبیر شده است (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۲۳۷). مذاقه در تعاریف فقهی سقط بیانگر آن است که فقهای امامیه با رعایت معنای لغوی واژه «سقط» اقدام به تعریف سقط نموده و نگاشته‌اند که سقط به معنای افتادن جنین از حمل است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۳، ص ۳۵۹).

۳-۴. سقط درمانی

عمل سقط با توجه به نوع اجرا و همچنین نظارت دانش فقه و حقوق، به اقسام جنایی یا غیرقانونی (Criminal)، تروماتیک (Traumatic)، خودبه‌خودی (Spontaneous) و سقط درمانی (Therapeutic) قابل تقسیم است. لکن نوع سقط موردنظر در پژوهش

حاضر سقط درمانی است که به معنای ختم حاملگی قبل از قابلیت حیات جنین برای حفظ سلامت مادر است. اندیکاسیون‌های سقط درمانی شامل موارد پیش رو است: الف. ختم حاملگی برای حفظ جان مادر، ب. ختم حاملگی برای حفظ سلامت مادر، ج. ختم حاملگی در مواردی که حاملگی منجر به تولد نوزاد ناقص الخلقه یا ناهنجاری‌های مغایر با حیات می‌شود، د. سقط انتخابی در موارد چندقلویی، و ه. ختم حاملگی در مواردی که نوزاد قابلیت حیات ندارد (Roche & James, 2004).

۵. موضوع‌شناسی

شناخت موضوع پژوهش حاضر با توجه به تحقیقات متعددی که در حوزه سقط جنین صورت گرفته است، می‌تواند مختصات دقیق پژوهش حاضر را کاملاً تنقیح نماید. سقط درمانی هدف بسیاری از پژوهش‌های حوزه فقه و حقوق قرار گرفته است؛ زیرا ابعاد فقهی سقط گسترده است و از ظرفیت بالایی برای بحث در زوایای گوناگون برخوردار است. از جمله مهمترین مباحث موجود در سقط، موضوع ارزیابی اصل جواز سقط درمانی است که البته از جمله موضوعات سابقه‌دار و قدیمی سقط محسوب می‌شود. پژوهش‌گران متعددی درباره ارزیابی اصل جواز سقط، قلم‌ها زده و نتایج یکسان و بعضاً متفاوتی دریافت کرده‌اند.

مهم‌ترین رهیافت پژوهش‌های صورت گرفته درباره اصل جواز سقط را در تفنین ماده واحده سقط درمانی مصوب سال ۱۳۸۴ می‌توان جستجو نمود؛ زیرا قانون‌گذار ناظر بر همان پژوهش‌های انجام‌شده اقدام به وضع ماده سقط درمانی نمود و اصل سقط را در صورت درمان و به شرط تحقق فروض تصریح شده در نص ماده به همراه اعلام رضایت مادر، قانونی اعلام کرد. بنابراین باید گفت که سقط درمانی در کشور ایران از مرحله ارزیابی اصل جواز عبور کرده و تکلیف آن در ماده واحده ۱۳۸۴ مشخص شده است. لکن باید گفت که هرچند تکلیف اصل جواز سقط به لحاظ قانونی روشن شده است، اما با مذاقه در ماده واحده موردنظر، آثار حقوقی کیفیت جواز سقط مورد بحث و تأمل قرار می‌گیرد. پیش‌تر اشاره شد که انطباق همه قوانین موضوعه با موازین اسلامی از

مؤکدات اصل چهارم قانون اساسی است و طبعاً احکام سقط درمانی که از حساسیت خاصی در جامعه برخوردار است، مشمول حکم اصل چهارم قانون اساسی خواهد بود. این در حالی است که با مذاقه در شیوه جواز سقط درمانی، تطبیق همه‌جانبه با موازین اسلامی قابل مشاهده نیست؛ زیرا هرچند اذن پدر جنین در اصل جواز سقط درمانی لازم نیست، اما عدم اذن وی در اقدام به سقط، دارای آثار حقوقی برای مباشر به سقط است که از نگاه قانون‌گذار مغفول مانده است.

جایگاه رابطه پدر با جنین به‌عنوان ولی جنین در فقه امامیه و همچنین تقنین مقررات رابطه طیب با درمان در قوانین موضوعه، بیانگر نکاتی است که همخوانی همه‌جانبه ماده واحده سقط درمانی را با موازین فقهی زیر سؤال می‌برد. بر اساس مطالب مذکور مشخص می‌شود که موضوع پژوهش حاضر به‌طور متمرکز و فارغ از اصل جواز سقط به حوزه ضمان مباشر به سقط درمانی نظر دارد. کنکاش در نوع رابطه اذن و عدم اذن پدر جنین در اقدام به سقط درمانی با مسئولیت یا عدم مسئولیت مباشر به سقط، دقیقاً همان موضوعی است که پژوهش حاضر آن را از جایگاه ماده واحده سقط درمانی مورد بحث و بررسی قرار داده است.

۶. سقط درمانی با محوریت رضایت مادر

همان‌طور که از نص ماده واحده سقط درمانی مشخص است، قانون‌گذار دو فرض قانونی را برای جواز سقط مقرر می‌نماید؛ فرض اول به بیماری جنین بازمی‌گردد که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است، و فرض دوم به بیماری مادر بازمی‌گردد که با تهدید جانی مادر توأم است. قانون‌گذار بعد از ذکر دو فرض مذکور، اقدام به ذکر عبارت «با رضایت زن مجاز می‌باشد» می‌کند. مفهوم عبارت اخیر آن است که اگر هر دو فرض بیماری جنین و بیماری مادر با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی اتفاق افتد، صدور جواز سقط در گرو رضایت انحصاری مادر حامل است. پس در صورت تحقق رضایت مادر حامل و البته قبل از ولوج روح در دو فرض موردنظر، سقط به‌صورت قانونی ممکن خواهد شد و نیازی به

رضایت پدر در هیچ‌یک از فروض پیش‌گفته نیست. اکنون که مناظ بحث روشن شد، می‌توان انحصار رضایت مادر را در صدور جواز سقط درمانی مورد ارزیابی قرار داد.

۶-۱. بیماری مادر و رضایت انحصاری وی برای سقط

یکی از دو فرض قانونی برای جواز سقط قبل از ولوج روح، بیماری مادر است که باید توأم با تهدید جانی وی باشد. پیشرفت‌های پزشکی، اعم از دانش و تجهیزات طبی در عصر حاضر، موجب شده است تا مادر حامل از ابتدای بارداری تا مرحله وضع حمل، هدف بسیاری از معاینات پزشکی قرار گیرد و وضعیت وی در هر مرحله از بارداری کنترل شود. پزشکان متخصص می‌توانند مادر حامل را قبل از ولوج روح مورد معاینه قرار داده و آسیب‌های احتمالی را درباره وضعیت جسمی مادر در آینده بارداری متوجه شوند.

اگر پزشک متخصص با انجام معاینات و آزمایش‌های تخصصی، قبل از ولوج روح در جنین به این نتیجه رسید که مادر حامل دچار بیماری‌ای شده است که در آینده با تهدید جانی وی توأم است، می‌تواند مطابق با فرض قانون‌گذار در ماده واحده و با رضایت مادر حامل، اقدام به سقط جنین نماید. همان‌طور که از توضیحات مذکور مشخص است، تحقق دو مؤلفه مهم در قوام فرض مورد نظر ضروری است؛ اول، بیماری مادر، و دوم، تشخیص تهدید جانی در بیماری از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ زیرا استعمال واژه «تهدید» به همراه واژه «جان» در موضوع سقط جنین مفید این معنا است که هر چند حفظ جان مادر در حال حاضر با جان جنین در تزامن نیست، اما این بدان معنی نیست که موضوع تزامن به طور کل منتفی است، بلکه تشخیص همان تهدید جانی، ظرفیت ایجاد تزامن جان مادر و جان جنین را در آینده ایجاد کرده است. از این رو است که قانون‌گذار در فرض تهدید جانی، این اذن را به مادر حامل داده است که قبل از ولوج روح، از زمان تشخیص بیماری تا زمانی که بیماری موجب تلف مادر می‌شود، اقدام به سقط نماید. لازم به ذکر است که واژه «تهدید» در منابع لغوی به معنای ترسانیدن کسی به وعده انجام دادن کاری علیه او یا متعلقاتش است (هاشمی شاهرودی،

۱۳۸۲ق، ج ۲، ص ۶۷۱). از این رو است که گفته می‌شود واژه تهدید از «وعید»، و «وعید» از ریشه «وعد» به معنای وعده‌دادن برای انجام کاری در زمان یا مکان مشخص در آینده است: «وعید مختص شر و بدی است؛ بر اساس مطالب مذکور، معنای تهدید چنین است: شر و بدی که برای آینده در یک زمان یا مکان معین محقق خواهد شد» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، صص ۸۳۴، ۸۷۵). واژه «تهدید» در اصطلاح دانش فقه و حقوق از معنای لغوی خود دور نمانده و به معنای ایجاد بیم بر جان، مال یا آبروی دیگری است (لنگرودی، ۱۳۶۳، ص ۱۸۳). بر اساس مطالب مذکور می‌توان دریافت که فرض مورد بحث، یعنی توأم بودن بیماری مادر با تهدید جانی می‌تواند - هر چند در آینده باشد -^۱ منجر به فوت مادر حامل شود.

بر اساس مطالب مذکور می‌توان نسبت عبارت «سقط... با رضایت زن مجاز می‌باشد» را با فرض مورد بحث، یعنی «بیماری مادر که توأم با تهدید جانی مادر است» مورد تأیید فقهی دانست؛ زیرا بر اساس تحلیل مطالب مذکور مشخص است که فرض بیماری مادر به صورت تمام و کمال، منحصرأ با جان مادر در ارتباط است، در واقعیت عالم خارج این جان مادر است که تمام تهدیدات احتمالی متوجه آن بوده و امکان سلب حیات برای وی خواهد بود. از این رو است که قبل از ولوج روح و با تشخیص پزشکی متخصص و تأیید پزشکی قانونی، سقط جنین منحصر در رضایت مادر حامل خواهد بود و نیازی به اذن شوهر نیست. دو استفتای پیش رو مؤید عدم شرطیت اذن شوهر در فرض مورد بحث است: استفتای اول: «آیا سقط جنین قبل از ولوج روح یا بعد از ولوج روح در صورتی که بقای جنین موجب مرگ مادر و جنین خواهد شد، جایز است؟ آیا در این مورد، رضایت شوهر شرط است؟ هر گاه به آن مرحله برسد که اگر جنین سقط نشود،

۱. تهدید در ماده واحده سقط درمانی بر خلاف واژه «خطر» در ماده ۷۱۸ ق.م.ا که اشاره به امری خارجی است، امری ذهنی است که نتیجه عملی آن در گستره زمانی جواز سقط نمایان خواهد شد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، به‌هنگام تشخیص تهدید جانی، این اذن برای مادر حامل وجود دارد که قبل از ولوج روح، از زمان تشخیص بیماری تا زمانی که بیماری موجب تلف مادر می‌شود، اقدام به سقط نماید؛ در حالی که بر اساس ماده ۷۱۸ ق.م.ا مادر حامل فقط در زمان حدوث تراحم جان مادر و جان جنین جواز سقط دارد.

هر دو خواهند مرد، سقط جنین واجب است و رضایت شوهر شرط نیست (سبحانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۲۱، سؤال ۹۹۳). استفتای دوم: اگر جنین در رحم، مشرف به موت حتمی باشد و باقی ماندن آن در رحم به همان حال برای زندگی مادر خطرناک باشد، آیا سقط آن جایز است و اگر شوهر آن زن مقلد کسی باشد که سقط جنین در حالت مذکور را جایز نمی‌داند، ولی زن و اقوام او از کسی تقلید می‌کنند که آن را جایز می‌داند، تکلیف مرد در این حالت چیست؟ چون در فرض سؤال امر دائر است بین مرگ حتمی طفل به تنهایی و بین مرگ حتمی طفل و مادر او، و بنابراین چاره‌ای جز این نیست که لااقل زندگی مادر با سقط جنین نجات داده شود و در فرض سؤال، شوهر حق ندارد همسرش را از این کار منع کند، ولی واجب است تا حد امکان به گونه‌ای عمل شود که قتل طفل مستند به کسی نشود (خمینی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۹۴۷، سؤال ۱۲۶۹).

۶-۲. بیماری جنین و رضایت انحصاری مادر برای سقط

فرض دیگری که در نگاه قانون‌گذار به‌عنوان جواز سقط درمانی در ماده واحده مصوب ۱۳۸۴ موردتقنین واقع شده است، فرض بیماری جنین است که به‌علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه‌بودن، موجب خرج مادر می‌شود. تحقق فرض مذکور با رعایت شرایط تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی برای قبل از ولوج روح معتبر خواهد بود. در بعضی از بارداری‌ها ممکن است جنین به عوامل مختلف، دچار عقب‌افتادگی ذهنی یا نقص در خلقت شود، لکن قانون‌گذار، خرج مادر حامل را که ناشی از بیماری جنین عقب‌افتاده یا ناقص‌الخلقه است موردتوجه قرار داده و آن را از جمله مجوزهای سقط جنین به‌شرط رضایت مادر دانسته است. لکن عبارت قانون‌گذار درباره خرج در ماده واحده سقط درمانی به‌صورت مطلق بوده و اعم از خرج جسمی و خرج روحی تفسیر می‌شود.

مشکلات جنین عقب‌افتاده می‌تواند با توجه به نوع زندگی خانواده‌ها اعم از نوع فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی، آثار متفاوتی برای مادر حامل داشته باشد. انجام بسیاری

از امورات شخصی و جمعی فرزند عقب‌افتاده از عهده وی خارج است که قطعاً مشقت‌های فراوانی برای مادر فرزند به‌دنبال خواهد داشت. مشکلات فرزند ناقص‌الخلقه هم در نوع خود می‌تواند با دشواری‌های فراوانی همراه باشد که مادر عهده‌دار آنها خواهد بود؛ از امور تغذیه تا امور بهداشتی آنها از جمله مواردی است که مادر فرزند را در دشواری‌های جسمی قرار می‌دهد. همچنین مادر حامل ممکن است در اثر معاینات مرتب و دوره‌ای پزشک متخصص، آگاه شود که جنین وی دچار عقب‌افتادگی ذهنی یا نقص در خلقت بوده و با همین وضع موجود باید وضع حمل نماید. طبعاً وقتی مادران در چنین وضعیتی قرار می‌گیرند، آسیب‌های روحی و روانی متعدد و البته عمیقی را تجربه می‌کنند.

بسیاری از مادرها با توجه به تفاوت در نوع نگرش به جهان خود می‌توانند در اثر آسیب‌های روحی و روانی مذکور دچار افسردگی شوند. وقتی مادر حامل به زندگی خارج از عرف جاری در اجتماع برای جنین خود می‌اندیشد، قطعاً سؤالات و چالش‌های فراوانی در ذهن وی جای می‌گیرد که خود را از حل آن مسائل ناامید پنداشته و سرانجام جنین را مبهم می‌بیند. همه مسائل مذکور به حرج روحی مادر حامل انجامیده و موجب می‌شود که مادر حامل از نگاه داشتن جنینی که در اثر عقب‌افتادگی ذهنی یا نقص در خلقت دچار بیماری شده است پرهیز نماید. هرچند به‌طور کلی سقط جنین عقب‌افتاده یا ناقص‌الخلقه نزد فقهای امامیه جایز نیست (سبحانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۲۱). استفتای پیش رو درباره موضوع مورد بحث، قابل توجه است: پزشکان متخصص می‌توانند از طریق استفاده از روش‌ها و دستگاه‌های جدید، نواقص جنین در دوران بارداری را تشخیص دهند و با توجه به مشکلاتی که افراد ناقص‌الخلقه بعد از تولد در دوران زندگی با آن مواجه می‌شوند، آیا سقط جنینی که پزشک متخصص و مورد اطمینان آن را ناقص‌الخلقه تشخیص داده، جایز است؟ سقط جنین در هر سنی به‌مجرد ناقص‌الخلقه بودن آن و یا مشکلاتی که در زندگی با آن مواجه می‌شود، جایز نمی‌شود (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۹۴۵، سؤال ۱۲۶۲). همچنین مطالعه استفتاء پیش رو می‌تواند موضوع را روشن‌تر نماید: «مادر در کمال صحت و سلامتی است و هیچ‌گونه خطری او

را تهدید نمی‌کند، و جنین نیز سالم است، ولی دو سر دارد، یا سر جنین به شکل انسان نیست و اگر با جنین حالتی متولد شود، طبق تشخیص پزشک، ممکن است چند روز پس از تولد از دنیا برود. یا ادامه حیات چنان فرزند برای خود او، والدین و جامعه مشکلاتی خواهد داشت. آیا در پیش گفته می‌توان سقط جنین کرد؟... اگر تشخیص قطعی داده شود که جنین به گونه‌ای ناقص است که برای پدر و مادر و اطرافیان اسباب عسر و حرج شدید می‌شود، مشروط بر اینکه روح در آن دمیده نشده باشد، در این سه صورت، ختم حاملگی جایز است... (مکارم، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۵۲۶، مورد «ج»، سؤال ۱۴۵۲). لکن بر اساس استفتائات موجود و همچنین دیدگاه گروهی از فقهای امامیه، به صراحت می‌توان دریافت که اگر جنین ناقص الخلقه یا عقب‌افتاده موجب عسر و حرج شود، سقط آن جایز خواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص ۴۸۸). بر همین اساس قانون‌گذار با در نظر گرفتن استفتائات مذکور و دیدگاه‌های مشابه آن، حرج را مجوز سقط درمانی قبل از ولوج روح قرار داده است.

بر اساس مطالب مذکور معلوم می‌شود که مادر حامل در هر دو فرض بیماری خویش و یا بیماری جنین می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در ماده واحده سقط درمانی، رضایت به سقط داده و پزشک متخصص اقدام به سقط نماید؛ زیرا تراحم جان مادر در فرض بیماری مادر و تحقق حرج در فرض بیماری جنین، از مجوزات فقهی سقط درمانی محسوب شده است. همان‌طور که از مباحث فوق‌الذکر مشخص است، اصل جواز سقط درمانی منوط به اذن پدر جنین نیست و عدم اذن وی موجب مسئولیت جزایی برای هیچ‌یک از طرفین سقط، اعم از مادر حامل یا پزشک متخصص نخواهد بود، اما درباره شرطیت اذن پدر برای عدم ضمانت دیه سقط جنین، مطالب ذیل قابل ارزیابی است.

۷. اذن پدر جنین و ضمانت دیه در ماده واحده

ارزیابی شرطیت اذن پدر و موضوع ضمانت دیه شخص مباشر به سقط، در گرو ارزیابی دو موضوع اصل تحقق ضمانت دیه جنین در سقط درمانی و ارزیابی خلأ اذن پدر و

عدم ضمان دیه در ماده واحده سقط درمانی است که به ترتیب ذیل انجام می‌شود:

۷-۱. ارزیابی ضمان دیه جنین در سقط درمانی

از قواعد مسلم فقه جزایی در حوزه سقط جنین آن است که دیه جنین در آن ثابت خواهد شد و ضمان آن با شخص مباشر به سقط خواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص ۴۸۸؛ صافی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۳). لکن با تتبع در منابع فقه امامیه، بالاخص در میان مباحث فقه معاصر، مشاهده می‌شود که در لزوم ثبوت دیه جنین در فرض سقط درمانی، تفصیلاتی وجود دارد. بسیاری از فقهای امامیه فارغ از اینکه نوع سقط چه می‌تواند باشد، ثبوت دیه سقط جنین را لازم می‌دانند (خوئی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۸۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۱۱۶). گروه دیگری از فقهای امامیه با تفصیل بحث سقط جنین، موضوع سقط درمانی را هم در نظر داشته و با توجه به آن قائل به ثبوت دیه شده‌اند مانند اینکه گفته شده است: «آیا اخذ رضایت زوج جهت سقط جنین درمانی لازم می‌باشد؟ در صورت عدم رضایت زوج، مسئولیت پزشک اقدام‌کننده چگونه است؟ با حفظ تمام قیودی که در ماده واحده سقط درمانی ملحوظ شده، عمل اسقاط جنین اشکال ندارد و رضایت شوهر شرط نیست، و در صورت جواز عمل، اقدام پزشک مانع ندارد، ولی در صورت عدم اجازه شوهر، دیه بر عهده پزشک است» (خامنه‌ای، ۱۳۹۵، سؤال ۱۳۱۴). بعضی از فقهای امامیه اعتقاد خود را به پرداخت دیه در فرض سقط درمانی با واژه احتیاط اعلام کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۵۶۲). گروهی از فقها هم که البته در تعداد بسیار قلیل هستند، بر این باورند که اگر بین جان مادر و جان جنین تراحم ایجاد شود، سقط جنین قبل از ولوج روح جایز است و بعید نیست که موجب سقوط دیه شود؛ زیرا جنین در این حالت در معرض تلف است و برای آن دیه ثابت نیست (سبزواری، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۳۱۷). دیدگاه موردنظر را با مذاقه در استفتای پیش رو می‌توان مورد تأیید گروهی از فقهای معاصر دانست: در موارد جواز سقط جنین مانند در خطر بودن جان مادر، آیا ادای دیه واجب است؟ واجب نیست، مانند موارد جواز عمل جراحی یا وجوب آن در مریض یا عمل حجامت که راجح است (بهجت، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۵۰۶، س ۶۲۸۴). همان‌طور که مشخص است،

ثبوت دیه در فرض سقط جنین به منظور حفظ نفس مادر واجب نیست.

قانون‌گذار با تبعیت از دیدگاه فقه جزایی تلاش نموده است با در نظر گرفتن جمیع تفصیلات فقهی، موضوع ثبوت و عدم ثبوت دیه سقط جنین را در ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی تقنین نماید. ماده مذکور به همراه تک تبصره خود مستقیماً در جهت ضمان دیه سقط جنین مورد وضع واقع شده است. قانون‌گذار طی ماده ۷۱۸ ق.م.ا به صراحت مقرر می‌دارد که هر مادر حاملی در هر مرحله‌ای از جنین، خواه بر حسب عمد، شبه‌عمد یا خطای محض به سقط جنین اقدام نماید، دیه جنین در قامت ضمان محقق خواهد شد: «هرگاه زنی جنین خود را در هر مرحله‌ای که باشد، به عمد، شبه‌عمد یا خطا از بین ببرد، دیه جنین حسب مورد توسط مرتکب یا عاقله او پرداخت می‌شود».

همان‌طور که از نص ماده مذکور نمایان است، قانون‌گذار با تبعیت از دیدگاه غالب فقهای امامیه اقدام به ثبوت دیه سقط جنین نموده است؛ لکن تفصیلاتی که درباره سقط درمانی در کتاب مهذب الاحکام مورد توجه قرار گرفته بود، از نظر قانون‌گذار مخفی نمانده و آن را در تبصره ماده مورد بحث به عنوان حکمی خاص بر حکم عمومی ثبوت دیه سقط جنین، مورد تقنین قرار داده است. تبصره ماده مورد بحث از این قرار است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی‌شود». همان‌طور که از تبصره مذکور مشخص است، دیدگاه صاحب مهذب الاحکام مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است که اگر سقط درمانی به منظور حفظ نفس مادر حامل بود، آن‌گاه دیه سقط جنین ثابت نخواهد بود.

بر اساس مطالب مذکور، مشخص می‌شود که حکم اولیه انواع سقط جنین در فقه و قوانین موضوعه ایران، موجب ثبوت دیه خواهد شد؛ لکن مورد خاص آن هنگامی است که سقط درمانی به منظور حفظ نفس مادر انجام گیرد که در این صورت به موجب دیدگاه گروهی از فقهای امامیه و به تقنین تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا، دیه برای آن ثابت نخواهد شد.

۲-۷. خلا اذن پدر و عدم ضمان دیه در ماده واحده

همان‌طور که پیش‌تر به‌طور مفصل بحث شد، قانون‌گذار دو فرض بیماری مادر و بیماری جنین عقب‌مانده ذهنی و ناقص‌الخلقه را دو محور مجوز سقط قرار داده است که با رضایت مادر حامل، عملیاتی خواهد شد. لکن با بررسی ماده واحده سقط درمانی معلوم می‌شود که قانون‌گذار هیچ‌گونه ضمانی برای شخص مباشر به سقط در هیچ‌یک از فروض بیماری مادر و بیمار جنین قائل نشده است و به‌صراحت مقرر می‌دارد: «...مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». جهت ارزیابی موضوع حاضر در ماده واحده سقط، خلا اذن پدر و عدم ضمان دیه در هر دو فرض بیماری مادر و بیماری جنین مورد ارزیابی واقع می‌شود.

۱-۲-۷. خلا اذن پدر و عدم ضمان دیه در بیماری مادر

بیماری مادر یکی از دو فرض قانونی مجوز سقط جنین است. اثر بیماری مادر در جواز سقط به موضوع حفظ نفس مادر بازمی‌گردد: «سقط درمانی با... بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». فرض مذکور با مبانی فقه امامیه موافق است؛ زیرا باور گروهی از فقهای امامیه آن بود که سقط جنین به‌منظور حفاظت از نفس مادر از موجبات سقوط دیه سقط جنین است. همچنین فرض مورد بحث در ماده واحده سقط درمانی با تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا.همخوانی دارد؛ زیرا آنچه که در تبصره ماده مذکور از حکم عام ثبوت دیه سقط جنین استثنا شده است، سقط درمانی به‌منظور حفظ نفس مادر حامل است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به‌منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی‌شود». بر اساس مطالب مذکور می‌توان دریافت که اذن پدر جنین جهت سقوط حق دیه در فرض سقط درمانی ناشی از بیماری مادر به‌هیچ‌وجه نیاز نبوده و می‌توان دیدگاه قانون‌گذار را در ماده واحده سقط که مقرر می‌دارد «سقط درمانی با... بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و

مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود»، با مبانی فقهی و قانونی موافق دانست.

۲-۲-۷. خلأ اذن پدر و عدم ضمان دیه در بیماری جنین

حرج ناشی از بیماری جنین عقب افتاده یا ناقص الخلقه فرض دیگری است که قانون گذار آن را بر اساس مبانی فقهی گروهی از فقهای امامیه، از جمله مجوزات سقط درمانی قرار داده است. لکن قانون گذار به صراحت اعلام داشته است که هرگاه مادر حامل حرج ناشی از جنین عقب مانده یا ناقص الخلقه داشته باشد، می تواند با اعلام رضایت به پزشک متخصص بستر سقط را قانونی نماید. لکن قانون گذار در فرض مذکور مقرر نموده که شخص مباشر به سقط، یعنی همان پزشک متخصص هیچ گونه ضمانی نداشته و از هر گونه مسئولیتی مبرا است. لکن تقنین مذکور نه با مبانی فقه امامیه همخوانی دارد و نه با مبانی خود قانون گذار در قوانین.

۱-۲-۲-۷. نقد فقهی خلأ اذن پدر در عدم ثبوت دیه

حکم مورد بحث در ماده واحده سقط درمانی، یعنی عدم ضمان پزشک به دیه جنین در فرض بیماری جنین با مبانی فقهی همخوانی ندارد؛ زیرا بر اساس حکم اولیه، غالب فقهای امامیه به طور کلی در هر فرضی از سقط، اعم از سقط درمانی یا سقط جنایی، به ثبوت دیه جنین قائل اند و آن را منتفی نمی دانند، مگر با رضایت اولیای جنین (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص ۴۸۸؛ صافی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۳). لکن آن گروهی از فقهای امامیه هم که حکم اولیه ثبوت دیه سقط را در فرض سقط درمانی تخصیص می زدند، تنها هنگامی بر این باورند که موضوع سقط درمانی به منظور حفظ نفس مادر حامل باشد (سبزواری، بی تا، ج ۲۹، ص ۳۱۷؛ بهجت، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۵۰۶، سؤال ۶۲۸۴). اما فرض مورد بحث که موضوع حکم قانون گذار در ماده واحده سقط درمانی قرار گرفته است، فرض حرج ناشی از جنین ناقص الخلقه یا عقب مانده ذهنی است و واضح است که سقط درمانی در فرض حاضر به جهت حفظ نفس مادر حامل نیست. بر اساس مطالب مذکور، هر چند رضایت

مادر حامل برای اقدام به سقط در فرض حرج کفایت کرده و پزشک می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در ماده واحده سقط درمانی به عمل سقط جنین اقدام نماید، اما از آن جهت که اذن پدر جنین به‌عنوان ولی وی برای سقط صادر نشده است، ضمان دیه سقط جنین بر عهده پزشک مباشر به سقط است و نمی‌توان عبارت قانون‌گذار را که مقرر می‌کند «سقط درمانی... مبنی بر بیماری جنین که به‌علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است... با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود»، همسو با مبانی فقه امامیه دانست. در تأیید مطلب مذکور می‌توان متن پیش رو را مورد مطالعه قرار داد: «اگر پدر و مادر به طیب اجازه داده‌اند جنین را سقط کند، دیگر نمی‌توانند از طیب دیه را طلب کنند و آنها در واقع حق دیه را با اذن در سقط ساقط کرده‌اند. لکن اگر مادر پیشنهاد سقط را مطرح کند و پدر راضی نباشد و یا برعکس، در این حال کسی که اذن داده است حق خود را اسقاط کرده است و دیه به دیگری می‌رسد» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴).

۲-۲-۷. نقد قانونی خلأ اذن پدر در عدم ثبوت دیه

حکم مورد بحث در ماده واحده سقط درمانی، یعنی عدم ضمان پزشک به دیه جنین در فرض بیماری جنین با مبانی قانون‌گذار هم‌خوانی ندارد؛ زیرا ماده واحده سقط درمانی پا را فراتر از شرایط محدود و خاص عدم ضمان دیه سقط درمانی در تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا.نهاد و برای مباشر سقط جنین در فرض حرج ناشی از جنین عقب‌افتاده و ناقص‌الخلقه، مصونیت مدنی ایجاد می‌کند و وی را از ضمانت دیه سقط می‌رهاند. این در حالی است که اصل در سقط جنین، تحقق ضمان دیه است و در موارد خلاف آن باید به همان مورد قانونی خاص محدود شد که در مانحن‌فیه، همان عدم ضمان دیه در فرض سقط درمانی به منظور حفظ نفس مادر است، نه سقط درمانی به منظور حرج ناشی از جنین عقب‌افتاده یا ناقص‌الخلقه. مضاف بر اینکه ماده ۷۱۸ ق.م.ا. به حیث زمانی مصوب ۱۳۹۲ است و بعد از ماده واحده سقط درمانی اعتبار یافته است و به لحاظ تقدم و تأخر اصولی، می‌تواند دایره اطلاق ماده واحده سقط درمانی را مضیق نماید. بر اساس مطالب

مذکور، معلوم می‌شود که تقنین عدم‌ضمان دیه برای پزشک مباشر به سقط در فرض سقط درمانی ناشی از بیماری جنین، با تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا که مقدم بر آن است در تعارض است.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار با تقنین ماده واحده سقط درمانی در سال ۱۳۸۴ تلاش نمود که سقط درمانی را در چهارچوب قانونی ارائه دهد؛ از این رو مقرر نمود: «سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی او توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». قانون‌گذار با ذکر دو فرض بیماری مادر و بیماری جنین، بستر سقط قانونی را تحت عنوان سقط درمانی تقنین کرده است. لکن قانون‌گذار فرض سقط درمانی را در انحصار رضایت مادر قرار داده و با رعایت تمام شرایط مندرج در ماده واحده، ذمه پزشک مباشر به سقط را از هرگونه ضمانتی، از جمله دیه سقط جنین مبرا کرده است. اینکه قانون‌گذار در ماده واحده مذکور، ذمه مباشر به سقط جنین را در فرض بیماری مادر بری می‌کند، با ادله فقهی و ماده ۷۱۸ ق.م.ا هم‌خوانی دارد؛ زیرا عدم‌ثبوت دیه جنین در سقط به منظور حفظ نفس مادر از مبانی فقهی برخوردار است، اما اینکه قانون‌گذار در ماده واحده مذکور، ذمه مباشر به سقط جنین را در فرض بیماری جنین هم بری می‌کند، با ادله فقهی و ماده ۷۱۸ ق.م.ا هم‌خوانی ندارد؛ زیرا اصل در سقط جنین، ثبوت دیه جنین بر ذمه مباشر است؛ لکن خروج از اصل نیازمند دلیل است که فقهای امامیه دلیل سقط درمانی را به منظور حفظ نفس مادر مورد تأیید قرار داده و سقوط دیه جنین را در فرض مذکور پذیرفته‌اند. تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا هم با تبعیت از فقه امامیه، سقوط دیه جنین را فقط در فرض سقط به منظور حفظ جان مادر تقنین کرده است. بر اساس مطالب مذکور، هرچند جواز سقط درمانی در انحصار رضایت مادر است، اما اسقاط حق دیه پدر جنین منوط به اذن پدر

بوده که در صورت عدم اذن به سقط و عدم رضایت به اسقاط حق دیه خود، شخص
مباشر به سقط، ضامن دیه سقط برای پدر جنین خواهد بود.

پیشنهاد اصلاح

متن فعلی ماده واحده سقط درمانی به قرار پیش رو است: «سقط درمانی با تشخیص
قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت
عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید
جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می باشد و
مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». لکن به لحاظ قواعد فقهی و
مبانی قانونی لازم است که متن مذکور به متن پیش رو اصلاح شود: «سقط درمانی با
تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که
به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با
تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می باشد.
عدم مسئولیت پزشک مباشر در سقط ناشی از بیماری جنین منوط به رضایت پدر است».

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۸۵). حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۲. بهجت، محمدتقی. (۱۳۸۶). استفتائات. قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت رحمته الله.
۳. خامنه‌ای، علی. (۱۳۹۵). استفتائات قضایی. قم: مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه.
۴. خمینی، روح الله. (۱۳۸۱). توضیح المسائل. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. خوئی، سیدابوالقاسم. (بی تا). استفتائات. بی جا: مؤسسه الخوئی الاسلامیه.
۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). المفردات فی غریب القرآن. دمشق: دارالقلم - الدار الشامیه.
۷. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۹). استفتاءات. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۸. سبزواری، عبدالاعلی. (بی تا). مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.
۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۱۰. صافی، لطف الله. (۱۳۸۵). جامع الأحکام. قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.
۱۱. صدر، سیدمحمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه. بیروت: دارالأضواء للطباعة والنشر والتوزیع.
۱۲. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۱۳. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۷ق). احکام پزشکان و بیماران. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۱۴. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. لبنان: المكتبة العلمية.
۱۵. گودرزی، فرامرز. (۱۳۷۴). پزشکی قانونی. تهران: انتشارات انیشتین.
۱۶. لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۴). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). درس خارج فقه: مسائل مستحدثه. قم: پایگاه درس خارج فقه آیت الله مکارم: سلسله دروس فقه معاصر.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتائات. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

۱۹. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۰. نواک، پاتریشیا. (۱۳۹۲). فرهنگ پزشکی دورلند ۲۰۱۳ (مترجمان: اکرم عبدی و عباس غفاری). تهران: نشر آبز.
۲۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
22. Roche, N E & James, D. (2004). Therapeutic Abortion. *eMedicine*, Retrieved 2004, Aug. 4, from: <https://web.archive.org/web/20040811223613/http://www.emedicine.com:80/med/topic3311.htm>.

References

1. Ardabili, M. A. (1385 AP). *General criminal law*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
2. Behjat, M. T. (1386 AP). *Istifti'at*. Qom: Office of the Grand Ayatollah Behjat. [In Persian]
3. Fayumi, A. (n.d.). *Al-Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir*. Lebanon: Al-Maktabah al-Ilmiyah.
4. Fazel Lankarani, M. (1427 AH). *Rulings of doctors and patients*. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams. [In Persian]
5. Goodarzi, F. (1374 AP). *Forensic medicine*. Tehran: Einstein Publications. [In Persian]
6. Hashemi Shahroudi, S. M. (1382 AH). *Dictionary of Fiqh according to the religion of Ahl al-Bayt*. Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt. [In Persian]
7. Khamenei, A. (1395 AP). *Judicial Questions*. Qom: Legal Jurisprudence Research Center of the Judiciary. [In Persian]
8. Khoei, S. A. (n.d.). *Istifti'at*. Mu'asisah Al-Khoei al-Islamiyah.
9. Khomeini, R. (1381 AP). *Tawzih al-Masa'il*. Qom: Islamic Publications Office. [In Persian]
10. Langroudi, M. J. (1384 AP). *Legal terminology*. Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
11. Makarem Shirazi, N. (1374 AP). *Darse Kharij Fiqh: New issues*. Qom: Ayatollah Makarem jurisprudence course website: a series of contemporary jurisprudence courses. [In Persian]
12. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *Istifsa'at*. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School. [In Arabic]
13. Najafi, M. H. (1362 AP). *Jawahir al-Kalam*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Persian]
14. Novak, P. (1392 AP). *Dorland Medical Dictionary 2013* (Abdi, A., & Ghaffari, A, Trans.). Tehran: Abej Publications. [In Persian]
15. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Al-Mufradat fi Qarib al-Qur'an*. Damascus: Dar al-Qalam - Al-Dar al-Shamiya. [In Persian]

16. Roche, N E & James, D. (2004). *Therapeutic Abortion*. eMedicine, Retrieved 2004, Aug. 4, from: <https://web.archive.org/web/20040811223613/http://www.emedicine.com:80/med/topic3311.htm>.
17. Sabzevari, A. (n.d.). *Muhadab al-Ahkam fi Bayan Halal va al-Haram*. Qom: Dar al-Tafsir.
18. Sadr, S. M. (1420 AH). *Mawara' al-Fiqh*. Beirut: Dar al-Azwa' le al-Taba'ah va al-Nashr va al-Tawzi. [In Arabic]
19. Safi, L. (1385 AP). *Jame' al-Ahkam*. Qom: Office for organizing and publishing the works of Grand Ayatollah Safi Golpayegani. [In Persian]
20. Shahidi, M. (2007). *Formation of contracts and obligations*. Tehran: Majd Publications.
21. Sobhani Tabrizi, J. (1389 AP). *Istifta'at*. Qom: Imam Sadegh Institute. [In Persian]
22. Tarihi, F. (1416 AH). *Majma' al-Bahrain*. Tehran: Mortazavi Bookstore. [In Arabic]

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

Esmacil Aghababaei Bani, Mohammad Rasul Ahangaran, Asadollah Rezaei, Mohammad Jafar Sadeghpour, Sayyid Jafar Sadeqi Fadaki, Mohammad Salehi Mazandarani, Seifollah Sarrami, Mahdieh Qanizadeh, Alireza Fajri, Mohsen Malek Afzali Ardakani, Mohammad Hassan Najafi Rad.



!Fiqh

A Quarterly Scientific_Research Journal

Vol. 28, No. 4, Winter 2021

108

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)

Head of Journals Department:

Ali Jamehdaran

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 پدرو: میزان تحصیلات:	نام و نام خانوادگی: تاریخ تولد:
-----------------------------	------------------------------------

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