



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و نهم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۱

۱۱۲

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

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه
سرمدبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)
مدیر اجرایی: عبدالصمد علی آبادی

یادآوری

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

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ پایگاه Google Scholar؛ سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می شود. هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله ها آزاد است. • دیدگاه های مطرح شده 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

محمدرسول آهنگران، احمد دیلمی، اسدالله رضایی، مهدی رهبر، عادل ساریخانی،
محمد صالحی مازندرانی، سیف‌الله صرامی، عبدالصمد علی آبادی، مهدیه غنی‌زاده،
علیرضا فجری، محسن ملک افضلی اردکانی، محمدحسن نجفی راد.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید 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 می شوند، 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 مرحله ای که نشریه متوجه عدم اطلاع رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می کند:
- **پایان نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- *** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می باشد.
- **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 یافته های جدید است را می پذیرد.
- نشریه فقه از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

فایل هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصل مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)
- ✓ فایل فرم مشابهت یابی مقاله
- ✓ فرم عدم تعارض منافع

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

حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰

واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).

نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان: نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

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

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۲. **دانشجویان:** دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

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

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

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

۱. **عنوان:**

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

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

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

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

بخش تقدیر و تشکر: پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛ **منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش 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 بازخوانی ادله حد قتل برای مرد غیرمسلمان به واسطه زنا با زن مسلمان
«نقد فقهی بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی»
علی محمدیان - بتول سلحشور
- ۳۶ بررسی فقهی خمس سهام بورس
سید مرتضی خاتمی سبزواری - علی ظهیری
- ۶۵ بررسی چالش‌های فقهی دیدگاه مشهور
نسبت به عدم صحت شاهد فرغ شدن زنان
محمد رضا کیخا
- ۹۱ بازپژوهی سرنوشت تضمینات پس از انتقال تعهد در فقه امامیه
و حقوق ایران با تأکید بر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی
علی دیلمی معزی - علیرضا عالی‌پناه - محسن ابراهیمی - مهدی نوروزی
- ۱۲۰ بررسی فقهی و حقوقی معاملات افراد افسرده
زهره بقیعی - علی اکبر ایزدی فرد - علی اکبر جهانی
- ۱۵۹ حکم اهل خیره جهت قطع دست שלא در قصاص
و مقایسه آن با محاربه و سرقت
(با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر)
منصوره سهرابی افقو - سید محمد هادی قبولی درافشان - محمد حسن حائری
- ۱۸۷ قلمرو الزام زوج بر طلاق در فقه مذاهب اسلامی
صدیقه فقیه حبیبی - عصمت السادات طباطبایی لطفی - علیرضا عسگری

Research Article

An Examination of the Arguments of Hadd of Murder for a Non-Muslim Man Due to Adultery with a Muslim Woman¹ A Jurisprudential Critique of Article 224 of the Islamic Penal Code

Ali Mohammadian²

Batoul Salahshour³

Received: 26/06/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

Through examination in the jurisprudential texts one can find that most Imami jurists believe the hadd of murder for adultery between a non-Muslim and a Muslim woman can be proved. However, some of the later ones have considered the mentioned ruling as a ruling for reflection and have stopped on the issue. According to most jurists' viewpoints, the lawgiver has considered adultery of a non-Muslim man with a Muslim woman as one of the cases that hadd of murder is obligatory in Article 224 of the Islamic Penal Code. The importance of bloods in the Islamic holy law made the writers re-examine the arguments of the fatwa in question. For this purpose, in the present article, which is organized in a descriptive-

1. This article has been taken from the research project no. 39208 in Bozormehr Qaenat University.

2. Assistant Professor at Bozormehr Qaenat University, South Khorasan, Iran.

3. PhD student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran (corresponding author). fereshtesalahshur1370@gmail.com.

* Mohammadian, A., & Salahshour, B. (1401 AP). An Examination of the Arguments of Hadd of Murder for a Non-Muslim Man Due to Adultery with a Muslim Woman: A Jurisprudential Critique of Article 224 of the Islamic Penal Code. *Journal of Fiqh*, 29(112). pp. 9-33.

DOI:10.22081/jf.2023.64290.2522

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

analytical method and by referring to library sources, after expressing the viewpoints of the jurists, analyzes and examines the arguments of most jurists. In the end, it was concluded that due to the weakness of documents of the mentioned arguments, considering a non-Muslim as deserved to be killed for committing adultery with a Muslim woman is against the principle of protecting peoples' lives and bloods. Therefore, the best thing to do is to analyze the punishment of such a person in the light of other Shariah arguments and to consider an appropriate punishment for this act.

Keywords

Non-Muslim adultery, murder, Article 224 of the Islamic Penal Code.

مقاله پژوهشی

بازخوانی ادله حد قتل برای مرد غیرمسلمان به واسطه زنا با زن مسلمان «نقد فقهی بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی»^۱

علی محمدیان^۲
بتول سلحشور^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۰۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

© Author (s)

چکیده

از تتبع در متون فقهی به دست می‌آید که مشهور فقیهان امامی قائل به ثبوت حد قتل برای زنای غیر مسلمان با زن مسلمان می‌باشند؛ لکن برخی متأخرین حکم مزبور را محل تأمل دانسته و در مسئله توقف نموده‌اند. قانون گذار به تبعیت از قول مشهور، در بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، زنای مرد غیر مسلمان با مسلمة را به‌عنوان یکی از مصادیق مستوجب حد قتل ذکر کرده است. اهمیت مسئله دماء در شریعت مقدس اسلام، نگارندگان را بر آن داشت تا به بازخوانی ادله فتوای مورد نظر بپردازند؛ بدین منظور در جستار حاضر که به شیوه توصیفی-تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای سامان یافته است، پس از بیان اقوال فقیهان به تحلیل و بررسی ادله دیدگاه مشهور پرداخته شده است. در پایان این نتیجه حاصل شد که با توجه به ضعف سندی و دلالتی روایات مورد استناد، مهدورالدم دانستن غیر مسلمان به مجرد زنا با زن مسلمان، مخالف با اصل حقن دماء و احتیاط در نفوس است و لذا شایسته است مجازات چنین شخصی در پرتو سایر ادله شرعی تحلیل گردیده و کیفر مناسبی در خصوص این عمل در نظر گرفته شود.

کلیدواژه‌ها

زنای غیر مسلمان، حد قتل، ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی.

۱. این مقاله مستخرج از طرح پژوهشی شماره ۳۹۲۰۸ دانشگاه بزرگمهر قانات است.

۲. استادیار دانشگاه بزرگمهر قانات، خراسان جنوبی، ایران. mohammadian@buqaen.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول). batoul.salahshour@mail.um.ac.ir

* محمدیان، علی؛ سلحشور، بتول. (۱۴۰۱). بازخوانی ادله حد قتل برای مرد غیر مسلمان به واسطه زنا با زن مسلمان «نقد فقهی بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی». فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹ (۱۱۲)، صص ۹-۳۳.

Doi: 10.22081/jf.2023.64290.2522



۹
فقه

مقدمه

یکی از جرائم مستوجب حد که در ابتدای باب حدود محل بحث واقع می‌شود زنا است که با توجه به شرایط مرتکبین، کیفرهای متعددی از سوی شارع مقدس برای آن وضع شده است. این کیفرها عبارت‌اند از: قتل، رجم، جلد، تراشیدن سر و تبعید.

مشهور فقیهان امامی حد قتل را در این موارد ثابت دانسته‌اند: زنا با محارم نسبی مانند خواهر و مادر؛ زنا با کافر ذمی با زن مسلمان که موجب قتل ذمی می‌شود؛ زنا با کافر ذمی که موجب قتل اکراه کننده می‌شود (محقق حلی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۱۵).^۱ قانون‌گذار نیز در ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی از قول مشهور در این باب تبعیت کرده است.^۲

پژوهش حاضر درصدد است تا به تحلیل و بررسی ادله فقیهان امامی در باب ثبوت حکم قتل برای زنا با غیر مسلمان با زن مسلمان بپردازد. به عبارت دیگر این جستار درصدد پاسخگویی به این پرسش است که آیا همان‌گونه که مشهور فقیهان قائل شده‌اند کافری که با زن مسلمان مرتکب زنا می‌شود، فارغ از اینکه محصن باشد یا نباشد و خواه زن مسلمان را مجبور به این عمل کرده باشد یا وی با اختیار خود به این عمل تن داده باشد، محکوم به قتل می‌شود یا اینکه بر اساس مبانی فقهی و اصول شرعی، قتل کافر نیز متوقف بر قیودی چون احصان و عنف و اکراه است؟ بدین منظور در ابتدا اقوال فقیهان در این زمینه به صورت مبسوط نقل گردیده و در ادامه به تحلیل و بررسی مستندات مشهور در اثبات حد قتل در محل نزاع پرداخته خواهد شد.

در باب پیشینه پژوهش و نوآوری آن باید گفت هرچند مسئله حکم زنا با مرد غیر مسلمان با زن مسلمان از دیرباز در کتب فقهی مطرح شده است، لکن تاکنون پژوهشی

۱. شایان ذکر است که آنچه در کلام فقیهان به کار رفته است عبارت «کافر ذمی» می‌باشد؛ لکن با توجه به اینکه مصادیق ذمی در عصر حاضر وجود ندارند، پژوهش حاضر در مورد غیر مسلمانانی است که در کشور اسلامی زندگی می‌کنند و با مسلمانان همزیستی مسالمت‌آمیز دارند و حکومت اسلامی، جان و مال و ناموس آن‌ها را مانند سایر شهروندان تحت حمایت خویش قرار می‌دهد.

۲. ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی: حد زنا در موارد زیر اعدام است: الف. زنا با محارم نسبی ب. زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است. پ. زنا با مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است. ت. زنا با کافر ذمی یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.

که در آن به تحلیل و بررسی تفصیلی ادله و مستندات دیدگاه مشهور در خصوص این حکم پرداخته شده باشد، نگاشته نشده است.

۱. اقوال فقیهان در مسئله

از تتبع در منابع فقهی به دست می‌آید که مشهور فقیهان امامی معتقدند اگر مرد غیر مسلمانی با زن مسلمان مرتکب زنا شود، حد قتل برای او ثابت می‌شود، خواه محصن باشد یا غیر محصن و خواه زنای به عنف باشد یا زنا با رضایت زن صورت گرفته باشد. لکن طبق نظر ایشان اقامه حد بر زن به محصنه بودن یا نبودن او بستگی دارد؛ چه اینکه اگر محصنه باشد، حد رجم برای او ثابت می‌شود و اگر غیر محصنه باشد، صد ضربه تازیانه می‌خورد (به عنوان نمونه نک: ابن بابویه، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۲؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۶؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۹۲؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۵۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۱۹؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۱۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۳۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۴۱؛ ابن سعید، ۱۴۰۵ق، ص ۵۴۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۵۴). از باب نمونه شیخ مفید اظهار داشته است:

اگر ذمی با زن مسلمان زنا کند گردن او را می‌زنند و بر زن مسلمان حد اقامه می‌شود بدین نحو که اگر محصنه بود ابتدا جلد و سپس رجم می‌شود و اگر غیر محصنه بود تنها صد تازیانه می‌خورد (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۷۸).

از میان متأخرین، صاحب جامع المدارک ثبوت حکم قتل برای کافر ذمی را محل تأمل دانسته و در مسئله توقف نموده است؛ چه اینکه از نظر وی صحیح‌ه حنان بن سدر از این جهت که مربوط به شخصی یهودی می‌باشد قابل تأمل است و وجهی برای تعمیم حکم به سایر کفار ذمی وجود ندارد. روایت دوم را نیز هم از نظر سندی و هم از نظر دلالتی قابل خدشه دانسته است (نک: خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۲۶-۲۷).

۲. تبیین اصل نخستین در مسئله

پیش از ارزیابی و بررسی مستندات ارائه شده از جانب فقیهان، شایسته است مقتضای

قواعد اولیه در باب ثبوت کیفر تبیین گردد تا در فرض عدم تمامیت ادله مورد استناد، حکم مسئله بر اساس آن معین شود.

از جمله اصول مسلم شرعی که ثبوت کیفر در حقوق کیفری اسلام مبتنی بر آن می‌باشد، اصل حقن دماء و احتیاط در نفوس می‌باشد. توضیح اینکه به موجب آیات متعدد از قرآن کریم، قتل هر انسانی حرام است مگر در صورتی که دلیل قطعی بر جواز قتل وجود داشته باشد؛ به عنوان مثال شدت مبغضویت سلب حیات بدون دلیل از یک شخص و میزان اهمیت جان‌ها و نفوس نزد خداوند را می‌توان به وضوح از آیه ۳۲ سوره مائده استفاده نمود؛ چه اینکه طبق این آیه «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»؛ هر کس انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در روی زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسان‌ها را کشته؛ و هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است. همچنین خداوند در آیه ۳۳ سوره اسراء فرموده است: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ»؛ و کسی را که خداوند خونش را حرام شمرده نکشید، جز به حق. آیه شریفه بر این موضوع دلالت دارد که اصل بر محقون‌الدم بودن انسان است و تا زمانی که دلیل شرعی معتبری وجود نداشته باشد تخطی از این اصل جایز نیست. روایات متعددی نیز در باب اهتمام شارع نسبت به دماء وارد شده است (به عنوان نمونه رک: برقی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۰۶؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۷۱؛ ابن بابویه، ۱۴۰۶، ص ۲۷۷).

حتی اگر ادله اجتهادی در این زمینه مکفی نباشند، رجوع به اصول عملیه نیز نتیجه‌ای جز اثبات اصل مزبور نخواهد داشت؛ چه اینکه فرض مسئله مجرای اصل احتیاط است؛ زیرا از جمله واضحات شریعت، توجه تام و خاص شارع مقدس به مسئله دماء است و بر همین اساس اندیشه‌وران امامی با قطعیت بیان کرده‌اند که اصل حاکم در خصوص دماء و نفوس اصل احتیاط خواهد بود (سبحانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۱۴).

۳. ارزیابی مستندات دیدگاه مشهور

مشهور در اثبات ادعای خود مبنی بر ثبوت حد قتل برای مرد غیر مسلمانی که با زن

مسلمان مرتکب زنا گردیده است، به دو روایتی که در مسئله وارد شده است و نیز اجماع ادعایی استناد نموده‌اند که در ذیل به بررسی این مستندات پرداخته خواهد شد.

۱-۳. اجماع

از جمله ادله‌ای که فقیهان در باب محکوم بودن کافر به قتل به واسطه زنا با زن مسلمان بیان کرده‌اند اجماع است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۶؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۶۴). صاحب جواهر اجماع به هر دو قسم منقول و محصل را در این مورد محقق دانسته و بیان داشته است:

اگر ذمی با زن مسلمان زنا کند، خواه همراه با اکراه باشد یا نباشد و خواه به شرایط ذمه پایبند باشد یا نباشد، حد او بدون هیچ اختلافی قتل است، بلکه در این حکم، اجماع به هر دو قسم آن وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۱۳).

برخی نیز از حکم مسئله نفی خلاف نموده‌اند (به عنوان نمونه نک: شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۶۰؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۲۳۴).

نقد دلیل اجماع

در خصوص استناد به اجماع به عنوان دلیلی بر حکم مورد نظر باید گفت با عنایت به اخبار و روایات وارد شده در این باب که فقیهان نیز به آن‌ها اشاره داشته‌اند، اجماع مزبور مدرکی یا حداقل محتمل‌المدرکی بوده و لذا کاشفیت آن از قول معصوم محل تردید است؛ چه اینکه اعتبار اجماع مدرکی به اعتبار مدرک آن بستگی دارد و دلیل مستقلی محسوب نمی‌شود (بجنوردی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۶۸).

۲-۳. روایات

در محل بحث دو روایت وارد شده است که فقیهان امامی آن‌ها را مستند فتوای خویش قرار داده‌اند:

۳-۲-۱. روایت حنان بن سدیر

حنان بن سدیر می‌گوید: از امام صادق علیه السلام در مورد شخص یهودی که با زن مسلمانی زنا کرده بود پرسش کردم، فرمودند: کشته می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۳۹؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱۰، ص ۳۸).^۱

نقد و تحلیل روایت

در سند این روایت «حنان بن سدیر» وجود دارد که در کتب رجالی در باب شخصیت وی تشتت آراء وجود دارد (خوئی، ۱۳۷۲، ج ۷، صص ۳۱۵-۳۱۷). شیخ طوسی یک مرتبه او را واقفی دانسته (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۳۴) و در جایی دیگر به وثاقت وی تصریح نموده است (طوسی، ۱۳۵۶، ص ۱۶۴) و پاره‌ای از عالمان رجالی در روایات او قائل به توقف شده‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۰).

فقیهان با استناد به اطلاق روایت و اینکه امام علیه السلام بدون هیچ تفصیلی به قتل یهودی حکم داده است این خبر را دالّ بر ثبوت حکم قتل برای کافر به مجرد ارتکاب زنا با زن مسلمان دانسته‌اند لکن مدلول روایت قابل تأمل است؛ چه اینکه مورد این خبر «یهودی» بوده و به سایر کفار اشاره‌ای نشده است.

فقیهان امامی در این باب الغای خصوصیت نموده و حکم را به جمیع کفاری که قتل ایشان جایز نیست تعمیم داده‌اند. برخی در این خصوص تصریح داشته‌اند که متفاهم عرفی از «یهود»، مطلق غیر مسلمانی است که قتل آن‌ها جایز نمی‌باشد و بر این اساس حکم مزبور را به جمیع این دسته از کفار تعمیم داده‌اند. همچنین روایت دیگری که در ادامه خواهد آمد و در مورد زنای یک نصرانی با زن مسلمان است را مؤیدی بر عدم اختصاص حکم قتل به یهودی دانسته‌اند (به‌عنوان نمونه نک: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۲۳؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۹۳).

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ حَنَّانِ بْنِ سَدِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ يَهُودِي فَجَزَّ بِمُسْلِمَةٍ قَالَ يَقْتُلُ».

لکن صاحب جامع‌المدارک تعمیم حکم روایت به جمیع کفاری که قتل ایشان جایز نیست را قابل قبول ندانسته و در این مورد بیان داشته است: «این روایت از جهت آنچه در مورد حنان گفته شده است ... و همچنین از این لحاظ که مورد روایت یهودی است قابل تأمل می‌باشد» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۶). وی در ادامه می‌گوید: «این مسئله که متفاهم عرفی از یهود، تمام کفار ذمی است وجهی ندارد، بلکه حکم در مورد خاصی وارد شده است و تعدی از آن مورد منوط بر علم به مناط و علت حکم می‌باشد که برای ما نامعلوم است» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۷).

به نظر می‌رسد تعمیم حکم مزبور به کفار غیر یهود توسط فقها از باب تنقیح مناط است؛ با این توضیح که از نظر ایشان آنچه موجب صدور حکم قتل در این موضع گشته است غیر مسلمان بودن مرتکب این عمل بوده و قیود و اوصاف دیگری در حکم دخیل نبوده است. این مسئله را می‌توان از تقریراتی که در وجه ثبوت حکم قتل برای زنای غیر مسلمان با مسلمة بیان داشته‌اند استفاده نمود؛ چه اینکه برخی فقیهان اظهار داشته‌اند که علت قتل کافر ذمی، هتک حرمت اسلام و خروج از ذمه به موجب زنا با زن مسلمان است (به‌عنوان نمونه نک: ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۳۶).

سید مرتضی در این زمینه اظهار داشته است:

علت صحت قول ما (مبنی بر قتل کافر ذمی)، علاوه بر اجماع فقیهان امامی این است که این عمل موجب خروج از ذمه و هتک اسلام و جرئت یافتن این گروه بر چنین اعمالی می‌شود و اختلافی نیست در اینکه هر کس از ذمه خارج شود خون او مباح است. اگر گفته شود: چگونه کسی که قاتل نیست کشته می‌شود؟ می‌گوییم: همان گونه که با وجود احصان، زانی را می‌کشیم، حال آنکه قاتل نیست و مرتد نیز اگرچه قاتل نیست کشته می‌شود. پس اگر در شریعت، تغلیظ حکم زنا برای محصن و ملحق ساختن آن به قتل جایز است، تغلیظ حکم زنا در مورد ذمی که با مسلمة زنا کرده است و ملحق ساختن آن به وجوب قتل نیز جایز است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۶).

ابن زهره نیز گفته است:

از جمله کسانی که در هر حال، خواه آزاد باشد یا بنده، محصن باشد یا غیر محصن قتل او واجب است، کافر ذمی است که با زن مسلمان زنا می کند؛ زیرا زناى ذمی با مسلمة موجب خروج از ذمه می شود و بدون هیچ اختلافی خروج از ذمه سبب مباح شدن قتل می شود. گفته نشود چگونه چنین شخصی کشته می شود، حال آنکه قاتل نیست؛ زیرا پاسخ این است که محصن و مرتد نیز کشته می شوند، در حالی که قاتل نیستند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص ۴۲۱-۴۲۲).

در باب تنقیح مناط لازم به ذکر است که اولاً برخی فقیهان امامی مخالفت خویش با تنقیح مناط را به صراحت بیان داشته اند و اجماعی در خصوص حجیت تنقیح مناط وجود ندارد؛ به عنوان نمونه آیت الله خوئی ذیل یکی از احکام مرتبط با مکاسب محرمة اظهار داشته است: «نهایت چیزی که از راه تنقیح مناط به دست می آید، ظن به ملاک حکم است و ظن و گمان هرگز انسان را از حق بی نیاز نمی گرداند» (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۲۷).

وانگهی به نظر می رسد مراد فقیهانی که تنقیح مناط را معتبر دانسته اند نیز تنقیح مناط قطعی است؛ یعنی اگر نسبت به معیار و ملاک حکم قطع و یقین وجود داشته باشد، می توان حکم را به مواردی که دارای معیار مزبور هستند تعمیم و تسری داد؛ لکن چنانچه تنقیح مناط ظنی باشد، تردیدی نیست که نزد امامیه اعتباری ندارد؛ زیرا اعتبار ظن نزد امامیه منحصر در اماراتی است که بر حجیت آن ها دلیل وجود دارد.^۱ به عبارت دیگر می توان گفت گاه اوصاف موضوع حکم به گونه ای است که دخالت آن ها در حکم اصلاً محتمل نیست که در این صورت تنقیح مناط از باب حجیت قطع، معتبر است؛ لکن گاه احتمال دخالت آن ها در حکم وجود دارد که در این حال می بایست عدم

۱. اساساً تنقیح مناط در مواردی به کار می رود که حکم مذکور در آیه یا روایت برای موضوعی وضع شده که دارای برخی اوصاف است. در چنین مواردی اگر احتمال دخالت آن اوصاف در صدور حکم به صورت قطعی منتفی باشد، تنقیح مناط قطعی است و چنانچه احتمال دخیل بودن اوصاف در صدور حکم بسیار کم باشد، تنقیح مناط ظنی است. هر چند متقدمین در کلام خویش میان تنقیح مناط قطعی و ظنی قائل به تفصیل نشده اند، لکن مشهور متأخرین به حجیت تنقیح مناط قطعی تصریح نموده اند (به عنوان نمونه نک: محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۱۸۵؛ فاضل تونی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۳۷؛ طباطبایی، بی تا، ص ۲۶۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۱۳).

دخالت اوصاف با دلیل متقن ثابت شود و در این صورت، مسئله به قیاس مستنبط العلة نزدیک می‌شود که به خودی خود حجت نیست و اگر علت از راه‌های نظری و استدلالی به دست آید، نه تنها دلیلی بر این نوع قیاس نیست، بلکه می‌توان گفت ادله‌ای که از قیاس نهی کرده است این نوع قیاس را نیز در بر می‌گیرد (ضیائی‌فر، ۱۳۹۵، صص ۶۱ و ۶۳).

حال باید دید که آیا معیار و ملاک ذکر شده برای وجوب قتل زانی غیر مسلمان قطعی و یقینی است یا خیر. به عبارت دیگر آیا احتمال دارد که اوصافی چون احسان و اکراه و یا قصد هتک حرمت اسلام در حکم صادر شده دخیل بوده باشند یا خیر. چنانچه عدم دخالت این اوصاف واضح و مبرهن نباشد، می‌بایست برای نفی دخالت، استدلال قطعی فراهم آورد.

ادله‌ای که از کلام فقها در خصوص نفی دخالت هرگونه قید در حکم قتل و اثبات «غیر مسلمان بودن» به‌عنوان علت و مناط حکم وجوب قتل استفاده می‌شوند عبارت‌اند از:

الف. هتک حرمت اسلام

همان‌گونه که گذشت شماری از فقیهان، وجه ثبوت حکم قتل برای زانی غیر مسلمان را هتک حرمت اسلام دانسته‌اند. این استدلال هم از نظر صغروی و هم از نظر کبروی قابل تأمل به نظر می‌رسد. اولاً بر چه اساس زانی غیر مسلمان با مسلم، هتک حرمت اسلام دانسته می‌شود و ثانیاً بر چه اساس کیفر سلب حیات برای مطلق هتک حرمت اسلام ثابت می‌شود؟ حال آنکه اصل بر حقن دماء بوده و جواز قتل نیازمند نص و دلیل معتبر است و دلیلی مبنی بر اینکه هرگونه هتک حرمت اسلام موجب ثبوت قتل می‌شود وجود ندارد. توضیح اینکه استدلال فوق در صورتی تام است که اولاً زانی غیر مسلمان با مسلم مصداق «هتک حرمت اسلام» باشد و ثانیاً ثبوت حکم قتل برای «هتک حرمت اسلام» به‌صورت مطلق، قطعی و یقینی باشد.

در خصوص صغرای استدلال باید گفت با توجه به اینکه در کتاب و سنت، که مصداق هتک حرمت اسلام در آن‌ها ذکر شده است، از زانی غیر مسلمان با مسلم به‌عنوان مصداقی از موضوع مذکور نام برده نشده است. برای تشخیص اینکه آیا این

مسئله از مصادیق هتک حرمت محسوب می‌شود یا خیر، می‌بایست به عرف مراجعه نمود؛ چه اینکه هتک یا عدم هتک حرمت، موضوعی است که به تشخیص عرف بستگی دارد (سروش محلاتی، ۱۳۹۱، ص ۲۶۷). به عبارت دیگر الحاق زنا با زن مسلمان به مصادیق هتک حرمت اسلام، متخذ از کتاب و سنت نبوده، بلکه مسئله‌ای است که فقیهان با عنایت به درک خویش آن را استنباط نموده‌اند؛ چه اینکه محتمل است که در اعصار گذشته کفار با هدف بی‌احترامی به مسلمین با زنان مسلمان زنا می‌کردند، لکن این امر در عصر حاضر مسلم نیست و این احتمال وجود دارد که قصد زانی هتک حرمت اسلام نباشد. به عبارت دیگر اگر کافری بدون اینکه قصد هتک حرمت اسلام را داشته باشد و تنها با هدف استمتاع جنسی مرتکب زنا با مسلمه شود، چگونه می‌توان به مجرد ارتکاب این فعل، عمل وی را مصداق هتک حرمت اسلام دانست؛ حال آنکه نه عرف بر چنین موضوعی دلالت دارد و نه عقل و شرع.

بر فرض که زنا با غیر مسلمان با مسلمه از مصادیق هتک حرمت اسلام باشد، حکم و جوب قتل برای تمام مصادیق هتک حرمت اسلام مستنبط از کدام ادله شرعی است؟ پرواضح است که یکی از اصول حاکم در فقه جزایی که عموماً و اطلاقات کتاب و سنت بر آن دلالت دارند، محقون‌الدم بودن اشخاص و عدم جواز قتل بدون دلیل قطعی شرعی است؛ لذا تا زمانی که دلیل معتبری بر جواز قتل اقامه نشود، سلب حیات فاقد مجوز شرعی خواهد بود. در باب ثبوت کیفر قتل برای مطلق هتک حرمت اسلام دلیل متقنی موجود نیست و لذا قول به جوب قتل در این فرض با اصول و قواعد اولیه در تعارض است.

ب. خروج از ذمه

در برخی متون فقهی بیان شده است که زنا با مسلمه موجب خروج او از ذمه می‌گردد و خون کسی که از شرایط ذمه خارج می‌شود مباح است (به‌عنوان نمونه نک: ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۶؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۶؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص ۴۲۱-۴۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۴).

این استدلال نیز هم از نظر صغروی و هم از نظر کبروی قابل خدشه است؛ توضیح اینکه اولاً زنا‌ی غیر مسلمان با مسلمة نقض کدام یک از شرایط ذمه است؟^۱ حال آنکه مجرد ارتکاب محرمات اسلامی منجر به خروج از ذمه نمی‌شود و اگر زنا همراه با اجبار و اکراه نباشد، ایذاء مسلمین نخواهد بود و اگر در خفا و پنهانی بوده باشد، تظاهر به محرمات نیست. ثانیاً بر فرض که این مسئله از مصادیق نقض شرایط ذمه شمرده شود، دلیل متقنی دالّ بر اینکه مجرد نقض شرایط ذمه به صورت مطلق منجر به خروج از ذمه و وجوب قتل می‌شود اقامه نشده است و به طور کلی هر چند فقها در خصوص خروج از ذمه به سبب مخالفت با دو شرط پرداخت جزیه و ترک اعمال منافی با امان اتفاق نظر دارند، لکن در این مورد که آیا مجرد نقض سایر شروط، موجب خروج از ذمه و مباح شدن خون ذمی می‌شود یا خیر، اختلاف نظر دارند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، صص ۲۶۷-۲۷۲). علی‌رغم اختلاف آراء در این باب، آنچه از فتاوی فقیهان به دست می‌آید این است که ایشان در عمل، نقض برخی شرایط را منجر به خروج از ذمه نمی‌دانند؛ چه اینکه در متون فقهی حکم نقض برخی شرایط تصریح شده است، بدون اینکه حکم به خروج از ذمه و وجوب قتل شده باشد؛ به عنوان نمونه گفته شده است که کافر اگر آشکارا مسکر بنوشد، حد شرب مسکر بر او اقامه می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۱۳) و نیز اظهار شده است که اگر ذمی از مسلمان سرقت کند، دست او قطع می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۸۹).

لذا می‌توان گفت اولاً اینکه زنا‌ی ذمی با مسلمة از مصادیق نقض شرایط ذمه است،

۱. کافر ذمی در اصطلاح فقها در مقابل کافر حربی به کار رفته و مراد از آن کفار اهل کتابی هستند که میان ایشان و ولی امر مسلمانان عقد ذمه منعقد شده است و در مقابل به کفار غیر اهل کتاب و اهل کتابی که با حاکم اسلامی قرارداد ذمه نبسته‌اند یا از آن تخلف می‌کنند کفار حربی اطلاق می‌شود (مشکینی، بی‌تا، ص ۴۴۲). در عقد ذمه اهل کتاب به شروطی متعهد می‌شوند و در مقابل، حکومت اسلامی جان، مال و ناموس ایشان را تحت حمایت قرار خواهد داد. شرایط ذمه عبارت‌اند از: ۱. پرداخت جزیه ۲. ترک اعمال منافی با امان مانند جنگ با مسلمانان و کمک به دشمنان ایشان ۳. عدم آزار به مسلمانان با اموری چون دزدی و جاسوسی برای دشمنان ۴. عدم تظاهر به محرمات اسلامی ۵. احداث نکردن معابدی مانند کلیسا ۶. اجرای احکام اسلامی بر آن‌ها (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، صص ۳۰۰-۳۰۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۲۶۲).

امری قطعی و مسلم نیست و ثانیاً اینکه مجرد نقض شرایط ذمه موجب خروج از ذمه و جواز قتل می‌شود محل تردید است. مرحوم فاضل لنکرانی در این خصوص بیان داشته است:

آیا به مجرد اینکه کافر ذمی با زن مسلمانی زنا کند، به تمام معنا از ذمه خارج می‌شود و به کافر حربی مبدل شده و آیا قتل کافر غیر ذمی واجب است؟ تمام این مطالب ادعا و اول کلام است. عنوان کافر حربی به مجرد وقوع زنا بر او صادق نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۸۲).

با عنایت به عدم وجود دلیل اجتهادی متقن می‌بایست به اصول عملیه رجوع کرد و همان گونه که گذشت، اصل بر حقن دماء بوده و اگر تردید وجود داشته باشد که عملی منجر به ثبوت کیفر قتل می‌شود یا خیر، اصل احتیاط مقتضی عدم ثبوت قتل است. وانگهی طبق اصل استصحاب نیز هنگام شک در خروج از ذمه و مهدورالدم شدن، اصل بر عدم خروج و محقون‌الدم بودن است و تا زمانی که دلیلی محکم بر خلاف آن اقامه نشود به مفاد همین اصل عمل شده و حکم به عدم خروج خواهد شد.

اگر گفته شود که با توجه به روایت حنان بن سدیر، جایی برای رجوع به اصول عملیه نیست، پاسخ این است که استناد به روایت مزبور برای اثبات خروج از ذمه و مهدورالدم شدن ذمی مستلزم دور است؛ چه اینکه از سویی تعمیم حکم از موضوع روایت به جمیع کفار ذمی متوقف بر اثبات مهدورالدم شدن به مجرد زنا با مسلم است و از سوی دیگر اثبات مهدورالدم شدن متوقف بر تعمیم حکم مزبور است.

با توجه به مطالبی که گذشت به نظر می‌رسد تنقیح مناط در خصوص روایت حنان بن سدیر یقینی نبوده و لذا حجت نیست و همان گونه که صاحب جامع المدارک نیز بیان داشته است، تعمیم حکم صادر شده در روایت به جمیع غیر مسلمانان وجهی ندارد، بلکه این احتمال وجود دارد که روایت قضیه فی واقعه بوده و معصوم به دلیلی که بر ما نامعلوم است در مورد مرد یهودی که با زنی مسلمان مرتکب زنا شده بود حکم به قتل

داده باشند که در این صورت مورد روایت، قضیه شخصی بوده و همان گونه که اندیشوران گفته‌اند استنباط حکم کلی از قضایای شخصی مشکل است (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۰۴). چه بسا ممکن است حکم مذکور به این دلیل صادر شده باشد که در آن زمان یهودیان با هدف هتک حرمت اسلام و ایزاء مسلمین مبادرت به زنا با زن مسلمان می‌کردند و حکم قتل با توجه به شرایط آن زمان صادر شده باشد.^۱

۲-۲-۳. روایت جعفر بن رزق الله

جعفر بن رزق الله گوید: مردی مسیحی را نزد متوکل عباسی آوردند که با زن مسلمانی زنا کرده بود. متوکل تصمیم گرفت او را حد بزند. در این هنگام مرد مسیحی مسلمان شد. یحیی بن اکثم گفت: ایمان این مرد، شرک و عمل تجاوز او را محو نموده است؛ و گروهی گفتند: سه حد بر او جاری می‌شود؛ و بعضی نیز گفتند: با او چنین و چنان برخوردی انجام گیرد. متوکل دستور داد که نامه‌ای به امام هادی علیه السلام بنویسند و از ایشان بپرسند. هنگامی که امام علیه السلام نامه را مطالعه نمودند، این گونه نگاشتند: او را آن قدر بزنند تا بمیرد. یحیی بن اکثم و فقهای دربار این حکم را روا ندانسته و گفتند: ای امیر مؤمنان! در مورد علت این حکم از او جویا شو؛ این فتوا نه مطابق قرآن است و نه سنت پیامبر صلی الله علیه و آله. متوکل به آن حضرت علیه السلام نوشت: دانشمندان مسلمان این فتوا را نمی‌پذیرند و می‌گویند: نه مطابق قرآن است و نه سنت پیامبر صلی الله علیه و آله. پس برای ما بیان نما که چرا دستور فرمودی آن قدر او را بزنند تا بمیرد؟ امام علیه السلام در پاسخ این آیه‌ها را نوشتند: «و آنگاه که عذاب ما را دیدند گفتند: به خدای یگانه ایمان آوردیم و به معبودهایی که با او شریک قرار می‌دادیم کفر ورزیدیم؛ اما هنگامی که عذاب ما را دیدند ایمانشان برای آنان سودی نداشت. این سنت خداوند است که همواره در میان بندگان اجرا شده و آنجا

۱. لازم به ذکر است که با مراجعه به منابع مربوط به آیین یهود به دست می‌آید که یهود قائل به ثبوت کیفر قتل برای زن غیریهودی هستند که مرد یهودی با او زنا کرده است (نک: اسرائیل شاهاک، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹). لذا این احتمال نیز وجود دارد که حکم مزبور در روایت با توجه به کیفری بوده باشد که از سوی یهود در این مورد اجرا می‌شد.

کفرورزان زیانکار شدند». راوی گوید: متوکل دستور داد که مرد زناکار مسیحی را آن قدر بزنند تا بمیرد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۳۸؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱۰، ص ۳۸).^۱

نقد و تحلیل روایت

این روایت از نظر سندی مجهول است (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۳۷۱)؛ چه اینکه وثاقت جعفر بن رزق الله ثابت نشده و مدحی در خصوص او موجود نیست و نیز جز این روایت، حدیث دیگری از وی در کتب حدیثی نقل نشده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۰). علاوه بر ضعف سندی روایت، مدلول و مضمون خبر نیز از برخی جهات قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ از جمله اینکه:

اولاً با عنایت به بغض و کینه شدید متوکل نسبت به امام هادی علیه السلام، سؤال کردن و مشورت خواهی او از معصوم علیه السلام در چنین مسائلی بسیار بعید به نظر می‌رسد و نمی‌توان این موضوع را با آنچه در خصوص فعل عمر در مقابل امیرالمؤمنین علیه السلام و سؤال کردن وی از ایشان، در کتب فریقین به طور گسترده نقل شده است قیاس کرد؛ چه اینکه چنین اموری از متوکل دیده نشده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۰).

ثانیاً آنچه از روایت استفاده می‌شود، اقرار غیر امامیه به جواز قتل مسیحی و نفی قتل پس از پذیرش اسلام است؛ حال آنکه از مراجعه به منابع فقهی اهل سنت به دست می‌آید که ایشان قائل به قتل زانی غیر مسلمان نبوده و قول به ثبوت حکم قتل برای زانی

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ رِزْقِ اللَّهِ أَوْ رَجُلٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ رِزْقِ اللَّهِ قَالَ: قُدِّمَ إِلَى الْمُتَوَكِّلِ رَجُلٌ نَضْرَانِي فَجَزَّ بِإِغْرَاءِ مُسْلِمَةٍ فَأَرَادَ أَنْ يَقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ فَأَسْلَمَ فَقَالَ يَحْيَى بْنُ أَكْثَمٍ قَدْ هَدَمَ إِيْمَانَهُ شَوْكَةً وَ فَعَلَهُ وَ قَالَ بَعْضُهُمْ يَضْرِبُ ثَلَاثَةَ حُدُودٍ وَ قَالَ بَعْضُهُمْ يَفْعَلُ بِهِ كَذَا وَ كَذَا فَأَمَرَ الْمُتَوَكِّلُ بِالْكِتَابِ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الثَّالِثِ علیه السلام وَ سَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَلَمَّا قَرَأَ الْكِتَابَ كَتَبَ يَضْرِبُ حَتَّى يَمُوتَ فَأَنْكَرَ يَحْيَى بْنُ أَكْثَمٍ وَ أَنْكَرَ فَفَهَاءُ الْعَسْكَرِ ذَلِكَ وَ قَالُوا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ سَلْ عَنْ هَذَا فَإِنَّهُ شَيْءٌ لَمْ يُنْطِقْ بِهِ كِتَابٌ وَ لَمْ يَجْعَلْ بِهِ سُنَّةٌ فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ فَفَهَاءُ الْمُسْلِمِينَ قَدْ أَنْكَرُوا هَذَا وَ قَالُوا لَمْ يَجْعَلْ بِهِ سُنَّةٌ وَ لَمْ يُنْطِقْ بِهِ كِتَابٌ فَبَيَّنَ لَنَا لِمَ أُوجِبَتْ عَلَيْهِ الضَّرْبُ حَتَّى يَمُوتَ فَكَتَبَ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * [فَلَمَّا أَحْسَوْا] فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَ حُدَّهَ وَ كَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكُنْ يَنْفَعُهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا سَنَّتْ اللَّهُ الَّتِي قَدْ خَلَتْ فِي عِبَادِهِ وَ خَسِرَ هُنَالِكَ الْكَافِرُونَ * قَالَ فَأَمَرَ بِهِ الْمُتَوَكِّلُ فَضْرِبَ حَتَّى مَاتَ».

غیر مسلمان با مسلمه از مفردات امامیه است.^۱ سید مرتضی نیز به این مسئله تصریح نموده است که غیر از امامیه فقیهی قائل به این حکم نشده است (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۲۶).

ثالثاً حکم «الضرب حتّی یموت» به این معنی که زانی را بزنند تا بمیرد، چیزی است که اصحاب نه در این موضوع و نه در مقامات دیگر به آن فتوا نداده‌اند، بلکه اولاً به‌طور کلی در مواردی که حد قتل ثابت می‌شود، به‌صورت متعارف تعبیر به قتل می‌شود بدون اینکه به ضرب و شتم تا هنگام مرگ اشاره شود و ثانیاً در باب کیفیت قتل در مواردی که این حد ثابت می‌شود، به گردن‌زدن با شمشیر و یا رجم (در فرض احصان) حکم داده‌اند (انصاری، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۸۹؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۲۷، ص ۸۱). صاحب جامع‌المدارک نیز با اشاره به تفاوت داشتن عبارت مزبور با مطلق قتل، روایت را از این باب قابل تأمل دانسته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۷).

برخی معتقدند مراد از عبارت فوق‌الذکر، زدن ضربات متعدد با شمشیر بر زانی تا هنگامی که بمیرد می‌باشد (نک: گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۶۹)؛ لکن این سخن نیز بسیار بعید است؛ زیرا اولاً همان‌گونه که گذشت به‌طور کلی در مواردی که حد قتل ثابت می‌گردد، به‌صورت متعارف تعبیر به قتل می‌شود و ثانیاً بر چه اساس واژه ضرب بر زدن با شمشیر حمل می‌شود؛ حال آنکه در بسیاری از روایات، ضرب به‌طور مطلق ذکر شده و مراد از آن غیر از ضربه‌زدن با شمشیر است؛ به‌عنوان مثال در روایتی آمده است: «از معصوم علیه السلام پرسیدم: قتل خطایی که در آن دیه و کفاره است، آیا این است که کسی دیگری را بزند ولی قصد کشتن او را نداشته باشد؟ ایشان فرمودند: بله.»^۲ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۰) لذا حمل نمودن واژه ضرب بر ضربه‌زدن با شمشیر وجهی ندارد.

۱. مالکیه معتقدند که حد بر کافر اقامه نمی‌شود مگر اینکه مسلمه را به زنا اکراه نماید که در این صورت کشته می‌شود و ابوحنیفه قائل به این شده است که اگر کافر حربی با زن مسلمان یا ذمی زنا کند، حد بر او جاری می‌شود و از نظر شافعی حد بر کافر اقامه نمی‌شود؛ زیرا او به احکام ملتزم نیست و حابله نیز بر همین نظر هستند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ج ۷، ص ۲۷۸).

۲. وَ رَوَى الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ عَنْهُ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: إِذَا ضَرَبَ الرَّجُلُ بِالْحَدِيدَةِ فَذَلِكَ الْعَمْدُ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْخَطِّ الْأَذْيِ فِيهِ الْأَذْيَةُ وَ الْكَفَّارَةُ أَمْ هُوَ الرَّجُلُ يَضْرِبُ الرَّجُلَ فَلَا يَتَعَمَّدُ فَتَلَهُ قَالَ «نَعَمْ».

با عنایت به نکات فوق‌الذکر، این روایت علاوه بر ضعف سندی، از حیث دلالتی نیز قابل‌خداشه بوده و صلاحیت تعارض با ادله حقیق دماء و عدم جواز قتل را ندارد. علاوه بر نکات ذکرشده در خصوص روایات حنان بن سدیر و جعفر بن رزق الله، مسئله مهم دیگری مطرح است مبتنی بر اینکه هر دو روایت، خبر واحد و مفید ظن بوده و لذا حجیت آن‌ها برای اثبات حکم قتل که مصداق بارز امور مهمه است، محل اشکال می‌باشد؛ چه اینکه اولاً در خصوص حجیت خبر واحد اتفاق نظری میان فقیهان وجود ندارد و ثانیاً برفرض که حجیت خبر واحد به اجمال پذیرفته شود، لکن در امور مهمه همچون نفس آدمی که مذاق شریعت و سیره عقلا در خصوص آن‌ها مبتنی بر ضرورت رعایت احتیاط است، اعتبار خبر واحد که مفید قطع و یقین نیست، محل تأمل بوده و فاقد پشتوانه عقلی و شرعی است.^۱

پاره‌ای از فقیهان امامی ذیل مباحث متعدد با عباراتی نظیر «التهجم علی الدماء بخبر الواحد خطر» بر این موضوع تأکید داشته‌اند که حکم به اباحه قتل با استناد به خبر واحد، خلاف اصل حرمت در دماء و احتیاط در نفوس می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۱۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۲۷۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۸۸). برخی نیز تصریح داشته‌اند که تهجم بر دماء بدون نص صحیح و دلیل صریح و قطعی مشکل بوده و جایز نیست (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۳۸۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۸۸).

نتیجه‌گیری

مطابق آنچه گذشت مشهور فقیهان امامی طبق مدلول پاره‌ای از روایات و نیز با استناد به اجماع بر این باور هستند که یکی از موارد مستوجب حد قتل، زنا ی مرد غیر مسلمان با زن مسلمان است. جستار حاضر در ابتدا به تبیین قاعده اولیه در باب کیفر سلب حیات

۱. جهت اطلاعات بیشتر در این باب می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «حجیت خبر واحد در امور مهمه» که توسط حسین حسینی یار، عباسعلی سلطانی و محمدرضا علمی سولاً تألیف شده و در نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی منتشر شده است، رجوع نمود.

که عبارت از اصل حقن دماء و احتیاط در نفوس می‌باشد و از ادله فقاهتی و اجتهادی به دست می‌آید پرداخته و سپس به سراغ مستندات فقها رفته و در این خصوص دو روایتی که مشهور فقیهان آن‌ها را به‌عنوان مستند فتوای خویش ذکر کرده‌اند، مورد تحلیل و بررسی قرار داده است. ارزیابی کلی این اخبار نشان می‌دهد که روایات مزبور علاوه بر ضعف سندی، از حیث دلالتی نیز قابل مناقشه بوده و لذا نمی‌توان با تمسک به آن‌ها، قائل به حکم سنگینی چون کیفر سلب حیات شد. به‌علاوه بر فرض که از ضعف سندی و دلالتی روایات نیز چشم‌پوشی شود، احادیث موردنظر جملگی از اخبار آحاد بوده و تهجم بر دماء با استناد به خبر واحد، مخالف با اصل حرمت در دماء می‌باشد. همچنین اجماع نیز نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی مستقل در این باب محسوب شود؛ چه اینکه اجماع مزبور مدرکی بوده و مستقلاً اعتباری ندارد. در نهایت می‌توان گفت حتی اگر استدلال‌های مطرح‌شده در پژوهش حاضر موجب قطع به عدم ثبوت حد قتل در فرض مسئله نشوند، دست کم می‌توان ادعا کرد که منجر به حصول شبهه در حکم موردنظر شده و قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» در محل بحث حاکم می‌باشد. لذا پیشنهاد می‌شود بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی از سوی قانون‌گذار مورد بازبینی و اصلاح قرار گیرد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن بابويه، محمد بن علی. (۱۴۰۶ق). ثواب الأعمال و عقاب الأعمال. قم: دارالشریف الرضی للنشر.
۳. ابن بابويه، محمد بن علی. (۱۴۱۸ق). الهدایة فی الأصول و الفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۴. ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نیل الفضيلة (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۶. ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. ابن سعید، یحیی بن احمد. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائح. (چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمية.
۸. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۹. انصاری، محمد بن شجاع. (۱۳۸۱). معالم الدین فی فقه آل یاسین (ج ۲). قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۱۰. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی. (۱۳۸۰). منتهی الأصول (ج ۲، چاپ اول). تهران: مؤسسه العروج.

۱۱. برقی، احمد بن محمد. (۱۳۷۱ق). المحاسن (ج ۱). قم: دارالکتب الإسلامية.
۱۲. تبریزی، جواد. (۱۳۸۷). تنقیح مبانی الأحكام (ج ۲). قم: دار الصدیقة الشهيدة.
۱۳. حسینی یار، حسین؛ سلطانی، عباسعلی؛ علمی سولا، محمدرضا. (۱۳۹۶). حجیت خبر واحد در امور مهمه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹(۱۶)، صص ۱۶۱-۱۷۶.
۱۴. خمینی، روح الله. (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمة (ج ۲). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۵. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۲). معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة (ج ۷)، بی جا، بی نا.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (ج ۱). قم: داوری.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۱، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۸. ذهنی تهرانی، محمدجواد. (۱۳۶۶). المباحث الفقهيّة فی شرح الروضة البهیة (ج ۲۷). قم: وجدانی.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۸). الوسيط فی اصول الفقه (ج ۲، چاپ چهارم). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (ج ۲۸). قم: مؤسسه المنار.
۲۱. سروش محلاتی، محمد. (۱۳۹۱). قبض فقه و بسط علم. مجله دندانیزشکی جامعه اسلامی دندانپزشکان، ۲۴(۴)، صص ۲۶۶-۲۷۰.
۲۲. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزيز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة و الأحكام النبویة (چاپ اول). قم: منشورات الحرمین.
۲۳. سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۱۴، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

۲۵. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۴). بیروت: دار الهادی.
۲۶. ضیائی فر، سعید. (۱۳۹۵). ضوابط تعدی از مورد نص. جستارهای فقهی و اصولی. ۲ (۶)، صص ۵۷-۷۴.
۲۷. طباطبایی، محمد. (بی تا). المناهل. بی جا، بی نا.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۶). الفهرست (چاپ اول). نجف: انتشارات حیدریه.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). تهذیب الأحکام (ج ۱۰). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العربی.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). رجال الطوسی. قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۳۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۱). ترتیب خلاصة الأقوال فی معرفة الرجال. مشهد: آستان قدس رضوی. بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۳۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۴. فاضل تونی، عبدالله. (۱۴۱۵ق). الوافیة فی اصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). آیین کیفری اسلام (ج ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عج).
۳۶. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام (ج ۱۰، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. کاشف الغطاء، جعفر. (۱۴۲۲ق). شرح القواعد (ج ۱). قم: انتشارات سعید بن جبیر.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ط - الإسلامية) (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۹. گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۲۱ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود (ج ۱، چاپ اول). قم: دار القرآن الکریم.
۴۰. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الإمامیة (ج ۱). قم: مطبوعات دینی.

۴۱. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). معارج الاصول (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- لإحياء التراث.
۴۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۱ و ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۳. مشکینی، میرزا علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. در یک جلد.
۴۴. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق علیه السلام (۶ جلد، ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه انصاریان.
۴۵. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۴۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان (۱۴ جلد، ج ۱۳، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). أنوار الفقاهة - کتاب الحدود و التعزیرات (چاپ اول). قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۴۸. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله.
۴۹. نجفی، محمدحسن بن باقر. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۲۱ و ۲۱، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۰. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۳۲ق). موسوعة الفقه الإسلامي المقارن (ج ۷). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

References

* The Holy Quran

1. Moghadas Ardebili, A. (1403 AH). *Majma al-Fa'idah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhan* (14 vols, vol. 13, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
2. Abu al-Salah Halabi, T. (1403 AH). *Al-Kafi Fi Fiqh* (1st ed.). Isfahan: Imam Amir al-Mumenin Public Library. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1381 AP). *Tartib Khulasah al-Aqwal fi Ma'arifah al-Rijal*. Mashhad: Astan Quds Razavi. Islamic Research Foundation. [In Persian]
4. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-halal va al-Haram* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' community. [In Arabic]
5. Ansari, M. (1381 AP). *Ma'alim al-Din fi Fiqh Ale Yasin* (Vol. 2). Qom: Imam al-Sadiq Foundation. [In Persian]
6. Barqi, A. (1371 AH). *Al-Mahasen* (Vol. 1). Qom: Dar al-Kotob al-Islamiyyah. [In Arabic]
7. Bojnourdi, S. H. (1380 AP). *Mantahi al-Usul* (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Al-Orouj Institute. [In Persian]
8. Fazel Hendi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
9. Fazel Lankarani, M. (1390 AP). *Criminal law of Islam* (Vol. 1). Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Arabic]
10. Fazel Tony, A. (1415 AH). *Al-Wafiyah fi Usul al-Fiqh*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
11. Golpayegani, M. R. (1421 AH). *Al-Dar Al-Mandud Fi Ahkam al-Hudood* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]

12. Hashemi Shahroudi, M. (1432 AH). *Mawsu'ah al-Fiqh al-Islami al-Mugharin* (Vol. 7). Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
13. Hosseiniyar, H., & Soltani, A. A., & Elmi Sola, M. R. (1396 AP). The authority of single news in important matters. *Fiqh and Islamic Law Studies*, 9(16), pp. 161-176. [In Persian]
14. Ibn Babewayh, M. (1406 AH). *Thawab al-A'amal va Iqab al-A'amal*. Qom: Dar al-Sharif al-Razi Le al-Nashr. [In Arabic]
15. Ibn Babewayh, M. (1418 AH). *Al-Hidaya fi al-Usul wa al-Forou'* (1st ed.). Qom: Imam Hadi Institute. [In Arabic]
16. Ibn Boraj, A. (1406 AH). *Al-Muhadab* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
17. Ibn Hamzah, M. (1408 AH). *Al-Wasila ila Nile Al-Fazilah* (1st ed.). Qom: Publications of Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
18. Ibn Idris, M. (1410 AH). *Al-Saraer al-Hawi le Tahrir al-Fatawi* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
19. Ibn Saeed, Y. (1405 AH). *Al-Jamae le al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Seyyed al-Shohada al-Ilmiya Institute. [In Arabic]
20. Ibn Zohra, H. (1417 AH). *Ghaniya al-Nozou ila Ilmi al-Usul wa Al-Foroo* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
21. Kashif al-Ghita, J. (1422 AH). *Explanation of the rules* (Vol. 1). Qom: Saeed Bin Jubeir Publications. [In Arabic]
22. Khoei, S. A. (1372 AP). *Mujam Rijal al-Hadith va Tafsil Tabaqat Al-Rawat* (Vol. 7). [In Persian]
23. Khoei, S. A. (1377 AP). *Misbah al-Fiqaha* (Vol. 1). Qom: Davari. [In Persian]
24. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj* (Vol. 41, 1st ed.). Qom: The Institute for Revival of Imam Al-Khoei's Works. [In Arabic]

25. Khomeini, R. (1415 AH). *Al-Makasib al-Muharma* (Vol. 2). Qom: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute. [In Arabic]
26. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi* (Vol.7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
27. Makarem Shirazi, N. (1418 AH). *Anwar al-Fiqahah - Kitab al-Hudud va al-Tazirat* (1st ed.). Qom: Al-Imam Ali Bin Abi Talib School Publications. [In Arabic]
28. Meshkini, M. A. (n.d.). *Fiqh terms*. In one volume.
29. Mofid, M. (1413 AH). *Al-Muqana'ah* (1st ed.). Qom: Sheikh Mufid World Congress. [In Arabic]
30. Mohaghegh Heli, J. (1376 AP). *Al-Mukhtasar al-Nafi fi fiqh al-Imamiyah* (Vol. 1). Qom: Religious Press. [In Persian]
31. Mohaghegh Heli, J. (1403 AH). *Ma'arij al-Usul* (1st ed.). Qom: Alulbayt le Ihya al-Torath Institute. [In Arabic]
32. Mohaghegh Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (Vol. 1 and 4, 2nd ed.). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
33. Mousavi Ardebili, A. (1427 AH). *Fiqh Al-Hudud va al-Ta'azirat* (Vol. 1, 2nd ed.). Qom: Mu'asisah al-Nashr le Jame'ah al-Mufid. [In Arabic]
34. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). *Fiqh al-Imam al-Sadiq* (6 Vols, vol. 2, 1st ed.). Qom: Ansarian Institute. [In Arabic]
35. Najafi, M. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vol. 21 & 41, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
36. Sabzewari, S. A. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam* (Vol. 28). Qom: Al-Minar Institute. [In Arabic]
37. Salar Deylami, H. (1404 AH). *Al-Marasim Al-Alawiyyah va Al-Ahkam Al-Nabawiyyah* (1st ed.). Qom: Al-Haramain Publications. [In Arabic]
38. Seimeri, M. (1420 AH). *Qayat al-Maram fi Sharh Shara'e al-Islam* (Vol. 4). Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]

39. Seyed Morteza, A. (1415 AH). *Al-Intisar fi Inferadat al-Imamiya* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
40. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (Vol. 14, 1st ed.). Qom: Islamic Encyclopaedia Foundation. [In Arabic]
41. Sobhani Tabrizi, J. (1388 AP). *Al-Wasit fi Usul al-Fiqh* (Vol. 2, 4th ed.). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Persian]
42. Soroush Mahalati, M. (1391 AP). Bill of jurisprudence and expansion of science. *Dental Journal of the Islamic Society of Dentists*, 24(4), pp. 266-270. [In Persian]
43. Tabatabaei, M. (n.d.). *Al-Manahil*.
44. Tabrizi, J. (1387 AP). *Tanqih Mabani al-Ahkam* (Vol. 2). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahida. [In Persian]
45. Tusi, M. (1356 AP). *AL-Fihrist* (1st ed.). Najaf: Heydarieh Publications. [In Persian]
46. Tusi, M. (1365 AP). *Tahzeeb al-Ahkam* (Vol. 10). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Persian]
47. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nahaya fi Mujarad al-Fiqh va al-Fatawa* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kotob al-Arabi. [In Arabic]
48. Tusi, M. (1427 AH). *Rijal al-Tusi*. Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
49. Zehni Tehrani, M. J. (1366 AP). *Al-Mabahith al-Fiqhiyyah fi Sharh al-Rawda al-Bahiya* (Vol. 27). Qom: Vojdani. [In Persian]
50. Ziaifar, S. (1395 AP). Rules for violation of text. *Jurisprudential and Usuli Articles*, 2(6), pp. 57-74. [In Persian]

Research Article

A Jurisprudential Examination of Khums for Stock Exchange¹

Seyyed Morteza Khatami Sabzevari²

Ali Zahiri³

Received: 28/02/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

One of the obligations and ancillaries of the faith in religion of Islam is "Khums" which is Wajib (obligatory) in certain cases. However, there has been no research on the obligation of khums in new issues such as "stock exchange" and this article tries to examine this issue. In order to know the khums ruling on stock exchange, it is necessary to determine the nature of the stock first. Therefore, after examining the various possibilities in the nature of shares, the arguments of the obligation of Khums are re-examined to determine their causes and, as a result, to clarify the ruling of Khums according to each of the possibilities. In general, six possibilities have been proposed regarding the nature of shares, of which only the fifth possibility

1. This article has been taken from Kharij lesson of Ayatollah Ali Endalibi on stock market and has been prepared and compiled with the support of the Contemporary Fiqh Office of Islamic Seminaries.

2. Graduated from the fourth level of Islamic Seminary of Qom, Iran. (Corresponding author). mortezakhatami1364@gmail.com.

3. Graduated from Darse Kharij at Islamic Seminary of Qom, Iran. alizahiri110@gmail.com.

* Khatami Sabzevari, S. M., & Zahiri, A. (1401 AP). A Jurisprudential Examination of Khums for Stock Exchange. *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 36-62. DOI: 10.22081/jf.2023.63481.2467

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

(novel credit property) is without problems. However, according to various possibilities, if the application of khums arguments is accepted, or if the argument includes credit issues through features cancellation, Khums will be considered for the shares according to all bases. Otherwise, according to the possibility that the shares are a matter of credit, khums will not be considered for the shares of the stock market. Therefore, according to the authority basis, stock exchange has khums.

Keywords

Belonging to khums, shares stock exchange, khums of stock exchange, credit right.

مقاله پژوهشی

بررسی فقهی خمس سهام بورس^۱

علی ظهیری^۲

سید مرتضی خاتمی سبزواری^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۹

© Author (s)

چکیده



یکی از واجبات و فروع دین مبین اسلام، فریضه «خمس» است که در موارد خاصی واجب است. اما در مورد وجوب خمس در موضوعات جدیدی همچون «سهام بورس»، پژوهشی صورت نگرفته که این مقاله درصدد بررسی این مسئله است. برای شناخت حکم خمس در سهام بورس لازم است ابتدا ماهیت سهام مشخص شود. لذا پس از بررسی احتمالات مختلف در ماهیت سهام، ادله وجوب خمس بازپژوهی می‌شود تا مدلول آن‌ها معین گردد و در نتیجه حکم خمس طبق هر یک از احتمالات روشن شود. به طور کلی شش احتمال در مورد ماهیت سهام مطرح شده که تنها احتمال پنجم (مال اعتباری مستحدث) بدون اشکال است. اما طبق احتمالات مختلف، اگر اطلاق ادله خمس پذیرفته شود و یا با الغای خصوصیت، ادله شامل امور اعتباری نیز بشود، سهام طبق تمامی مبانی، متعلق خمس خواهد بود؛ در غیر این صورت مطابق احتمالاتی که سهام امری اعتباری باشد، سهام بورس متعلق خمس قرار نمی‌گیرد. بنابراین طبق مبانی مختار، سهام بورس خمس دارد.

کلیدواژه‌ها

تعلق خمس، سهام بورس، خمس سهام، حق اعتباری.

۱. این مقاله، برگرفته از درس خارج بورس استاد آیت‌الله علی غنلیبی و با حمایت دفتر فقه معاصر حوزه‌های علمیه تهیه و تدوین شده است.

۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم، ایران (نویسنده مسئول). mortezakhatami1364@gmail.com

۳. دانش‌آموخته درس خارج حوزه علمیه قم، ایران. alizahiri110@gmail.com

* خاتمی سبزواری، سیدمرتضی؛ ظهیری، علی. (۱۴۰۱). بررسی فقهی خمس سهام بورس. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۱۲)، صص ۳۶-۶۲.
DOI: 10.22081/jf.2023.63481.2467

مقدمه

یکی از احکام ضروری اسلام پرداخت خمس می‌باشد که به‌صراحت در آیات^۱ و روایات فراوانی مورد تأکید قرار گرفته است. در فقه شیعه، احکام و متعلقات خمس همچون سایر احکام و مسائل، توسط فقهای بزرگوار امامیه مورد بررسی قرار گرفته و مسائل آن نیز روشن شده است، اما از آنجا که در گذر زمان، موضوعات جدیدی به عنوان متعلق خمس مطرح می‌شود، نیازمند بررسی‌های فقهی جدیدی هستیم که از جمله این مسائل، بحث از خمس سهام بورس می‌باشد.

با بررسی‌های انجام شده هیچ نوع نوشتاری که به صورت تحقیقی به این مسئله پرداخته باشد، یافت نشد و این مقاله در نوع خود از جمله اولین نوشته‌های تحقیقی این مسئله به حساب می‌آید. البته نسبت به بررسی ماهیت سهام، کتاب‌ها و مقالات چنددی^۲ به نگارش درآمده که در مبحث بررسی ماهیت سهام قابل استفاده بوده است. با توجه به مستحدث بودن موضوع مقاله، اقوال و نظرات گسترده‌ای از فقهای پیشین در دست نیست و تنها نظرات - استفتاء-^۳ برخی از فقهای معاصر موجود است.

۱. انفال، ۴۱: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِلذِّي الْقُرْبَى وَ الْمَسْكِينِ وَ الْبَائِسِ السَّيْلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَ مَا أُنزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّنْفِيهِ الْجَمْعَانِ وَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ؛ بدانید هر گونه غنیمی به دست آورید، یک پنجم آن برای خدا و برای پیامبر و برای ذی‌القربی و یتیمان و مسکینان و واماندگان در راه است، اگر به خدا ایمان آورده‌اید و آنچه بر بنده خود در روز جدایی حق از باطل، روز درگیری دو گروه نازل کردیم و خداوند بر هر چیزی تواناست».

۲. احمدزاده بزاز، سید عبدالمطلب؛ محمدی، مرتضی؛ مروارید، محمدرضا؛ تأملی فقهی و حقوقی در عین انگاری سهام شرکت‌های تجاری. آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی. دوره دوازدهم، شماره ۲۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹. جعفری خسروآبادی، نصرالله؛ شهیدی، سید مرتضی، بازپژوهی فقهی-حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن. دوفصلنامه علمی-پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی، سال پنجم، شماره اول (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

۳. به‌عنوان نمونه در پاسخ به این سؤال که: آیا به سرمایه‌ای که در بورس یا در محل دیگر سرمایه‌گذاری شده است، در سررسید سال خمس، خمس تعلق می‌گیرد و باید خمس آن پرداخت شود؟ آیت‌الله خامنه‌ای پاسخ داده‌اند: مبلغ سرمایه‌گذاری شده اگر از درآمد کسب باشد، مشمول خمس است. آیت‌الله مکارم شیرازی بیان کرده‌اند: چنانچه سال خمس بر آن بگذرد باید خمس آن پرداخت شود، ولی چنانچه برای پرداخت خمس در زحمت باشید، مجازید خمس آن را به ذمه بگیرید و هر وقت توانستید پردازید. آیت‌الله سیستانی نیز فرمودند: این نوع معامله مانند هر تجارت دیگر است؛ سر سال بر سودی که کرده‌اید خمس لازم است (خبرگزاری مهر، ۱۳۹۹/۳/۲۰).

لازم به ذکر است از آنجایی که مبانی مختلفی در مورد ماهیت سهام وجود دارد، بالتبع بررسی حکم مسئله خمس سهام نیز متفاوت خواهد بود. مبنای اختلاف در این مسئله به این نکته برمی‌گردد که آیا متعلق خمس تنها «کالاها و اموالی که ابعاد ثلاثه خارجی دارند» می‌باشد و یا این که متعلق خمس اعم است و شامل اموال اعتباری نیز می‌شود؛ لذا این بحث فارغ از بحث سهام، در موضوعات مشابه دیگر نظیر تمام امور اعتباری نیز جریان دارد.

بنابراین قبل از بررسی حکم مسئله، باید به طور مختصر به ماهیت سهام اشاره شود تا بر اساس مبانی مختلف در مورد ماهیت سهام، حکم خمس آن نیز مشخص گردد.

۱. بررسی موضوعی سهام

در مورد حقیقت و ماهیت سهام آن‌گونه که در کتاب‌ها و مقالات مطرح شده است، فروض و نظریات عدیده‌ای وجود دارد. قبل از اشاره به آن‌ها لازم است متذکر شویم که این بحث در مورد «ورقه و کاغذ» سهام نیست؛ زیرا چه بسا در موارد یا زمانی اصلاً ورقه سهام وجود نداشته باشد و یا صادر نشود و به صورت دیجیتال و یا الکترونیک سهام عرضه و خرید و فروش شود و اساساً این اوراق، تنها سند برای سهم محسوب می‌شوند و ذات و حقیقت سهم، جدای از این اوراق است. لذا آنچه در این قسمت مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد همان حصه و بخشی است که «سهم» نام دارد و شرکت و ... اقدام به خرید و فروش آن می‌کنند. ریشه این تعدد نظریات به تعریف سهام و مبنایی که در مورد تحلیل شرکت و شخصیت حقوقی و رابطه سهام‌داران با شرکت و اموال شرکت اتخاذ می‌شود بازمی‌گردد. با بررسی‌های انجام شده می‌توان احتمالات و نظریات مختلف را این‌گونه تقسیم‌بندی و ارائه نمود:

الف: اگر پذیرفته شود که شخصیت حقوقی، شخصیتی مشروع و مستقل است و می‌تواند خودش مالک شود، در این صورت شرکت به‌عنوان یک شخصیت

حقوقی، مالک اموال (اعم از اعیان، منافع و...) خواهد بود؛ بر اساس این مبنا، در مورد سهم و سهامدار تحلیل‌های زیر ارائه شده است:

۱-۱. احتمال اول (ملکیت مشاع افراد نسبت به شرکت)

طبق این نظریه سهام‌داران مالک شرکت می‌باشند، اما مالک اموال شرکت نیستند، بلکه به صرف اینکه مالک شرکت شده‌اند از مزایایی همچون سود سالانه شرکت به میزان مالکیت مشاعی که نسبت به شرکت پیدا کرده‌اند و ... بهره‌مند می‌شوند.

دکتر عبدی‌پور در بیان حقیقت سهام می‌نویسد: «از یک دیدگاه، سهم بیانگر رابطه مالکانه است. سهام‌داران مالکان شرکت هستند، اما مالک دارایی و اموال شرکت که متعلق به شرکت به عنوان یک ماهیت حقوقی مجزا و مستقل است نیستند. سهام‌داران مالک شرکت‌اند و مالک اموال شرکت نیستند. بر اساس این دیدگاه، رابطه سهام‌دار با شرکت نوعی ملکیت است که موضوع آن، خود آن شرکت است و نه اموال و دارایی آن ... شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری موضوع مالکیت قرار می‌گیرد و هر یک از اعضا یا سهام‌داران شرکت به نسبت میزان سهام خود در این مالکیت سهیم و شریک هستند (عبدی‌پور، ۱۳۹۹، ص ۱۳۷).

۲-۱. احتمال دوم (ملکیت مشاع افراد نسبت به شرکت و اموال آن)

طبق این احتمال سهام‌داران مالک شرکت هستند و از آنجایی که شرکت نیز مالک اموالی است، سهام‌داران در طول مالکیت شرکت، مالک اموال شرکت نیز هستند؛ همانند رابطه مولی و عبد که مولی اولاً مالک عبد است و در طول آن، مالک اموال عبد نیز می‌باشد؛ یعنی عبد چون خودش مملوک مولی است، اموالش نیز به تبع تحت ملکیت مولی وارد می‌شود.

۳-۱. احتمال سوم (ملکیت حق)

طبق این احتمال سهام‌داران مالک شرکت و مالک اموال شرکت نیستند، بلکه مالک «حق»ی از جانب شرکت می‌باشند؛ یعنی به واسطه پرداخت هزینه و سرمایه به شرکت،

حق بهره‌مندی از برخی منافع شرکت را به دست می‌آورند. پس سهام‌داران صرفاً از شرکت «حق» خریداری کرده‌اند و اموال شرکت مملوک خود شرکت است. این وجه در کلام برخی از جمله جناب آقای کاتوزیان مطرح شده است. ایشان می‌نویسد: «اگر اجتماع مالکان از نظر حقوقی شخصیت خاصی پیدا کند... سرمایه شرکت -خواه منقول باشد و خواه غیر منقول- به این شخصیت تعلق دارد و هیچ یک از شریکان تا زمانی که شرکت منحل نشده است، نمی‌تواند ادعا کند که به طور مشاع در هر یک از اجزای سرمایه حق مالکیت دارد. در شرکت‌های تجاری که دارای چنین شخصیتی هستند حق شرکت منحصر به مطالبه منافع حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقی‌مانده سرمایه پس از انحلال آن است. این حق به طور مستقیم مربوط به سرمایه و اموال شرکت نیست؛ حق خاصی است که شریکان در مقابل مالک سرمایه یعنی شخصیت حقوقی دارند. پس باید قبول کرد که در اثر قرارداد، حقوق عینی شرکا بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد منافع سالیانه است و به همین جهت به تابعیت از موضوع آن باید منقول حساب شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، صص ۶۲-۶۳). ظاهر این سخن این است که مالکیت نسبت به عین وجود ندارد، بلکه صرفاً حق وجود دارد.

همچنین آقای محمدعلی عبادی در این باره می‌نویسد: «دارنده سهم نمی‌تواند به نسبت سهم از ما یملک شرکت مالک باشد، بلکه به نسبت سهم خود از شرکت دارای حق می‌باشد و به موجب آن از منافع شرکت استفاده کرده و در مجمع عمومی رأی می‌دهد و در صورت انحلال از دارائی شرکت سهم خواهد برد» (عبادی، ۱۴۰۰، ص ۹۲).

۴-۱. احتمال چهارم (ملکیت حق دینی)

بر این اساس سهام‌داران مالک شرکت و مالک اموال شرکت و یا حق نیستند، بلکه صرفاً به موجب پولی که پرداخت کرده‌اند، طلبکار از شرکت شده و به اصطلاح مالک «حق دین» از شرکت هستند یا به تعبیر دیگر می‌توان گفت صرفاً مالک «ذمه» هستند (عبدی‌پور، ۱۳۹۹، ص ۱۳۹؛ صفری، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲).

ظاهراً آیت‌الله سید کاظم حائری نیز این‌گونه فهمیده‌اند که سهام‌داران فقط طلبکار بوده و حق دینی دارند (حائری، ۱۳۷۸، ص ۲۵).

۵-۱. احتمال پنجم (مال اعتباری مستحدث)

این نظریه چه‌بسا در بین عموم مردم معروف باشد و شاید بتوان سخنان برخی از حقوق‌دانانی که مطالب‌شان گفته شد را بر این احتمال حمل کرد. بر این اساس سهام‌داران مالک شرکت، اموال شرکت و یا حق نیستند؛ آن‌ها حتی مالک «حق دینی» و طلبکار از شرکت نیز نمی‌باشند، بلکه شرکت‌ها علاوه بر اموالی همچون اعیان و منافع و ... که دارند، مالی جدید به نام «سهام» اعتبار کرده‌اند که به موجب اعتبار شرکت، مالیت پیدا کرده است. لذا مردم، پولی که پرداخت می‌کنند، برای خرید این مال اعتباری است و سهام‌داران مالک امری هستند که به موجب اعتبار شخصیت حقوقی، مالیت پیدا کرده است.

ب: اگر شخصیت حقوقی را به‌عنوان یک شخصیت مشروع نپذیریم، در این صورت حقیقتاً شرکتی وجود ندارد که اموال و یا حقوق و یا بدهی‌هایی داشته باشد یا جعل اعتبار کند، بلکه هر چه هست همین اموال است و همین سهام‌داران. از این رو سهام‌داران به صورت مشاع، مالک اموال و اعیان و ... هستند که نظریه ششم مطرح می‌شود.

۶-۱. احتمال ششم (شراکت مشاع در اموال)

بر اساس این احتمال، تعابیری همچون شرکت سهامی و سهم و امثال این موارد، اساساً نام‌گذاری غلطی است و مقصود همان شرکت در عین اموال است؛ یعنی سهام‌داران که در شرکتی سهم دارند، به نسبت سهم خود سهمی در اموال بوده و شرکت در عین اموال دارند. در نتیجه مال صرفاً برای سهام‌داران بوده و غیر از آنان کسی مالک نیست. تعابیر شرکت سهامی نیز صرفاً عنوان است که استفاده از این تعابیر برای ترتیب آثار خاص بوده است و الا اگر شرکت یک میلیون سهم داشته و صد نفر شریک باشند، تمامی صد نفر یک میلیون سهم را به صورت مشاع شریک در اعیان خواهند

بود. پس بر این اساس سهم یعنی مقدار درصد شراکت مشاع نسبت به اموال و دارایی‌ها.

۲. بررسی صحت احتمالات شش‌گانه در مورد حقیقت سهام

از آنجا که صرف یک تحلیل عقلی مقصود نظر یک مسئله فقهی نیست، با توجه به احتمالات مطرح‌شده باید روشن شود که کدام یک از احتمالات مطابق آنچه در عالم خارج واقع شده است می‌باشد.

بررسی احتمال اول و دوم

بعد از بیان ماهیت سهام بر اساس احتمال اول و دوم چند اشکال به این دو وارد می‌شود:

الف: ناسازگاری با قانون تجارت (اشکال مشترک)

توضیح مطلب اینکه در ماده ۲۴ از قانون تجارت این طور آمده است: «سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد».

طبق این مطلب، سهم قسمتی از شرکت نیست، بلکه قسمتی از سرمایه شرکت است و لذا داشتن سهم به معنای مالکیت شرکت غلط است و خلاف قانونی است که ده‌ها سال است عمل می‌شود.

ب: ناسازگاری با برخی آثار (اشکال خاص احتمال دوم)

توضیح مطلب اینکه طبق فرضی که شرکت سهامی دارای اموال بوده و سهام‌داران مالک اموال در طول شرکت سهامی باشند، در صورتی که عده‌ای یا اکثر سهام‌داران مفلس شده و محجور شوند، باید تصرف در اموال شرکت متوقف شود؛ درحالی که از آثار شرکت سهامی این است که در مورد سهام‌داران هر اتفاقی بیفتد، شرکت به کار خود ادامه خواهد داد.

از جهت دیگر این احتمال با محدود بودن مسئولیت نیز ناسازگار است؛ زیرا اگر سهام‌داران مالک شرکت بوده و محجور شوند، شرکت دیگر نمی‌تواند به کار خود ادامه دهد؛ درحالی‌که این‌گونه نبوده و شرکت حتی در فرض محجور شدن سهام‌داران به کار خود ادامه می‌دهد.

بنابراین مملوک بودن خود شخصیت حقوقی، خلاف واقع بوده و با قوانین و اساسنامه‌های مربوط به شرکت‌های سهامی ناسازگار است. با این توضیح احتمال اول و دوم کنار گذاشته شد.

احتمال سوم و پنجم را به صورت یک‌جا در پایان بررسی‌ها مورد اشاره قرار خواهیم داد.

بررسی احتمال چهارم

مقصود از این نظریه، حق دینی است که طبق آن، شخصیت حقوقی محفوظ بوده و سرمایه نیز از آن شخصیت حقوقی است، اما سهام‌داران طلبکار از شخصیت حقوقی محسوب می‌شوند.

روشن است که این نظریه نیز بر اساس قانون، اساسنامه و آثار، نظریه نادرستی است؛ زیرا قانون، سهم را بر ذمه شرکت ندانسته و سهام‌دار را طلبکار نمی‌داند، بلکه سهم قسمتی از سرمایه شرکت است.

اشکال دیگر اینکه این نظریه خلاف فهم و ارتکاز عرفی در بین معامله‌گران در بورس و بازار سهام است؛ زیرا اساساً به ذهن عموم مردم و حتی به ذهن افرادی که در بورس معامله می‌کنند خطور نمی‌کند که سهام‌داران طلبکار محسوب می‌شوند. در نتیجه معناکردن سهام به طلب مسلماً باطل بوده و اساساً تفوه به آن نیز صحیح نیست.

بررسی احتمال ششم

به نظر می‌رسد که این نظریه نیز صحیح نباشد. یکی از اشکالات آن این است که در مواردی که شرکت سهامی تأسیس می‌شود، طبق چیزی که در بازار بورس رایج است،

اساساً اینکه سهام‌داران شریک در اموال شرکت باشند، در ذهن و ارتکازشان نیست؛ یعنی به‌عنوان مثال در مورد شرکت ایران خودرو، باید سهام‌داران در تک‌تک خودروها سهم داشته باشند، درحالی‌که این مطلب خلاف مرتکز عرفی سهام‌داران، حقوق‌دانان و مالکان شرکت‌هاست.

بررسی احتمال سوم و پنجم

بعد از عدم پذیرش احتمالات گذشته، دو احتمال دیگر باقی می‌ماند:

الف: سهام حق محض است و سهام‌دار صرفاً مالک حق (احتمال سوم)

ب: سهام یک مال اعتباری مستحدث است که حق خواهد آورد؛ یعنی در اثر مالکیت، نسبت به اموال شرکت حق ایجاد می‌شود (احتمال پنجم)

از میان این دو به نظر می‌رسد که وجه دوم صحیح است؛ زیرا مواردی از قبیل حق داشتن سهام‌دار نسبت به سود، تقسیم سرمایه بعد از انحلال شرکت و داشتن حق برای شرکت در مجمع، به معنای سهام نیست؛ بلکه با توجه به سهمی که وجود دارد، سهام‌داران حق دارند در مجمع شرکت کنند و لازم است که اموال سهام‌دار در صورت انحلال شرکت به او داده شود. همچنین سهام‌داران حق دارند که به آن‌ها سود داده شود.

بنابراین به نظر می‌رسد که احتمال پنجم، حقیقت شرکت‌های سهامی باشد. البته از آنجا که تصور افراد در بازار سهام متفاوت است، به‌نحوی که ممکن است فقها به یک شکل و حقوق‌دانان به شکل دیگری تصور داشته باشند و حتی خود کسانی که در بازار سرمایه در حال معامله هستند نیز تصور دیگری داشته باشند، حکم خمس سهام با توجه به مبانی مختلف، مورد بحث واقع می‌شود.

۳. بررسی حکمی خمس سهام

۳-۱. اصل اولی در بحث خمس

برای ورود در این بحث باید ابتدا مقتضای اصل اولی در بحث از وجوب خمس

مشخص شود تا در صورتی که در زمان بررسی ادله خاصه، دلیلی بر وجوب یا نفی وجوب خمس به دست نیامد، مرجع همان اصل اولی -چه مستفاد از ادله لفظی و چه مستفاد از اصول عملیه- باشد. بنابراین در این قسمت در دو مقام بحث می‌کنیم:

مقام اول: مقضای اصل اولی بر اساس ادله لفظی

در مورد اصل لفظی در بحث خمس و تعلق خمس به اموال، ممکن است ادعا شود که اصل «عدم تعلق خمس به اموال» است. برای اثبات این ادعا وجوه متعددی از سوی فقها اقامه شده‌است. در این جا به صورت مختصر به برخی از آن وجوه که در بحث ما دخالت دارند اشاره می‌کنیم:

دلیل اول: صحیحۀ عبدالله بن سنان

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ لَيْسَ الْخُمْسُ إِلَّا فِي الْغَنَائِمِ خَاصَّةً». وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۲۴؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۵۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۸۵).

روایت به لحاظ سندی صحیحه است. استدلال بدین صورت است که مراد از غنائم در روایت، غنیمت جنگی است؛ (الغنیمه ما یؤخذ فی الحرب) (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۹۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۴۴۶). پس مفاد روایت این است که هیچ چیزی خمس ندارد، مگر غنیمت‌های جنگی. بنابراین گنج، معدن، سود کاسبی، هبه و هدیه و ... خمس ندارد، چه این اموال عینی باشند یا اعتباری.

این دلیل می‌تواند مرجع فوقانی ما قرار بگیرد؛ یعنی تنها در مواردی که دلیل بر وجوب خمس به دست آورده‌ایم، حکم به وجوب خمس می‌شود؛ چراکه بر اساس این دلیل لفظی، یک مخصص متصل برای عدم وجوب خمس ذکر شده و آن «غنیمت» است. لذا اگر مخصص منفصل احراز شود، بر اساس آن عمل می‌کنیم؛ در غیر این صورت بر اساس دلیل عام عمل می‌شود.

اشکال: اگر غنائم به معنای غنیمت جنگی بود، چنین استدلالی تمام می‌شد، ولی غنیمت معنای عامی دارد که عبارت است از «هر فایده‌ای که شخص آن را تحصیل می‌کند» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۹۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۱۱۹)؛ در این صورت این صحیحه از غیر فوائد، نفی وجوب خمس می‌کند، ولی مواردی که عرفاً غنیمت و فایده است، مثل معدن، گنج، سود و ... طبق همین حدیث، متعلق خمس می‌باشند و لذا باید بحث شود که فوائد شامل چه مواردی می‌باشد.

خلاصه این که استدلال به این صحیحه مبتنی بر این است که غنیمت به معنای غنیمت جنگی باشد که ریشه در تعریفی است که برخی لغویون برای واژه غنیمت بیان کرده‌اند که به نظر می‌رسد این کار لغویون بیشتر جنبه سیاسی داشته است،^۱ نه جنبه لغوی و کشف معنای لغت و برای همین جهت سیاسی غنیمت در آیه شریفه (انفال، ۴۱) را حمل بر غنیمت جنگی کرده‌اند و به تبع لغویون، برخی فقها نیز چنین احتمالی را مطرح کرده‌اند.

دلیل دوم: روایات بیانگر متعلقات خمس

روایاتی وجود دارد که در مقام بیان شمردن مواردی هستند که خمس آن‌ها واجب است. این روایات ظهور در انحصار دارند. از این رو تنها بر این امور خمس واجب است و در غیر این موارد، در هر موردی که شک داشته باشیم، خمس واجب نیست. برخی از این روایات عبارت‌اند از:

روایت اول: مرسله حماد به عیسی

عَلِيُّ بْنُ إِتْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ قَالَ: «الْحُمْسُ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ مِنَ الْعَنَائِمِ وَالْعَوْصِ وَمِنَ الْكُنُوزِ وَمِنَ الْمَعَادِنِ

۱. جنبه سیاسی این بوده است که خمس متعلق به ذوی القربی و مساکین و ... می‌باشد. اما از آنجا که وسیع بودن دایره خمس، به ضرر سلاطین و حاکمان جور بوده، دایره آن را محدود به غنائم جنگی کرده‌اند. لذا با توجه به این احتمال که در معنای غنیمت وجود دارد، استشهد به سخن این دسته از لغویون مشکل است.

وَالْمَلَّاحَةَ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۵۳۹؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۸۸).

این روایت مرسله است و مرسیل آن حمّاد بن عیسی، از اصحاب اجماع می باشد. بر اساس این روایت بر غیر این پنج مورد، خمس واجب نیست. البته باید توجه داشت که «غنائم» در کنار سایر موارد، ظهور در قسیم بودن دارد؛ یعنی باید غنیمت را به گونه ای معنا کرد که شامل کنز، غوص و معدن و ... نشود؛ لذا غنیمت در این روایت منحصر در غنیمت جنگی است، و الا اگر غنیمت به معنای عام باشد، باید سایر موارد از باب ذکر خاص بعد از عام باشند که در این صورت حقیقتاً خمس در یک چیز بوده است، نه در پنج چیز، ولی این مطلب خلاف ظاهر است.

هرچند در مورد این مطلب مناقشات فراوانی مطرح شده است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۲، ص ۳۲۲؛ محقق داماد، ۱۴۱۸ق، ص ۴۰)، ولی فعلاً از باب اختصار به آن موارد اشاره نمی شود و نتیجه آنکه روایت ظاهر در حصر است و لذا اصل این خواهد بود که اشیاء متعلق خمس نمی باشند، مگر در همین موارد. بنابراین بر اساس این روایت ارث، هدیه، ربح و سود و ... خمس ندارد.

روایت دوم: موثقه عمار

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْخِضَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَمَارِ بْنِ مَرْوَانَ قَالَ «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ فِيمَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَعَادِنِ وَالْبَحْرِ وَالْغَنِيمَةِ وَالْحَلَالِ الْمُخْتَلِطِ بِالْحَرَامِ إِذَا لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ وَالْكُنُوزِ الْحُمْسُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۹۴).

گرچه در مورد این روایت نمی توان ادعا کرد که در مقام حصر است، ولی از آنجایی که شبیه سایر روایات است، می توان به آن اشاره کرد و آن را مورد توجه قرار داد.

روایت سوم: مرسله احمد بن محمد

(مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ) بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ

قَالَ حَدَّثَنَا بَعْضُ أَصْحَابِنَا رَفَعَ الْحَدِيثَ قَالَ: «الْحُمْسُ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءٍ مِنَ الْكُنُوزِ وَالْمَعَادِنِ وَالْعُوصِ وَالْمَعْنَمِ الَّذِي يَقَاتُلُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَحْفَظِ الْخَامِسَ الْحَدِيثَ» (حَرَّعَامِلِي، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۸۹).

البته این حدیث از مرحوم صدوق نیز نقل شده است:

وَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ زِيَادِ بْنِ جَعْفَرِ الْهَمْدَانِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: الْحُمْسُ عَلَى خَمْسَةِ أَشْيَاءٍ عَلَى الْكُنُوزِ وَالْمَعَادِنِ وَالْعُوصِ وَالْعَنِيمَةِ وَنَسَى ابْنُ أَبِي عُمَيْرٍ الْخَامِسَ (شيخ صدوق، ۱۳۶۲، ص ۲۹۱؛ حَرَّعَامِلِي، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۹۴).

در اینجا غنیمت به غنیمت جنگی تفسیر شده است.

می توان به قرینه مرسله حماد بن عیسی بگویم که مورد پنجم، ملاحظه بوده است و اگر نتوانیم احراز کنیم که مورد پنجم چیست، این دو حدیث مجمل می شوند و نمی توان به این احادیث برای نفی خمس از سایر اشیاء استناد کرد؛ زیرا چه بسا مورد پنجم، فائده بوده است که شامل بسیاری از اشیاء و اموال می شود.

گرچه در این دلیل نیز برخی خدشه کرده اند و گفته اند که حصر در این احادیث اضافی و نسبی است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱، ص ۴۰۴)، ولی با این حال می توان گفت که در مجموع موارد خمس محدود به تعدادی معدود است که اگر دلیل بر آن ها داشته باشیم، متعلق خمس می باشند و در موارد مشکوک، اصل عدم تعلق خمس می باشد.

بنابراین مقتضای اصل لفظی، عدم وجوب خمس در غیر مواردی است که دلیل بر وجوب خمس نسبت به آن وجود دارد. ولی اگر ادله لفظی عام و خاص برای استنباط حکم کافی نباشد، باید به سراغ اصل عملی مناسب برویم.

مقام دوم: مقتضای اصل اولی بر اساس اصول عملیه

برخی فرموده اند در صورتی که دلیل لفظی نداشته باشیم، اصل عدم وجوب خمس است؛ زیرا به براءت در وجوب خمس تمسک می شود.

اشکال: استصحاب مقدم بر براءت است؛ به این معنا که وقتی کالا یا فایده به دست

شخص می‌رسد، شک می‌کند که او مالک تمام این مال شده یا این که فقط مالک چهار پنجم این مال شده است (مثلاً وقتی که ۱۰۰۰ تومان به دست آورد، شک دارد که او مالک ۱۰۰۰ تومان است یا مالک ۸۰۰ تومان و ۲۰۰ تومان دیگر متعلق خمس است). لذا استصحاب می‌کند و می‌گوید: «قبل از این که این کالا و فایده را به دست بیاورم، مالک این مال نبوده‌ام، بعد از این که این مال به من رسید، نسبت به چهارپنجم، یقیناً مالک شده‌ام (نقض یقین به یقین می‌شود) نسبت به یک‌پنجم باقی مانده، شک در مالکیت دارم؛ زیرا اگر متعلق خمس باشد، مالک نیستم». از این رو استصحاب عدم ملکیت نسبت به یک‌پنجم جاری می‌شود. پس دیگر معنا ندارد که بگوییم اصل عدم وجوب خمس است؛ زیرا اصلاً این قسمت از اموال، در ملک شخص نیست و نوبت به برائت نمی‌رسد.

بنابراین اصل اولی در موارد مشکوک به کمک استصحاب، وجوب خمس است؛ یعنی در هر موردی که شک در تعلق خمس داشته باشیم، اصل این است که این اموال، در ملک من نیستند و معنای این که «من مالک نیستم» چیزی جز این نیست که خمس این مقدار واجب است.

جواب: اولاً این اشکال مبتنی بر جریان استصحاب در شبهات حکمیه است که بر اساس قول به عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه - که نظر مختار هم همین است - چنین اشکالی مطرح نمی‌شود. ثانیاً این اشکال صرفاً مبتنی بر برخی مبانی تعلق خمس به اموال است، نه مبتنی بر همه مبانی؛ زیرا تنها بر اساس برخی مبانی، مقداری از مال که متعلق خمس است (همان یک‌پنجم) از اول داخل در اموال اشخاص نمی‌شود و آنها مالک آن مقدار نمی‌شوند. ولی بر اساس مبانی دیگر، این اشکال وارد نیست؛ مثل این مبنا که گفته شود شخص ابتدا مالک تمام اموال و فوائد می‌شود و سپس از ملک او خارج می‌شود و در ملک صاحبان خمس وارد می‌شود که بر اساس این مبنا نتیجه برعکس می‌شود؛ یعنی بنابر جریان استصحاب در شبهات حکمیه، می‌گوییم: این اموال بتمامه داخل در ملک شخص بوده است. شک در خروج از ملکیت او داریم، استصحاب بقاء ملکیت جاری می‌کنیم که معنایش عدم تعلق خمس به این اموال

می‌باشد. یا بر اساس مبنای دیگری که گفته می‌شود خمس به معنای «حقّ» می‌باشد و لذا شخص مالک تمام این اموال به دست آمده می‌باشد؛ ولی هم‌زمان با تحقق ملکیت، حتی به گردن او آمده است که باید نسبت به صاحبان خمس ادا کند که در این صورت نیز همه اموال در ملک شخص می‌باشد و استصحاب عدم ملکیت معنا ندارد، بلکه استصحاب عدم حق نیز جاری می‌شود؛ به این صورت که قبل از ملکیت من نسبت به این اموال، صاحبان خمس، حتی نسبت به این اموال نداشته‌اند؛ بعد از آن شک می‌کنم که آیا آن‌ها حق پیدا کرده‌اند، استصحاب عدم حق داشتن صاحبان خمس را جاری می‌کنم. البته مبنای دیگری نیز در مقام وجود دارد که بدان‌ها اشاره نمی‌شود.

بنابراین اگر در مقام بحث، استصحاب جاری شد، این مطالب مطرح می‌شود؛ در غیر این صورت، نوبت به جریان اصل برائت می‌رسد که در این صورت نیز اگر شک داریم خمس در ملک شخص وارد شده است یا نه، «رفع مالا یعلمون» را نسبت به حکم وضعی ملکیت جاری می‌کنیم که نتیجه‌اش عدم ملکیت شخص است؛ البته این حکم، خلاف امتنان است. پس باز هم نمی‌توان برائت از ملکیت جاری کرد.

حتی اگر بخواهیم برائت نسبت به حق داشتن صاحبان خمس جاری کنیم، در این مورد نیز خلاف امتنان است. در مواردی که جریان برائت، موجب تضييع حقوق دیگران می‌شود در صورت انکشاف خلاف واقع، خلاف امتنان است و صدور چنین حکمی مشکل خواهد بود؛ و جریان برائت در مواردی است که امتنان به یک طرف، بر خلاف امتنان به دیگران نباشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۳۵).

بنابراین در مورد اصل عملی اولی در مورد استصحاب باید بر اساس مبانی مختلف بحث کرد و نسبت به برائت نیز با شبهاتی روبه‌رو است.

بررسی ادله خاصه

از بین ادله خاصه، ادله‌ای که مربوط به این بحث می‌شود، آیه و روایات مربوط به فوائد و ارباب مکاسب هستند. لذا باید از این جهت بحث کنیم که آیا این ادله، شامل اموال اعتباری که عین خارجی نیستند نیز می‌شود یا خیر؟ یعنی بر فرض که این آیه و

روایات دالّ بر این باشند که فوائد و ارباح مکاسب و امثال آن (مثل سرمایه) متعلق
خمس می‌باشند، آیا شامل امور اعتباری مانند سهم نیز می‌شود یا نه؟

دلیل اول: آیه خمس

«وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ
وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ
الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (انفال، ۴۱).

برای استدلال به آیه شریفه باید سه قسمت از آن روشن شود: ۱. معنای «غنیمت» که
شامل همه فوائد اعم از اعتباری یا غیر آن می‌شود و یا تنها منحصر در غنیمت جنگی
است؛ ۲. مقصود از «مِنْ شَيْءٍ»؛ ۳. مقصود از «مَا» در «مَا غَنِمْتُمْ».

بحث اول: معنای غنیمت

مقصود از غنیمت، فائده است و منحصر به غنیمت جنگی نمی‌باشد و برای این مدعا
دو روایت ذکر می‌شود:

روایت اول: صحیحۀ ابن مهزیار

روایت مفصلی است که بسیار مورد نقض و ابرام قرار گرفته است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۴،
ص ۳۱۵؛ حائری، ۱۴۱۸، ص ۳۰)، ولی بخشی از آن که در مورد تفسیر آیه خمس می‌باشد
چنین است: (مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ) بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ
وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارٍ قَالَ «كُتِبَ إِلَيْهِ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام وَقَرَأْتُ أَنَا
كِتَابَهُ إِلَيْهِ فِي طَرِيقِي مَكَّةَ قَالَ: فَأَمَّا الْغَنَائِمُ وَالْفَوَائِدُ فَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ فِي كُلِّ عَامٍ قَالَ
اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ
وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ
الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» فَأَلْعَانِيُمُ وَالْفَوَائِدُ يَرْحَمُكَ اللَّهُ فَهِيَ الْغَنِيمَةُ يَغْنُمُهَا الْمَرْءُ
وَالْفَائِدَةُ يَفِيدُهَا وَالْجَائِزَةُ مِنَ الْإِنْسَانِ لِلْإِنْسَانِ الَّتِي لَهَا خَطَرٌ وَالْمِيرَاثُ الَّذِي لَا يَحْتَسِبُ مِنْ

غَيْرِ أَبِي وَلَا ابْنِ وَمِثْلُ عَدُوٍّ يَضْطَلَمُ فَيُؤْخَذُ مَالُهُ وَمِثْلُ مَالٍ يُؤْخَذُ لَا يَعْرِفُ لَهُ صَاحِبٌ
وَمَا صَارَ إِلَى مَوَالِي مِنْ أَمْوَالِ الْخُرْمِيَةِ الْفَسَقَةِ فَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ أَمْوَالًا عِظَامًا صَارَتْ إِلَى
قَوْمٍ مِنْ مَوَالِي فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَلْيُوصِلْهُ إِلَى وَكَيْلِي وَمَنْ كَانَ نَائِبًا
بَعِيدَ الشُّفَّةِ فَلْيَتَعَمَّدْ لِإِيصَالِهِ وَلَوْ بَعْدَ حِينٍ فَإِنَّ نِيَّةَ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ عَمَلِهِ...» (حر عاملی،
۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۵۰۱).

این روایت ظاهر در این است که فائده و جائزه و ارث و ... همگی مشمول آیه
شریفه می‌باشند. پس معنای غنیمت در آیه منحصر به غنیمت جنگی نیست و معنای
اعمی دارد.

روایت دوم: روایت حکیم

(مَحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَالٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَوْشَفَ
عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ بَشِيرٍ عَنْ حُكَيْمِ مَوْلَانِ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ \times قَالَ:
«قُلْتُ لَهُ: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ» قَالَ هِيَ وَاللَّهُ الْإِفَادَةُ يَوْمًا
يَوْمٍ إِلَّا أَنْ أَبِي جَعَلَ شِيعَتَنَا مِنْ ذَلِكَ فِي حِلٍّ لِيُرْكَوَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۵۴۶).

بر اساس این روایت، غنیمت به فوائدی که هر روز به دست شخص می‌رسد، معنا
شده است. پس غنیمت در آیه شریفه معنای عام داشته و منحصر در غنیمت جنگی
نمی‌باشد و شامل همه فوائد می‌شود و سهام (بر اساس همه مبانی) و با وجود سایر شرایط
و جوب خمس، مشمول آیه شریفه می‌شود.

بحث دوم: مقصود از «من شیء»

تقریب اول

«من شیء» یعنی فایده‌ای که شیء باشد، چه کم باشد و چه زیاد و «شیء» اعم از
موجودات خارجی و موجودات اعتباری است. لذا بر اساس این دلیل، سهام نیز متعلق
خمس است.

اشکال اول: «شیء» در آیه شریفه شامل اشیائی که در خارج موجود نیستند

نمی‌شود. بنابراین متعلق خمس مخصوص اعیان خارجی است و شامل حقوق مالی و سایر حقوقی که در مقابل آن پول عطا می‌شود نمی‌گردد، مثل حق تألیف، برند، سرقتی، سهام (بر اساس برخی مبانی).

به‌عنوان مؤید می‌توان این استعمال عرف را ذکر کرد که وقتی شخصی خواب ترسناک می‌بیند و می‌خواهند او را آرام کنند، به او می‌گویند: «چیزی نبود» یعنی وجود خارجی نداشته است. پس شیء یعنی موجود خارجی.

جواب: به لحاظ عرف و لغت، به هر امری که نوعی ثبوت داشته باشد، «شیء» گفته می‌شود؛ تا جایی که گفته‌اند به اعدام نیز «شیء» گفته می‌شود، چه ثبوت آن در عالم خارج باشد یا در عالم اعتبار.

اشکال دوم: مفهوم شیء اعم از موجود اعتباری و خارجی می‌باشد، لکن «شیء» در آیه شریفه منصرف به موجودات خارجی و اعیان می‌باشد؛ به دو بیان:

بیان اول (کثرت استعمال): «شیء» در موارد بسیاری در موجودات خارجی استعمال شده است. لذا این کثرت استعمال سبب ظهور واژه «شیء» در موجودات خارجی می‌شود و یا حداقل سبب انصراف به موجودات خارجی می‌گردد. لذا در مقام اطلاق و استعمال، شامل موجودات اعتباری نخواهد شد.

جواب: هر چند استعمالات کثیری رخ داده است که مقصود از آن‌ها موجودات خارجی است، ولی مشخص نیست که در آن موارد که به صورت مطلق است، شیء در موجود خارجی استعمال شده و یا اینکه شیء در همان معنای خودش (اعم از موجود خارجی و اعتباری) استعمال شده، ولی تطبیق بر موجود خارجی شده است و آن موجود خارجی مصداق مفهوم عام واژه است. علاوه بر این که ادعا می‌کنیم که امر برعکس است؛ یعنی شیء به همان معنای عام می‌باشد، اما در مقام استعمال بیشتر تطبیق بر موجودات خارجی شده است.

بیان دوم: با توجه به این که مصادیق خارجی و تکوینی شیء بیشتر است و افراد خارجی نسبت به افراد اعتباری غلبه دارند، همین غلبه خارجی موجب انصراف می‌شود. لذا هر کجا شیء استعمال شود، منصرف به افراد خارجی است.

جواب: غلبه و کثرت نوع خاصی از مصادیق در خارج، دلیل بر انصراف لفظ به معنای خاصی (مثل افراد خارجی در بحث ما) نمی‌شود؛ زیرا منشأ غلبه، انس ذهنی است و در جای خودش در علم اصول، این مطلب ثابت شده که کثرت مصادیق خارجی، الزاماً موجب انس ذهنی نمی‌شود (شهید صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۴۳۱). بنابراین اطلاق در آیه شریفه پابرجاست و هر موردی که فایده بر آن صادق باشد، ولو امری اعتباری باشد، مشمول آیه خمس می‌گردد.

تقریب دوم

در این آیه «شیء»، ظهور در موجودات خارجی دارد (یا از باب معنا یا از باب حصه یا ...) لذا معنای آیه چنین است که «اگر بر اشیاء و اعیان خارجی، «ما غنتم» صادق بود، خمس آن‌ها واجب است». از طرف دیگر با توجه به مناسبت حکم و موضوع، با الغای خصوصیت، آیه شامل موجودات اعتباری نیز می‌شود؛ زیرا عرف با توجه به مناسبت حکم و موضوع می‌فهمد که ملاک و موضوع در خمس «فایده‌بودن» است و گفتن «شیء» از باب توسعه بوده است؛ لذا از تعبیر شیء استفاده شده است که گندم، برنج، کتاب، خانه، مرکب و ... خصوصیت نداشته و این واژه قید احترازی نبوده، بلکه از باب توسعه بوده است و از آنجایی که عام‌ترین لفظ در میان الفاظ که شامل بسیاری از مصادیق شود (ولو طبق فرض، شامل موجودات اعتباری نمی‌شود) واژه «شیء» بوده است، این لفظ به کار رفته است تا اشاره به همه مصادیق ولو موجودات اعتباری کرده باشد. پس هر فایده‌ای خمس دارد.

دقت شود که در الغای خصوصیت، لفظ در معنای خودش به کار می‌رود، ولی وجه آوردن آن لفظ از باب مثال بوده است و خصوص آن معنا خصوصیتی ندارد، بلکه حکم، اعم از آن موضوع مطرح شده در دلیل می‌باشد.

بحث سوم: مقصود از «ما» در «ما غنتم»

تقریب استدلال منوط به این نکته است که «ما غنتم من شیء» اعم از عین خارجی و

اموال اعتباری باشد. ممکن است کسی بگوید: با توجه به این که موضوع در آیه «ما»ی موصوله می‌باشد، گفته می‌شود این عنوان مشیر به موجودات و اشیاء خارجی است و خودش به عنوان «ما»ی موصوله موضوع آیه و متعلق خمس نیست. پس آیه اطلاق ندارد و شامل امور اعتباری نمی‌شود.

اما جواب این شبهه واضح است؛ زیرا پرسش این است که دلیل بر مشیر بودن «ما»ی موصوله در این آیه چیست؟ «ما» موضوع مستقلی است که مفهوم کلی داشته و مصادیق فراوانی دارد و مثل «هذا» و «هؤلاء» نیست، بلکه به معنای «آنچه» می‌باشد و شامل هر چیزی که فایده بر آن صادق باشد می‌شود.

علاوه بر این که حتی اگر عنوان مشیر هم باشد، با این حال مدلول آیه، قضیه حقیقه است، نه خارجی و اختصاصی به زمان نزول آیه ندارد. از این رو هر چیزی که در بین انسان‌ها (ولو در آینده) به عنوان «ما غنتم» بتوان به آن اشاره کرد و عنوان مشیر بر آن صادق باشد، مشمول این آیه است و خمس دارد. پس در زمان ما حق اختراع، برند و سرقتی و ... ما غنتم می‌باشد؛ زیرا در قضیه حقیقه تمام مصادیق، مفروض الوجود در نظر گرفته می‌شوند، ولو در همان زمان موجود نبوده است. نتیجه اینکه آیه شریفه شامل تمام فوائد می‌شود، ولو فایده از امور اعتباری به دست آمده باشد.

روایات:

روایت اول: صحیحۃ ابن مهزیار

متن این روایت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۵۰۱) در ضمن بحث از معنای غنیمت گذشت. تعبیرات روایت اطلاق دارد و شامل هر فایده‌ای ولو ناشی از امری اعتباری شده باشد، می‌شود.

اشکال: این روایت مشتمل بر ما یحتمل القرینة است. هم در صدر روایت و هم در ذیل آن قرینه وجود دارد: قرینه در صدر روایت، خود آیه شریفه می‌باشد؛ زیرا اگر دلیل ما همین روایت باشد و در مورد آیه گفته شود که تقریب اول تمام نیست و نسبت به الغای خصوصیت نیز اشکال دارد، باید گفت با توجه به اختصاص «ما غنتم» در آیه به موجودات خارجی، «الْغَنِيمَةُ يَغْنُمُهَا الْمَرْءُ وَالْفَائِدَةُ يَفِيدُهَا» در این روایت نیز اختصاص

به موجودات خارجی خواهد داشت. مگر اینکه گفته شود آیه اطلاق دارد و شامل همه موجودات ولو اعتباری می‌شود که در این صورت دیگر قرینیت آیه احتمال داده نمی‌شود و این روایت نیز به‌عنوان دلیل محسوب می‌شود.

قرینه در ذیل روایت: همه مثال‌هایی که در ادامه روایت ذکر شده است، از مصادیق و موضوعات خارجی می‌باشند و یک مثال فایده اعتباری بیان نشده است. پس این قرینه نیز موهن اطلاق در روایت می‌شود، مگر این که کسی بگوید در آن زمان، برای فایده، مثال اعتباری وجود نداشته است که در این صورت این قرینه نیز مخدوش می‌شود.

روایت دوم: موثقه سماعه

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام عَنِ الْخُمْسِ فَقَالَ فِي كُلِّ مَا أَفَادَ النَّاسُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۵۰۳). امام کاظم عليه السلام می‌فرماید: هر فایده‌ای که انسان به دست می‌آورد، چه کم باشد و چه زیاد، خمس دارد. این روایت نیز اطلاق دارد و شامل انواع فوائد می‌شود.

شبهه‌ای که در دلالت این روایت وجود دارد، همان شبهه‌ای است که در مقصود از «ما»ی موصوله در ذیل آیه خمس مطرح شد و جواب هم همان است. پس دلالت این روایت تمام است و هر فایده‌ای خمس دارد.

روایت سوم: روایت اشعری

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الْأَشْعَرِيِّ قَالَ «كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام الثَّانِي عليه السلام أَخْبَرَنِي عَنِ الْخُمْسِ أَعْلَى جَمِيعِ مَا يَسْتَفِيدُ الرَّجُلُ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ مِنْ جَمِيعِ الصُّرُوبِ وَعَلَى الصَّنَاعِ وَكَيْفَ ذَلِكَ فَكَتَبَ بِحِطَّةِ الْخُمْسِ بَعْدَ الْمُتَوَنَّةِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۴۹۹). بعضی از اصحاب نامه‌ای به امام نوشتند که متعلق خمس چیست؟ آیا تمام «ما یستفید الرجل» خمس دارد؟ حضرت در جواب نوشتند: خمس بعد از مؤونه است که ظاهر در این

است که همه این موارد خمس دارد، ولی بعد از کم کردن مؤونه. پس تمام فایده‌ها خمس دارد.

البته همان شبهات قبلی در اینجا وارد است، ولی همان جواب‌ها در اینجا نیز می‌آید. نسبت به سند روایت باید گفت محمد بن حسن اشعری توثیق ندارد. لذا سند این روایت تمام نیست، ولی با این حال همان دو روایت قبلی و آیه شریفه برای اثبات مدعا کافی و تمام است.

نتیجه بحث اینکه هر فایده‌ای انسان به دست بیاورد ولو از امور اعتباریه باشد، خمس دارد.

نتیجه‌گیری

بر اساس احتمالات مختلفی که در بحث ماهیت سهام مطرح شد، حکم مسئله چنین می‌شود:

(احتمال اول و دوم): بر اساس این که مقصود از سهام، خود شرکت و سرمایه‌ها و اموال خارجی آن باشد، خمس ثابت است. حتی اگر شمول ادله خمس نسبت به امور اعتباری را نپذیریم، سهام مشمول متعلقات خمس می‌شود؛ زیرا در این مبنا، شرکت بدون واسطه مملوک سهام‌داران است. در این مبنا به لحاظ اموال شرکت، از باب موجود خارجی بودن و به لحاظ خود شرکت، از باب این که موجود اعتباری است و از آن جایی که عرفاً دارای ارزش است و در مقابلش مال پرداخت می‌شود، لذا مال و فایده محسوب می‌شود، متعلق خمس هستند؛ زیرا امور اعتباری دارای ارزش نیز متعلق خمس می‌باشند، به آن‌ها نیز خمس تعلق می‌گیرد.

(احتمال چهارم): بر اساس این که مقصود از سهام، طلبکار بودن از شرکت است؛ در این صورت سهام‌داران، طلبکاران از شرکت هستند. لذا با توجه به این که مالی که طلب دارند، موجود خارجی و پول است، وارد بحث خمس دین و طلب می‌شود که علما می‌فرمایند: طلب قابل وصول خمس دارد و در اینجا نیز قابل وصول است و شخص خودش می‌توانسته سهام خریداری نکند تا طلبکار از شرکت نشود، ولی اقدام کرده

است و قابل وصول نیز می‌باشد. از این رو با فراهم شدن سایر شرایط و جوب خمس، پرداخت خمس آن واجب می‌شود.

(احتمال ششم): بر اساس این احتمال، تعلق خمس بسیار روشن است، حتی اگر قائل به عدم تعلق خمس به امور اعتباری باشیم.

(احتمال سوم و پنجم): بر اساس این که مقصود از سهام، حق و یا مال اعتباری مستحدث باشد نیز باید گفت اگر حق باشد، از آن جایی که در این صورت نیز سهام قابل خرید و فروش است و در مقابل آن، مال پرداخت می‌شود، پس «فایده» بر آن صادق است و خمس به آن تعلق می‌گیرد؛ اگر مال اعتباری نیز باشد، «فایده» بر آن صادق می‌کند، پس در هر صورت چه حق باشد و چه مال اعتباری، مشمول اطلاق آیه و روایات باب خمس می‌شود و متعلق خمس قرار می‌گیرد.

پس اگر اطلاق در ادله مربوط به خمس پذیرفته شود یا این که با الغای خصوصیت، ادله شامل امور اعتباری نیز بشود، سهام طبق تمامی احتمالات، متعلق خمس خواهد بود؛ ولی اگر اطلاق یا الغای خصوصیت پذیرفته نشود، در این صورت بر اساس احتمالاتی که سهام امری اعتباری باشد، متعلق خمس قرار نمی‌گیرد و در این صورت باید به مرجع فوقانی لفظی در بحث خمس رجوع شود که «عدم وجوب خمس» است و اگر مرجع فوقانی لفظی را نپذیرفته باشیم، باید به اصول عملیه متناسب مراجعه شود که در این صورت نیز باید ملاحظه شود که مبنا در بحث تعلق خمس چیست؟ آیا خمس به خود مال تعلق می‌گیرد یا به ذمه تعلق می‌گیرد یا سایر مبانی.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (ج ۴، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۲. ابن منظور، جمال‌الدین. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۲، چاپ سوم). بیروت: دارالفکر - دار صادر.
۳. احمدزاده بزاز، سید عبدالمطلب؛ محمدی، مرتضی؛ مروارید، محمدرضا. (۱۳۹۹). تأملی فقهی و حقوقی در عین‌انگاری سهام شرکت‌های تجاری. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲(۲۲)، صص ۳۱-۶۰.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (ج ۴، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (ج ۱۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. جعفری خسروآبادی، نصرالله؛ شهیدی، سید مرتضی. (۱۳۹۴). بازپژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن. دوفصلنامه علمی - پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی، ۵(۹)، صص ۳۷-۶۴.
۷. حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل في تحقیق الأحكام بالدلائل (چاپ اول). قم: مؤسسة آل‌البيت علیهم‌السلام.
۸. حائری، سید کاظم. (۱۳۷۸). بررسی فقهی اوراق نقدی. مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، دوره ۱۹، ص ۲۵.
۹. حرّ عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام.

۱۰. خبرگزاری مهر، ۱۳۹۹/۳/۲۰، حوزه و نهادهای دینی. -
<https://www.mehrnews.com/news/4945148>
۱۱. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (ج ۱، چاپ چهارم). قم: مؤسسة المنار.
۱۲. شهید صدر، محمدباقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۳، چاپ دوم). قم: مرکز الغدير للدراسات الإسلامية.
۱۳. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (ج ۲، چاپ نهم). قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۱۴. شیخ صدوق، محمد بن الحسین بن بابویه. (۱۳۶۲). الخصال (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. صفری، محمد. (۱۳۹۳). حقوق بازرگانی شرکت‌ها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فی ما اختلف من الأخبار (ج ۲، چاپ اول). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۷. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحكام (ج ۴، چاپ اول). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۸. عبادی، محمد علی. (۱۴۰۰). حقوق تجارت (چاپ چهلم). تهران: نشر گنج دانش.
۱۹. عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۹۹). مباحث تحلیلی از حقوق تجارت (چاپ سیزدهم). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة) (ج ۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). اموال و مالکیت (دوره مقدماتی حقوق مدنی) (چاپ سی و هشتم). تهران: انتشارات میزان.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۱، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۴. محقق داماد، سید محمد. (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس (چاپ اول). قم: دار الإسرائاء للنشر.

References

* The Holy Qur'an

1. Abdipour, E. (1399 AP). *Analytical topics of commercial law* (13th ed.). Qom: Research Institute for Hawzeh and University. [In Persian]
2. Ahmadzadeh Bazaz, S. A., & Mohammadi, M., & Morvarid, M. R. (1399 AP). A jurisprudential and legal examination of shares of trade markets. *Journal of Teachings of Civilizational Fiqh*, 12(22), pp. 31-60. [In Persian]
3. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-fiqaha (al-Haditha)* (Vol. 9, 1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
4. Ardebili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated to Teachers' Society of Qom Seminary. [In Arabic]
5. Bahrani, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nazirah*. (Vol. 12, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated to Teachers' Society of Qom Seminary. [In Arabic]
6. Ebadi, M. A. (1400 AP). *Business Law* (4th ed.). Tehran: Ganj Danesh Publishing House. [In Persian]
7. Haeri, S. A. (1418 AH). *Riaz al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam be al-Dala'il*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
8. Haeri, S. K. (1378 AP). A jurisprudential examination of cash shares. *Journal of Fiqh of Ahlulbayt*. The Institute for Encyclopedia of Islamic Fiqh on Ahlulbayt Religion, 19, p. 25. [In Persian]
9. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Vasa'il al-Shia* (Vol. 9, 1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
10. Ibn Faris. (1404 AH). *Mujam Maqa'ees al-Lughah* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary Publications. [In Arabic]
11. Ibn Manzour, J. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (vol. 12, 3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr, Dar Sader. [In Arabic]
12. Jafari Khosroabadi, N., & Shahidi, S. M. (1394 AP). A jurisprudential and legal re-examination of nature of shares and its giving contract. *Journal of Islamic Financial Research*, 5(9), pp. 37-64. [In Persian]

13. Katouzian, N. (1392 AP). *Property and ownership (introductory course of civil rights)* (38th ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
14. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi* (Vol. 1, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]
15. Mehr News Agency, 20/3/1399 AP. Islamic Seminary and Religious Institute. <https://b2n.ir/d91451>. [In Persian]
16. Mohaghegh Damad, S. M. (1418 AH). *Kitab al-Khums* (1st ed.). Qom: Dar al-Isra le al-Nashr. [In Arabic]
17. Mohaghegh Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (Vol. 1, 2nd ed.). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
18. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam*. (Vol. 11, 4th ed.). Qom: Al-Minar Institute. [In Arabic]
19. Saqari, M. (2013). *Commercial law of companies*. Tehran: Inteshar Company.
20. Shahid Sadr, M. B. (1417 AH). *Bohouth fi Ilm al-Usul*. (Vol. 3, 2nd ed.). Qom: Markaz al-Ghadir le Dirasat al-Islamiya. [In Arabic]
21. Sheikh Ansari, M. (1428 AH). *Fara'id al-Usul* (Vol. 2, 9th ed.). Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
22. Sheikh Sadouq, M. (1362 AP). *Al-Khasal* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Association of Teachers. [In Persian]
23. Tusi, M. (1390 AH). *Al-Istibasar Fi fi ma Ikhtalaf min Al-Akhbar* (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya.
24. Tusi, M. (1407 AH). *Tahzeeb al-Ahkam* (Vol. 4, 1st ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

Research Article

An Examination of Jurisprudential Challenges of Most Jurists' Viewpoint Regarding the Inauthenticity of Women as the Secondary Witness

Mohammad Reza Kaykha¹

Received: 09/02/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

Sometimes, the presence of the main witness in some cases is not possible in the court, and the role and importance of the secondary witness is revealed in such cases. Sometimes the secondary witness is not a man, and a woman may testify to the testimony of the main witness. A small number of jurists accept women as the secondary witnesses in certain cases while the strict view of most jurists towards the testimony of women has caused them not to accept women as the witness. Dealing with most jurists' viewpoints and criticizing their arguments helps us in reaching a rational purpose outside of the effects of indirect factors in jurisprudential inferences. Therefore, this article, which was carried out in a descriptive-analytical method, shows that the famous arguments of the non-

1. Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, University of Sistan and Baluchistan, Iran. kaykha@hamoon.usb.ac.ir

* Kaykha, M. R. (1401 AP). An Examination of Jurisprudential Challenges of Most Jurists' Viewpoint Regarding the Inauthenticity of Women as the Secondary Witness. *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 65-88. Doi: 10.22081/jf.2023.63283.2453.

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

acceptance of women as the secondary witness is disputed. According to arguments such as the principle of non-superiority, analogy of priority, method of testimony as a criterion, generality of arguments and correction of the basis of Article 186 of the Islamic Penal Code, the acceptance of the testimony of a woman as a secondary witness is absolutely proved.

Keywords

Most jurists, testimony upon witnessing, secondary witness, original witness, women's testimony.

مقاله پژوهشی

**بررسی چالش‌های فقهی دیدگاه مشهور نسبت
 به عدم صحت شاهد فرع‌شدن زنان**

محمدرضا کیخا^۱

© Author (s)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰



چکیده

گاه حضور شاهد اصل در برخی موارد در محکمه ممکن نیست و نقش و اهمیت شاهد فرع در این گونه موارد نمایان می‌شود. برخی اوقات شاهد فرع مرد نیست و ممکن است زنی گواه بر شهادت شاهد اصل باشد. عده‌اندکی از فقها شاهد فرع‌شدن زنان را در موارد خاص می‌پذیرند، درحالی که نگاه سختگیرانه مشهور فقها نسبت به شهادت زنان موجب شده است تا شهادت فرع زنان را مورد پذیرش ندانند. پرداختن به دیدگاه مشهور و نقد و بررسی ادله آنان، به ما در رسیدن به مقصودی عقلایی خارج از تأثیرات عوامل غیر مستقیم در استنباطات فقهی کمک شایانی می‌نماید. از این‌رو این نوشتار که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده، نشان می‌دهد که ادله مشهور دال بر عدم پذیرش شاهد فرع‌شدن زنان مورد مناقشه است و بنابر ادله‌ای همچون اصل عدم برتری، قیاس اولویت، طریقت شهادت به‌عنوان ملاک، عمومیت ادله و تنقیح مناط ماده ۱۸۶ ق.م.ا، پذیرش شهادت زن به‌عنوان شاهد فرع به صورت مطلق اثبات می‌شود.

کلیدواژه‌ها

مشهور فقهاء، شهادت بر شهادت، شاهد فرع، شاهد اصل، شهادت زنان.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران.

kaykha@hamoon.usb.ac.ir

* کیخا، محمدرضا. (۱۴۰۱). بررسی چالش‌های فقهی دیدگاه مشهور نسبت به عدم صحت شاهد فرع‌شدن زنان.

.Doi: 10.22081/jf.2023.63283.2453

فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹ (۱۱۲)، صص ۶۵-۸۸

در تمامی جوامع انسانی شناخت حقیقت و اجرای عدالت بین آحاد افراد جامعه، یک هدف و ارزش والا دانسته می‌شود. قانون‌گذار و مجریان قانون در هر جامعه‌ای شناخت حقیقت و صدور احکام قضایی بر مبنای حق و تحقق حقیقت را در دستور کار خویش قرار داده‌اند و رسیدن به این هدف مهم را بزرگ‌ترین دستاورد سیستم قضایی تلقی می‌کنند. از طرفی دیگر، قضات برای وصول به حقیقت و صدور احکام عادلانه سعی می‌کنند به ادله مشروع و متقن استناد کنند. یکی از مهم‌ترین ادله مشروع در جهت کشف حقیقت، شهادت است؛ تا جایی که نسبت به ادای شهادت، ترغیب و از کتمان آن نکوهش شده است. حال اگر فردی که خبر از وقوع یا عدم وقوع واقعه‌ای می‌دهد، خود شاهد ماجرا باشد، به او شاهد اصل گفته می‌شود، اما اگر شاهد بر شهادت شاهد اصلی باشد، به او شاهد فرع گفته می‌شود. در مبحث شاهد فرع، قواعد و احکام فقهی-حقوقی خاصی حاکم است که در برخی از آنها اختلاف دیدگاه‌هایی وجود دارد. از جمله این اختلاف‌ها شرایط شاهد فرع می‌باشد که در تبصره ۱ ماده ۱۸۸ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲ که برگرفته از فتاوی فقهی می‌باشد، به این صورت مورد تأکید قرار گرفته است: «شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد». نظریه مشورتی اداره حقوقی نیز در این خصوص آن است که «در مواردی که تعدد شهود شرعی برای اثبات دعوا پیش‌بینی شده است و همچنین در تمام مواردی که جنسیت شاهد موضوعیت دارد، در شهادت بر شهادت نیز نصاب مذکور و همچنین جنسیت شاهد باید رعایت شود. بنابراین چنانچه در موارد مذکور در صدر ماده ۱۹۹ ق.م.ا، اثبات جرم با شهادت دو مرد است، شهود فرعی نیز می‌باید برای شهادت بر شهادت، دو نفر مرد باشند» (مضمون ن.م.ا.ح.ق.ق. شماره ۷/۹۳/۱۷۵-۷/۲۸-۱۳۹۳). با این بیان، یکی از مباحثی که در ذیل بحث شهادت بر شهادت در این نوشتار به آن خواهیم پرداخت، مبحث شهادت فرع شدن زنان است. در تبیین این مبحث باید بگوئیم که در برخی از موضوعات ممکن است حضور شاهد اصلی بنا به دلایلی میسر نشود و چنانچه در این فرض از شهادت شاهد صرف‌نظر کنیم، به‌طور حتم حقوق افراد تضییع

می‌گردد و عدالت غایی قانونگذار محقق نخواهد گشت. بنابراین ضروری است در صورت تعدد شاهد اصلی، برای ادای شهادت به منظور حفظ و پاسداشت حقوق افراد، از شاهد فرع کمک گرفته شود. اینکه جنسیت شاهد فرع چه باشد، از جمله مباحثی است که در بین فقها و حقوقدانان درباره آن اختلاف دیدگاه وجود دارد و محور کنکاش این پژوهش می‌باشد. برخی از فقهاء به صورت مشروط شاهد فرع شدن زن را پذیرفته‌اند، اما مشهور فقهاء از پذیرش آن سر باز زده‌اند. با این حال در این مقاله تلاش شده است تا با در نظر گرفتن دیدگاه مشهور فقهای امامیه در رابطه با مبحث شاهد فرع شدن زنان، به نقد و بررسی و یافتن پاسخ‌هایی برای چرایی عدم پذیرش شهادت فرع زنان به طور مطلق باشیم و چالش‌های فقهی این دیدگاه را مورد کنکاش قرار دهیم. علاوه بر این پاسخ به اینکه آیا سطح ارزشی شهادت فرع با شهادت اصلی یکی است؟ و چرا مشهور فقها علی‌رغم اینکه شهادت زن را در برخی موضوعات پذیرفته‌اند، اما در شهادت فرع، شهادت زن را مطلقاً نپذیرفته‌اند؟ و آیا امکان دارد شهادت فرع شدن زن را به طور مطلق اثبات کرد؟

۱. مفهوم‌شناسی «شهادت بر شهادت»

اکثر فقها، تعریف شهادت بر شهادت که به آن شهادت فرع نیز گفته می‌شود را بیان نکرده‌اند و بیشتر به موارد کاربرد، شرایط و دیگر زوایای آن اکتفا نموده‌اند. عده‌ای شهادت فرع را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «شهادت دادن دو عادل در نزد حاکم به این که فلانی در حضور ما به فلان امر شهادت داد» (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۵۳). گروهی دیگر اذعان داشته‌اند: «شاهد فرع شاهی را گویند که شخصاً واقف به مورد شهادت نگردیده باشد، بلکه شاهد بر شهادتِ شاهدِ اصل دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۲۳۶). با توجه به این تعاریف، به طور کلی می‌توان گفت تعریف شهادت فرع و همچنین تحمل شهادت بر شهادت، در بیان فقها دارای مراتب و صورت‌هایی است که از منظر فقهای امامیه، سه مرتبه را می‌توان نام برد: مرتبه اول استرعاء، به معنی آن است که شاهد اصلی به شاهد فرع بگوید: شاهد باش بر اینکه من شهادت می‌دهم به ... (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق،

ج ۲، ص ۱۹۲). در حقیقت استرعاء کامل ترین مرتبه شهادت بر شهادت است (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۶۴). مرتبه دوم این است که شاهد فرع به صورت قطعی بشنود که شاهد اصل در نزد حاکم به فلان امر شهادت داد و مرتبه سوم در شهادت بر شهادت آن است که شاهد فرع بشنود که شاهد اصل چنین می گوید: من به فلان امر شهادت می دهم. از آن رو که در غیر جلسه دادرسی، این نوع گفتگو با تساهل همراه است، این احتمال وجود دارد که این مرتبه از بحث شهادت خارج شود (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۵۰۴). در خصوص شرایط شاهد فرع نیز باید گفت که تمامی شرایط عمومی شهادت، با شرایط شهادت بر شهادت منطبق است. به عبارتی شرایطی چون، بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت و انتفای تهمت (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۵۶) که در شهادت اصل اعتبار شده است، در شهادت فرع نیز معتبر می باشد (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۴۹؛ جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۱۴). تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی نیز بر همین مسئله تأکید نموده است: «شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد».

۲. دیدگاه فقها نسبت به مسئله شهادت بر شهادت زنان

در فقه اسلام در رابطه با شهادت زن محدودیت هایی وجود دارد. این محدودیت ها شامل شهادت بر شهادت زنان نیز می شود. در رابطه با شهادت زن به عنوان شاهد فرع، در میان فقهای امامیه دو نظر اصلی وجود دارد:

۱-۲. نظریه مشهور در شاهد فرع شدن زن

دیدگاه مشهور که در میان فقهای امامیه رواج دارد این است که شهادت زنان به عنوان شاهد فرع مطلقاً پذیرفته نیست «غایة الأمر أنه لا بدّ أن یکون شاهد الفرع رجلاً و إن کان شاهد الأصل امرأة» (لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۷۹؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۴۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۷۸۰؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۴۰۹؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۱۷۶)؛ خواه مورد شهادت از اموری باشد که شاهد شدن زنان در آن امور، به تنهایی پذیرفته می شود، مثل اموال، ولادت و استهلال؛ و خواه چنین نباشد، مانند نکاح و خلع. چنانچه صاحب جواهر

می‌گوید: در میان متأخران درباره این سخن مخالفی نیافتم (نجفی، بی‌تا، ۴۱، ص ۲۰۷). علاوه بر این علامه در تحریر و قواعد، همین دیدگاه را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۲۸۳؛ ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۰۵). مرحوم محقق حلی هم دیدگاه منع شهادت فرع را نزدیک تر به واقع دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۹).

۱-۱-۲. ادله مشهور مبنی بر عدم پذیرش شهادت فرع زنان

ادله فقهی بیان شده در باب شهادت بر شهادت چنان جلوه می‌نماید که این مبحث را یک امر اثبات شده از دیدگاه فقها بنگریم. معمولاً عمده دلیل فقها که در حجیت شهادت فرع ذکر نموده‌اند، به شرح ذیل است:

۱-۱-۲. سنت

مشهور فقها مهم‌ترین دلیل خود را دو موثقه «طلحه بن زید» و موثقه «غیاث بن ابراهیم» می‌دانند. در موثقه اول امام صادق علیه السلام از امام علی علیه السلام نقل کرده‌اند: آن حضرت اجازه نمی‌دادند که یک مرد شهادت دهد، مگر اینکه دو مرد به جای یک مرد دیگر شهادت می‌داد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۵۶). و در مورد دوم حضرت می‌فرمایند: اگر دو عادل بر شهادت مردی شهادت بدهند، شهادت یک مرد محسوب می‌شود (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۹). اگرچه این دو موثقه از نظر محتوا یکی هستند، با این وجود فقها هر دو روایت را در کتب خویش یادآور می‌شوند. این فقها چنین تمسک می‌کنند که این روایات دلالت بر عدم پذیرش شهادت زن به عنوان شاهد فرع دارد. در برخی روایات، مانند نقل محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام، شهادت یک مرد را بر شهادت مرد دیگر، شهادت نصف دانسته و شهادت دو مرد بر شهادت یک مرد را شهادت مورد قبول تلقی کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۴۰۴). فقها بر اساس این روایات استدلال کرده‌اند که یک نوع حصر در این کلام موجود است که دال بر اعتبار شهادت مردان در خصوص شاهد فرع شدن می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۲۰۶).

نقد: در نقد این نظریه باید گفت که اولاً روایات مورد استناد تنها در صدد بیان تعداد

شاهد فرع هستند و نسبت به موضوع جنسیت، خروج موضوعی دارند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۰۳). به علاوه به گفته بعضی، این روایات منافاتی با پذیرش شهادت فرع در زنان ندارند (قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۳۵۵). از طرفی اینکه دو روایت، شاهد اصل را مرد ذکر کرده‌اند، از باب اختصاص و تخصص نیست، بلکه مقصود از قیام بینه، اثبات اعتبار بینه دیگر است، خواه توسط مرد باشد یا زن (لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۷۹)؛ بلکه مهم ایجاد اعتبار و اعتماد نسبت به بینه است. علاوه بر اینکه شهادت حق نیست که قابل سلب از زنان باشد، بلکه یک تکلیف است که مطابق آیه ۲۸۳ سوره بقره، کتمان آن حرام خواهد بود.

۲-۱-۱-۲. پذیرش شهادت زن در امور ضروری

عده‌ای از فقها اذعان داشته‌اند که پذیرش شهادت زنان به‌عنوان شاهد اصل، در مواقع ضروری است و تسری این حکم در خصوص شاهد فرع شدن زن جایز نمی‌باشد (کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۹۳)؛ زیرا در همان شهادت اصل که شاهد شدن زنان مورد قبول واقع شده، به این علت است که ورود مردان در آن امور متعذر می‌باشد؛ مانند احکامی که تنها اطلاع یافتن زنان در آن مسائل، ممکن می‌باشد. لذا از این حکم نمی‌توان قائل به پذیرش شهادت زن به‌عنوان شاهد فرع شد.

نقد: این دلیل نیز مورد مناقشه قرار می‌گیرد؛ به این نحو که اصل این ادعا بر خلاف نصوص وارده است؛ زیرا در روایات متعدد به صراحت شهادت زنان پذیرفته شده و هیچ اشاره‌ای هم به «ضرورت» ندارند؛ از جمله صحیحه حلبی از امام صادق علیه السلام: عن ابی عبدالله «قلت: یجوز شهادة النساء مع الرجل فی الدین؟ قال: نعم الحدیث» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۰۸). لذا اولاً اصل ادعای «ضرورت» برای شهادت زنان قابل قبول نیست؛ ثانیاً بر فرض پذیرش «ضرورت»، چه دلیلی در نظر این گروه برای عدم وجود ضرورت در بحث شهادت فرع وجود دارد؟ قطعاً اسباب و موجباتی که در شهادت اصل زنان به‌عنوان امری ضروری مورد قبول واقع شده است، در شاهد فرع شدن آنان نیز همان موجبات حاکم خواهد بود. به علاوه پذیرش شهادت زن به‌عنوان شاهد اصل، یک حکم ثانوی نیست که ادعا کنیم اصل اولی شهادت مرد بوده و در صورت وجود ضرورت،

شهادت زنان حکم ثانوی خواهد بود. بنابراین اصل بر عدم اعتبار شهادت زن به عنوان شاهد اصل نیست تا از این حکم در جهت عدم پذیرش شاهد شدن او به عنوان شاهد فرع استفاده کنیم. مضاف بر اینکه قانون گذاری، به جهت تنظیم روابط بین انسانها است که توان افراد و واقعیت های اجتماعی، از اصول قطعی پذیرفته شده آن می باشد. از طرفی دیگر چرا شهادت فرع زنان را در همان مصادیق ضروری نمی پذیرید؟ و شهادت فرع زن را مطلقاً کنار می گذارید؟

۲-۱-۳. پذیرش شهادت زن در امور مالی

استناد دیگر فقها به این مسئله، جواز شهادت زنان در امور مالی و دیون می باشد. در واقع اعتبار شهادت زنان در خصوص شاهد اصل نیز در موارد امور مالی جاری می باشد (علوی، ۱۳۹۸، ص ۱۶۴). پس در رابطه با شهادت فرع زنان با توجه به اینکه از امور مالی محسوب نمی شود، نمی توان قائل به جواز شد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص ۳۹۴).

نقد: این دلیل نیز مردود می باشد؛ زیرا ادله ای که بر پذیرش شهادت زنان اقامه شده اند، ظهوری در شهادت اصل نداشته و می توان این دلایل را اعم از شهادت فرع و اصل قلمداد نمود (گلابیگانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۶). به دیگر بیان، اخبار موجود از این جهت که جواز شهادت زنان شامل شهادت فرع نیز می شود، مجمل هستند و نمی توان گفت ظهور در رد شهادت زن به عنوان شاهد فرع دارند. علاوه بر اینکه عرف، شهادت فرع را نیز شهادت می داند، پس تحت عنوان جواز شهادت تصریح شده در روایات نسبت زنان قرار دارد.

۲-۱-۴. تأثیر اصل عدم قبول شهادت زنان

برخی از فقها در مواردی که دلیل شرعی بر جواز و نفوذ شهادت بانوان وجود ندارد فتوی داده اند که در این موارد شهادت آنان نافذ نیست و مستند نظریه خود را اصل عدم قبول شهادت زنان قرار داده اند. مرحوم صاحب جواهر از ابن جنید نقل می کند که او شهادت زنان به ضمیمه شهادت مردان را در حدود و انساب و طلاق جایز می دانسته

است. سپس صاحب جواهر کلام ابن جنید را نمی‌پذیرد و آن را تضعیف می‌نماید و یکی از دلایل خود را، اصل عدم قبول شهادت بانوان عنوان می‌کند (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۱۷۳). شیخ طوسی نیز در مبحث پذیرش یا عدم پذیرش شهادت زنان در رضاع، به اصل عدم قبول شهادت بانوان تمسک جسته است (طوسی، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص ۲۵۸). با این همه وجود چنین مستندات و مصادر استنباطی، تأثیری مستقیم بر برداشت فقها نسبت به پذیرش یا عدم پذیرش شاهد فرع‌بودن زنان خواهد داشت. مسلماً وجود چنین اصولی با چنین پیش‌فرض‌هایی موجب سوء برداشت مشهور فقها به عدم پذیرش شهادت زنان خواهد شد.

نقد: پاسخ به این اصل فرضی نیز چنین است که اولاً این اصل دارای هیچ‌گونه پشتوانه محکم فقهی نیست؛ ثانیاً با وجود ادله صریح در خصوص پذیرش شهادت زنان در مباحث مالی و حتی غیر مالی مثل روایت ابن ابی یعفر از امام باقر علیه السلام که فرموده: «شهادت زنانی که اهل ستر و عفاف و از خانواده‌های صالح بوده و زینت خود را فقط برای شوهرانشان نشان می‌دهند، پذیرفته می‌شود» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۱۳) و یا روایت حلبی از امام صادق علیه السلام که فرموده: «شهادت مرد درباره همسر خودش و شهادت زن درباره زوج خود جایز است؛ زمانی که شاهد دیگری ضمیمه شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۹۳). جایی برای تمسک به اصل باقی نمی‌ماند. به عبارت دیگر اجتهاد در مقابل نص خواهد بود.

۲-۱-۵. تأثیر «جنسیت» بر عدم پذیرش شاهد فرع زن

تأثیر غیر مستقیم این دلیل بر فضای حاکم، در نگاه استنباطی فقها نسبت به جنسیت شاهد که متأثر از آیه ۲۸۲ سوره بقره و تعلیل این آیه به «إِنْ تَضِلَّ أَحَدَاهُمَا» و همچنین روایات وارده بر نصف بودن شهادت زنان نسبت به شهادت مردان (فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۵۱)، این نمود را بر استنباط آنان داشته است که توجه به جنسیت شاهد را به‌عنوان یک اصل محرز و واقعی و ثابت پذیرفته‌اند. توجه به تفاسیر مفسرین در ذیل آیه ۲۸۲ سوره بقره این نکته را می‌رساند که اساساً خلقت احساسی زنان و همچنین مأنوس نبودن

با مسائل خارج از منزل (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۱۰) و البته ضعف عقل، ضبط، حافظه و فراموشی زنان (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۴۵) باعث تشکیک در شهادت زنان به طور کلی شده است؛ به گونه‌ایی که سرخسی می‌نویسد: «در شهادت زنان به تنهایی به دلیل وجود تهمت، حجیت تام ندارد» (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۱۴۲). بنابراین انعکاس این نگاه را می‌توان در عدم پذیرش شاهد فرع‌شدن زنان، مطلق دانست؛ به گونه‌ایی که در هر شرایطی شاهد فرع زن پذیرفته نخواهد بود.

نقد: پاسخ به این دلیل غیرمصرح نیز چنین است که اولاً ویژگی‌های برشمرده‌شده توسط مفسرین در ذیل آیه ۲۸۲ سوره بقره، خصوصیت عارضی زن است، نه ذاتی او؛ لذا چنانچه این خصوصیت وجود نداشت، تفاوتی در شهادت نیز بین زن و مرد بودن وجود نمی‌داشت. به عبارتی اگر در برهه‌ای از زمان زنان این ویژگی‌ها را نداشته باشند و با کثرت معاشرت در خارج از منزل عقل معاش آنان مساوی با مردان گردد و یا فراموشی و کمی حافظه و بی‌دقتی و عدم مهارت در امور مالی و اقتصادی که طبع زنان در زمان نزول آیه در آن امور چنین بوده با مردان در یک سطح قرار گیرد و حتی بیشتر از مردان ضریب اطمینان پیدا نماید، می‌توانیم بگویم این خصوصیات برشمرده‌شده در ذیل آیه مذکور عارضی است، نه ذاتی. ثانیاً ما هم قبول داریم که آیه دلالت دارد که شهادت دو زن برابر با شهادت یک مرد است، اما این حکم منحصر به مورد آیه است؛ چراکه حکمی خلاف اصل است و باید بر موردش که همان باب دین می‌باشد، اکتفا شود (صانعی، ۱۳۹۳، ص ۵۷).

۲-۲. نظریه غیر مشهور در شاهد فرع‌شدن زن

برخی بر این باورند در مواردی که شهادت زنان پذیرفته می‌شود، مانند امور مالی که شهادت زنان به صورت انفرادی پذیرفته می‌شود، شهادت آنان به‌عنوان شاهد فرع نیز قابل پذیرش است. اما چنانچه شهود اصل، مرد و دو زن یا چهار زن باشند، شهادت دو زن با شهادت یک مرد برابری می‌کند؛ و در مسئله شهادت بر شهادت نیز همان قانون مساوی بودن شهادت دو زن با شهادت یک مرد پذیرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷،

ج ۸، ص ۲۳۳). بنابراین شهادت زنان به عنوان شاهد فرع در اموری که شهادت آنان به تنهایی دارای اعتبار است، مانند عیوب باطنی زنان، استهلال و وصیت پذیرفته می شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۱۶). پس اگر مورد شهادت از مسائلی باشد که شهادت زنان در آن موارد پذیرفتنی است، مانند اموال و اموری که منتج به مال می شود، آنان می توانند در این گونه موارد شاهد فرع شوند و اگر چنین نباشد، یعنی مورد شهادت از مسائلی باشد که شهادت زنان در آن موارد پذیرفتنی نیست، مانند قصاص و حد قذف، در آن صورت شهادت آن‌ها بر شهادت پذیرفتنی نیست (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۳۳). همچنین شیخ طوسی در کتاب مبسوط این دیدگاه را اقوی معرفی می کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۳۴). ایشان در کتاب خلاف نیز شهادت زنان را در دیون، املاک و عقود پذیرفته ولی در حدود، شهادت ایشان را نپذیرفته است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۱۶). مرحوم امام خمینی علیه السلام هم که از فقهای متأخر است، همین نظر را پذیرفته اند (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۵۰). شهید ثانی نیز بیان می دارد که شهادت فرع، شهادت اصل را ثابت می کند، نه آنچه را که شاهد اصل به آن شهادت داده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۵۸). پس با توجه به این دو دیدگاه، در جایی که شهادت زنان جداگانه یا به ضمیمه مردان پذیرفته نمی شود، شهادت آنان بر شهادت نیز بنا بر نظر اکثر فقها مورد پذیرش نیست.

۲-۱-۲. مستندات دیدگاه پذیرش مشروط شهادت فرع زن

قائلین دیدگاه دوم برای اثبات دیدگاه خود به ادله ای استناد کرده اند که در ادامه به بررسی و تحلیل آن‌ها می پردازیم.

۲-۱-۱. عمومیت ادله

برخی از فقها برای جواز شهادت فرع شدن زنان، به آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره استناد کرده اند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۴۰۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص ۳۹۵). در این آیه مبارکه خداوند متعال می فرماید: «...وَأَشْهَدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ و دو تن از مردان خود را (از مسلمانان عادل) گواه آرید، و اگر دو مرد نیابید

یک مرد و دو زن، از هر که (به عدالت) قبول دارید گواه گیرید». با توجه به عمومیت و اطلاق این آیه می‌توان چنین گفت که در مواردی که به وضوح به جنسیت شاهد بر اساس نصی خاص اشاره نشده است، زنان هم می‌توانند در کنار مردان به‌عنوان شاهد فرع شهادت دهند. بنابراین باید گفت که عدم پذیرش شاهد فرع‌شدن زنان، فقط به مواردی که دلیل خاص و موجه در ادله اجتهادیه وجود دارد، محدود می‌شود و در سایر موارد باید نص آیه شریفه «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» را ملاک عمل قرار داد. به همین دلیل برخی از فقها شهادت زن را به طور مطلق پذیرفته‌اند و تفاوتی در میزان اعتبار شهادت زنان در مقایسه با شهادت مردان قائل نشدند. از طرف دیگر باید گفت که از ادله اثبات اعتبار شهادت زنان این مطلب استنباط نمی‌شود که شهادت زنان در صورتی پذیرفته می‌شود که شاهد اصل باشد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۶)؛ لذا در شهادت فرع چه‌بسا بتوان قائل به پذیرش مطلق از زن شد.

۲-۱-۲-۲. اصل

اصل اساسی و اولیه‌ای که در مورد شهادت می‌توان بیان کرد این است که مرد بودن شهود، اصل شرط نیست و اصل اولیه این است که کسی بر دیگری برتری ندارد و اصل، عدم برتری جنس مذکر بر جنس مؤنث است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۲۵). زیربنای این استدلال، اصل عدم است که اصلی عقلی می‌باشد. بنابراین اصل در شهادت این است که هر فردی که دارای شرایط شهادت‌دادن باشد، می‌تواند شهادت دهد، مگر در جایی که دلیل خاص در مورد شرط بودن مرد وجود داشته باشد که در شهود اصل مرد بودن، تنها در حدود و قصاص به دلیل خاص ثابت شده است. بنابراین حداقل بنابر قدر متیقن می‌توان در مواردی که شهادت زنان به‌عنوان شهادت اصل پذیرفته می‌شود، شهادت فرع را نیز برای آنان ثابت دانست.

۳-۱-۲-۲. قیاس اولویت

از دیدگاه فقهای امامیه همان‌گونه که در برخی موضوعات شهادت اصل زنان

پذیرفته است، بی شک و به طریق اولی باید در شهادت بر شهادت نیز قائل به پذیرش شهادت زن شد (بحرانی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۰۸). این طریق اولویت به این صورت می‌باشد که شاهد شدن زن به عنوان شاهد اصل در امور مالی مورد پذیرش واقع شده است. پس وقتی در شرع و قانون شهادت دادن زن در اصل قابل قبول قلمداد شده، به طریق اولی شهادت او به عنوان شاهد فرع نیز قابل پذیرش می‌باشد.

۳. نقد دیدگاه مشهور با استعانت از علم حقوق

دیدگاه مشهور فقهاء در عدم پذیرش شهادت فرعی زن را می‌توان مبتنی بر برخی از دیدگاه‌ها و مستندات علم حقوق نیز به چالش کشید که در ادامه به بیان آن‌ها خواهیم پرداخت.

۳-۱. حقوق موضوعه

با بررسی قوانینی که مربوط به مبحث شاهد فرع به لحاظ جنسیت مؤنث مطرح شده‌اند، تنها به ماده ۲۳۰ آیین دادرسی مدنی می‌رسیم که اذعان داشته است: «در دعاوی مدنی (حقوقی) تعداد و جنسیت گواه، همچنین ترکیب گواهان با سوگند به ترتیب ذیل می‌باشد:

- الف. اصل طلاق و اقسام آن و رجوع در طلاق و نیز دعاوی غیر مالی از قبیل مسلمان بودن، بلوغ، جرح و تعدیل، عفو از قصاص، وکالت، وصیت با گواهی دو مرد.
- ب. دعاوی مالی یا آنچه که مقصود از آن مال می‌باشد از قبیل دین، ثمن مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی، غصب، جنایات خطایی و شبه عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن. چنانچه برای خواهان امکان اقامه بینه شرعی نباشد، می‌تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو زن به ضمیمه یک سوگند، ادعای خود را اثبات کند. در موارد مذکور در این بند، ابتدا گواه واجد شرایط شهادت می‌دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می‌شود.
- ج. دعاوی ای که اطلاع بر آن‌ها معمولاً در اختیار زنان است از قبیل ولادت، رضاع،

بکارت، عیوب درونی زنان با گواهی چهار زن، دو مرد یا یک مرد و دو زن.

د. اصل نکاح با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن

بیان این ماده قانونی در واقع پذیرش ضمنی شهادت بر شهادت زنان است؛ البته با تأکیدی که در ماده ۲۳۱ همان قانون مذکور به آن داشته است. به عبارتی دیگر در پذیرش شهادت بر شهادت باید تمامی شرایط مذکور در شهادت اصل رعایت شود. بنابراین اگر مشهود به از امور مالی که با شهادت دو فرد ثابت می‌گردد باشد، در شاهد فرع نیز باید همین شرط رعایت شود و یا در شاهد فرع اگر زن باشد، مثلاً در موضوعاتی چون ولادت، استهلال و امور مالی و عیوب خاص زنان و ...، باید تمامی شرایط مذکور در شاهد اصل در اینجا نیز جاری باشد. نکته حائز اهمیت این می‌باشد که از آن جایی که مقصود از شهادت بر شهادت، اثبات شهادت اصل است، بی شک شهادت دو نفر لازم است؛ در حالی که اگر امکان وجود دو نفر هم نباشد، دادگاه می‌تواند به وسیله اماره یا علم قاضی این نقیصه را برطرف نماید. مؤید این عمل را می‌توان تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دانست که شرایط مقرر برای شاهد اصل را در شاهد بر شهادت ضروری می‌داند. بنابراین از همین تبصره می‌توان استفاده کرد و شرط تعدد زنان را در برخی موضوعاتی که نیازمند تعدد شهود زن را ندارد، رفع نمود.

۴. دیدگاه مختار

با بررسی قول مشهور فقها و همچنین دلایل مورد استناد که برگرفته از برداشت‌های آنان می‌باشد، به استنباط فقهی عدم شاهد فرع شدن زنان دست می‌یابیم. با توجه به نقد و بررسی‌های به عمل آمده نسبت به ادله قول مشهور که در بخش‌های گذشته این نوشتار به آن اشاره نمودیم و همچنین ادله مورد استناد فقهای غیر مشهور که قائل به پذیرش شاهد فرع زنان البته به صورت مشروط شده‌اند، می‌توان اذعان کرد که شهادت فرع شدن زنان به طور مطلق قابلیت پذیرش دارد. دلایل این ادعا عبارت است از:

۱. با دقت و ریشه‌یابی ادله مشهور و غیر مشهور در این موضوع که در بخش‌های

گذشته آن را بیان داشتیم و جمع‌بندی آنان می‌توان دریافت که در بیان فقها دلیل قانع‌کننده‌ای مبنی بر نپذیرفتن مطلق شهادت زنان به‌عنوان شاهد فرع نمی‌توان یافت. نقد موجود در ادلهٔ هریک از اقوال، این مسئله را به وضوح آشکار می‌نماید. به‌خصوص با لحاظ این نکته که هیچ روایتی در مورد منع زنان از شاهد فرع‌شدن وجود ندارد و لذا می‌بینیم فقیه گرانقدر آیت‌الله بهجت رحمته‌الله معتقد است شهادت زنان اگرچه بر شهادت مردها باشد مورد پذیرش است، در آنچه شهادت آن‌ها مورد قبول است و در ادامه، عدم پذیرش شهادت فرع‌زن‌ها را در موردی که دلیل خاص وجود دارد، به شرطی که آن هم دلالت بر اصل و فرع داشته باشد می‌پذیرد. (بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۵، ص ۲۳۸).

۲. با بررسی ادلهٔ اثبات «شهادت اصل زنان» که از جملهٔ آن‌ها آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره می‌باشد و همچنین با توجه با اینکه در نص روایات (نک: حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷) هیچ تقییدی مبنی بر اینکه شهادت زنان تنها در صورتی که شاهد اصل باشند، وجود ندارد و نمی‌توان یافت که دلایل پذیرش شهادت آنان را تنها در اصل بودن پذیرفته باشد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۶).

۳. در عدم پذیرش شهادت فرع زنان از آن جهت که دلیل روشن و قانع‌کننده‌ای نداریم و اصل هم اقتضای عدم دلیل را دارد، نهایتاً باید عدم پذیرش شاهد فرع زن را تنها به مواردی که دلیل خاص و قانع‌کننده‌ای وجود دارد محدود کرد، مانند شهادت فرع در برخی حدود؛ از این جهت که چون شهادت اصل زنان در برخی حدود مقبول نیست، در شهادت فرع آنان نیز شهادتشان پذیرفته نخواهد بود.

۴. اگر نص قرآنی «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَّ امْرَأَتَانِ» را معیار و ملاک قرار دهیم، طبق این آیهٔ مبارکه شهادت دو زن برابر با شهادت یک مرد خواهد بود؛ حال در موضوعاتی که شهادت زنان به‌عنوان شهادت اصل مقبول می‌گردد، دلیلی وجود ندارد که به‌عنوان شهادت فرع آن را نپذیریم. علاوه بر اینکه در باب قضا و شهادت، بنای عقلا دلیل بر حجیت قول شاهد می‌باشد، همان‌گونه که در

حجیت قول ثقہ این گونه است و تنها تفاوت این است که برای اثبات احکام شرعی، خبر یک ثقہ نیز کفایت می کند، اما در نهاد شهادت باید اخبار دو شاهد ثقہ باشد (صانعی، ۱۳۹۳، ص ۱۲). ثقہ هم به کسی می گویند که قابل اعتماد باشد و در زبان عربی واژه «ثقہ» برای زن و مرد یکسان و با لفظ واحد به کار گرفته می شود. بنابراین ادله حجیت خبر ثقہ فقط اختصاص به مرد ندارد و شامل زن هم می شود؛ همچنان که در آیه ۲۸۳ سوره بقره خداوند می فرماید: «و لا تکتموا الشهادة و من یکتما فإنه آثم قلبه» و می بینیم فرقی بین مرد و زن نیست و هر دو مکلف به این حکم هستند که این خود با دلالت التزامی، ظهور در وجوب پذیرش شهادت آن دو دارد؛ و الا حرام بودن کتمان، امر لغوی خواهد بود (صانعی، ۱۳۹۳، ص ۱۲). همچنان که از روایت ابی یغفور پیش گفته شده نیز به دست می آید که آنچه در پذیرش شهادت مهم است، وجود عدالت در شاهد می باشد.

۵. با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی فتاوی مشهور می توان دریافت که ادله روایی و قرآنی موجود، در استنباطات فقها در این موضوع تأثیرگذار بوده است و همین مسئله باعث شده است که فقها شاهد فرغ شدن زنان را یا به صورت مطلق نپذیرند و یا اگر هم می پذیرند به صورت مشروط و مقید آن را صحیح بدانند. در واقع تنقیح مناطی را که فقها از آیه و روایات مورد استناد قرار داده اند، با در نظر گرفتن همان مقتضیات زمانی و مکانی بوده است. به عبارتی وقتی آیه ۲۸۲ سوره بقره را که می فرماید: «و استشهدوا شهیدین.....»، مشاهده می کنیم، شاید ابتدا چنین برداشت شود که در استشهاد، مرد بر زن ترجیح دارد و هنگامی شهادت زن جایز است که دسترسی به مرد وجود نداشته باشد؛ در حالی که این فتوا (عدم پذیرش شهادت زنان) مبتنی بر مقتضیات زمانی و مکانی همان دوره است. همچنان که احتمالاً این فرمایش امام صادق علیه السلام که می فرماید: «شهادت زن در مورد چیزی که زیاد نیست پذیرفته می شود و در موردی که زیاد باشد مورد قبول نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، صص ۳۵۶-۳۵۷) مبتنی بر همین مقتضیات زمانی و مکانی که حضور و تخصص زنان در آن متفاوت می شود باشد.

۶. با بررسی همه آیات و روایات مورد استناد، چه در مبحث شهادت اصل زنان و چه در موضوع شاهد فرع شدن زنان، در می‌یابیم که این ادله در مقام تحمل شهادت اصل است، نه در مقام ادا. به عبارت دیگر آیات و روایات توصیه‌شان در مقام گرفتن شاهد است؛ یعنی در مقام تحمل شهادت، دوزن را قید می‌کند؛ در حالی که محل بحث ما در شاهد فرع شدن زنان، مقام ادا است. لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که در هنگام ادای شهادت بر شهادت زن در دادگاه آنچه مورد وثوق و اثبات محسوب می‌شود، همان ایجاد اطمینان و وثاقت موجود به وسیله زن یا مرد است، بدون اینکه جنسیت در آن مؤثر باشد. لذا مطابق استدلال فوق‌الذکر شهید ثانی (جعی عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۵۸) - که به نظر منطقی می‌آید - وقتی شهادت فرع صرفاً جنبه اثباتی برای شهادت شاهد اصل را دارد، پس جنسیت نباید در آن لحاظ گردد؛ چراکه در این صورت طریق برای رساندن شهادت به قاضی می‌باشد و آنچه در این مسیر مهم است، معتبر بودن گزارش است. به همین جهت است که قانونگذار در ماده ۱۸۶ق.م.ا، مقرر داشته «چنانچه حضور شاهد متعذر باشد، گواهی به صورت مکتوب، صوتی-تصویری زنده و یا ضبط شده، با احراز شرایط و صحت انتساب، معتبر است».

۷. با بررسی روایات موجود (نک: حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷) می‌توان به راحتی دریافت که جنسیت شاهد بر شهادت هیچ‌گونه موضوعیتی ندارد، بلکه آنچه مورد توجه قرار گرفته ایجاد اطمینان و وثاقت برای قاضی است. بنابراین می‌توان گفت که گاه قاضی از گفته یک زن بیش از شهادت ده مرد عادل، علم و اطمینان حاصل می‌کند. در این صورت قاضی می‌تواند به علم خویش که برآمده از قوانین و خصوصیات داخلی دعوی است، عمل نماید (معنی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۴۴۷). به عبارت دیگر از آنجایی که شهادت طریقی است برای اثبات حق، بنابراین شهادت زن چه شهادت اصل باشد یا فرع، وقتی حق را برای ما اثبات کند، مورد پذیرش خواهد بود و مطابق دستور خداوند «فاحکم بین الناس بالحق» (ص، ۲۶)، قاضی مکلف است بر اساس نتیجه‌ای که از شهادت زنان و علمی که برای او حاصل

می‌گردد، حکم نماید. مرحوم نراقی رحمته الله این دیدگاه را به عبدالعزیز بن براج و برخی از متأخرین منتسب می‌کند (نراقی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۷۳). به همین استدلال است که برخی از فقهای دیگر نیز تصریح در طریقت شهادت داشته و معتقدند جنسیت نباید شرط برای صحت شهادت باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ص ۴۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۰۷ق، صص ۲۳۵-۲۳۷).

بنابراین می‌توان گفت شهادت بر شهادت زنان به‌طور مطلق مورد پذیرش بوده و دلیل متقنی مبنی بر تنقید یا حذف شاهد فرع‌شدن زنان در دست نیست؛ لذا اصل عدم دلیل بر وجود مقید، مقدم است.

نتیجه‌گیری

مشهور فقها که قائل به عدم پذیرش شهادت فرعی زنان به‌طور مطلق هستند، ادله‌ای را ارائه می‌دهند که مورد نقد قرار گرفت. چالش اول در استناد به سنت به‌عنوان اولین دلیل است که معلوم شد روایات در صدد بیان تعداد شاهد فرع هستند، نه بحث جنسیت. مستند دیگر یعنی پذیرش شهادت زن در امور ضروری که با توجه به تصریح روایات به تأیید شهادت زنان در امور مختلف، این ادعا را نیز نمی‌توان مورد پذیرش قرار داد. اصل عدم قبول شهادت زنان نیز ادعایی است که برخی از فقها به آن در منع شهادت فرع زنان استناد کرده‌اند که با توجه به وجود ادله صریح در مورد پذیرش شهادت زنان در امور مختلف، از پشتوانه فقهی برخوردار نیست. چالش دیگر دیدگاه مشهور، تأیید دادن جنسیت در پذیرش شهادت است که بیانات مفسرین و فقها ذیل آیه ۲۸۲ سوره بقره نیز مبتنی بر یک سری خصوصیات عارضی زن است که متناسب با شرایط زمانی و مکانی قابل تغییر می‌باشد. اما برخی دیگر از فقها شاهد فرع‌شدن زنان را به صورت محدود و مشروط پذیرفته‌اند که به ادله آن‌ها نیز نقد وارد شد. اما آنچه به نظر می‌رسد در این خصوص از قوت بیشتری برخوردار است، اینکه شهادت زنان در شهادت فرع به صورت مطلق پذیرفته شود؛ چراکه اولاً هیچ روایتی به صراحت زنان را نهی از نهاد شهادت فرع نکرده است و ثانیاً روایات وارده در مقام بیان تعداد شاهد هستند، نه جنسیت شاهد.

همچنین باید توجه داشت که بنای عقلا که دلیل حجیت قول شاهد است، بنابر ثقه بودن شاهد، چنین حکمی دارد؛ ثقه هم در هر دو جنس زن و مرد کاربرد یکسان دارد. علاوه بر اینکه شهادت حق نیست که قابلیت کنار گذاشتن زن وجود داشته باشد، بلکه تکلیف است که مطابق آیه ۲۸۳ سوره بقره کتمان آن حرام و ممنوع است و این برای زن و مرد اطلاق دارد. علاوه بر اینکه آبشخور رویکرد مشهور به شهادت زنان، مبتنی بر نوع نگاه اجتماعی، زمان و مکان و افکار دوران و همچنین حضور و تأثیر گذاری زن در مباحث اجتماعی بوده است که متناسب با مقتضیات زمان و مکان دچار تغییر می شود. به ویژه باید توجه داشت که قانونگذاری برای تنظیم روابط بین انسان ها است و برای این کار عقلای عالم به توان افراد و واقعیت های اجتماعی توجه دارند، نه جنسیت؛ لذا باید گفت شهادت طریقت دارد برای اثبات حق و دیگر جنسیت دخالتی در این امر نخواهد داشت. همچنین عمومیت و اطلاق ادله و عدم مقید کردن به جنس مرد، دلیل دیگری بر مدعای ما تلقی می گردد. لذا با توجه به استدلال برخی از فقها مبنی بر اینکه شهادت فرعی، خود شهادت اصل را اثبات می کند، نه آنچه را که شاهد اصل به آن شهادت داده است، می توان عدم دخالت جنسیت را به طور مطلق اثبات کرد. کما اینکه قانونگذار در ماده ۱۸۶ ق.م.ا. نوشته مکتوب، صوت و تصویر زنده یا ضبط شده را هم می پذیرد، مشروط به آنکه شرایط احراز و صحت انتساب، معتبر باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۲)، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان (ج ۱۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (ج ۵). قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت رحمته الله.
۴. نجیبی عاملی، زین الدین بن علی شهید ثانی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۱). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد؛ مازح، یاسر. (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الاربعة و مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۵). بیروت: دار الثقلین.
۶. جصاص، احمد بن علی. (۱۴۰۵ق). احکام القرآن (ج ۲). (محقق: محمدصادق قمحاوی). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). ترمینولوژی حقوق (ج ۳). تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. حائری، علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۵). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۸ و ۲۷). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۰. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۱). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی رحمته الله.
۱۱. الزحیلی، وهبة بن مصطفى. (۱۴۱۸ق). التفسیر المنیر فی العقیدة و الشریعة و المنهج (ج ۳). عددالأجزاء دمشق: دارالفکر المعاصر.

۱۲. زحیلی، وهبه. (۱۴۱۸ق). مقاصد الشریعة اساس لحقوق الانسان، بی‌جا: المكتبة الاسلامية.
۱۳. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضا و الشهادة فی الشریعة الاسلامیه (ج ۲). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (ج ۲۷). قم: المنار.
۱۵. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. السرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل. (۱۴۱۴ق). المبسوط (ج ۱۶). بیروت: دارالمعرفة.
۱۷. صانعی، فخرالدین. (۱۳۹۳). بررسی فقهی شهادت زن در اسلام برگرفته از نظریات فقهی آیت الله صانعی. قم: انتشارات میثم تمار.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بابویه قمی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۳، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۸، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء الایثار الجعفریه.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰). الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار (ج ۳). قم: دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق و ۱۴۲۲ق). الخلاف (ج ۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). ارشاد الازهان الی احکام الایمان (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ج ۵). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۴. علوی، سید جعفر؛ رضوانی، غلامحیدر. (۱۳۹۸). بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت. آموزه‌های فقه مدنی، ش ۲۰، صص ۱۵۳-۱۷۸.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

۲۶. فاضل مقداد، جمال الدين مقداد بن عبدالله (۱۴۱۹ق). كنزالعرفان في فقه القرآن (ج ۲). (محقق: سيد محمد قاضي). بی جا: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۲۷. فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (ج ۳، ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله (ج ۲۵). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۹. کاشانی، فیض. (بی تا). مفاتیح الشرائع (ج ۳). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی علیه السلام.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). کافی (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۱. گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۰۵ق). کتاب الشهادات. قم: دار القرآن الکریم.
۳۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۴). قم: نشر اسماعیلیان.
۳۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام (ج ۲۵). مؤسسه السبطين العالمیه.
۳۴. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۰۷ق). فقه القضاء. قم: منشورات مکتبه امیرالمومنین علیه السلام.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۹). ملاک حقوق زنان و مردان. مجله کتاب نقد، ۵(۱۷)، صص ۸-۲۳.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۹ق) تحریر الوسیله (ج ۲). قم: دارالعلم.
۳۷. نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۱۴، ۴۱ و ۴۳). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۸. نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه فی الاحکام الشریعه (ج ۱۸). قم: آل البيت علیهم السلام.

References

* The Holy Quran

1. Alavi, S. J., & Rezvani, Q. (1398 AP). An examination of Theory of most jurists on witnessing a witness. *Teachings of civil jurisprudence*, 20, pp. 153-178. [In Persian]
2. Allameh Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhan ila Ahkam al-Iman* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shari'a Ala Madhhab al-Imamiyah* (Vol. 5). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
4. Al-Sarakhsi, M. (1414 AH). *Al-Mabsut* (Vol. 16). Beirut: Dar al-Ma'arifah. [In Arabic]
5. Al-Zohaili, W. (1418 AH). *Al-Tafsir al-Munir fi al-Aqeedah va al-Shari'ah, va al-Manhaj* (Vol. 3). Damascus: Dar al-Fekr al-Mu'asir. [In Arabic]
6. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma Al-Fa'e va Al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 12). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
7. Behjat, M. T. (1426 AH). *Jami al-Masa'il* (Vol. 5). Qom: Office of Hazrat Ayatollah Behjat. [In Arabic]
8. Fakhr al-Muhaqqeen, M. (1387 AP). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (Vol. 3 & 4). Qom: Esmailian Institute. [In Persian]
9. Fazel Lankarani, M. (1420 AH). *Tafsil al-Sharia fi Sharh Tahrir al-Wasila*. Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Arabic]
10. Fazil Meqdad, J. (1419 AH). *Kanz al-Irfan fi Fiqh al-Qur'an* (Vol. 2, Qazi, S. M, Ed.). World Assembly of the Proximity of Islamic Religions. [In Arabic]
11. Golpayegani, M. R. (1405 AH). *Kitab al-Shahadat*. Qom: Dar Al-Qur'an Al-Karim. [In Arabic]
12. Haeri, A. (1418 AH). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 15). Qom: AlulBait Institute. [In Arabic]
13. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Al-Wasa'il al-Shi'a* (Vol. 18 & 27). Qom: AlulBait Institute. [In Arabic]
14. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawi* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

15. Jafari Langaroudi, M. J. (1378 AP). *Legal terminology* (Vol. 3). Tehran: Ganj Danesh Library. [In Persian]
16. Jasas, A. (1405 AH). *Ahkam al-Qur'an* (Vol. 2, Qomhawi, M. S, Ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
17. Jaziri, A., & Gharavi, S. M., & Mazeh, Y. (1419 AH). *Al-Fiqh ala al-Madhib al-Arba'ah va Madhab Ahl al-Bayt* (Vol. 5). Beirut: Dar al-Saqlain. [In Arabic]
18. Jubaei Ameli, Z. (1412 AH). *Al-Ruda al-Bahiya fi Sharh al-Luma' al-Damashkiyyah* (Vol. 1). Qom: Publications of the Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]
19. Kashani, F. (n.d.). *Al-Mufatih Al-Shar'i* (Vol. 3). Qom: Ayatollah Marashi Library.
20. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmila al-Minhaj* (Vol. 41). Qom: Institute for Revival of the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic]
21. Koleyni, M. (1407 AH). *Kafi* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]
22. Mohaghegh Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (Vol. 4). Qom: Esmailian Publishing House. [In Arabic]
23. Mousavi Ardebili, S. A. (1407 AH). *Fiqh al-Qaza*. Qom: Manshurat Maktabah Amir al-Mominin. [In Arabic]
24. Mousavi Bojnourdi, S. M. (1379 AP). The criteria for women's and men's rights. *Journal of Naqde Kitab*, 5(17), pp. 23-8. [In Persian]
25. Mousavi Khomeini, S. R. (1409 AH) *Tahrir al-Wasila* (Vol. 2). Qom: Dar al-Ilm. [In Arabic]
26. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). *Jurisprudence of Imam Jafar al-Sadiq* (Vol. 25). Al-Sebtain Al-Alamiya Institute. [In Arabic]
27. Najafi, M. H. (n.d.). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vol. 14, 41, 43). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
28. Naraghi, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shia fi al-Ahkam al-Sharia* (Vol. 18). Qom: Alulbayt. [In Arabic]

29. Qomi, M. (1422 AH). *Mabani Tahrir al-Wasila* (Vol. 25). Tehran: Publishing Institute of Imam Khomeini's works. [In Arabic]
30. Sabzevari, A. (1413 AH). *Muhadab Al-Ahkam* (Vol. 27). Qom: Al-Menar. [In Arabic]
31. Sabzevari, M. B. (1423 AH). *Kifaya al-Ahkam* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
32. Sadouq, M. (1413 AH). *Man Yahzoroho al-Faqih* (Vol. 3, 2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
33. Sane'ei, F. (1393 AP). *A Jurisprudential examination of female witnessing in Islam based on the jurisprudential views of Ayatollah Sane'ei*. Qom: Meitham Tamar Publications. [In Persian]
34. Sobhani, J. (1418 AH). *Nizam al-Qada va al-Shahadah fi al-Shariah al-Islamiya* (Vol. 2). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
35. Tusi, M. (1387 AP). *Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyah* (Vol. 8, 3rd ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Mortazawieh le Ihya al-Athar al-Jaafarieh. [In Persian]
36. Tusi, M. (1390 AP). *Al-Istbasar Fi Ma Akhtalaf Min Al-Akhbar* (Vol. 3). Qom: Darul Kotob al-Islamiya. [In Persian]
37. Tusi, M. (1407 AH & 1422 AH). *Al-Khilaf* (Vol. 6). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
38. Zohaili, W. (1418 AH). *Al-Maqasid al-Sharia Asas le Hoquq al-Insan*. Al-Maktaba al-Islamiyyah. [In Arabic]

Research Article

A Re-examination of the Fate of Guarantees after Transfer of Obligation in Imamiyah Jurisprudence and Iranian Law With an Emphasis on articles 292 and 293 of the Civil Code

Ali Deylami Mo'ezi¹

Ali Reza Alipanah²

Mohsen Ebrahimi³

Mahdi Norouzi⁴

Received: 25/04/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

According to the general theory of obligations, the guarantees of the obligation remain with it in the transfer process through the transfer of the obligation to others. However, in Iran's legal system, the fate of guarantees after the transfer of the obligation is not clear. This is because the Iranian legislator, under the title of conversion of obligation in Article 292 of the Civil Code, has included phrases that seem to define the examples of transfer of obligation (transfer of debt and demand) and then

-
1. M. A in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (corresponding author). a.dailamy@mail.sbu.ac.ir.
 2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. alipanah_a@yahoo.com.
 3. Assistant Professor, faculty of Humanities at Hormozgan University, Hormozgan, Iran. ebrahimi4678@hotmail.com.
 4. PhD student of comparative studies of Islamic Denominations, University of Religions and Denominations, Qom, Iran. m.norouzi.@urd.ac.ir.

* Deylami Mo'ezi, A., & Alipanah, A. R., & Ebrahimi, M., & Norouzi, M. (1401 AP). A Re-examination of the Fate of Guarantees after Transfer of Obligation in Imamiyah Jurisprudence and Iranian Law: with an Emphasis on articles 292 and 293 of the Civil Code. *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 91-117. Doi: 10.22081/jf.2023.63841.2501.

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

in the next article, it has decreed the fall of guarantees in the conversion of obligation. This has become the source of disagreement among jurists and some believe that guarantees remain in absolute transfer of obligation, and some believe that it falls, and some have even generated the fall of guarantees to guarantee and remittance contracts as well. This study, while explaining the important problems in the interpretations of articles 292 and 293 of Civil Code, first explored the issue in detail from a jurisprudential point of view, and then presented a new interpretation of these two articles and made them refer to a certain contract known as "transformation of obligation" which is specific to Iran's legal system. Based on the jurisprudential history of the issue, it shows that the general rule in Imamiyah jurisprudence and the legal system of Iran is the remaining of guarantees in the transfer of the claimant, and their fall in the transfer of debt.

Keywords

Transfer of demand, conversion of obligation, debt guarantees, guarantee, Article 293.

مقاله پژوهشی

بازپژوهی سرنوشت تضمینات پس از انتقال تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران با تأکید بر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی

علی دیلمی معزی^۱ علیرضا عالی پناه^۲ محسن ابراهیمی^۳
 مهدی نوروزی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

© Author (s)



چکیده

مطابق نظریه عمومی تعهدات، تضمینات تعهد در فرآیند انتقال به غیر از طریق انتقال تعهد، همراه آن باقی می ماند. اما در نظام حقوقی ایران، سرنوشت تضمینات پس از انتقال تعهد در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ بدین دلیل که قانون‌گذار ایرانی ذیل عنوان تبدیل تعهد در ماده ۲۹۲ قانون مدنی، عباراتی گنجانده که به ظاهر تعریف مصادیق انتقال تعهد (انتقال دین و طلب) هستند و سپس در ماده بعد، حکم به سقوط تضمینات در تبدیل تعهد نموده است. این امر منشأ اختلاف میان حقوق دانان گذشته و عده‌ای قائل به بقای تضمینات در مطلق انتقال تعهد، و عده‌ای قائل به سقوط آن هستند و برخی حتی سقوط تضمینات را به عقود ضمان و حواله نیز تعمیم داده‌اند. این پژوهش، ضمن تبیین اشکالات درخور توجه در تفاسیر

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). a.dailamy@mail.sbu.ac.ir
۲. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. alipanah_a@yahoo.com
۳. استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه هرمزگان، هرمزگان، ایران. ebrahimi4678@hotmail.com
۴. دانش‌آموخته دکتری مطالعات تطبیقی مذاهب اسلامی دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. m.norouzi.@urd.ac.ir

* دیلمی معزی، علی؛ عالی پناه، علیرضا؛ ابراهیمی، محسن و نوروزی، مهدی. (۱۴۰۱). بازپژوهی سرنوشت تضمینات پس از انتقال تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران با تأکید بر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹ (۱۱۲)، صص ۹۱-۱۱۷.
 Doi: 10.22081/jf.2023.63841.2501

ارائه شده از مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م، ابتدا مسئله را به تفصیل از حیث فقهی مورد کنکاش قرار داده، و سپس به ارائه تفسیری نو از این دو ماده پرداخته و آن دو را ناظر به عقد معینی به نام «تبدیل تعهد» دانسته که خاص نظام حقوقی ایران است و با مددجستن از سابقه فقهی مسئله نشان می‌دهد که قاعده عمومی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، بقای تضمینات در انتقال طلب، و سقوط آنها در انتقال دین است.

کلیدواژه‌ها

انتقال طلب، تبدیل تعهد، تضمینات دین، ضمان، ماده ۲۹۳.

مقدمه

در نظام حقوقی ایران به تبع فقه امامیه، تأسیس انتقال تعهد در هر دو شاخه‌اش، یعنی انتقال دین و انتقال طلب، از آغاز مورد پذیرش قرار گرفته و در این خصوص، تردیدی از جانب هیچ‌یک از حقوق‌دانان ابراز نشده است. با این حال در بسیاری از موارد، تعهدات دارای لواحق و توابعی است که تضمینات ارائه‌شده برای ایفای تعهد، از مهم‌ترین و رایج‌ترین آنها است. پرسش اساسی این است که پس از انتقال دین یا طلب، تضمینات مربوط به آن ساقط می‌گردد یا خیر. و آیا این سقوط یا عدم سقوط به‌عنوان قاعده‌ای عام در تمام مصادیق انتقال دین یا طلب جاری است یا برخی مصادیق آن مانند ضمان یا حواله، از حکم جداگانه‌ای تبعیت می‌کنند؟

در نظام حقوقی ایران، به‌سبب ابهام موجود در مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی و تعارض آنها با دیگر قواعد حقوقی و برخی مبانی فقهی، سقوط یا بقای تضمینات در اثر انتقال تعهد، به محل نزاعی میان حقوق‌دانان تبدیل شده و برخی قائل به بقای تضمینات، و برخی قائل به سقوط در تمامی موارد انتقال تعهد گشته‌اند و گاه حتی این حکم را به عقود همچون ضمان و حواله سرایت داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۴، صص ۱۹۴، ۲۶۲). پژوهش‌های مستقلی نیز برای پاسخ به این مسئله صورت گرفته است؛ از جمله: مقاله «وضعیت تضمینات پس از انتقال طلب یا انتقال دین»، نگاشته محمدهادی ساعی، منتشرشده در پژوهش‌نامه حقوق اسلامی (ساعی، ۱۳۸۶)، و مقاله «عقد ضمان، زوال یا بقای تضمینات تعهد: با نگاهی به حقوق فرانسه»، نگاشته سید علی سیداحمدی و ایمان دهقانی، منتشرشده در مجله حقوق خصوصی (سیداحمدی و دهقانی، ۱۳۹۷).

اما به نظر می‌رسد گره این معضل همچنان ناگشوده مانده و نظرات ابرازشده، هر یک در بخشی دچار ضعف هستند؛ به‌عنوان مثال، قول به سقوط تضمینات در مطلق انتقال تعهد، فاقد توجیه اقتصادی و برخلاف ارتکاز عرفی است؛ همچنین بسیاری از صاحب‌نظران، بقای تضمینات را با استناد تبدیل تعهد دانستن هر سه بند ماده ۲۹۲ توجیه کرده‌اند که به‌روشنی برخلاف ظهور قریب به تصریح این ماده است.

این پژوهش با ارائه تفسیری نو از مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی نشان داده است در

قانون مدنی ماده‌ای وجود ندارد که حکم تضمینات را پس از انتقال تعهد مشخص سازد، و در کمترین مرتبه، متن قانون دچار اجمال است و از آنجا که مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت و اجمال قانون، دادرسان باید حکم مسئله را در منابع اسلامی و فتاوی معتبر بیابند، در این پژوهش ابتدا حکم مسئله با رجوع به آراء فقهای امامیه و روش استنباط فقهی تبیین شده و در پرتو رهیافت فقهی و با مددجستن از روش تحلیل حقوقی، نظری ارائه گشته که علاوه بر سازگاری با ظاهر مواد قانون مدنی، با قواعد عام حقوقی هم‌خوانی داشته و پاسخ‌گوی مناسبات اقتصادی و عرفی روز نیز باشد.

۱. تبدیل تعهد و انتقال تعهد

از آنجا که در قوانین موضوعه ایران سرنوشت تضمینات تعهد ذیل عنوان تبدیل تعهد طرح شده، به‌ناچار در مسیر بررسی سقوط یا بقای تضمینات پس از انتقال تعهد، باید پا به حریم نهاد تبدیل تعهد نهاد و ماهیت و آثار آن را نیز مورد تحلیل قرار داد. از این روی، ابتدا در این بخش به بررسی نهادهای تبدیل و انتقال تعهد و وجه تمایز آنها از حیث آثار خواهیم پرداخت و در بخش‌های آتی، مسئله پژوهش از دیدگاه فقه امامیه و قوانین موضوعه و دکترین حقوقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱. تعهد

تعهد در اصطلاح حقوقی عبارت است از «رابطه‌ای حقوقی که به موجب آن شخص یا اشخاص معین، نظر به اقتضای عقد یا شبه‌عقد یا جرم یا شبه‌جرم و یا به حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا مکلف به فعل یا ترک فعل به نفع شخص یا اشخاص معین می‌شوند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ذیل تعهد) و یا «وظیفه و تکلیف حقوقی که قانوناً بر عهده متعهد ثابت است» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۶۸). در خصوص ماهیت تعهد با سه دیدگاه عمده مواجهیم؛ دیدگاه نخست که نظریه شخصی تعهد نام دارد، جوهره تعهد را رابطه شخصی یا حقوقی میان متعهد و متعهدله می‌داند و از آنجا که این رابطه قائم به شخص

است، با تغییر هریک از طرفین آن، تعهد نیز زائل می‌شود و در نتیجه امکان انتقال آن به شخص دیگر با حفظ آن فرد از تعهد وجود ندارد (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۷). در دیدگاه دیگر، موسوم به نظریه مادی تعهد، عنصر اساسی تعهد همان محل و موضوع آن است و تعهد -بدین اعتبار- عنصری مالی است که جنبه مثبت آن حقی برای متعهدله و جزئی از دارایی مثبت او لحاظ می‌شود و جنبه منفی آن، تکلیفی برعهده متعهد و جزئی از دارایی منفی او. از جمله آثار این دیدگاه آن بود که با تجرد موضوع تعهد از طرفین آن، راه برای تصور تغییر طرفین آن باز شد (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۱، صص ۱۰۸-۱۰۹). البته به دلیل انتقاداتی که به نظریه مادی تعهد وارد بود، این دو نظریه در ادامه مسیر به هم نزدیک شدند و می‌توان گفت تعهد در حقوق امروز، هر دو چهره مادی و شخصی را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۶) که از آن به نظریه ماهیت دوگانه تعهد یاد می‌شود.

۲-۱. تبدیل تعهد

تبدیل تعهد، نهادی حقوقی است که کارکرد آن جانشینی شخص ثالثی به جای یکی از طرفین تعهد و یا ایجاد تغییر در متعهدبه است. برخی از حقوق دانان در تعریف این نهاد آورده‌اند که «تبدیل تعهد عبارت است از اینکه تعهدی در نتیجه تغییر در یکی از ارکان آن، به تعهد دیگر تبدیل گردد. در این صورت تعهد اول ساقط و تعهد دیگری جایگزین آن می‌گردد» (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۳۶۱). تبدیل تعهد انواعی دارد که در تبدیل تعهد به اعتبار تغییر متعهد (دائن) و متعهدله (مدیون)، مقصود اصلی طرفین در حقیقت انتقال حقوق یا تکالیف ناشی از تعهد به شخصی غیر از متعهدله یا متعهد قبلی است و سقوط تعهد قدیم و ایجاد تعهد جدید به منزله عوضین قرارداد است (شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۶). در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن، رضایت دائن قدیم و دائن جدید و مدیون، هر سه در وقت انشای تبدیل تعهد لازم است (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۳، ص ۸۲۵؛ شهیدی، ۱۳۹۸، صص ۱۵۲، ۱۴۳)، اما در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون ممکن است بدون رضای مدیون سابق نیز انجام گیرد؛ زیرا مستلزم تصرف در حقوق و تکالیف وی نیست (شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۰).

۱-۳. انتقال تعهد

انتقال تعهد نیز کارکردی مشابه تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن یا مدیون دارد. یعنی غرض از آن، جانشینی شخص ثالث به جای یکی از طرفین تعهد است. برخی از حقوق دانان در تبیین انتقال تعهد چنین نگاه داشته‌اند: «مراد از انتقال تعهد آن است که خود تعهد -چه به عنوان حقی شخصی از جهت دائن به آن نگریسته شود و چه به عنوان التزامی از جهت مدیون- از شخصی به شخص دیگر انتقال یابد: از دائنی به دائن دیگر به عنوان حق شخصی، یا از مدیونی به مدیون دیگر به عنوان التزام» (سنه‌وری، بی تا، ج ۳، ص ۴۱۳). بنابراین انتقال تعهد عنوان عامی است که دو چهره دارد: انتقال حق (طلب) و انتقال التزام (دین).

در انتقال طلب، جنبه مثبت تعهد یعنی طلب، همان گونه که هست، با تمامی اوصاف و تضمینات و دفاعیات، از دارایی طلبکار خارج شده و در دارایی شخص دیگری می‌نشیند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۸). در این صورت طلبکار جدید، جانشین طلبکار پیشین خواهد بود. انتقال دین نیز عبارت است از اینکه دین -که همان جنبه منفی تعهد است- از دارایی متعهد خارج شود و همان گونه که هست در دارایی شخص دیگری بنشیند. پس از آن، گیرنده دین جانشین مدیون در ایفای تعهد خواهد بود. در انتقال طلب، رضایت و انشای طلبکار سابق و طلبکار جدید، هر دو شرط است و انتقال طلب باید توسط تراضی طرفینی و در قالب عقد صورت پذیرد. در نقطه مقابل، رضایت مدیون نقشی در صحت و نفوذ قرارداد انتقال طلب و نیز در مرحله اجرای آن ندارد. در انتقال دین نیز اگر دین با انشای مدیون قدیم و جدید منتقل گردد، رضای هر سه تن لازم است و اگر با انشای مدیون جدید و دائن منتقل گردد، رضای مدیون قدیم ضروری نیست (سنه‌وری، بی تا، ج ۳، ص ۵۷۹).

۲. فقه امامیه

تعهد، آن گونه که در نظام‌های حقوقی جایگاه داشته و در تحلیل روابط مالی میان اشخاص نقش محوری ایفا می‌کند، در دستگاه فکری فقیهان مرکز توجه نبوده و جزو

مفاهیم کلیدی آن به شمار نمی‌رود. به تعبیر سنه‌وری، برای یافتن مصطلحی فقهی که معادل تعهد باشد، باید به بیش از یک لفظ متوسل شویم (سنه‌وری، ۱۹۵۳م، ج ۱، ص ۱۳). تعهد در حقوق، حامل مفهوم رابطه شخص با شخص است که ارزش مالی داشته و از یک سوی، حق به شمار می‌رود و از سوی دیگر دین. حال آنکه فقیهان، پیوندهای مالی و تکالیف میان اشخاص را به چشم رابطه شخص با شخص لحاظ نکرده‌اند، بلکه نظر به آثار نهایی این روابط از قبیل حق و حکم داشته‌اند و در هر مورد، به مقتضای تحلیل، نوع آثار را تبیین نموده‌اند. از این رو است که قواعد مربوط به تعهدات در نگاه‌های فقهی، ضمن بحث از عقد، شرط، ضمان قهری و عناوین دیگر پراکنده است. در خصوص انتقال تعهد نیز احکام و آثار آن را باید در ابواب مربوط به عقود همچون ضمان، حواله، بیع، و دین جستجو کرد؛ چراکه کارکرد این عقود، مشابه کارکرد انتقال تعهد بوده و به عنوان تأسیس‌های فقهی نقل طلب و دین بدون نیاز به اسقاط آنها به شمار می‌روند. پیش‌تر متذکر می‌گردد فرض مسئله در جایی است که سقوط یا بقای تضمینات، صراحتاً یا ضمناً شرط نشده باشد. به بیان دیگر، در جستجوی مقتضای اطلاق عقد مفید انتقال تعهد هستیم، و گرنه به موجب عموم «أوفوا بالعقود» (مانده، ۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۳۰۱) تردیدی در نفوذ شرط سقوط یا بقای تضمینات در انتقال تعهد نیست.

تفحص در ابواب گوناگون فقهی نشان می‌دهد مسئله وضعیت تضمینات پس از انتقال دین یا طلب، چندان از سوی متقدمان مورد اشاره قرار نگرفته و تنها برخی از فقها ذیل مسئله جواز دور در ضمان، متعرض حکم رهن متعلق به دین پس از عقد ضمان شده‌اند. دور در ضمان بدین صورت است که شخصی از دو نفر طلبی داشته باشد و هریک از آن دو ضامن دین دیگری در مقابل آن طلبکار باشد. در این صورت یکی از ثمرات احتمالی این ضمان دوطرفه می‌تواند انفکاک رهن متعلق به هریک از دو دین باشد. البته وضعیت تضمینات دین پس از ضمان، از سوی فقهای متأخر مورد اقبال بیشتری واقع شده و بسیاری از ایشان به تبع فرع جداگانه‌ای که در عروه بدان اختصاص یافته (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۲۳) به شکل مبسوط تری بدان پرداخته‌اند.

در رابطه با حکم رهن دین پس از ضمان، میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. معظم فقهای که در این مسئله اظهار نظر کرده‌اند، قائل به فک رهن در اثر عقد ضمان شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۲۳). مهم‌ترین دلیلی که مورداستناد این گروه از فقها قرار گرفته، آن است که در اثر ضمان، دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل، و موجب براءة ذمه مضمون‌عنه می‌گردد. پس ضمان نسبت به مضمون‌عنه، ادای دین محسوب شده (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۵۰) و یا به منزله آن است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱۶، ص ۴۷۲) و پس از وفای به موضوع عقد یا آنچه در حکم وفا است، دلیلی بر بقای تضمینات باقی نمی‌ماند. این استدلال تمام نیست؛ چراکه در مقابل هر تعهدی، یک وفای به عهد وجود دارد و پس از ادای دین، موضوع آن باقی نمی‌ماند تا مجدداً موردایفاء قرار گیرد؛ حال آنکه در استدلال مزبور، با دو ایفاء مواجهیم؛ ایفاء مضمون‌عنه و ایفاء ضامن. این تحلیل تنها در صورتی می‌تواند صحیح باشد که عقد ضمان را موجب سقوط دین نخست و شکل‌گیری دین جدیدی بر ذمه ضامن بدانیم، نه انتقال همان دین به ذمه ضامن، که اشکالات آن در سطور آتی ذکر خواهد شد. به نظر می‌رسد در استدلال فوق میان ادای دین و براءة ذمه مدیون خلط صورت گرفته و آن دو، متحد و یا ملازم یکدیگر دانسته شده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۰۸)؛ در حالی که باید میان این مفهوم تفکیک نمود: وفای به دین زمانی صورت می‌گیرد که دائن، مابازائی دریافت داشته باشد، اما براءة ذمه اعم از آن است و صرفاً بیان‌گر سقوط تکلیف مدیون در برابر دائن و سقوط حق رجوع دائن به مدیون است.

برخی از فقها نیز برای حکم به سقوط رهن در اثر ضمان، به دلیل دیگری استناد جسته‌اند. ایشان بر این باورند که در عقد ضمان اساساً نقل دین به معنای حقیقی آن صورت نمی‌گیرد؛ چراکه در نقل مال، آن فرد از مال محفوظ مانده و به گیرنده انتقال می‌یابد، در حالی که در عقد ضمان، دین مضمون‌عنه ساقط شده و فرد جدیدی از دین بر ذمه ضامن به سود مضمون‌عنه به وجود می‌آید. از این روی در ضمان با تعدد افراد دین مواجه هستیم و بدیهی است با سقوط فرد اول از دین، توابع و لواحق آن از جمله رهن ساقط خواهد شد (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۶۲) و دین دوم، عاری از هر گونه لواحق و

تضمینات پیشین بر ذمه ضامن به وجود خواهد آمد. چنان که مشاهده می‌شود، این تحلیل عقد ضمان را با سازوکاری مشابه با تبدیل تعهد تبیین می‌نماید، با این تفاوت که رضای متعهد قدیم (مضمون‌عنه) در تشکیل آن دخیل نیست، و این از معدود مواردی است که می‌توان ردپای تبدیل تعهد را در بستر فقه امامیه به‌وضوح مشاهده کرد. در هر حال این تحلیل با ایراداتی مواجه است؛ نخست آنکه مشهور است ضمان موجب نقل مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۸۰) و حتی صاحب این نظر، خود در جایی دیگر، در تعریف ضمان آورده است: «الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون له» (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۸۲). محقق مذکور برای رهایی از محذور مخالفت با مشهور، تعبیر نقل ذمه در خصوص ضمان را تعبیری تسامحی می‌شمارد (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۶۲) که به نظر می‌رسد قرائن کافی برای عدول از ظاهر کلمات فقها در این خصوص و انصراف آن به معنایی کاملاً متباین موجود نیست. به‌علاوه، تعدد دین با ارتکاز عرفی از ضمان در تعارض است و عرف، دین ضامن را همان دین مضمون‌عنه می‌پندارد. پس این استدلال قابل‌پذیرش نیست. همچنین باید در نظر داشت که این تحلیل اگر هم قابل‌پذیرش باشد، مختص عقد ضمان است و نمی‌توان حکم آن را به‌عنوان قاعده‌ای کلی به مطلق انتقال دین توسط هر عقدی سرایت داد؛ چرا که تمامی عقود ضرورتاً با سازوکار واحدی عمل نمی‌کنند و ممکن است عقود دیگری وجود داشته باشد که دین را ضمن حفظ فرد موجود، به مدیون جدید منتقل سازد. البته با توجه به این استدلال می‌توان بدین طریق تأسیس اصل کرد که در هر عقدی که تعهدی ساقط می‌گردد، تا وقتی تعهد دیگری بر جای آن بنشیند، مقتضای اطلاق، سقوط تضمینات تعهد است؛ اگرچه پایبندی به قاعده مذکور در تمام مصادیق آن خالی از اشکال نیست. به‌عنوان مثال، در موردی که طرفین توافق می‌نمایند مدیون به‌جای وجه نقد، سکه طلا پرداخت نماید، مقصود جوهری طرفین صرفاً تغییر موضوع تعهد بوده است و نظر به بازپس‌گیری تضمینات نداشته‌اند. در مقام پاسخ می‌توان گفت در این مورد و موارد مشابه آن، عدم سقوط تضمینات ناشی از قصد مشترک طرفین است که به‌شکل ضمنی از قرائن موجود قابل‌استنباط است و همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد،

فرض مسئله در موارد فقدان توافق حتی به شکل ضمنی است.

در نقطه مقابل، گروه اندکی از فقیهان سقوط رهن در اثر ضمان را محل اشکال می‌دانند (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۲۳). در نظر ایشان، ادله قائلان به سقوط تمام نبوده و لذا مقتضای اصل، استصحاب بقای رهن است. از سویی ممکن است استصحاب در این خصوص با اشکال تبدل موضوع مستصحب مواجه باشد، زیرا دین مضمون‌عنه غیر از دین ضامن است و لذا مسئله آمیخته با اشکال باقی می‌ماند (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۱۰). قسمت اخیر استدلال فوق با اشکالاتی مواجه است؛ نخست آنکه ملاک تشخیص وحدت موضوع در استصحاب، دقت عقلی و فلسفی نیست؛ به‌ویژه در مباحث مربوط به فقه العقود که قاعده «العقود تابعة للقصود» در جای‌جای آن حاکم است. حیثیت تعلق دین به مدیون خاص، حیثیتی فلسفی است و اگر بنا باشد این حیثیت در پیدایش فرد خاص از دین مؤثر باشد، نقطه مقابل آن، یعنی حیثیت تعلق طلب به دائن خاص نیز باید چنین اثری داشته باشد و توالی فاسد این امر روشن است. از جمله آنکه انتقال طلب در قالب بیع و هبه و سایر عقود تملیکی قابل تصور نخواهد بود؛ زیرا تملیک به معنای انتقال مالکیت فرد موجود است، نه اسقاط دین از ذمه بدهکار و ایجاد دین جدیدی بر ذمه وی در برابر مالک جدید. به‌علاوه، این احتمال برخلاف ظاهر عبارت محقق مذکور است که ضمان را موجب نقل می‌داند^۱ (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۰۰). بازگشت این احتمال، به همان قول دسته دوم است که سازوکار ضمان را بر مبنایی مشابه تبدیل تعهد توجیه نموده‌اند.

به عقیده نگارنده، در خصوص حکم تضمینات دین پس از انتقال، باید قائل به تفصیل شد. توضیح آنکه رابطه تضمینات با طرفین تعهد، همواره یکسان نیست. تضمینات گاه صرفاً برای مصلحت دائن قرار داده می‌شود و این در جایی است که دین، صرف‌نظر از آنکه از سوی چه کسی ایفا می‌شود، تضمین شده باشد، گاه نیز مصلحت مدیون در جعل تضمین لحاظ می‌شود و آن در جایی است که متعهد قصد دارد با جعل تضمین، بر

۱. وكذا إذا كانت الصيغة بعنوان «علي دينه» فإن هذا ظاهر في النقل.

اعتبار شخصی خود بیفزاید و به بیان دیگر، می‌خواهد این اطمینان را در نفس دائن به وجود آورد که مادام که دین بر ذمه وی قرار دارد، ایفای آن تضمین شده خواهد بود. در فرض اول، انتقال دین ملازمه‌ای با فک تضمینات ندارد. برخلاف فرض دوم که به ملاحظه مصلحت مورد نظر، باید قائل به فک تضمینات پس از انتقال دین شد. حال اگر از اوضاع و قرائن قادر به تشخیص چگونگی جعل تضمین بودیم، حکم مسئله روشن است. در غیر این صورت، به نظر می‌رسد در انتقال دین، به خصوص در عقودی همچون ضمان نقل ذمه، در غالب موارد هدف اصلی از انتقال، رهایی مدیون از هرگونه ربط و مسئولیت درباره دین است و عرف در مواردی که مایل به ابقای این رابطه است، از ابزارهایی همچون ضمان ضم ذمه و یا التزام به تأدیه به نحو طولی استفاده می‌نماید. بعید نیست مراد فقیهانی که ضمان را «به منزله ادا» دانسته‌اند نیز همین باشد و در این صورت اشکال تعدد ایفاء متوجه ایشان نخواهد بود. پس با توجه به تحلیل قصد مشترک طرفین و نفوذ آن بر مبنای عموماً «أوفوا بالعقود» (مانده، ۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۳۰۱)، به عنوان قاعده کلی مستفاد از اعم اغلب، مادام که خلاف آن احراز نشده است، ضمان نقل ذمه را باید موجب سقوط رهن دین دانست و این قاعده همچنین رافع شک در بقای موضوع استصحاب است و با این بیان، پاسخ اشکال دسته سوم از فقیهان نیز روشن می‌گردد. لازم به ذکر است روایت مذکور در باب حواله که رجوع محتمل به محیل را پس از حواله و پیش از ابراء همچنان ممکن می‌داند^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۴۳۳)، اساساً ناظر به فرض بقای تضمینات نیست تا رد این نظر شمرده شود، بلکه مفید اشتغال ذمه محیل پس از حواله است و به علاوه، به دلیل تعارض با برخی روایات و قواعد فقهی دیگر، مشهور از معنای ظاهری آن علی‌رغم صحت و سلامت سندی و متنی، اعراض کرده‌اند (عاملی، بی تا، ج ۱۶، ص ۵۱۶).

آنچه تاکنون گذشت، در خصوص انتقال دین بود. در رابطه با وضع تضمینات پس از

۱. فی الرجل یحیل الرجل بمال کان له علی رجل، فیقول له الذی احتال: برئت من مالی علیک قال إذا أبرأه فلیس له أن یرجع علیه، و إن لم یرثه فله أن یرجع علی الذی أحاله.

انتقال طلب، اگرچه اظهارنظر صریحی در نگاشته‌های فقهی یافت نشد، اما با استفاده از طریق اولویت، حکم مسئله آشکار خواهد شد؛ چراکه تردید در سقوط رهن در ضمان، ناشی از فراغ ذمه مضمون‌عنه به سبب آن بود، درحالی که در مصادیق انتقال طلب همچون بیع دین، اساساً فراغت ذمه‌ای برای مدیون حاصل نمی‌شود تا احتمال سقوط تضمینات دین رود؛ چه تضمینات برای مصلحت دائن وضع شده باشد، یعنی برای مطلق دین باشد، و چه برای مصلحت مدیون، یعنی به قید تعلق به ذمه مدیون خاص. حتی اشکال اندک فقیهانی که ضمان را بر مبنای سقوط دین توجیه کرده‌اند نیز در اینجا جاری نخواهد بود؛ چراکه ایشان نیز همچون دیگر فقیهان، انتقال طلب را از مصادیق نقل مالی کلی بر ذمه می‌دانند که نیازمند اسقاط طلب و انشای مجدد آن نیست و با حفظ فرد موجود، همچون اعیان شخصی قابل انتقال هستند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۲۳). با این حساب، دلیلی برای سقوط تضمینات در اثر انتقال طلب باقی نمی‌ماند.

۳. حقوق ایران

حقوق دانان درخصوص سرنوشت تضمینات پس از انتقال دین در نظام حقوقی ایران اتفاق نظر ندارند. منشأ اصلی این اختلاف را می‌توان عنوان تبدیل تعهد در قانون مدنی و مواد ذیل آن، یعنی مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ دانست؛ زیرا قانون‌گذار ذیل عنوان تبدیل تعهد و در صدر ماده ۲۹۲، درصدد شمارش موارد تبدیل تعهد است و در بند یک، تبدیل تعهد به اعتبار تغییر موضوع و منشأ را بیان می‌دارد و علی‌القاعده در دو بند آتی، باید به ذکر تبدیل تعهد به اعتبار تغییر متعهد و متعهدبه پردازد؛ درحالی که ظاهر بند دو و سه ماده ۲۹۲ ق.م با تبدیل تعهد سازگاری ندارد و این دو بند را میان تبدیل تعهد و انتقال تعهد مردد ساخته است. معظم نویسندگان حقوقی معترف‌اند که ظاهر بند دو ماده ۲۹۲ بر انتقال دین انطباق دارد و ظاهر بند سه همان ماده، بر انتقال طلب (شهیدی، ۱۳۹۸، صص ۱۵۰، ۱۵۲؛ امامی، ۱۳۶۸، صص ۳۳۹، ۳۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۶، صص ۲۴۸-۲۴۹؛ صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۲۶۶). از سوی دیگر در ماده ۲۹۳، صحبت از سقوط تضمینات به میان می‌آید که جمع آن با ظاهر دو بند مذکور را مشکل می‌سازد. در بخش آتی ابتدا به تبیین نظرات حقوق دانان

در این خصوص می‌پردازیم و در بخش بعد، ضمن نقد و بررسی آنها به ارائه راهکار برای حل مسئله خواهیم پرداخت.

۳-۱. نظرات حقوق دانان

با بررسی نظرات حقوق دانان در رابطه با مواد مذکور، می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد:

دسته اول معتقدند مراد قانون‌گذار از بند دو و سه ماده ۲۹۲ همان ظاهر آنها است و قانون‌گذار عامدانه انتقال دین و انتقال طلب را به‌جای تبدیل تعهد به‌اعتبار تبدیل تعهد و متعهدله نشانده است؛ بنابراین تبدیل تعهد در حقوق ایران دو قسم دارد: قسمی که مبتنی بر اسقاط و ایجاد تعهد است، و قسمی که با حفظ تعهد موجود و تغییر یکی از ارکان آن صورت می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۲۴۸). در نتیجه، عموم ماده ۲۹۳ که حکم تضمینات در تبدیل تعهد را بیان می‌دارد، شامل این دو نوع تبدیل تعهد که در حقیقت انتقال تعهد است نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۲۴۹). همچنین بند دو ماده ۲۹۲ بر تعریف ضمان منطبق بوده و حکم آن قابل تعمیم به حواله و کفالت است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۴، صص ۱۹۴، ۲۶۲).

دسته دوم معتقدند تعریف انتقال دین و انتقال طلب در دو بند اخیر ماده ۲۹۲، اشتباهی از سوی قانون‌گذار بوده و تأویل بند سه به تبدیل تعهد، انحراف از روش حقوقی است. با این وصف، حکم مذکور در ماده ۲۹۳ قابل تطبیق بر این دو بند نیست و تنها شامل بند یک، یعنی تبدیل تعهد به‌اعتبار تغییر متعهدله می‌شود؛ زیرا مطابق اصول حقوقی، فرد تعهد در انتقال تعهد محفوظ و بدون تغییر می‌ماند و سقوط تضمینات موجه نیست. در نتیجه در حقوق ایران، در انتقال طلب و انتقال دین، اعم از ضمان و حواله، تضمینات پابرجا می‌ماند (امامی، ۱۳۶۸، صص ۲۵۰، ۳۳۹، ۳۴۲).

دسته سوم بر این نظرند که در دو بند اخیر ماده ۲۹۲، تبدیل تعهد مراد واقعی قانون‌گذار بوده و به‌دلیل اشتباه یا نارسایی در تعبیر، نباید این دو بند را حمل بر انتقال دین و انتقال طلب نمود. در نتیجه حکم ماده ۲۹۳ شامل این دو بند می‌شود، اما

قابل تعمیم به انتقال تعهد نیست، بلکه در انتقال دین و طلب، مطابق اصول حقوقی، تضمینات باقی می‌ماند (شهیدی، ۱۳۹۸، صص ۱۵۰، ۱۵۲). برخی از حقوق‌دانان این دسته در خصوص حکم تضمینات در عقد ضمان مدنی بر این باورند که ضمان نقل ذمه، مبتنی بر تبدیل تعهد است، نه انتقال تعهد؛ با این توجیه که «نقل ذمه یعنی تعهد مضمون‌عنه از بین می‌رود و جای آن را تعهد ضامن می‌گیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۵). در نتیجه در عقد ضمان مدنی، تضمینات تعهد سابق به سبب سقوط تعهد پیشین زائل می‌شود، نه به سبب تعمیم ماده ۲۹۳ به انتقال تعهد.

۳-۲. نقد نظرات و ارائه راهکار

چنانچه پیش‌تر ذکر شد، در تبدیل تعهد به اعتبار تغییر متعهد، انشای متعده و متعهد جدید ضروری است. اما در بند دو ماده ۲۹۲، قبول متعهد جدید و رضای متعده شرط دانسته شده است. اگر بخواهیم این بند را حمل بر تبدیل تعهد نماییم، لازم است رضا را به معنای رضای انشایی بدانیم. برخی حقوق‌دانان مشابه این امر را در ماده ۷۲۵ ق.م.م.تکب شده‌اند و برای انطباق این ماده بر اصول حقوقی و اقوال فقهی، قبول را به ابراز رضایت ظاهری و رضا را به رضای انشایی حمل کرده‌اند (باقری و مهدیان، ۱۳۹۸، ص ۱۸۵؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۸۵). با این حال به قرینهٔ مقابله، باید میان رضایت و قبول تفاوتی وجود داشته باشد و اگر انشای هر دو مراد بود، راحت‌تر آن بود که قانون‌گذار از تعبیر یکسانی برای هر دو استفاده کند. در خصوص بند سه ماده ۲۹۲، امر به مراتب مشکل‌تر است و صراحت این بند در تخلف از تبدیل تعهد سنتی و ارادهٔ انتقال تعهد، بیشتر از بند قبل است؛ زیرا صراحتاً از انتقال مافی‌الذمه سخن گفته شده است. مضاف بر اینکه اشاره‌ای به لزوم رضا یا انشای متعهد نشده است؛ در حالی که در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد، انشای وی ضرورت دارد. از سویی بسیار بعید است که قانون‌گذار در بند دو تبدیل تعهد را اراده کرده باشد و در بند سه انتقال تعهد را، و هیچ‌یک از حقوق‌دانان چنین تفصیلی قائل نشده است. بنابراین امر دائر می‌شود میان انتساب اشتباه به قانون‌گذار و تصرف غیرعرفی در ظهور، و بلکه نص قانونی از یک سوی، و پایبندی به ظواهر

عبارات قانونی و توجیه تخلف از عنوان ماده، از سوی دیگر.

در دوران این دو، ترجیح با گزینه دوم است؛ چراکه انتساب اشتباه تنها در امور جزئی قابل پذیرش است، حال آنکه در دو بند مذکور، قوت ظهور چنان است که جایی برای توجیه دیگری جز انتساب اشتباه باقی نگذاشته و حقوق دانان مذکور، کل هر دو بند و نه بخشی از آن را ناشی از اشتباه می‌دانند و چنین اشتباهی تنها در فرض بی‌اطلاعی قانون‌گذار از تفاوت میان تبدیل تعهد و انتقال تعهد قابل پذیرش است و چنین احتمالی نیاز به رد ندارد.

بنابر آنچه گذشت، نظر دسته سوم که بند دوم و سوم ماده ۲۹۲ ق.م را همان تبدیل تعهد رومی می‌دانند، قابل پذیرش نیست و مراد از آن دو، انتقال دین و انتقال طلب است. البته این رویه قانون‌گذار به شدت مورد انتقاد است که مواد مربوط به انتقال تعهد را ذیل عنوان تبدیل تعهد گنجانده است، اما گویا قانون‌گذار نظر به کم‌فایده بودن تبدیل تعهد به اعتبار تغییر متعهد و متعهدله و پیراستن مواد مربوطه داشته است.

ماده ۲۹۳ به وضوح از تعهد سابق و لاحق سخن می‌گوید. در خصوص این ماده دو احتمال وجود دارد؛ نخست آنکه این ماده فقط شامل اقسامی از تبدیل تعهد است که مشتمل بر سازوکار اسقاط و ایجاد هستند، یعنی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع یا سبب (بند یک ماده ۲۹۲). در این صورت حکم سقوط تضمینات شامل تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد و متعهدله نمی‌گردد؛ چراکه پیش‌تر تبیین شد که این دو قسم از تبدیل تعهد در حقوق ایران در حقیقت همان انتقال تعهد هستند که فرد تعهد در آن‌ها به حیات خود ادامه می‌دهد. احتمال دیگر آن است که قانون‌گذار تسامحاً تعهد را پس از انتقال، به اعتبار تفاوت اشخاص و تغییر محل دین یا حق، دو تعهد لحاظ کرده است. در نتیجه، حکم ماده ۲۹۳، یعنی سقوط تضمینات، شامل انتقال دین و طلب نیز می‌گردد.

به نظر می‌رسد از میان این دو، احتمال اول پذیرفتنی‌تر است؛ چراکه تعبیر تعهد سابق و تعهد لاحق ظهور در تعدد تعهد دارد و برای پذیرش احتمال دوم، نیازمند ارتکاب خلاف ظهور هستیم. به علاوه، احتمال اول با اصول حقوقی سازگارتر است؛ زیرا چنان‌که گذشت، مقتضای قاعده در انتقال تعهد، بقای تضمینات است و در فرض

پذیرش احتمال دوم، نیازمند توجیه عدول از قاعده در هر دو بخش انتقال دین و طلب هستیم که امری است مشکل (سیداحمدی و دهقانی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۱). بنابراین، نظر گروه نخست درخصوص تعمیم ماده ۲۹۳ به دو بند اخیر ماده ۲۹۲ قابل پذیرش نیست.

نظر گروه نخست با مشکل دیگری نیز مواجه است؛ ایشان درخصوص سقوط تضمینات، تفاوتی بین انتقال دین و انتقال طلب قائل نشده‌اند. این نظر درخصوص انتقال دین قابل توجیه است؛ زیرا نقل دین و یا ضمانت در حق متعهد پیشین نوعی ادا محسوب می‌گردد و مستلزم براءت وی است و اگر به واسطه بقای تضمینات همچنان حق رجوع متعهدله به وی را باقی بدانیم، با مفهوم براءت و ایفا ناسازگار است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۳۴). به‌علاوه، معظم فقهای که درخصوص حکم تضمینات دین پس از ضمان اظهار نظر کرده‌اند، قائل به سقوط تضمینات شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۵۰؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۲۳) که مؤیدی بر این نظر است. همچنین سقوط تضمینات پس از انتقال دین در جدیدترین اسناد حقوقی اروپایی نیز مورد پذیرش قرار گرفته (Bar and Clive, 2009, pp. 266, 267) که همچنین نشان‌دهنده تطابق این نظر با واقعیت‌های اقتصادی روز است و چنان که گمان می‌رود، خروج از مقتضای تحلیل حقوقی صرف در این خصوص چندان غریب نیست.

اما پذیرش سقوط تضمینات در انتقال طلب بسیار مشکل است؛ زیرا علاوه بر مقتضای تحلیل فقهی و حقوقی انتقال طلب و بقای فرد تعهد، اصل انتقال توابع به همراه مال یا حتی موضوع انتقال، از مواد بسیاری از قانون مدنی همچون مواد ۶۸، ۳۵۶، ۲۲۰ و ۳۲ قابل استنتاج است (ساعی، ۱۳۸۶، ج ۱۷۲). توجیحات مذکور در فوق، اعم از مناسبت با نیازهای اقتصادی روز و مؤیدات فقهی نیز درخصوص آن جاری نیست. بنابراین نظر گروه نخست در رابطه با سقوط تضمینات در انتقال تعهد به شکل مطلق محل اشکال خواهد بود.

اشکال دیگری که به نظر گروه نخست وارد است، تعمیم مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م.ب به عقود ضمان و حواله، و در نتیجه سقوط تضمینات در آن دو است. اگر بند دو ماده ۲۹۲ را همان عقد ضمان بدانیم، این پرسش بی‌پاسخ مطرح می‌شود که با وجود مقررات

جداگانه برای ضمان و حواله، چه ضرورتی داشت قانون گذار به ناگاه در خلال مواد مربوط به تبدیل تعهد، مجدداً به بیان احکام عقد ضمان پردازد (روديجانی، ۱۳۹۰، ص ۸۰). به علاوه، عقد ضمان با انشای ضامن و مضمون له محقق می گردد (مفهوم مخالف ماده ۶۸۵ ق.م) (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۶۸۵) و این امر، برخلاف ظاهر بند دو ماده ۲۹۲ است و در صورت اختصاص آن به عقد ضمان، مشابه با اختصاص آن به تبدیل تعهد به اعتبار تغییر متعهد، نیازمند ارتکاب خلاف ظاهر هستیم.

اساساً به نظر می رسد قانون گذار ذیل عنوان تبدیل تعهد و مواد مربوطه، در صدد بیان احکام و آثار عقدی به نام تبدیل تعهد است. به عبارتی می توان تبدیل تعهد را در حقوق ایران از عقود معین دانست که دارای شرایط شکلی و احکام خاصی است. با این وصف، امکان اطلاق گیری از مواد مذکور و تعمیم احکام آن به سایر اعمال حقوقی که کارکردی مشابه تبدیل تعهد، یعنی ایجاد تغییر در یکی از ارکان تعهد را دارند، صحیح نیست؛ زیرا از جمله شرایط اخذ به اطلاق که اصولیان بر شمرده اند، آن است که متکلم در مقام بیان باشد (مظفر، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۷۴)؛ به این معنا که غرض وی بیان حکم برای تمام موضوعات و حالات مشمول اطلاق باشد. اما در مسئله حاضر، قانون گذار در مقام بیان احکام و آثار عقدی به نام تبدیل تعهد است، نه بیان احکام عقود دیگر نظیر ضمان و حواله، و نه تعمیم احکام تبدیل تعهد به هر عمل یا واقعه حقوقی دیگر که کارکردی مشابه با آن دارد، و صرف مشابهت دو عمل حقوقی در برخی امور، نمی تواند توجیه گر مواد قانونی هر یک به دیگری باشد. به عنوان مثال، اگرچه در ماده ۷۲۷ ق.م محال علیه بری در حکم ضامن دانسته شده، اما همچنان شرایط شکلی تشکیل عقد حواله بر بری و عقد ضمان متفاوت است. بلی، پس از بیان قانون گذار، امکان الغای خصوصیت و تنقیح مناط برای استخراج احکام و آثار دیگر عقود وجود دارد، اما میان این دو و اطلاق گیری تفاوت بسیار است و نباید با یکدیگر خلط کردند. با این توضیحات، دو عقد حواله و ضمان از شمول مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م خارج می گردد و نظر اساتید محترمی که ظاهر این دو ماده را شامل ضمان یا حواله می دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۳۳۴) مخدوش خواهد بود.

حقوق دانانی که در خصوص حکم تضمینات پس از انتقال طلب و انتقال دین اظهار نظر کرده‌اند، یا قائل به سقوط تضمینات در هر دو گشته‌اند یا بقای تضمینات در هر دو، و دلیل آن، تلاش برای پابندی به مقتضای اولیه تحلیل حقوقی انتقال تعهد و تبدیل تعهد است. اما چنان که از ماده ۲۹۳ ق.م.ر روشن است، سقوط یا بقای تضمینات از قواعد تکمیلی است که توافق برخلاف آن ممکن است. حال که چنین است، چه مانعی وجود دارد که قانون‌گذار، در صورت وجود مصلحت و یا به قصد ایجاد رویه عرفی در آینده، اقدام به وضع ماده‌ای برخلاف مقتضای اولیه تحلیل حقوقی نماید؟ در این صورت اصرار بر حفظ لوازم تحلیل خشک حقوقی، امری بیهوده می‌نماید.

با توجه به مباحث گذشته، عدم شمول ماده ۲۹۳ ق.م.ر درباره انتقال تعهد روشن شد. حال در نبود تصریح قانونی به سقوط یا بقای تضمینات در انتقال دین و طلب، باید به مقتضای تحلیل‌های فقهی و حقوقی و مدلول دیگر مواد قانونی مدد رجوع کرد. چنان که پیش‌تر ذکر شد، برخی از نویسندگان حقوقی سازوکار انتقال تعهد را بر مبنای جانشینی تبیین نموده‌اند که حاصل آن، خروج دائن یا مدیون از تعهد پس از انتقال طلب یا دین است؛ با این حال به نظر می‌رسد تبیین مذکور با اشکال مواجه است. آنچه در انتقال طلب و انتقال دین رخ می‌دهد، منتقل شدن جنبه مالی مثبت یا منفی تعهد به شخص ثالث است، نه خود تعهد، و اساساً لزومی ندارد در فرآیند انتقال، شخص ثالث وارد رابطه حقوقی‌ای گردد که پیش‌تر میان متعهد و متعهدله شکل گرفته است؛ بلکه تعهد همچنان به عنوان رابطه‌ای حقوقی میان طرفین سابق خود باقی می‌ماند و تنها حق اجرا، له یا علیه شخصی جدید (گیرنده) به وجود می‌آید. با این توضیح، دلیلی برای سقوط اصل تعهد در برابر متعهدله باقی نمی‌ماند و با بقای تعهد، تضمینات آن نیز باقی خواهد ماند. البته در خصوص نقش متعهدله قدیم در رابطه حقوقی پس از انتقال تعهد ذکر این نکته ضروری است که برای وی، حق اجرا باقی نمی‌ماند و نوع تعهد متعهدله در قبال وی، مشابه تعهدات طبیعی خواهد بود و در نتیجه اشکال تعدد صاحب حق اجرا پس از انتقال دفع می‌گردد. اگرچه مقتضای تحلیل مذکور، بقای تضمینات پس از انتقال تعهد به شکل مطلق است، رجوع به عرف و تحلیل قصد مشترک طرفین، و توجه به

اقتضائات اقتصادی روز، نشان از ضرورت تعدیل این نظر دارد.

در انتقال طلب، از آنجا که حقی به دائن جدید منتقل می‌گردد، عرف تردیدی ندارد که گیرنده حق، علاوه بر اصل آن، حق دریافت توابع و تضمینات آن را نیز دارا است و چنان که ذکر شد، این اصل از بسیاری از مواد قانون مدنی قابل استخراج است. حتی در اغلب متون قانونی اروپایی و نیز دکترین حقوقی، این اصل پذیرفته شده که حقوق تبعی بدون نیاز به عمل حقوقی جداگانه، به همراه حق اصلی منتقل می‌گردد (Bar and Clive, 2010, p. 1074). بنابراین قول به عدم سقوط تضمینات در انتقال طلب موجه است، اما در انتقال دین وضع به گونه‌ای دیگر است. تضمینات دین گاه برای ضمانت از اجرای اصل تعهد در نظر گرفته می‌شود و گاه تضمینی برای ذمه شخص متعهد است. در فرض اول، حتی اگر ذمه متعهد سابق بری گردد، از آنجا که دین به قوه خود باقی است و تنها محل آن تغییر کرده است، مقتضای لزوم وفای به عهد آن است که تضمینات به همراه دین باقی بماند (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۰۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۵۹) و در این خصوص تفاوتی بین تضمینات ارائه شده توسط متعهد اصلی یا شخص ثالث نیست. اما در فرض دوم، باید قائل به سقوط تضمینات گشت (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۲۳)؛ چرا که هدف اصلی در این حالت، رهایی ذمه مدیون از قید دین است. به نظر می‌رسد تضمینات تجاری از قبیل اول، و غالب موارد تضمینات مدنی از قبیل دوم هستند. امروزه این استدلال در بسیاری از نظام‌های حقوقی اروپایی پذیرفته شده که نقل دین، به منزله اجرای تعهد توسط بدهکار اصلی و مستلزم برائت ذمه وی به شکل کامل است (Bar and Clive, 2010, p. 1113). این سخن مشابه استدلال فقهای است که در این مسئله قائل به سقوط تضمینات شده‌اند (عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۳۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۵۰؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۲۳).

در متون قانونی ایران نیز ذیل «ضمان عقدی» که از مصادیق بارز انتقال دین است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۳۲۹)، ماده صریحی در خصوص سقوط یا بقای تضمینات به چشم نمی‌خورد. اما می‌توان سقوط تضمینات را با توسل به متن ماده ۷۱۰ ق.م به ضمیمه آنچه در بخش تحلیل فقهی مسئله گذشت، استنباط کرد. این ماده بیان می‌دارد: «اگر ضامن با

رضایت مضمون‌له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید، مثل آن است که دین را ادا کرده است». در این ماده، حواله دین به منزله ایفای تعهد دانسته شده و روشن است که با ایفای تعهد، تضمینات آن نیز ساقط می‌گردد. همچنین پیش‌تر گذشت که اغلب فقهای که در مسئله وضع تضمینات دین پس از ضمان اظهار نظر کرده‌اند، قائل به فک تضمینات با استدلالی مشابه شده‌اند؛ اگرچه معدودی از فقیهان سقوط رهن در ضمان را ناشی از تغایر دین پیش و پس از انتقال می‌دانند (خونی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۶۳). همچنین در خصوص عقد حواله که معظم حقوق‌دانان آن را گونه‌ای از انتقال دین یا انتقال طلب یا آمیزه‌ای از آن دو می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۰۰؛ امامی، ج ۲، ص ۲۶۵؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۱)، ماده‌ای در خصوص سقوط یا بقای تضمینات دین یا طلب پس از عقد به چشم نمی‌خورد. البته در فرض حواله بر بری با توجه به آنکه محال‌علیه در حکم ضامن دانسته شده (م ۷۲۷ ق.م) ممکن است بتوان حواله را در سایر آثار از جمله سقوط تضمینات، در حکم عقد ضمان دانست.

با توجه به آنچه گذشت، در صورتی که بتوان سقوط یا بقای تضمینات دین پس از انتقال را با توجه به اوضاع و احوال مورد (همانند تعلق تضمین به اصل دین یا به ذمه مدیون) از قصد مشترک طرفین استنباط نمود، حکم همان است. در غیر این صورت، در نظام حقوقی ایران قول به سقوط تضمینات در اثر انتقال دین مرجح است و نظر گروه دوم که قائل به بقای تضمینات به شکل مطلق، حتی در انتقال دین هستند، مورد انتقاد است. راه‌حل ارائه‌شده در فوق از این ویژگی برخوردار است که هم با مبانی فقهی و حقوقی سازگار است و هم با ظاهر مواد قانونی. به علاوه، قانون‌گذار را از انتساب اشتباه فاحش مصون می‌دارد.

نتیجه‌گیری

پژوهش در مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م چنین نشان داد که ظاهر عبارات بند دو و بند سه ماده ۲۹۲ بر انتقال دین و انتقال طلب منطبق است، در حالی که این دو بند ذیل عنوان تبدیل تعهد گنجانده شده و تعمیم حکم مذکور در ماده ۲۹۳ بر این دو بند، با قواعد حقوقی

ناسازگار است. از بررسی احتمالات موجود و عرضه آنها بر قواعد تفسیر متن و سایر قواعد حقوقی، این نتیجه حاصل شد که قانون‌گذار در دو بند مذکور، در پی تعریف تبدیل تعهد سنتی نبوده است، بلکه عامداً انتقال دین و انتقال طلب را به جای تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد و متعهدله نشانده، تا از سویی نهاد تبدل تعهد را پیراسته سازد، و از سوی دیگر جای خالی انتقال تعهد را در حقوق ایران پر سازد. در نتیجه، حکم سقوط تضمینات که در ماده ۲۹۳ بیان شده، قابل تعمیم به انتقال دین و انتقال طلب نیست. همچنین قانون‌گذار در دو ماده مذکور، در مقام بیان احکام عقد معینی به نام «تبدیل تعهد» بوده که ویژه نظام حقوقی ایران و تابع احکام و شرایط خاص خود است و با تبدیل تعهد سنتی تفاوت دارد. در نتیجه، اطلاق و یا ظاهر این مواد قابل تعمیم به عقود دیگر، همچون ضمان و حواله نیست. کنکاش در سایر مواد قانون مدنی و اقوال فقها و نیز تحلیل‌های حقوقی و فقهی برای تأسیس قاعده در خصوص حکم تضمینات در اثر انتقال تعهد، نشان داد که بهتر آن است در این خصوص قائل به تفصیل شویم: قاعده عمومی در انتقال طلب، بقای تضمینات است و در انتقال دین و مصادیق آن همچون ضمان و حواله، سقوط تضمینات. بنابراین نظر آن دسته از حقوق‌دانان که در هر دو قائل به سقوط تضمینات یا بقای آن هستند، مورد خدشه است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. امامی، سید حسن. (۱۳۶۸). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
۲. باقری، احمد؛ مهدیان، محسن. (۱۳۹۸). واکاوی چگونگی انعقاد حواله: با رویکرد نقد ماده ۷۲۵ قانون مدنی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۹، صص ۱۸۸-۱۶۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۳). ضمان عقدی در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (ج ۱۸، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتیة علیه السلام.
۶. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۳، چاپ اول). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۷. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (ج ۲، چاپ اول). قم: منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۲، چاپ بیست و هشتم). قم: نشر مدینه العلم.
۹. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی (ج ۳۳، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته الله.
۱۰. رودیجانی، محمد مجتبی. (۱۳۹۰). سقوط تعهدات. تهران: میزان.
۱۱. ساعی، محمد هادی. (۱۳۸۶). وضعیت تضمینات پس از انتقال طلب یا انتقال دین. پژوهش‌نامه حقوق اسلام، ۸(۲۶)، صص ۱۵۱-۱۸۶.
۱۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (ج ۲۰، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه‌الله.

۱۳. سنهوری، عبد الرزاق. (۱۹۵۳م). مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج ۱). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۴. سنهوری، عبد الرزاق. (بی تا). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ج ۱، ۳). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۵. سیداحمدی، سید علی؛ دهقانی، ایمان. (۱۳۹۷). عقد ضمان، زوال یا بقای تضمینات تعهد: با نگاهی به حقوق فرانسه. حقوق خصوصی، ۱۵(۱)، صص ۸۷-۱۰۶.
۱۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی مکی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۴، چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی مکی. (۱۴۲۲ق). حاشية شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۸). سقوط تعهدات (چاپ سیزدهم). تهران: مجد.
۱۹. صفایی، سید حسین. (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها (ج ۲). تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.
۲۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (بی تا). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ج ۵، ۱۶، ۱۸، چاپ اول). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۱. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلّی. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). حقوق مدنی: دوره عقود معین (ج ۴). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). نظریه عمومی تعهدات. تهران: میزان.
۲۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (چاپ پنجاه و چهارم). تهران: میزان.
۲۵. محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل (ج ۱۳، چاپ اول). بيروت: مؤسسه آل البيت (ع).

۲۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (چاپ دوم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۷. مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۳). اصول الفقه (ج ۱). قم: دار الفکر.
۲۸. نجفی، محمدتقی. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۲۶، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۹. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحشی، ج ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
31. Bar, Christian von and Clive, Eric. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*. Walter de Gruyter.
32. Bar, Christian von and Clive, Eric. (2010). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Oxford University Press.

References

* The Holy Quran

1. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*. (Vol. 5, 16, 18, 1st ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
2. Bagheri, A., & Mahdian, M. (1398 AP). Analyzing how to conclude a transfer: with the approach of criticizing Article 725 of the Civil Code. *Teachings of civil jurisprudence*, 19, pp. 163-188. [In Persian]
3. Bar, C., & Clive, E. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition. Walter de Gruyter.
4. Bar, C., & Clive, E. (2010). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Oxford University Press.
5. Emami, S. H. (1368 AP). *Civil Rights*. Tehran: Islamiyeh Publications. [In Persian]
6. Fakhr al-Muhaqqin, M. (1387 AH). *Izan al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
7. Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsik al-Urwa al-Wuthqa* (Vol. 13, 1st ed.). Qom: Dar al-Tafseer Foundation. [In Arabic]
8. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Tafsil Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shariah*. (Vol. 18, 1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
9. Jafari Langaroudi, M. J. (1370 AP). *Legal terminology*. Tehran: Ganje Danesh Library. [In Persian]
10. Jafari Langroudi, M. J. (1393 AP). *Contractual guarantee in civil law*. Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
11. Katouzian, N. (1384 AP). *Civil rights: period of certain contracts* (Vol. 4). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
12. Katouzian, N. (1385 AP). *General theory of obligations*. Tehran: Mizan. [In Persian]
13. Katouzian, N. (1396 AP). *Civil law in the current legal system* (54th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]

14. Khoei, S. A. (1409 AH). *Mabani al-Urwa al-Wuthqa* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Dar al-Ilm School Publications, Lotfi. [In Arabic]
15. Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj al-Salehin* (Vol. 2, 28th ed.). Qom: Madina Al-Ilm Publishing House. [In Arabic]
16. Khoei, S. A. (1418 AH). *Encyclopaedia of Imam al-Khoei* (Vol. 33, 1st ed.). Qom: The Institute for Revival of Imam Al-Khoei's Works. [In Arabic]
17. Mohaddeth Nouri, M. H. (1408 AH). *Mustadrak al-Wasail va Mustanbat al-Masa'il* (Vol. 13, 1st ed.). Beirut: Alulbayt Institute. [In Arabic]
18. Mohaghegh Damad, S. M. (1390 AP). *General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law* (2nd ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
19. Mozafar, M. R. (1383 AP). *Usul al-Fiqh* (Vol. 1). Qom: Dar al-Fikr. [In Persian]
20. Najafi, M. T. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vol. 26, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
21. Rudijani, M. M. (1390 AP). *Collapse of commitments*. Tehran: Mizan. [In Persian]
22. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab Al-Ahkam* (Vol. 20, 4th ed.). Qom: Al-Manar Institute - Office of Hazrat Ayatollah Sabzevari. [In Arabic]
23. Saei, M. H. (1386 AP). The status of securities after transfer of claim or transfer of debt. *Research Journal of Islamic Law*, 8(26), pp. 151-186. [In Persian]
24. Safaei, S. H. (1351 AP). *Introductory course of civil rights, general rules of contracts* (Vol. 2). Tehran: Publications of the Higher Accounting Institute. [In Persian]
25. Senhouri, A. (1953). *Masadir al-Haq fi al-Fiqh al-Islami* (Vol. 1). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
26. Senhouri, A. (n.d.). *Al-Wasit fi Sharh al-Qanoun al-Madani al-Jadid* (Vol. 1, 3). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
27. Seyed Ahmadi, S. A., & Dehghani, I. (1397 AP). Contract of guarantee, deterioration or survival of guarantees of obligation: with a look at French law. *Private Law*, 15(1), pp. 106-87. [In Persian]

28. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Encyclopaedia Foundation. [In Arabic]
29. Shahid Thani, Z. (1422 AH). *Hashiyeh Sharae al-Islam* (1st ed.). Qom: Publications of Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]
30. Shahidi, M. (1398 AP). *The fall of Obligations* (13th ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
31. Yazdi, S. M. K. (1419 AH). *Al-Urwa Al-Wothqa* (Al-Mahshi, vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
32. Yazdi, S. M. K. (1428 AH). *Al-Urwa Al-Wothqa ma'a al-Ta'lighat* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Publications of Imam Ali Bin Abi Talib School. [In Arabic]

Research Article
**A Jurisprudential and Legal Examination of
Transactions of Depressed People¹**

Zohreh Baghi'ee²

Ali Akbar Izadifard³

Ali Akbar Jahani⁴

Received: 24/03/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

Today, many mental disorders are spreading, which have a direct effect on the intention and will of the parties and affect the validity of the transaction. One of these common disorders is depression. The basic question in this study is what is the status of transaction accuracy in depressed people with different degrees? In this article, which was compiled via a library method and in a descriptive-analytical way, we reached the conclusion that

1. This article has been taken from a doctorate thesis entitled "A Study on the Jurisprudential Status of Transactions in Mental and Personality Disorders". Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University (Supervisor: Dr. Ali Akbar Izadifard; Advisor: Dr. Ali Akbar Jahani), Babolsar, Iran.
2. PhD student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Babolsar University, Mazandaran, Iran (corresponding author). z.baghi'ee03@umail.umz.ac.ir.
3. Professor of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University, Iran. Ali85akbar@yahoo.com.
4. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University, Iran. Aajahani110@yahoo.com

* Baghi'ee, Z., & Izadi Fard, A. A., & Jahani, A. A. (1401 AP). A Jurisprudential and Legal Examination of Transactions of Depressed People, *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 120-156.
Doi: 10.22081/jf.2023.63647.2487.

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

depression in the weak state of the disease can be treated and controlled. However, in acute degrees, due to the lack of perception and thinking power and lack of concentration and severe weakness in decision-making, the intention is faced with errors and mistakes, and the patient makes repeated impulsive and forced transactions and makes unlimited gifts and makes irrational bequests suspecting to get rid of negative thoughts and without paying attention to the effects and consequences. According to the critical conditions of those suffering from depression with acute degrees, as well as the verification of the existence of a defect in the intention of such patients by technical experts, the transactions of these people in this situation are considered null and void according to jurisprudential and legal foundations.

Keywords

Transactions, sensory disorder, depression, bipolar, intention.

مقاله پژوهشی

بررسی فقهی و حقوقی معاملات افراد افسرده^۱

زهره بقیعی^۲ علی اکبر ایزدی فرد^۳ علی اکبر جهانی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

چکیده

© Author (s)



امروزه اختلالات روانی زیادی در حال گسترش هستند که اثر مستقیمی بر عنصر قصد و اراده طرفین می‌گذارد و صحت معامله را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یکی از این اختلالات شایع، اختلال افسردگی است. پرسش اساسی در این پژوهش این است که وضعیت صحت معاملات در افراد افسرده با درجات مختلف چگونه است؟ در این نوشتار که به روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی-تحلیلی تدوین گردیده به این نتیجه دست یافتیم که افسردگی در حالت ضعیف بیماری، قابل درمان و کنترل است، اما در درجات حاد به جهت فقدان قوه ادراک و تفکر و عدم تمرکز و ضعف شدید در تصمیم‌گیری، قصد را با خطا و اشتباه مواجه می‌کند و بیمار به گمان رهایی از افکار منفی و بدون توجه به آثار و پیامدهای ناشی از آن، به انجام معاملات تکانشی و اجباری مکرر و بذل و بخشش‌های بی‌حد و حصر و انجام وصایای غیر منطقی می‌پردازد. با توجه به شرایط بحرانی مبتلایان به افسردگی با درجات حاد و همچنین احراز وجود خلل در عنصر قصد در این دسته از بیماران توسط کارشناسان فن، معاملات این دسته از افراد در این حالت مطابق بر مبانی فقهی و حقوقی محکوم به بطلان است.

کلیدواژه‌ها

معاملات، اختلال حواس، افسردگی، دوقطبی، قصد.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان: «بررسی وضعیت فقهی حقوقی معاملات در اختلالات روانی خُلقی و شخصیتی». گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران (استاد راهنما: دکتر علی اکبر ایزدی فرد؛ استاد مشاور: دکتر علی اکبر جهانی)، بابلسر، ایران می‌باشد.
۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بابلسر، مازندران، ایران (نویسنده مسئول).

z.baghi03@umail.umz.ac.ir

۳. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، ایران. Ali85akbar@yahoo.com

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، ایران.

Aajahani110@yahoo.com

* بقیعی، زهره؛ ایزدی فرد، علی اکبر و جهانی، علی اکبر. (۱۴۰۱). بررسی فقهی و حقوقی معاملات افراد افسرده.

Doi: 10.22081/jf.2023.63647.2487

فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹ (۱۱۲)، صص ۱۲۰-۱۵۶.

مقدمه

در اندیشه‌های فقهی و حقوقی، انشاء معاملات و قراردادها بر مبنای اراده طرفین استوار است؛ به این معنا که در هر عمل حقوقی، آگاهی وجدان از آن چیزی که طرفین آن را اراده می‌کنند ضروری است. امروزه اختلالات روانی بسیار گسترده‌ای شناسایی شده که هر کدام اثر مستقیمی بر درک و رفتار افراد می‌گذارد. اختلالات خلقی نیز دسته‌ای از اختلالات روانی هستند که همیشه باعث مختل شدن یا پایین آمدن کیفیت عملکرد اجتماعی، فردی، شغلی یا تحصیلی در افراد مبتلا می‌شوند. از جمله این اختلالات می‌توان به اختلال افسردگی اشاره نمود.

با توجه به شیوع و گستردگی اختلالات روانی از جمله اختلالات افسردگی و دوقطبی در میان افراد جامعه و به جهت آسیب‌پذیر بودن مبتلایان در دوره‌های حاد افسردگی و همچنین ضرورت بررسی میزان تأثیر آن بر اعمال حقوقی و بالأخص معاملات و قراردادهای مالی ایشان، بر آن شدیم تا با هدف حفظ و صیانت از حقوق فردی و اجتماعی مبتلایان و سایر افراد جامعه، این مسئله را در این نوشتار مورد کنکاش و ارزیابی قرار دهیم. در این راستا پرسش‌های بسیاری مطرح می‌شود؛ از جمله اینکه آیا معاملات افراد مبتلا به افسردگی شدید به جهت ایجاد اختلال در عنصر قصدشان و به عبارتی به دلیل فقدان شرط صحت، باطل محسوب می‌گردد؟ و یا به جهت انجام معاملات غیر عقلایی غالب، به سفها ملحق گشته و احکام سفیه در موردشان جاری است؟ در جستار حاضر به بررسی مسائل فوق‌الذکر پرداخته می‌شود.

۱. مفاهیم بنیادی

DSM^۱: استاندارد یا راهنمای تشخیص و آماری اختلالات روانی است که از معتبرترین و به‌روزترین مجموعه‌های طبقه‌بندی اختلالات روانی در مجامع علمی دنیا محسوب می‌گردد و به‌روزترین آن نسخه پنجم آن یعنی DSM-V است (نولمن هوکسما، ۱۳۹۴، ص ۶۷۹).

1. diagnosis and statistical manual of mental disorders (DSM)

خُلُق: به حالت عاطفی گفته می‌شود که روی رفتار انسان تأثیر می‌گذارد؛ برخلاف احساس که ممکن است فقط چند دقیقه طول بکشد (سادوک، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۷).

اختلالات خُلقی: دسته‌ای از بیماری‌های روان‌پزشکی هستند که بر حالات عاطفی فرد تأثیر دارند و در DSM-V این اختلال بر اساس قطبیت تقسیم گردیده است (سادوک، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۷).

خُلُق افسرده: خُلُق افسرده محدود به زمان یا مکان خاصی نیست، بلکه واکنشی است در مقابل استرس که در هر زمان و برای هر کس بنا به موقعیت هر فرد ممکن است به انواع مختلف رخ دهد. معمولاً اکثر افراد بالغ در دوره‌ای از عمر خود دچار این حالت بوده‌اند و متأسفانه اکثریت از افسردگی خود، آگاه نبوده و نیستند. یکی از دلایل آن خلط دو مفهوم متفاوت اختلال افسردگی و خُلُق افسرده (غمگینی) است. غمگینی ناخشنودی یا نارضایتی موقتی است که بر اثر عدم هماهنگی شرایط با میل افراد رخ می‌دهد و با آشفتگی روحی واقعی و تقلیل بینش معنوی فرد همراه نیست؛ درحالی‌که اختلال افسردگی حالتی است که بر کیفیت خُلُق شخص تأثیر عمیق گذاشته و نحوه ادراک او از خود و محیطش را دگرگون می‌سازد (اشرفیان بناب، ۱۳۸۰، ص ۱۴۴).

مانیا:^۱ اپیزود مانیک، یک دوره متمایز از خُلُق شاد و پرنشاط یا یک خُلُق غمگین و تحریک‌پذیر است که حداقل یک هفته طول می‌کشد و در صورت نیاز فرد باید بستری گردد (اشرفیان بناب، ۱۳۸۰، ص ۸۷).

هیپومانیا:^۲ اپیزود هیپومانیک حداقل چهار روز طول می‌کشد و از هر لحاظ شبیه به اپیزود مانیک است، با این استثناء که به اندازه کافی شدید نیست که باعث اختلال یا کاهش کیفیت عملکرد اجتماعی یا شغلی فرد شود و هیچ کدام از ویژگی‌های سایکوتیک^۳ (هذیان و توهم) در آن نیست (اشرفیان بناب، ۱۳۸۰، ص ۸۶).

تک قطبی‌ها: این اختلال که به آن افسردگی عمده، اپیزود منفرد یا تک اپیزودی

1. manic episod

2. hypomania

۳. نوعی بیماری روانی که فرد ارتباط خود را با واقعیت از دست می‌دهد و اغلب دچار هذیان و توهم می‌شوند.

نیز گفته می‌شود، بدون هیچ سابقه ابتلا به مانیا یا هیپومانیا یا میکس روی می‌دهد و فرد برخلاف دوقطبی‌ها، تنها در یک خلق افسرده قرار دارد (ترن پنی، ۱۳۹۶، ص ۲۴۰).

اختلال دوقطبی: بیماری دوقطبی^۱ یا بیماری افسردگی-شیدایی^۲ شکلی از جنون^۳

که در آن نوسانات شدید خلق و خو و تزلزل احساسی دیده می‌شود و به دو نوع I و II تقسیم می‌گردد (ترن پنی، ۱۳۹۶، ص ۲۴۰).

اختلال دوقطبی I: به عنوان یک اختلال خلقی که در آن امکان بروز دوره‌های

افسردگی اساسی یا هیپومانیا قبل یا بعد از حملات مانیا وجود دارد (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۱۶۸).

اختلال دوقطبی II: اختلالی است که در آن حداقل یک دوره هیپومانیا و یک

دوره افسردگی اساسی وجود دارد. این اختلال فاقد دوره‌های مانیا است (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۱۷۸).

هم‌ابتلایی: وجود یک یا چند بیماری یا اختلال اضافی که هم‌زمان با یک بیماری

یا اختلال اولیه رخ می‌دهد. (Plana et al, 2019, p. 260).

خرید اجباری: خریدهای تکانه‌ای، آنی، مکرر و غیرقابل کنترل هستند که به عنوان

پاسخی اولیه به احساسات منفی صورت می‌گیرد (Moon & Attiq, 2018, p. 549).

آنهدونیا: یک وضعیت شدید خلقی است که با فقدان کامل لذت، انگیزه و علاقه

همراه است (Cooper et al, 2018, p. 128).

افسردگی ملانکولی: افسردگی مالیکولیایی شکلی از اختلال افسردگی اساسی

(MDD) است که با ویژگی‌های مالیکولیایی خود را نشان می‌دهد (Dold et al, 2021, p. 1).

1. bipolar disorder
2. manic - depressive
3. psychosis
4. comorbidity
5. compulsive buying behavior (CBB)
6. anhedonia
7. melancholic depression

معاملات: معامله کلمه‌ای مترادف با عقد است، با این تفاوت که اخص از آن بوده و فقط شامل عقود مالی و معوض می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۱۳). معامله به معنی خاص شامل عقود (مالی و غیرمالی مانند نکاح) و ایقاعات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۶۶۴). منظور از معاملات در این نوشتار نیز معنای اخص آن است. با توجه به آنچه گذشت افسردگی با بیماری‌ها و اختلالات روانی فراوانی ارتباط داشته و هر کدام از آن‌ها می‌تواند به تنهایی و بر اساس شرایط روحی، روانی، اجتماعی و ... در معاملات و فعالیت‌های اقتصادی فرد مؤثر باشد.

۲. وضعیت معاملات افراد مبتلا به افسردگی حاد

احساس افسردگی یک پدیده طبیعی است که بر اثر عوامل خارجی ممکن است به نسبت‌های مختلف در هر فرد پیدا شود، اما در صورتی که این حالت شدید باشد و یا به صورت طولانی مدت ادامه یابد و فرد را در امور زندگی دچار مشکل کند، این پدیده از حالت طبیعی خارج شده و به عنوان یک بیماری مطرح می‌گردد (طریقتی، ۱۳۵۵، ص ۱۸۳). اختلالات افسردگی اساسی و اختلال افسردگی دوقطبی از جمله اختلالات افسردگی‌ای هستند که در طول آن، فرد مبتلا دوره افسردگی را به صورت شدید تجربه می‌کند. در ادامه پس از موضوع شناسی دقیق آن‌ها به بررسی وضعیت معاملات افراد مبتلا پرداخته خواهد شد.

۱-۲. افسردگی اساسی (MDD)

شایع‌ترین اختلال خلقی، اختلال افسردگی اساسی است که با دوره‌های تکی حداقل دو هفته‌ای (گرچه بیشتر دوره‌ها خیلی طولانی‌ترند) همراه با وخامت قابل ملاحظه خلق و کارکردهای شناختی مشخص می‌شود (هافمن، ۱۳۹۸، ص ۲۱۵). اختلال افسردگی اساسی (عمده) بدون هر گونه سابقه ابتلا به اپیزود مانیک، میکس یا هیپومانیک روی می‌دهد. این اختلال باید حداقل دو هفته به طول انجامد و افرادی مبتلا به افسردگی عمده

محسوب می‌شوند که حداقل چهار نشانه از یک مجموعه نشانه‌ها را تجربه کنند (سادوک، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۷).

مجموعه این علائم بدین شرح است: ۱. وجود خُلق افسرده در اکثر ساعات روز و تقریباً تمام روزها ۲. کاهش علایق یا لذت‌ها در تمام یا تقریباً تمام فعالیت‌های شبانه‌روزی و تقریباً تمام روزها ۳. کاهش چشمگیر وزن بدون گرفتن رژیم غذایی یا افزایش وزن یا کاهش یا افزایش اشتها تقریباً در همه روزها ۴. بی‌خوابی یا پرخوابی تقریباً در تمام روزها ۵. سراسیمگی یا کندی روانی-حرکتی در تمام روزها ۶. خستگی و فقدان انرژی ۷. احساس بی‌ارزشی یا احساس گناه مفرط ۸. کاهش توانایی تفکر و تمرکز در تمام روزها ۹. افکار مکرر در مورد مرگ. نکته اساسی در این علائم این است که باید از نظر بالینی سبب ناراحتی چشمگیر یا افت کارکرد اجتماعی، شغلی و یا سایر جنبه‌های کارکردی فرد شود (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۲۰۲).

برای اینکه علامتی به‌عنوان علامت اختلال افسردگی اساسی محسوب گردد، باید به‌تازگی بروز کرده باشد یا نسبت به زمان قبل از بروز بیماری فرد تغییر محسوسی مشاهده شود (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۲۰۴). اختلال افسردگی عمده معمولاً آغاز کندی دارد که چند هفته یا حتی چند ماه طول می‌کشد. هر دوره آن به‌طور معمول چند ماه دوام یافته و به‌تدریج به پایان می‌رسد. این اختلال تعداد قابل‌توجهی از مردم را دچار می‌کند (آوادیس یانس، ۱۳۸۰، ص ۳۰۲).

گرچه تشخیص بر مبنای دوره تکی افسردگی امکان‌پذیر است، اما در اکثر موارد افسردگی اساسی به وسیله دوره‌های مکرر با بهبودهایی بین دوره‌ها مشخص می‌شود. نوع مزمن‌تر افسردگی، یعنی اختلال افسردگی مداوم (افسرده‌خویی) را زمانی می‌توان تشخیص داد که آشفتگی خُلقی به مدت حداقل دو سال در بزرگ‌سالان و یک سال در کودکان ادامه یابد. برای بیماران که به اختلال افسردگی مداوم و افسردگی اساسی هم‌زمان مبتلا هستند، تشخیص افسردگی مضاعف^۱ داده می‌شود؛ یعنی در طول بهبود

1. double depression

میان دوره‌ای فقط به سطح افسرده خویی می‌رسند که ممکن است دورهٔ دیگر افسردگی اساسی را به دنبال داشته باشد (هافمن، ۱۳۹۸، ص ۲۱۵). اختلالات خلقی معمولاً با سایر اختلالات روانی نیز همراه می‌شوند که در اصطلاح به آن هم‌ابتلایی می‌گویند. اختلال افسردگی اساسی رایج‌ترین اختلال هم‌زمان است که معمولاً شروع آن بعد از اختلال بدریخت‌انگاری^۱ می‌باشد (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۲۸۰). این اختلال اغلب با سطوح بالایی از احساسات خودسرزنش‌کننده مانند شرم و گناه همراه است؛ به خصوص گناه بازمانده که تا زمان بهبودی ادامه دارد. احساس گناه مبتنی بر همدلی و نوع دوستی بیش از حد با اختلال افسردگی اساسی ارتباط مستقیمی دارد (Pulcu, 2015, p. 1301, Jacquet, 2011, p. 701; Pulcu, 2014, p. 899). افزایش فعالیت در نواحی قشر جلو پیشانی قدامی میانی می‌تواند انگیزه‌های غیر معمولی قوی برای نوع دوستی دلسوزانه یا فداکارانه ایجاد کند (Connor, 2012, pp. 19-21). اختلال افسردگی اساسی همچنین منجر به افزایش ناهنجاری‌ها در تصمیم‌گیری‌های اجتماعی می‌گردد (Beddington et al, 2008, p. 1059)؛ به‌طور مثال معمولاً در یک بازهٔ زمانی نسبتاً طولانی، درگیر خریدهای غیر قابل کنترل می‌شوند که از یک میل غیر قابل مقاومت، به‌ویژه تمایلی برخلاف میل آگاهانه فرد نشئت می‌گیرد. لذا به جهت لذت وافر که از خرید کردن می‌برند، اکثر اوقات بدون هیچ‌گونه نیاز یا قصد قبلی و حتی بدون فکر کردن در مورد آن، اقدام به خریدهای تکانشی^۲ می‌کنند و به همین جهت بعد از خرید احساس افسردگی می‌نمایند (Koran, 2006, p. 1808). در این میان زنان تمایل بیشتری به خریدهای اجباری یا خریدهای تکانشی دارند که با نقش جنسیتی آنان بسیار مرتبط است (Thomas, 2016, p. 357).

خریدهای اجباری یا تکانشی، بخشی از یک طبقهٔ وسیع از رفتارهای پی‌درپی و مکرر است که اغلب برای تسکین تنش، اضطراب، افسردگی یا کسالت به کار می‌رود. مشخصهٔ آن نگرانی در خرید، خرید بیش از توان مالی یا خرید کالاهای غیر ضروری

1. body dysmorphic disorder

2. compulsive buying

است. علاوه بر تأخیر طولانی در خرید که منجر به پریشانی یا تداخل آشکار در عملکرد اجتماعی و شغلی افراد می‌گردد، اغلب این افراد اظهار می‌کنند که وقتی شروع به خرید می‌کنند، دیگر قادر به کنترل رفتار خود نیستند (Pacheco, 2020, p. 551). فرایند اجباری و تکانشی خرید باعث شده است که زندگی آن‌ها به معنای واقعی کلمه از کنترل خارج شود. افرادی که به درجات حاد افسردگی و حالت‌های حُلَقی پایین مبتلا هستند، عزت‌نفس پایین‌تری را نسبت به سایرین تجربه می‌کنند (Workman, 2010, p. 113). درگیر شدن در چنین خریدهایی از ویژگی‌های بارز آن‌ها است که فرد مبتلا با کوچک‌ترین محرک اقدام به رفتارهای تکانشی فاقد قصد، از جمله خرید و فروش می‌کند. علت این امر عدم تطابق خود ایده‌آل با خود فعلی فرد است که باعث ایجاد اختلاف در برداشتی می‌شود که می‌تواند از خود داشته باشد. هرچه ناسازگاری بین این دو خود بیشتر باشد، معایب بیشتری از طریق غم و اندوه و افسردگی آشکار می‌شود. در این حالت فرد به خریدهای آنی و تکانشی بیشتری اقدام می‌کند تا احساس بهتری داشته باشد و بتواند فاصله بین دو قطب خود را کاهش دهد. بنابراین هرچه میزان افسردگی بالاتر باشد، تمایل به استفاده از خریدهای اجباری یا تکانشی آسیب‌زا و مشکل‌آفرین بیشتر است (Varveri and et all, 2014, p. 149).

یکی دیگر از نشانه‌های بسیار رایج افسردگی اساسی، کاهش تمرکز است. با توجه به آسیب‌هایی که مشکلات تمرکز در افراد افسرده ایجاد می‌کند، بیماران آن را نوعی زوال عقل غیر قابل‌برگشت می‌نامند (Watts & Sharrock, 1985, p. 317). نشخوارهای فکری افکاری هستند که به حوادث و ماهیت خلق افسرده مربوط‌اند، هدف‌مدار نبوده و افراد را به طرح و عمل راهنمایی نمی‌کنند. زمانی که فرد مشغول نشخوار فکری است، از لحاظ اجتماعی با محیط همخوانی و مشارکت ندارد. نشخوار فکری در اختلال افسردگی اساسی از لحاظ مدت طولانی‌تر، از لحاظ کنترل ضعیف‌تر و به لحاظ مدت استمرار بیشتری دارد. عواطف منفی شدید و طولانی، علائم افسرده‌ساز، تفکر سودار منفی، حل مسئله ضعیف، انگیزش آسیب‌دیده، بازداری از رفتارهای مؤثر، تمرکز و شناخت آشفته و فشار و مشکلات بیشتر، از جمله آسیب‌های نشخوار فکری است. خلق

افسرده سبب می‌شود که نشخوار فکری با آشفتگی در تمرکز همراه باشد. نقص در انگیزش، تمرکز و رفتارهای مؤثر ممکن است کارآمدی فرد در محل کار و انعطاف‌پذیری او در موقعیت‌های اجتماعی را کاهش بدهد. افکار نشخواری در فعالیت‌های مهم و معمولی و فعالیت‌های روزمره افراد مداخله کرده و در تمرکز و عملکرد آن‌ها خلل ایجاد می‌کند و در نهایت سبب افزایش سطح مشکلات و تنش می‌شود (پاپاجورجیو، ۱۳۸۶، صص ۷-۳۲).

نشخوار فکری یکی از زیرشاخه‌های سرگردانی ذهن^۱ و از بارزترین ویژگی بیماران مبتلا به اختلال افسردگی اساسی است. سرگردانی ذهن به حالتی اطلاق می‌شود که در آن توجه فرد را از کار یا موقعیتی که در حال حاضر در آن قرار دارد خارج می‌کند و به سمت افکار، احساسات یا ادراکات درونی سوق می‌دهد (Fell, 2018, p. 1).

افسردگی اساسی توانایی تفکر، توجه، حافظه، قدرت پردازش اطلاعات و مهارت‌های تصمیم‌گیری فرد را مختل می‌کند. همچنین انعطاف‌پذیری شناختی (توانایی تطبیق اهداف و استراتژی‌های خود با شرایط در حال تغییر) و عملکرد اجرایی را به‌طور قابل توجهی کاهش می‌دهد. نقص‌های شناختی یکی از ویژگی‌های اصلی افسردگی است. عملکرد شناختی که به‌طور بالقوه در بروز بی‌لذتی و عقب‌ماندگی روانی حرکتی نقش دارد، می‌تواند با اختلال خواب و خستگی بدتر شود و منجر به آسیب و ناتوانی عمیق روانی اجتماعی گردد. نقایص شناختی همیشه به یک شکل یا به یک میزان ظاهر نمی‌شوند و در افسردگی اساسی این نقایص به‌صورت جدی، قدرت تمرکز و تفکر فرد را کاهش می‌دهد (Atique-Ur-Rehman, & Neill, 2019, p. 62).

ملانکولیا که در فارسی مالیخولیا ترجمه شده است، یکی از قدیمی‌ترین اصطلاحات در روان‌پزشکی است که اولین بار توسط بقراط برای توصیف خلق سیاه (تیره) افسردگی به کار رفت. امروزه نیز به نوعی از افسردگی اشاره می‌شود که در آن، آنهدونیا، بیدارشدن در صبح زود، کاهش وزن و احساس گناه عمیق (معمولاً برای

1. mind wandering

رویدادهای بی‌اهمیت) جزو نشانه‌های غالب هستند. برای بیماران ملانکولیک (مالیخولیایی) داشتن افکار انتحاری و خودکشی موضوعی بسیار عادی است (سادوک، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۰۶). ملانکولیا با تغییراتی در سیستم عصبی خودمختار و تغییراتی در عملکرد سیستم غدد درون‌ریز مرتبط است، به گونه‌ای که بر چندین محل در قشر جلوی مغز، آمیگدال، هیپوکامپ، هسته اکومبوس و هابنولا تأثیر می‌گذارند (Gold, 2021, p. 212). مطابق DSM5 ویژگی‌های ملانکولیک را در افسردگی اساسی و اختلالات دوقطبی I و II می‌توان مشاهده نمود (سادوک، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۰۶). مبتلایان به افسردگی با ویژگی‌های ملانکولیک از نظر قوای روانی، قوه تمیز، قدرت اراده و قدرت اداره امور مربوط به خود دچار اختلال شدیدی هستند، به نحوی که قادر به تشخیص شرایط خود و محیط اطراف نیستند (طریقتی، ۱۳۵۵، ص ۱۸۳).

۲-۲. افسردگی دوقطبی^۱ (BDD)

اختلالات دوقطبی I مجموعه‌ای از یک یا چند گستره شیدایی (مانیا) و یک یا چند گستره افسردگی اساسی یا گستره‌های مختلط است که در افراد مبتلا بروز می‌کند. در این نوع اختلال افراد در دور پایان‌ناپذیری از اوج وجد (مانیا) تا عمق یأس (افسردگی) قرار می‌گیرند. اوج وجد که در اصطلاح روان‌شناسی از آن به مانیا یا شیدایی تعبیر می‌شود کاملاً متضاد با گستره افسردگی (حالت اُفت حیاتی) قرار دارد (دادستان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۶۵).

اختلال دوقطبی (افسردگی شیدایی) شکلی از جنون^۲ است که در آن نوسانات شدید خلق و خو و تزلزل احساسی دیده می‌شود (ترن پی، ۱۳۹۶، ۲۴۰). به نظر می‌رسد که اختلال دوقطبی I نوع شدیدتری از افسردگی باشد (آوادیس یانس، ۱۳۸۰، ص ۳۱۰). اختلال افسردگی شیدایی معمولاً شامل تعداد بی‌شماری از رفتارهای پرخطر است.

1. manic - depressive

2. psychosis

نوسانات خلقی شدید که مشخصه اصلی این اختلال است، منجر به تصمیم‌گیری ضعیف شده و پیامدهایی چون ورشکستگی را در پی دارد. در این افراد رفع افراط و قضاوت نادرست در تصمیم‌گیری‌های مالی کار آسانی نیست (Smith et al, 2015, pp. 20-21).

الگوی شناختی گزارش شده در افسردگی دوقطبی با افسردگی اساسی به‌ویژه در رابطه با حافظه و عملکرد اجرایی همپوشانی کامل دارد. بیماران دوقطبی در تمام مراحل بیماری دچار اختلال عملکردی بیشتری نسبت به سایر افراد هستند. به‌طور خاص در این بیماران کندشدن روانی-حرکتی و اختلال حافظه، با ضعف در عملکرد اجتماعی و عملکرد عصبی روان‌شناختی‌شان همراه است (Malhi, 2007, pp.114-122). تمامی علائمی که در افسردگی اساسی وجود دارد در افسردگی دوقطبی I نیز به‌وضوح قابل مشاهده است. اختلال دوقطبی در مقایسه با افسردگی اساسی شیوع کمتری دارد (هافمن، ۱۳۹۸، ص ۳۰۲).

وجه اشتراک اختلالات دوقطبی با اختلالات جنون‌آمیزی که به زوال کامل عقل منجر می‌شود، وجود توهمات و هذیان‌های دائمی و موقت و قطع رابطه با دنیای واقعی بیرونی است که به سبب آن فرد قادر به تشخیص منافع و ضرر مالی خود نبوده و اعمال و رفتار وی منطبق با تشخیص‌های عقلانی و عرفی نمی‌باشد (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۹۷) و از آنجاکه یکی از ملاک‌های اختلال، از دست رفتن قوه قضاوت و بینش است، بنابراین در اکثر موارد باید بپذیریم که بیمار در دوره‌های عود بیماری از نتایج رفتار خود، آگاه نیست (صابری، ۱۳۹۴، ص ۳۶). فرد مبتلا به مانیا در دوره مانیک توانایی اداره اموال خود را ندارد. خرج‌های بی‌حد و حصر و تکانشی این افراد، یکی از اساسی‌ترین و مشکل‌سازترین رفتارها برای مراقبین آن‌ها گزارش شده است که ضرورت وجود قیم و سرپرست در امور مالی را بیش‌ازپیش پررنگ‌تر می‌کند (Beentjes et al, 2012, p. 102).

وجود خلق افسرده، حس شدید ناامیدی و درماندگی بیمار را درگیر مشکلات قانونی می‌نماید. اقدام به انجام معاملات تکانشی، بذل و بخشش به دلیل سیرشدن از زندگی و انجام وصایای غیر منطقی از مواردی است که در مورد بیماران افسرده بسیار دیده می‌شود (صابری، ۱۳۹۴، ص ۳۵). پرواضح است که افراد مبتلا به افسردگی اساسی و افسردگی دوقطبی به جهت شدت بیماری و نشانه‌هایی که دارند، باعث شده در روابط

فردی و اجتماعی خود بیشتر در معرض آسیب قرار گیرند. وجود علائمی چون فقدان و کُندی تفکر، کاهش تمرکز، نشخوارهای فکری، ذهن سرگردان، افکار هذیانی مانند ارتکاب گناه، خودکشی و خریدهای تکانشی و اجباری همگی سبب شده تا نتوانند ارادهٔ جدی حتی برای ساده‌ترین اعمال روزانه خود داشته باشند.

۳. تحلیل و بررسی

با توجه به آنچه در ارتباط با این دو نوع افسردگی گفته شد روشن گردید که در معاملات این گونه افراد قصد وجود ندارد.

قصد در لغت به معنای استقامت در طریق (واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۸۹) یا انجام امری (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۲۴) آمده است. در اصطلاح فقه امامیه، قصد به معنای عزم برای ایجاد فعل است (عبدالرحمان، بی تا، ج ۳، ص ۹۶) و منظور از عزم به شیء نیز تحقق جدی ارادهٔ باطنی نسبت به آن التزام است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۹۹). منظور از قصد، قصد تحقق مضمون معامله یا به عبارتی قصد ایجاد ماهیت حقوقی یا قصد انشاء است (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۰۷). در فقه امامیه، تحقق قصد انشاء نیازمند گذراندن مراحل مختلفی است. مرحوم همدانی قصد را شامل سه مرحله می‌داند: ۱. قصد لفظ در مقابل شخص خواب و هر کسی که بدون قصد آن را ادا می‌کند؛ ۲. قصد معنای انشائی ۳. قصد تحقق ماهیت عقد در خارج (همدانی، ۱۴۲۰ق، ص ۱۵۸). میرزای نائینی نیز قصد را به چهار نوع تقسیم می‌کند: قصد لفظ در برابر خواب و غافل؛ قصد معنا در برابر هازل از آن جهت که قصد ارادهٔ معنا را ندارد؛ انگیزه و مرحلهٔ آخر رضایت به مضمون عقد و طیب نفس. وی قصد لفظ و ارادهٔ معنا را در وقوع عقد کافی می‌داند و الفاظ عقود را وسیله‌ای برای تحقق معنای آن‌ها در عالم اعتبار دانسته و زمانی که شخصی قصد لفظ و معنای آن را داشته باشد، ماهیت آن در عالم اعتبار ایجاد خواهد نمود (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۰۵).

پرواضح است که تنها کسی می‌تواند مراحل قصد انشائی را کامل کند که از سلامت کامل روان برخوردار باشد؛ لذا هرگونه نقص در ارکان قصد، سبب ازین رفتن

آن خواهد شد. امروزه نیز اختلالات روانی زیادی در حال وقوع و گسترش است که هر کدام به نحوی می‌تواند اثری مستقیم بر ارکان قصد و به تبع آن عقد داشته باشد و آن‌ها را متزلزل کند و به تبع، آثار ناشی از آن را نیز دچار تغییر نماید.

در خطابات شرعی و قانونی آنچه برای شارع و قانون‌گذار مهم است، قصد انشاء و یا کشف دلالت تصدیقی است؛ به‌عنوان مثال هرگاه بیعی یا اجاره‌ای واقع شود، باید به قصد بیع و اجاره بوده و اراده جدی فرد بدان تعلق گیرد. به همین جهت در قانون مدنی، وجود قصد انشاء از شروط صحت عقد قرار گرفته است و فقدان آن موجب بطلان عقد خواهد بود و اصولاً با فقدان قصد، عقد ایجاد نمی‌شود. قانون مدنی بر بطلان عقد فاقد قصد تصریح کرده است؛ به‌عنوان مثال در ماده ۱۹۵ اعلام داشته است: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است». دو نکته مهم از این ماده مستفاد می‌شود: ۱. معلل بودن آن به این معنا که علت بطلان عقد فقدان قصد بیان شده است و به‌عنوان قاعده‌ای کلی مطرح می‌شود که هر جا قصد نباشد عقد نیز باطل است؛ ۲. عدم انحصار ماده به مصادیق تعیین شده در آن، بلکه تعیین مصادیق از باب تمثیل است. بنابراین نباید تصور کرد مصادیق فقدان قصد، منحصر به موارد مذکور در متن ماده است. این عدم انحصار سبب شده تا بتوان مطابق شرایط روز جامعه، مصادیق مربوطه را شناسایی کرد و مورد ارزیابی و بررسی قرار داد و در نتیجه احکام حقوقی هر یک را به تفکیک و دقیق ارائه نمود؛ به‌طور مثال اختلالات خلقی دسته‌ای از اختلالات روانی هستند که با تغییرات خلق در افراد، اثر مستقیمی بر تصمیمات و اعمال حقوقی افراد می‌گذارند. در این میان اختلال افسردگی به‌عنوان یکی از شایع‌ترین اختلالات خلقی دارای درجات متفاوتی بوده و متناسب با آن سبب عملکرد متفاوتی در افراد مبتلا می‌شود. لذا چنانچه در یک اختلال روانی، اختلال حواس منجر به برهم‌زدن قصد شود، به جهت فقدان قصد صحیح، آن معامله باطل بوده و اعتبار حقوقی نخواهد داشت. همچنین اگر عارضه‌ای روانی منجر به خلل در عنصر رشد و تمیز گردد و قدرت تصمیم‌گیری در فرد را دچار اشکال نماید، به جهت فقدان رکن اهلیت، صحت معامله نیز متزلزل می‌شود؛ زیرا معاملات غیر رشید که در آن عنصر

قصد وجود دارد، در اصل غیر نافذ بوده و تنها به دلیل عدم تشخیص نفع و ضرر مالی صحت آن منوط به اذن ولی قهری، نماینده قانونی و یا حاکم شرع می‌باشد.

اختلالات خلقی که گاهی اختلالات عاطفی نامیده می‌شوند، طبقه‌ای مهم از بیماری‌های روانی را تشکیل می‌دهند. اختلالات افسردگی نیز دسته‌ای از اختلالات خلقی است که انواع متفاوتی دارد و در DSM5 شامل اختلال کژ تنظیمی خلقی ایذایی^۱، اختلال افسردگی اساسی^۲ (شامل دوره‌های افسردگی اساسی)، اختلال افسردگی پایدار^۳ (افسرده‌خویی)، اختلال ملال پیش از قاعدگی، اختلال افسردگی ناشی از مصرف مواد/دارو، اختلال افسردگی ناشی از بیماری طبی دیگر و سایر اختلالات افسردگی معین و اختلال افسردگی نامعین می‌شود (انجمن روان‌پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۱۹۷). در DSM4 اختلالات دوقطبی نیز در کنار اختلالات افسردگی ذکر شده است (سلیگمن، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۶۶). ویژگی مشترک تمام این اختلال‌ها وجود غمگینی، احساس پوچی یا خلق تحریک‌پذیر همراه با تغییرهای شناختی و جسمی است که به شکل چشمگیری روی ظرفیت کارکردی فرد تأثیر منفی می‌گذارد. تفاوت آن‌ها مربوط به زمان‌بندی یا علت احتمالی یا مدت اختلال است (کرمی، ۱۳۹۸، ص ۷).

اختلال افسردگی نیز از جمله اختلالاتی است که اثری مستقیم بر ارکان عقد دارد. در این نوشتار وضعیت ارکان عقد و صحت معاملات در مبتلایان به افسردگی با درجات حاد و خفیف مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد و در ادامه به تحلیل و ارزیابی نظرات کارشناسان و دکترین و فقهای عظام در قانون و عرف خاص پرداخته خواهد شد.

همان‌طور که گفته شد قصد انشاء در معاملات نیازمند مراحل است که اگر به‌طور کامل و صحیح صورت نگیرند، قصد انشاء را برهم می‌زند. قدرت تصور و تصدیق، تصمیم و اجرا به‌عنوان مقدمات و مراحل قصد، نیازمند فکری سالم و متمرکز است تا بتواند قصد جدی در تحقق یک عمل حقوقی را موجودیت بخشند. هرگونه خلل در

1. disruptive mood dysregulation disorder
2. major depressive disorder (MDD)
3. persistent depressive disorder (Dysthymia)

ارکان قصد، منجر به اضمحلال قصد شده و قصد را با خلل مواجه می‌کند. مطابق نص صریح قانون مدنی و اتفاق نظر فقهای عظام، معاملات بدون قصد، فاقد شرط صحت بوده و محکوم به بطلان هستند. افراد مبتلا به افسردگی حاد به جهت داشتن ویژگی‌ها و علائم خاص روانی، قدرت کافی برای تمرکز و تکمیل فرآیند تفکر و اراده و تصمیم‌گیری در اعمال حقوقی را ندارند. داشتن قدرت لازم از شرایط اولیه و بدیهی هر امری محسوب می‌گردد. قدرت عقلی به‌عنوان یکی از شروط عامه تکلیف، سبب تنجز و فعلیت تکلیف است و تمامی عقلای عالم بر آن اتفاق نظر دارند. شارع مقدس نیز به جهت اینکه از عقلاست، نه تنها با آن‌ها متحد‌المسلک است، بلکه رئیس عقلاست و این امر را تأیید نموده است (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۹۷) و تکلیف بما لایطاق را باطل و محال اعلام می‌کند (طوسی، ۱۳۷۵، ص ۶۱؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۷۷). در عرف خاص نیز این مسئله ثابت شده است و معاملات افراد مبتلا به افسردگی حاد را به جهت دارا بودن افکار انتحار و فقدان قدرت تعقل و تصمیم‌گیری، صحیح نمی‌دانند. شایان ذکر است افسردگی اساسی با توجه به ویژگی‌ها و حالاتی که دارد قطعاً در وادی عدم قصد قرار می‌گیرد؛ اما افسردگی دوقطبی در مواردی که قصد و تمرکز بیمار را مختل کند در بحث وارد بوده و منجر به بطلان معاملات فرد می‌شود و در مواردی که قصد و اراده فرد به قوت خود باقی می‌ماند، به جهت فقدان غرض عقلایی و عدم رشد به سفاقت ملحق گشته و از موضوع بحث خارج می‌گردند. متأسفانه علی‌رغم شیوع و گسترده‌گی این بیماری و آسیب‌پذیر بودن مبتلایان، حمایت از اعمال حقوقی این دسته از مبتلایان از دید محاکم قضایی و قانون‌گذار مغفول واقع شده است. فقدان رویه ثابت و خلأ قانونی از مهم‌ترین اساسی‌ترین مشکلات این افراد است. پس از بررسی‌های به‌عمل آمده در باب معاملات افراد افسرده معلوم گردید که تنها یک پرونده در سامانه ملی آراء قضایی در این زمینه ثبت گردیده که به جهت اهمیت موضوع در ادامه مورد بررسی و نقد و تحلیل قرار می‌گیرد.

این رأی از سامانه ملی آراء قضایی اخذ گردیده و در شعبه ۱۱۶ دادگاه مدنی خاص تهران به شماره دادنامه: ۴۵۲-۱۳/۶/۷۲- و کلاسه پرونده: ۱۴۳۹/۱۱/۶۹ مورد رسیدگی

قرار گرفته است. پس از صدور رأی دادگاه، جهت تجدیدنظرخواهی به دیوان عالی کشور ارجاع داده می‌شود و رأی دیوان نیز صادر می‌گردد. به جهت پرهیز از اطاله بحث صرفاً مواردی که با موضوع مرتبط است به اختصار بیان می‌شود.

۱) خانم (الف) تقاضای صدور حکم حجر همسرش آقای (ب) را دارد و مطابق درخواست ایشان، پرونده در شعبه ۲ اداره امور سرپرستی به کلاس ۴۷۹۷ - ۲/۶۸ تشکیل می‌شود. از طرف اداره امور سرپرستی اعلام حجر آقای «ب» می‌شود. با معرفی به پزشکی قانونی و پیش از وصول پاسخ مبنی بر اختلال حواس و جنون وی که قادر به اداره امور خود نمی‌باشد، به تاریخ ۶۸/۱۰/۲۶ شعبه ۱۱۶ دادگاه مدنی خاص حسب حکم شماره ۱۲۹۲ - ۶۸/۱۱/۸ حکم حجر وی را صادر می‌نماید و سپس خانم «الف» همسر آقای «ب» به سمت قیمه محجور و سرپرست صغار وی تعیین می‌شود.

۲) محجور در سال‌های ۱۳۶۵ و ۱۳۶۶ با تنظیم مبیعه‌نامه و وکالت‌نامه رسمی با آقای «ح» نسبت به ملک خود معامله می‌نماید که آقای «ح» خریدار هم با استفاده از وکالت‌نامه اقدام معاملاتی انجام می‌دهد.

۳) اطباء خوزستان اختلال وی را افسردگی و ناراحتی اعصاب اعلام می‌کنند.

۴) سوابق بیماری و بستری شدن وی از بهداری ژاندارمری مطالبه پیوست است که به علت اضطراب و بی‌قراری و افسردگی فرار از منزل بستری شده است.

۵) پیرو اعتراض شخص ثالث، عده‌ای از آشنایان به زندگی آقای «ب» به دادگاه معرفی شده و چنین شهادت می‌دهند که «مشارالیه از حیث روحی شدیداً غیرعادی و ناراحت بود، به نحوی که از خانه خارج می‌شد و تا مدتی از وی خبری نبود و یا اینکه با خود صحبت می‌کرد و در خیابان لباس خود را در می‌آورد و کارها و رفتار غیرعادی داشته است.»

۶) آقای وکیل خوانده نیز با توجه به گواهی‌های پزشکی و همچنین گواهی مورخ ۷۱/۱/۲۵ آقای دکتر ... متخصص مغز و اعصاب و پزشک معالج محجور گواهی نموده که نامبرده از اواسط اسفندماه سال هفتاد تحت درمان این‌جانب بوده و

دچار حالات اضطراب، بی‌قراری و اختلال حواس است و قادر به انجام کارهای خود نیست.

رای شعبه دیوان عالی کشور در تجدیدنظرخواهی از رأی فوق‌الذکر: با توجه به اینکه، حکم شماره ۲۰۷-۶۹/۲/۲۳-شعبه ۱۱۶ دادگاه مدنی خاص تهران تنها از حیث تاریخ شروع بیماری آقای «ب» نقض گردیده، با گواهی آقای دکتر ... طیب بیمار که در تاریخ ۷۱/۷/۲۵ صادر گردیده منافاتی ندارد و به جهت سابقه کار و بیماری آقای «ب» مورد امعان نظر کمیسیون پزشکی قرار گرفته و در خصوص مورد صریحاً اعلام نظر صورت گرفته است. لذا حکم تجدیدنظر خواسته که منطبق با موازین قانونی و مدارک مضبوط در پرونده صادر گردیده، خالی از اشکال تشخیص داده شده و اعتراض موجه و مدلی هم که ناقض حکم صادره باشد اقامه نگردیده؛ لذا حکم آن ابرام می‌گردد (بازگیر، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۶۶).

در پرونده مذکور خانم (الف) به علت بیماری روانی همسرش آقای (ب) که در جریان پرونده افسردگی عنوان شده است، تقاضای حکم حجر همسرش را به جهت عدم توانایی اداره امور زندگی و اختلال در حواس مبنی بر رأی پزشکی قانونی دارد و دادگاه مطابق نظر کمیسیون پزشکی، مدعی علیه را سفیه تشخیص داده و حجر وی را صادر نموده و به پیشنهاد خانم (الف) وی را به قیمومیت همسرش آقای (ب) نصب می‌کند. پرواضح است که افسردگی اساسی آقای (ب) برای دادگاه محرز بوده و مطابق آن حکم حجر ثابت گردیده است. در این پرونده چند مسئله قابل تأمل است:

۱. معاملات افراد مبتلا به افسردگی حاد بنا بر مبانی فقهی و حقوقی محکوم به بطلان است. اگرچه در نظریه پزشکی قانونی اختلال حواس و عدم توانایی امور مالی ایشان ذکر گردیده است، این ادعا هرگز اثبات‌کننده عدم رشد این افراد نبوده و نمی‌تواند منجر به سفاهت آن‌ها در امور مالی شود و به تبع آن حکم حجر منتسب به سفاهت برایشان صادر گردد؛ زیرا این افراد در اولین شرط صحت معاملات که قصد انشاء است دچار مشکل هستند و به جهت عدم تمرکز، فقدان تفکر، نشخوارهای فکری، سرگردانی ذهن و افکار هذیانی که دارند، عملاً

توانایی تفکر و تصمیم‌گیری صحیح منطبق بر قصد انشاء واقعی را ندارند و خریدهای مکرر و تکانشی و بدون فکر حاکی از همین مسئله است. این در حالی است که فرد سفیه در عنصر قصد خود سالم است، اما در ناحیه رشد و تمیز دچار اختلال می‌گردد.

۲. اقرار مدعی علیه مبنی بر اینکه «شخص عصبانی مزاج بوده است و از زمان مرگ فرزندش دچار افسردگی شده در صفحه ۱۲۷ می‌گوید وقتی سرم را روی بالش می‌گذارم صدای وزوز می‌شنوم، وقتی سرم را برمی‌دارم صدا قطع می‌شود»، شواهد اخذشده از شهود که «مشارالیه از حیث روحی شدیداً غیر عادی و ناراحت بوده است، به نحوی که از خانه خارج می‌شده و تا مدتی از وی خبری نبوده است و یا اینکه با خودش صحبت می‌کند و در خیابان لباس خود را درمی‌آورد و کارها و رفتار غیرعادی از خود نشان می‌دهد» و سابقه بستری مدعی علیه در بیمارستان روانی و همچنین گزارش‌های متخصصین روان‌پزشکی منطبق بر گواهی مورخ ۷۱/۱/۲۵ آقای دکتر... متخصص مغز و اعصاب و پزشک معالج مجبور گواهی نموده «که نامبرده از اواسط اسفندماه سال هفتاد تحت درمان این جانب بوده دچار حالات اضطراب، بی‌قراری و اختلال حواس و قادر به انجام کارهای خود نیست» همه حکایت از وجود علائم جنون آمیز و سایکوتیک در بیمار داشته مؤکداً فرضیه عدم قصد را تأیید می‌نماید.

۳. یکی از نکات مهم و حائز اهمیت در آیین دادرسی مدنی تفاوت آشکار میان اصل و تشریفات است. رجوع به کارشناس و متخصصین فن به‌عنوان یک اصل آیین دادرسی مدنی، در فرآیند صدور حکم نقشی اساسی داشته، به‌گونه‌ای که عدم توجه به آن مقام قضایی را از صدور حکمی عادلانه و منطبق بر واقع دور خواهد نمود. اگرچه در پرونده مذکور قاضی مطابق اظهارات گواهی پزشکی قانونی رأی خود را صادر نموده، اما عدم توجه به ابعاد موضوع و فهم دقیق آن سبب شده حکمی مغایر با واقع صادر نماید. همچنین از مواردی که باید در گواهی پزشکی قانونی لحاظ شود تشخیص نوع بیماری، تعیین قدرت اداره امور

توسط فرد معرفی شده و یا بیمار است و روان‌پزشک عموماً به درخواست مقام قضایی، نظر خود را در مورد آینده بیمار به صورت ارشادی ارائه می‌نماید (اشرفیان بناب، ۱۳۸۰، ص ۱۴۳). واضح است که بر اساس نظر فوق، نظر قاطع کمیسیون پزشکی و کارشناسی دلیل کاملی برای رسیدن به حکم حجر نیست؛ چرا که نظر کارشناسی و احراز عدم رشد توسط متخصصین، صرفاً به عنوان یک اماره قضایی مطرح است و مقام قضایی باید بتواند نظری جامع و منطبق بر واقعیت صادر نماید که جز با شناخت دقیق ابعاد موضوع میسر نخواهد بود. به لحاظ فقهی با توجه به نظر پزشکی قانونی در تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۲۶ مبنی بر «نامبرده به جهت اختلال حواس و جنون قادر به اداره امور خود نمی‌باشد» و همچنین سابقه بیماری و بستری شدن وی، علی‌القاعده دادگاه باید حکم بطلان معامله را می‌داد؛ چرا که نظر متخصصین فن که در عرف خاص با قوانین علمی ثابت شده، در واقع به عنوان «بناء عقلاً بماهم عقلاً» اولاً همچون قطع حجیت ذاتی داشته و مورد تأیید شارع مقدس‌اند؛ ثانیاً نیازی به کشف آن و واسطه در اثبات از طریق دیگر مانند شهادت شهود و سایر امارات و قرائن نیست (اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۲؛ ج ۲، ص ۲۲۰-۲۳۳؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۵)؛ ثالثاً دلیل مستقل محسوب شده و قاضی نمی‌تواند برخلاف آن عمل کند. امام خمینی علیه السلام نیز قائل به حجیت ذاتی بناء عقلاً بوده و آن را در صورت عدم احراز ردع حجیت می‌داند (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۱۳۰-۱۳۱). بر اساس نظر حضرت امام علیه السلام هر سیره عقلایی که جامعه در هر موضوعی در میان خود رایج کرده‌اند، چه به زمان معصوم متصل باشد یا منفصل، حجیت داشته و به عنوان دلیل شرعی معتبر است.

۴. اگرچه قانون‌گذار در ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به نظریه کارشناسی که منطبق بر واقع نیست موضع گرفته و بیان می‌دارد «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.» اما عکس آن یعنی در مواردی که قاضی علی‌رغم نظریه کارشناسی رأیی خلاف واقع و ارزیابی دقیق صادر

می‌نماید مورد توجه لازم واقع نگردیده و رأی خلاف وی نیز لازم الاتباع است و از طرفی اثبات اشتباه قاضی خود مستلزم اتلاف زمان زیادی است که با هدف دادرسی عادلانه مغایرت دارد.

علاوه بر رویه قضایی مذکور و نظرات کارشناسی و تخصصی که در این زمینه وجود دارد، با توجه به پرسشی که از فقهای معاصر شد، نظرات ایشان نیز دریافت گردید. نظریات مذکور را می‌توان ذیل دو فرضیه تقسیم نموده و مورد تحلیل و بررسی قرار داد:

الف. فرضیه اول: سفاهت

برخی از فقها معتقدند که معاملات افراد افسرده به جهت الحاق ایشان به سفها غیر نافذ می‌باشد (علوی بروجردی، ۱۴۰۰)

بنابر اجماع فقها واژه رشید متضاد واژه سفیه می‌باشد و سفیه کسی است که اموالش را در غیر اغراض عقلایی و صحیح صرف می‌کند، به نحوی که عرف غالباً او را سرزنش می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۲۳). علامه در قواعد در تعریف رشد می‌نویسد: کیفی نفسانی است که مانع از تباه کردن مال و مصرف آن در امور غیر عقلایی می‌شود و در صورتی که عرف تشخیص دهد که فرد دچار مغایره نمی‌شود و در حفظ مالی که کسب کرده تواناست، حکم به رشد وی می‌دهد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۳۴). مفهوم مخالف این عبارت این است که اگر عرف خلاف آن را تشخیص دهد، حکم به سفاهت فرد می‌شود و اگر معامله یا هبه‌ای انجام دهد یا اقرار به مالی نماید صحیح نخواهد بود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۶) و منوط به اذن ولی اوست (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۲۲).

فاضل مقداد معتقد است رشید کسی است که در معاملات فریب نخورد (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۱). بنابراین کسی که اموال خود را به‌طور متعارف و به شیوه عقلی مصرف نمی‌کند و در معاملاتش به سود و زیان و نیرنگ و فریب توجه ندارد و اموال خود را در راه‌های ناشایسته صرف می‌کند، سفیه یا غیر رشید نامیده می‌شود (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۲۳۹).

معاملات سفیه در فقه بر اساس قول مشهور غیر نافذ است و با تنفیذ سرپرست او نافذ خواهد شد. اما طلاق و اقرار به نسب و مشابه این امور که مستقیماً موجب تصرف در اموال او نباشد، بدون نیاز به تنفیذ بعدی، معتبر است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۵۶). شیخ صدوق علت حرمت و منع تصرفات مالی این افراد را خوف نابودی اموال می‌داند. لذا زمانی که در شخص رشد عقلی مشاهده شود، نه تنها منع برداشته می‌شود، بلکه امر به بازگشت مالشان شده است (صدوق، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۲۹۰).

مطابق نص صریح قانون، سفیهان فاقد اهلیت شناخته شده و معاملاتشان فاقد اعتبار است. علت این عدم اعتبار، ناتوانی اندیشه این اشخاص در تشخیص و رعایت مصالح مالی خویش عنوان شده است (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۴۹).

با توجه به مطالعاتی که در خصوص افراد مبتلا به افسردگی حاد صورت گرفت معلوم گردید که آنچه در این دسته از بیماران به عنوان مانع شناخته شده است، در واقع اختلال در قوه ادراک و تصمیم‌گیری در آنهاست، به گونه‌ای که فرآیند تفکر و تصمیم‌گیری و شکل‌گیری قصد انشاء را دچار اختلال نموده و نمی‌گذارد قصد انشائی صحیح محقق شود؛ در نتیجه اراده و قصد انشائی مدنظر در معاملات را برهم زده و معاملاتشان را به جهت نبود قصد باطل می‌کند.

پرواضح است که چنانچه اثبات شود فرد مبتلا در عنصر قصد خود کامل است، در مرتبه بعد مسئله رشد و عدم سفاقت وی مطرح می‌گردد. البته در مواردی که فرد برای رهایی از شدت غم و اندوه دست به معاملات سفیهانه می‌زند و وارد اعمال حقوقی تکانشی می‌شود، شاید این فرض تصور گردد که به جهت انجام معاملات سفیهانه به سفها ملحق می‌شود. اما لازم به ذکر است که احراز سفاقت و عدم رشد باید در فرد به صورت ملکه نفسانی ظاهر شود و لذا صرف انجام معامله سفیهی نیز نمی‌توان افراد را به سفها ملحق نمود. چه بسا که افراد بالغ و افرادی که از سلامت روان برخوردارند نیز ممکن است در چنین معاملاتی گرفتار شوند. به همین جهت برخی از فقها در تعریف آن گفته‌اند: رشد یک ملکه نفسانی است که مقتضی اصلاح مال و افساد آن است؛ یعنی وجود چنین صفتی در شخص موجب بهره‌برداری درست از مال و مانع صرف مال در

راه‌های غیر عقلایی می‌گردد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۴۸؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۱۹۴). ملکه به صفت راسخ بر نفس گفته می‌شود که حالت دائمی دارد و اتفاقی و زودگذر نیست (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۲۳۴). لذا باتوجه به این که در این دسته از بیماران در مرحله اول قصد انشاء به صورت کامل محقق نمی‌گردد، لذا برای بررسی صحت معاملاتشان، نوبت به اثبات عدم رشد آن‌ها نمی‌رسد. بنابراین الحاق این دسته از افراد به سفیهان امری بعید می‌باشد.

شایان ذکر است برخی از فقها از جمله آقایان فاضل لنکرانی (لنکرانی، ۱۴۰۰) و حسینی زنجانی (حسینی زنجانی، ۱۴۰۰) در پاسخ به استفتای صورت گرفته، معاملات این دسته از افراد را سفیهانه دانسته و قائل به بطلان معاملات آن‌ها شده‌اند. چنانچه منظور ایشان سفیهانه بودن معامله است که مطابق اجماع فقها باید قائل به عدم نفوذ شد؛ اما چنانچه منظور از بطلان عدم قصد باشد، عنوان سفهی به آن تعلق نخواهد گرفت.

ب. فرضیه دوم: عدم قصد

دسته دوم از فقها کسانی هستند که فرضیه عدم قصد را در خصوص افراد مبتلا به افسردگی مطرح نموده‌اند. شایان ذکر است که هرگونه خللی در قصد انشاء، به‌عنوان اصلی‌ترین رکن عقد، آثار حقوقی متفاوتی را در پی خواهد داشت. افراد مبتلا به افسردگی حاد همان‌گونه که در موضوع‌شناسی نیز به تفصیل بیان شد به جهت ویژگی‌ها و شرایط خاصی که در عنصر تفکر و تصمیم‌گیری و همچنین عدم تمرکز که اغلب دارند فاقد قصد تلقی شده و مطابق قاعده تبعیت، معاملات فاقد قصد محکوم به بطلان است.

یکی از کاربردی‌ترین و مهم‌ترین قواعد فقه و حقوق قاعده تبعیت «العقود تابعة للقصد» است که بر اساس آن عقد بدون قصد تحقق نمی‌یابد. لذا همان‌گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند، این قاعده دارای کلیتی است که شامل همه عقود می‌شود و معنی آن شرطیت اراده و قصد در عقود و عدم تحقق عقد بدون قصد است و این همان معنای تبعیت در فقه است که اگر تابع نباشد، متبوع نیز محقق نخواهد

شد. لذا به همین جهت معاملات غافل، نائم (خواب)، ناسی (فرد دچار نسیان)، هازل (شوخی کننده)، غالط (کسی که زیاد دچار اشتباه می شود) و مستی که فاقد قصد باشد باطل است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۸). ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز قصد انشاء را شرط صحت معاملات معرفی می کند که اگر قصد انشائی بر هم بخورد، معاملات از اساس باطل خواهد شد. این مسئله را زمانی می توان مشاهده نمود که افراد مبتلا به افسردگی حاد به جهت رهایی از غم و اندوه و بدون تفکر صحیح وارد معاملات سنگین شده و بلافاصله پس از آن پشیمان شده و افکار مخرب انتحاری به سراغشان می آید و بعضاً دست به خودکشی می زنند. این افراد به جهت فقدان قصد در حکم جنون هستند و همان گونه که معاملات مجنون باطل است، معاملات ایشان نیز به جهت مخدوش بودن قصد انشائی محکوم به بطلان خواهد بود.

در این میان آیت الله مدرسی (مدرسی، ۱۴۰۱) و علوی گرگانی (علوی گرگانی، ۱۴۰۱) افراد مبتلا به افسردگی حاد را فاقد قصد دانسته و معاملات آن ها را باطل اعلام نموده اند که نظریه مختار نیز همین می باشد.

۴. معاملات افراد افسرده خفیف

اختلالات افسردگی به حسب انواع متنوع اند و به حسب درجه دارای درجات شدید و خفیف هستند. درجات خفیف افسردگی شامل افسردگی دوقطبی II، افسردگی ملال پیش از قاعدگی، افسردگی ناشی از دارو و مواد، افسردگی پس از زایمان و افسردگی با الگوی فصلی می شود.

افسردگی دوقطبی II مجموعه ای از دوره هیپومانیا و افسردگی اساسی است که فرد در این حالت کاهش توانایی تفکر و تمرکز و یا بی تصمیمی را در تمام روز تجربه می کند (انجمن روان پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۱۹۸).

اختلال افسردگی پیش از قاعدگی مجموعه ای از نوسانات خلقی، تحریک پذیری، غم و اضطراب که به طور مکرر در طول دوره قاعدگی رخ می دهد و در زمان نزدیک به شروع قاعدگی یا اندکی بعد از آن از بین می روند (انجمن روان پزشکی آمریکا، ۱۳۹۷، ص ۲۶۷).

افسردگی با الگوی فصلی که به آن اختلال عاطفی فصلی نیز می‌گویند نوعی از افسردگی است که در طول فصل خاصی مانند زمستان عود می‌کند و معمولاً با روش نوردرمانی بهبود می‌یابد (کالات، ۱۳۹۶، ص ۶۶۶).

وجود هم‌ابتلائی سبب شده است که نتوانیم به‌طور دقیق درجات ضعیف و خفیف را از یکدیگر متمایز کنیم. بسیاری از افراد مبتلا به اختلال دیس تایمیک و افسردگی دوقطبی II با یک اختلال افسردگی اساسی همراه هستند؛ پدیده‌ای که اغلب به آن «افسردگی مضاعف»^۱ می‌گویند. این بیماران در مقایسه با بیماران مبتلا به افسردگی اساسی، درصد بهبودی کمتری را از خود نشان می‌دهند (Rhebergen et al, 2009, p. 451).

اگرچه در تمامی انواع افسردگی خفیف، حُلق افسرده شده و کارکرد آن ضعیف می‌گردد، اما این ضعف به حدی نیست که قدرت تصمیم، اراده، تمرکز و قصد بیمار را بر هم زند و معمولاً با روش‌های شناخت‌درمانی، روان‌درمانی یا دارو درمانی بهبودی حاصل می‌شود (Rhebergen et al, 2009, p. 453). در افسردگی خفیف تمام مراحل قصد می‌آید. ابتدا خطور و تصور که همان انعکاس تصور در ذهن است. ثانیاً سنجش و ارزیابی تصور و بررسی آثار سود و زیان آن. ثالثاً رضا و تصمیم که همان شوق به عمل حقوقی و تصمیم به انجام آن است و رابعاً اجرای تصمیم که همان قصد انشاء معامله و اقدام به عمل حقوقی است؛ به‌عنوان مثال به قصد بیع یا اجاره معامله را انجام می‌دهد (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۲۹). افراد مبتلا به افسردگی خفیف با تمامی اقسام آن، به جهت ضعیف بودن بیماری، قادر به کنترل و درمان بیماری خود هستند و همچنین سلامت تمرکز، تفکر و قدرت تصمیم‌گیری در این افراد سبب شده تا قصد انشاء معامله در ایشان نیز سالم و کامل باشد؛ لذا بدیهی است که معاملاتشان صحیح و نافذ است.

نتیجه‌گیری

وجود درجات مختلف در اختلالات خلقی با آثار متفاوت حقوقی همراه است. با توجه

1. double depression

به بررسی‌هایی که صورت گرفته است معلوم گردید که اختلال افسردگی به‌عنوان یکی از اختلالات خُلقی دارای شیوع و گستردگی زیادی در میان افراد جامعه است. این اختلال بنا به میزان آسیب‌پذیری‌ای که بر روان و عملکرد فرد دارد، به دو نوع حاد و خفیف تقسیم شد و هر کدام به‌صورت مجزا مورد ارزیابی قرار گرفت. اختلال افسردگی حاد که شامل افسردگی اساسی و افسردگی دوقطبی است، اثر مستقیم و مخربی را بر روان و قدرت ادراک و تصمیم‌گیری افراد می‌گذارد و عنصر اراده و قصد انشائی مدنظر در معاملات را برهم زده و معاملاتشان را به جهت نبود قصد باطل می‌کند و درنهایت منجر به آسیب‌های اجتماعی و فردی غیرقابل‌انکار و غیرقابل‌جبرانی در مبتلایان می‌شود. برهم خوردن تمرکز، سلب قوه ادراک و تفکر، رفتارهای لحظه‌ای و تکانشی، احساس ناامیدی و یأس شدید، افکار هذیانی و خودکشی از ویژگی‌های بارز این اختلال است. این علائم اگرچه در افسردگی‌های خفیف نیز وجود دارد، اما قابل مدیریت و درمان هستند و به‌طور کامل اراده افراد را مختل نمی‌کند؛ لذا به‌تبع آن برخلاف افراد دچار به افسردگی شدید، معاملات مبتلایان به انواع افسردگی‌های خفیف نیز صحیح و نافذ خواهد بود. در این راستا به جهت حفظ حقوق و حمایت از افراد افسرده در درجات شدید پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار قوانینی را در جهت کشف بیماری و شناخت ابعاد دقیق آن توسط محاکم قضایی برای رسیدن به حکمی عادلانه و مطابق بر واقع تدوین نماید. همچنین به نظر می‌رسد نصب قیم در موارد فقدان قصد، به جهت محافظت از مبتلایان و جلوگیری از تبعات ناشی از تصمیمات اشتباه آن‌ها، امری قابل‌تأمل و راهگشا خواهد بود.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۲). لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر
۲. اشرفیان بناب، مازیار. (۱۳۸۰). ضروریات پزشکی قانونی. تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده.
۳. اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۷۴). نه‌ایة الدرایة فی شرح الکفایة (ج ۲، ۳). قم: سیدالشهدا.
۴. انجمن روان‌پزشکی آمریکا. (۱۳۹۷). راهنمای تشخیصی آماری اختلال‌های روانی DSM5 (مترجم: فرزین رضاعی، علی فخرایی، آتوسا فرمند، علی نیلوفری، ژانت هاشمی آذر، فرهاد شاملو، چاپ چهارم). تهران: کتاب ارجمند.
۵. ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (للایروانی) (ج ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۶. آوادیس یانس، هامایاک. (۱۳۸۰). ژنتیک رفتاری مباحث و یافته‌های نوین علم وراثت در روان‌شناسی و روان‌پزشکی (مترجم: محمدرضا نیک‌خو). گلستان: مهتاب.
۷. بازگیر، یدالله. (۱۳۸۰). موازین حقوقی امور حسبی در آرای دیوان عالی کشور (ج ۱). تهران: دانش نگار.
۸. پاجورجیو، کاستاس. (۱۳۸۶). نظریه‌های جدید در اختلال افسردگی (علت‌شناسی، پیشگیری و درمان) (مترجمان: زهرا یوسفی؛ فاطمه بهرامی؛ مجید برکتین). اصفهان: ارکان دانش.
۹. ترن پنی، پیتر دی. (۱۳۹۶). اصول ژنتیک پزشکی امری (مترجمان: لیلا یوسفیان و حسن وحید نژاد). تهران: ابن سینا.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة (ج ۲). لبنان: دار العلم للملایین.

۱۲. حسینی زنجانی، سید محمد. استفتاء مورخه (۱۴۰۰/۱۲/۲)، <https://smalzanjani.ir>.
۱۳. حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه) (ج ۱). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. حلّی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴ق). التفتیح الرائع لمختصر الشرائع (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۱۷. خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۸. دادستان، پریخ. (۱۳۸۷). روان شناسی مرضی تحولی از کودکی تا بزرگسالی (ج ۱). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها.
۱۹. رفیعی هنر، حمید. (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی جنون در فقه و روان شناسی. نشریه تا اجتهاد، (۳)، صص ۷۷-۱۰۰.
۲۰. سادوک، بنجامین. (۱۳۹۳). خلاصه روان شناسی کاپلان و سادوک DSM5 (مترجم: مهدی گنجی، ج ۲، چاپ اول). تهران: ساوالان.
۲۱. سلیگمن، مارتین، روزنهان، دیوید و والکر، الین. (۱۳۹۱). آسیب شناسی روانی (مترجم: رضا رستمی، ج ۱). تهران: ارجمند.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرایع الاسلام (ج ۴، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات) (ج ۱). تهران: مجد.
۲۴. صابری، سید مهدی. (۱۳۹۴). قانون و روان پزشکی (چاپ اول). تهران: مرکز پزشکی قانونی.

۲۵. صدوق، محمد بن علی قمی. (۱۴۰۹). من لا یحضره الفقیه (مترجم: علی اکبر غفاری، ج ۵، چاپ اول). تهران: نشر صدوق.
۲۶. صفایی، حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی. (۱۳۸۰). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین (چاپ دوازدهم). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۲۷. طباطبایی، سید محمدحسین. (بی تا). حاشیة الکفایة (ج ۲). قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی رحمته الله.
۲۸. طریقتی، شکرالله. (۱۳۵۵). روان‌شناسی و روان‌پزشکی کیفری. تهران: دهخدا.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۵). الاقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد (للشیخ الطوسی). تهران: انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون.
۳۰. عبدالرحمان، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة (ج ۳). بی جا.
۳۱. علوی بروجردی، محمدجواد. (۱۴۰۰/۱۲/۹). استفتاء. <http://alaviboroujerdi.ir>.
۳۲. علوی گرگانی، سجاد. (۱۴۰۰/۱۲/۱۲). استفتاء. <http://site.agorgani.ir>.
۳۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۴). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) (ج ۱، چاپ اول). تهران: به نشر.
۳۴. کالات، جیمز. (۱۳۹۶). روان‌شناسی فیزیولوژیک (مترجم: یحیی سیدمحمدی). تهران: روان.
۳۵. کرمی، ابوالفضل. (۱۳۹۸). تشخیص و درمان اختلال‌های افسردگی. تهران: روان‌سنجی.
۳۶. لنگرانی، محمدجواد. (۱۴۰۰/۱۲/۵). استفتاء. <https://fazellankarani.com/question>.
۳۷. مدرسی، محمدتقی. (۱۴۰۰/۱۲/۹). استفتاء. <https://almodarresi.com/fa/new-questio>.
۳۸. مراغی، عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). اصول الفقه (ج ۳). قم: طبع انتشارات اسلامی.
۴۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان (ج ۹، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۱. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۳ق). *المکاسب و البیع (ج ۱)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (ج ۲۶، چاپ هفتم)*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام (چاپ اول)*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۴. نولمن هوکسما، سوزان؛ الفردریکسون، باربارا؛ ار لاقوس، جفری؛ لوتز، کریستل. (۱۳۹۴). روان‌شناسی عمومی اتکینسون و هیلگارد (مترجم: نصرت‌الله پورافکاری). تهران: ابن سینا.
۴۵. واسطی، زبیدی. (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۵)*. لبنان، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۴۶. هافمن، استفن جی. (۱۳۹۸). *روان‌شناسی بالینی دیدگاه جهانی (مترجم: یحیی سیدمحمدی)*. تهران: ارسباران.
۴۷. همدانی، رضا. (۱۴۲۰ق). *حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)*. قم: چاپ ستاره.
48. Atique-Ur-Rehman, H. & Neill, J. C. (2019). Cognitive dysfunction in major depression: From *assessment to novel therapies*. *Pharmacology & Therapeutics*, 202, pp. 53-71
49. Beddington J, Cooper CL, Field J, Goswami U, Huppert F, Jenkins R, Jones H, Kirkwood TBL, Sahakian B & Thomas S. (2008). *The mental wealth of nations*. *Nature* 455, 1057–1060.
50. Cooper, J. A. Arulpragasam, A. R. & Treadway, M. T. (2018). Anhedonia in depression: biological mechanisms and computational models. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 22, pp. 128–135.
51. Dold, M. Bartova, L. & Fugger, G and et all, (2021). Melancholic features in major depression – a European multicenter study. *Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry*, 110, pp. 1-8
52. Fell, J. (2018). Is the Hippocampus a Potential Target for the Modulation of Mind Wandering in Major Depression? *Frontiers in Psychiatry*, 9: 363, 1-4

53. Gold, P. W. (2021). Endocrine Factors in Key Structural and Intracellular Changes in Depression. *Trends in Endocrinology & Metabolism*, 32(4), pp. 212–223.
54. Jacquet J, Hauert C, Traulsen A& Milinski. M (2011). Shame and honour drive cooperation. *Biology Letters* 7, pp. 899–901.
55. Koran.L.M, Faber.R.J, Aboujaoude.E, Large.M.D and Serpe.R.T, (2006), Estimated Prevalence of Compulsive Buying Behavior in the United States, *Am J Psychiatry* 2006; 163:1806–1812
56. Malhi, G. S, Ivanovski, B, Hadzi-Pavlovic, D. Mitchell, P. B, Vieta, E, & Sachdev, P. (2007). Neuropsychological deficits and functional impairment in bipolar depression, hypomania and euthymia. *Bipolar Disorders*, 9 (1-2), pp. 114–125.
57. Moon, Moin Ahmed; Attiq, Saman (2018): Compulsive buying behavior: Antecedents, consequences and prevalence in shopping mall consumers of an emerging economy, *Pakistan Journal of Commerce and Social Sciences (PJCSS)*, *Johar Education Society, Pakistan (JESPK), Lahore*, 12(2), pp. 548-570
58. O'Connor LE, Berry JW, Lewis T, Stiver DJ (2012). Empathy-based pathogenic guilt, pathological altruism, and psychopathology. *Pathological Altruism* (10),10-30
59. Pacheco.D.C, Moniz A. I. D. de S. A.& Caldeira.S.N, and Silva.O.D.L, (2020), "Cannot Stop Buying"—Integrative Review on Compulsive Buying,46, pp. 550-560
60. Plana-Ripoll, O, Pedersen, C. B & Holtz, Y, and et all (2019). Exploring Comorbidity Within Mental Disorders Among a Danish National Population. *JAMA Psychiatry*, (76) 3, pp. 259-270
61. Pulcu. E, Thomas.E. J. & Trotter. P. D, et all, (2015), Social-economical decision making in current and remitted major depression, *Psychological Medicine*, 45, pp. 1301–1313.

62. Pulcu.E, Zahn. R & Moll. J,et all, (2014), Enhanced subgenual cingulate response to altruistic decisions remitted major depressive disorder, *journal Elsevier NeuroImage: Clinical*, (4), pp. 701-710
63. Rhebergen, D, Beekman, A. T& Graaf, R. de, and et all. (2009). The three-year naturalistic course of major depressive disorder, dysthymic disorder and double depression. *Journal of Affective Disorders*, 115(3), pp. 450–459.
64. Smith, T. E, Shelton, V. M, Richards, K. V, & Taliespin, M. (2015). Sirens' call: Understanding poor financial decision making and credit card misuse. *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, 25, pp. 1-27
65. Thomas n.J, Al-Menhali.S & Humeidan.M, (2016), Compulsive buying and depressive symptoms among female citizens of the United Arab Emirates, *Psychiatry Research*, 237, pp. 357-360
66. Titus A A Beentjes , Peter J J Goossens, Irina E Poslawsky.2012. "Caregiver burden in bipolar hypomania and mania: a systematic review". *Journal of Perspectives in psychiatric care*.48(4), pp. 187-97
67. Varveri.L, Novara.C, Petralia.V & Floriana Romano, and et all, (2014), Compulsive Buying And Elderly Men: Depression, Coping Strategies And Social Support, *European Scientific Journal*. (2), pp. 147-157
68. Watts, F. N, & Sharrock, R. (1985). Description and measurement of concentration problems in depressed patients. *Psychological Medicine*, 15(02), pp. 317-326
69. Workman.L, PAPER.D, (2010), Compulsive Buying: A Theoretical Framework, *The Journal of Business Inquiry* 9, (1), pp. 89-126

References

1. Abdurrahman, M. (n.d.). *Mujam al-Mustalahat va al-Alfaz al-Faqihah* (Vol. 3).
2. Alavi Boroujerdi, M. J. (9/12/1400 AP). *Istifta'*. From: <http://alaviboroujerdi.ir>.
[In Persian]
3. Alavi Gorgani, S. (12/12/1400 AP). *Istifta'*. From: Poll <http://site.agorgani.ir>.
[In Persian]
4. American Psychiatric Association. (2017). *DSM5 statistical diagnostic guide for mental disorders* (Rezaei, F., & Fakhraei, A., & Farmand, A., & Niloufari, Hashemi Azar, J., & Shamlou, F. Trans. 4th ed.). Tehran: Kitab Arjmand.
5. Ashrafian Bonab, M. (1380 AP). *Forensic medicine requirements*. Tehran: Teimurzadeh Cultural Publishing Institute. [In Persian]
6. Atique-Ur-Rehman, H. & Neill, J. C. (2019). Cognitive dysfunction in major depression: From *assessment to novel therapies*. *Pharmacology & Therapeutics*, 202, pp. 53-71.
7. Avadis Yanes, H. (1380 AP). *Behavioral genetics, discussions and new findings of the science of heredity in psychology and psychiatry* (Nikkhou, M. R. Trans.). Golestan: Mahtab. [In Persian]
8. Bazgir, Y. (1380 AP). *The legal standards of arbitrary matters in the opinions of the Supreme Court of Iran*. (Vol. 1). Tehran: Daneshnegar. [In Persian]
9. Beddington J, Cooper CL, Field J, Goswami U, Huppert F, Jenkins R, Jones H, Kirkwood TBL, Sahakian B & Thomas S. (2008). *The mental wealth of nations*. *Nature* 455, 1057–1060.
10. Cooper, J. A. Arulpragasam, A. R. & Treadway, M. T. (2018). Anhedonia in depression: biological mechanisms and computational models. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 22, pp. 128–135.
11. Dadsetan, P. (1387 AP). *Evolutionary pathological psychology from childhood to adulthood* (Vol.1). Tehran: Organization for Studying and Compiling Humanities Books of Universities. [In Persian]
12. Dold, M. Bartova, L. & Fugger, G and et all. (2021). Melancholic features in major depression – a European multicenter study. *Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry*, 110, pp. 1-8

13. Esfahani, M. H. (1374 AP). *Nahayat al-Dirayah fi Sharh al-Kifaya* (Vol. 2 & 3). Qom: Seyyed al-Shohada. [In Persian]
14. Fell, J. (2018). Is the Hippocampus a Potential Target for the Modulation of Mind Wandering in Major Depression? *Frontiers in Psychiatry*, 9(363), pp.1-4.
15. Gold, P. W. (2021). Endocrine Factors in Key Structural and Intracellular Changes in Depression. *Trends in Endocrinology & Metabolism*, 32(4), pp. 212–223.
16. Hamedani, R. (1420 AH). *Hashiya Kitab al-Makasib (by Hamedani)*. Qom: Setareh. [In Arabic]
17. Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
18. Heli, H. (1420 AH). *Tahrir Al-Ahkam Al-Sharia ala Madhab al-Imamiyah* (Al-Hadithah) (Vol. 1). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
19. Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]
20. Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'e le Mukhtasar al-Shara'e* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
21. Hoffman, S. J. (1398 AP). *Clinical psychology from a global perspective* (Seyed Mohammadi, Y. Trans.). Tehran: Arasbaran. [In Persian]
22. Hosseini Zanjani, S. M. *Istifta'* (2/12/1400 AP). From: <https://smalzanjani.ir>. [In Arabic]
23. Ibn Manzoor, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (Vol. 12). Lebanon: Dar Al-Fikr le Tab'a'ah va al-Nashr va Al-Tawzi'a - Dar Sader. [In Arabic]
24. Irwani, A. (1406 AH). *Hashiya al-Makasab (Irvani)* (Vol. 1). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
25. Jacquet, J, & Hauert, C, Traulsen A. & Milinski. M. (2011). Shame and honour drive cooperation. *Biology Letters* 7, pp. 899–901.
26. Jafari Langaroudi, M. J. (1388 AP). *Legal terminology*. Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]

27. Johari, E. (1410 AH). *Sahah - Taj al-Lugha va Sahah al-Arabiya* (Vol. 2). Lebanon: Dar al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
28. Kalat, J. (1396 AP). *Physiological psychology* (Seyed Mohammadi, Y, Trans.). Tehran: Ravan. [In Persian]
29. Karami, A. (1398 AP). *Diagnosis and treatment of depressive disorders*. Tehran: Psychometry. [In Persian]
30. Katouzian, N. (1364 AP). *Civil rights (general rules of contracts)* (Vol. 1, 1st ed.). Tehran: Beh Nashr. [In Persian]
31. Khomeini, S. R. (1410 AH). *Al-Rasa'il* (Vol. 2). Qom: Esmaeilian Press Institute. [In Arabic]
32. Koran. L. M, Faber. R. J, Aboujaoude. E, Large. M. D and Serpe. R. T. (2006). *Estimated Prevalence of Compulsive Buying Behavior in the United States, Am J Psychiatry 2006*; 163:1806–1812
33. Lankarani, M. J. (5/12/1400 AP). *Istfita'*. From: <https://fazellankarani.com/question>. [In Persian]
34. Malhi, G. S, Ivanovski, B, Hadzi-Pavlovic, D. Mitchell, P. B, Vieta, E, & Sachdev, P. (2007). Neuropsychological deficits and functional impairment in bipolar depression, hypomania and euthymia. *Bipolar Disorders*, 9(1-2), pp. 114–125.
35. Maraghi, A. (1417 AH). *Al-Anawin al-Fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
36. Modaresi, M. T. (9/12/1400 AP). *Istifta'*. From: <https://almodarresi.com/fa/new-questio>. [In Persian]
37. Moghaddas Ardebili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 9, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
38. Moon, Moin Ahmed; Attiq, Saman. (2018): Compulsive buying behavior: Antecedents, consequences and prevalence in shopping mall consumers of an emerging economy, *Pakistan Journal of Commerce and Social Sciences (PJCSS), Johar Education Society, Pakistan (JESPK), Lahore, 12(2)*, pp. 548-570

39. Muzaffar, M. R. (1430 AH). *Usul al-Fiqh* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
40. Naeini, M. M. H. (1413 AH). *Al-Makasib va Al-Ba'i* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers. [In Arabic]
41. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vol. 26, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
42. Naraghi, A. (1417 AH). *Awaed al-Ayam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam* (1st ed.). Qom: Office of Islamic Propaganda of Qom Seminary. [In Arabic]
43. Nolman Hoeksma, S., & Fredrickson, B., & AR Loftus, J., & Lutz, C. (1394 AP). *General psychology of Atkinson and Hilgard* (Pourafkari, N. Trans.). Tehran: Ibn Sina. [In Persian]
44. O'Connor LE, Berry JW, Lewis T, Stiver DJ. (2012). Empathy-based pathogenic guilt, pathological altruism, and psychopathology. *Pathological Altruism* (10),10-30
45. Pacheco. D. C, Moniz A. I. D. de S. A. & Caldeira. S. N, and Silva. O. D. L, (2020), *Cannot Stop Buying*—*Integrative Review on Compulsive Buying*, 46, pp. 550-560
46. Papageorgiou, C. (1386 AP). *New theories in depression disorder (etiology, prevention and treatment)* (Yousefi, Z., & Bahrami, F., & Barkatein, M, Trans.). Isfahan: Arkan Danesh. [In Persian]
47. Plana-Ripoll, O, Pedersen, C. B & Holtz, Y, and Et all (2019). Exploring Comorbidity within Mental Disorders among a Danish National Population. *JAMA Psychiatry*, (76) 3, pp. 259-270
48. Pulcu. E, Thomas. E. J. & Trotter. P. D, et all, (2015), Social-economical decision making in current and remitted major depression, *Psychological Medicine*, 45, pp. 1301–1313.
49. Pulcu. E, Zahn. R & Moll. J ,et all, (2014), Enhanced subgenual cingulate response to altruistic decisions remitted major depressive disorder, *journal Elsevier NeuroImage: Clinical*, (4), pp. 701-710
50. Rafiei Honar, H. (1397 AP). Comparative study of insanity in jurisprudence and psychology. *Ta Ijtihad magazine*, (3), pp. 77-100. [In Persian]

51. Rhebergen, D, Beekman, A. T & Graaf, R. de, and et all. (2009). The three-year naturalistic course of major depressive disorder, dysthymic disorder and double depression. *Journal of Affective Disorders*, 115(3), pp. 450–459.
52. Saberi, S. M. (1394 AP). *Law and psychiatry* (1st ed.). Tehran: Forensic Medicine Center. [In Persian]
53. Sadouq, M. (1409 AH). *Man La Yahzoroho al-Faqih* (Ghaffari, A. A. Trans.). (Vol. 5, 1st ed.). Tehran: Sadouq Publications. [In Arabic]
54. Saduk, B. (1393 AP). *Kaplan and Sadok DSM5 Psychological Summary* (Ganji, M, Trans.). (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Savalan. [In Persian]
55. Safaei, H., & Ghasemzadeh, M. (1380 AP). *Civil rights: individuals and prisoners* (12th ed.). Tehran: Organization for Studying and Compiling Humanities Books of Universities (Samt). [In Persian]
56. Seligman, M., & Rosenhan, D., & Walker, E. (1391 AP). *Psychopathology* (Rostami, R. Trans., Vol. 1). Tehran: Arjmand. [In Persian]
57. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalak al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiya. [In Arabic]
58. Shahidi, M. (1388 AP). *Civil rights (formation of contracts and obligations)* (Vol. 1). Tehran: Majd. [In Persian]
59. Smith, T. E, Shelton, V. M, Richards, K. V, & Taliespin, M. (2015). Sirens' call: Understanding poor financial decision making and credit card misuse. *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, 25, pp. 1-27
60. Tabatabaei, S. M. H. (n.d.). *Hashiya al-Kifaya* (Vol. 2). Qom: Allameh Tabatabaei Scientific and Intellectual Foundation.
61. Tariqati, S. (1355 AP). *Criminal psychology and psychiatry*. Tehran: Dehkoda. [In Arabic]
62. Thomas n. J, Al-Menhali. S & Humeidan. M. (2016), Compulsive buying and depressive symptoms among female citizens of the United Arab Emirates, *Psychiatry Research*, 237, pp. 357-360
63. Titus A A Beentjes, Peter J. J Goossens, Irina E Poslawsky. (2012). "Caregiver burden in bipolar hypomania and mania: a systematic review". *Journal of Perspectives in psychiatric care*.48(4), pp. 187-97

64. Tousi, M. (1375 AP). *Al-Iqtisad al-Hadi ila Tariq al-Rashad (by Sheikh Al-Tousi)*. Tehran: Chehelsotun Comprehensive Library Publications. [In Persian]
65. Tranpenny, P. D. (1396 AP). *Principles of medical genetics* (Yousefian, L., & Vahid Nejad, H, Trans.). Tehran: Ibn Sina. [In Persian]
66. Varveri. L, Novara. C, Petralia.V & Floriana Romano, and et all. (2014). Compulsive Buying And Elderly Men: Depression, Coping Strategies And Social Support, *European Scientific Journal*. (2), pp. 147-157
67. Vasti, Z. (1414 AH). *Taj al-Arus, mina Jawahir Al-Qamoos* (Vol. 5). Lebanon, Dar al-Fekr le Taba'ah va al-Nashr va Al-Tawzi'a. [In Arabic]
68. Watts, F. N, & Sharrock, R. (1985). Description and measurement of concentration problems in depressed patients. *Psychological Medicine*, 15(02), pp. 317-326
69. Workman. L, PAPER. D, (2010). Compulsive Buying: A Theoretical Framework, *The Journal of Business Inquiry*, 9(1), pp. 89-126

Research Article

The Opinion of Experts with Regard to the Amputation of a Paralyzed Hand in Case of Retaliation as Compared to Muharabah and Theft (with Emphasis on Sahib Javaher's Dissenting Viewpoint)¹

Mansourch Sohrabi Afghoo² Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan³
Mohammad Hassan Ha'eri⁴

Received: 20/02/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

From the viewpoint of the famous jurists and Sahib Javaher, one of the conditions for implementation of retaliation against a body part is the equality of the parts in being healthy and the absence of any fear that

1. This article has been taken from the doctoral thesis entitled "A Analysis of most jurists' opposing views of the Sahib Jawaheer on Qisas" (Supervisor: Seyyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan; Advisor: Mohammad Hassan Haeri). Ferdowsi University of Mashhad, Faculty of Theology and Islamic Studies (Shaheed Motahari), Mashhad, Iran.
2. PhD student in theology (Fiqh and fundamentals of Islamic law), Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. msohrabi2033@gmail.com.
3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (corresponding author). h.ghaboli@um.ac.ir.
4. Professor at the Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Haeri-m@um.ac.ir.

* Sohrabi Afghoo, M., & Ghabooli Dorafshan, S. M. H., & Haeri, M. H. (1401 AP). The Opinion of Experts with Regard to the Amputation of a Paralyzed Hand in Case of Retaliation as Compared to Muharabah and Theft (with Emphasis on Sahib Javaher's Dissenting Viewpoint. *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 159-184. Doi: 10.22081/jf.2023.63401.2462.

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

retaliation is likely to lead to the perpetrator's death or injury to another part of his body. Therefore, a healthy hand is not retaliated for a paralyzed hand, while it is permissible to retaliate a paralyzed hand for a healthy hand unless, according to the experts, there is a fear that retaliation may lead to the criminal's death. The famous jurists, unlike Sahib Javaher, have not considered the opinion of experts to be a condition regarding theft and Muharabah. Accordingly, the main question is that what is the difference between taking into account the opinion of experts in the retaliation against a body part and punishments of amputating the hands of thieves and Muharibs? The present paper, using a descriptive-analytical method, has concluded that as regards theft, reference to the general rulings of Quran, does not include hand amputation in case of fearing from the criminal's death; therefore, in addition to refusing the hadiths raised by famous jurists and taking into account the objections raised against the proofs related to Muharabah, considers Sahib Javaher's viewpoint to be stronger, due to the principle of absence of certitude and the necessity of being cautious to reserve the lives of people. Therefore, the ruling of amputation of a paralyzed hand in case of retaliation against a body part is different from its amputation in case of theft and Muharabah and the paralyzed part should not be amputated when according to the experts, there is a fear that amputation may lead to the criminal's death. However, unlike, article 395 of the Islamic Penal Code, there is a distinction between the rulings of amputation of paralyzed and defective parts; since that article, in both case, gives the victim the choice between retaliation against the criminal or the payment of blood money while according to hadiths, the above said ruling belongs to a defective part and the ruling of a paralyzed part is retaliation and in case of danger of the criminal's death, it is reduced to blood money.

Keywords

a paralyzed body part, the opinion of experts, retaliation for a body part, theft, Muharabah (waging war against the Islamic state).

مقاله پژوهشی

حکم اهل خیره جهت قطع دست شلاء در قصاص و مقایسه آن با محاربه و سرقت (با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر)^۱

© Author (s) منصوره سهرابی افقو^۲ سید محمدهادی قبولی درافشان^۳ محمدحسن حائری^۴



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

چکیده

از نظر مشهور فقها و صاحب جواهر، یکی از شرایط قصاص عضو، تساوی اعضا در سالم بودن و عدم خوف تلف مرتکب یا صدمه به عضو دیگر اوست. بر این اساس دست سالم در برابر دست شل قصاص نمی‌گردد؛ اما قصاص دست شل در برابر دست سالم جایز است، مگر اینکه از نظر اهل خیره خوف سرایت به جان جانی باشد. مشهور برخلاف صاحب جواهر در سرقت و محاربه، توجه به حکم اهل خیره را شرط ندانسته‌اند. لذا پرسش اساسی این است که توجه به حکم اهل خیره در قصاص عضو با مجازات‌های قطع دست سارق و محارب چه تفاوتی دارد؟ پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی به

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان: «تحلیل دیدگاه‌های خلاف مشهور صاحب جواهر در باب قصاص» (استاد راهنما: سیدمحمدهادی قبولی درافشان؛ استاد مشاور: محمدحسن حائری). دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی (شهید مطهری)، مشهد، ایران می‌باشد.

۲. دانشجوی دکترای الهیات (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

msohrabi2033@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).

h.ghaboli@um.ac.ir

۴. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

* سهرابی افقو، منصوره؛ قبولی درافشان، سیدمحمدهادی و حائری، محمدحسن. (۱۴۰۱). حکم اهل خیره جهت قطع دست شلاء در قصاص و مقایسه آن با محاربه و سرقت (با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۱۲)، صص ۱۵۹-۱۸۴.

Doi: 10.22081/jf.2023.63401.2462

این نتیجه رسیده که در سرقت، استناد مشهور به عموماً قرآنی از قطع دست با وجود خوف تلف نفس، انصراف دارد. لذا ضمن رد روایات مطرح شده توسط مشهور و نیز با توجه به ایرادهای وارد بر ادله محاربه، دیدگاه صاحب جواهر را با توجه به اصل عدم قطع و احتیاط در دماء قوی تر دانسته ایم. بنابراین حکم قطع دست شل در قصاص عضو با سرقت و محاربه یکسان نبوده و با خوف تلف نفس از سوی اهل خبره، عضو شل نباید قطع شود. البته برخلاف ماده ۳۹۵ قانون مجازات، احکام قطع عضو شل و ناقص جداست؛ زیرا ماده، مجنی علیه را در هر دو صورت بین قصاص جانی یا پرداخت دیه مخیر می‌داند؛ حال آنکه حکم مذکور بنا بر روایات، مربوط به عضو ناقص است و حکم عضو شل، قصاص و در صورت خطر تلف نفس، عدول به دیه است.

کلیدواژه‌ها

عضو شل، حکم اهل خبره، قصاص عضو، سرقت، محاربه.

فقها و حقوق دانان برای اجرای قصاص عضو شرایطی را لحاظ کرده‌اند که عبارتند از:

۱. تساوی در اصلی بودن اعضا؛ ۲. تساوی در محل عضو مجروح یا مقطوع؛ ۳. قصاص با عدم تلف شدن جان یا عضوی دیگر؛ ۴. تساوی اعضا در سالم بودن؛ ۵. نبودن قصاص بیشتر از اندازه جنایت و ۶. تساوی قصاص اعضا بین زن و مرد. بر این مبنا، از دیدگاه مشهور و صاحب جواهر در قصاص عضو تساوی در سلامت اعضا شرط است و دست صحیح جانی در برابر دست مشلول (شلاء یا اشل) مجنی علیه قطع نمی‌شود، اما عکس آن صادق است و دست شل جانی در برابر دست صحیح قصاص و قطع می‌شود، مگر اینکه اهل خبره قائل باشند که اگر دست شل قطع شود، خونش بند نمی‌آید. اما محل بحث و نزاع جایی است که مشهور، به حکم اهل خبره در خصوص قطع دست محارب و دزد، گرچه شل باشد اعتنا نکرده‌اند، اما صاحب جواهر مراعات حال محارب و سارق را نیز ضروری دانسته است و تفاوتی بین آن‌ها در این مسئله قائل نیست. لذا با عنایت به این مسئله پاسخ به این پرسش‌ها ضروری به نظر می‌رسد که اولاً چه تفاوتی در توجه به حکم اهل خبره در مصادیق قصاص عضو (حق الناس) با محاربه و سرقت (حق الله) وجود دارد؟ ثانیاً آیا اجماع و شهرت در خصوص عدم توجه به حکم اهل خبره در مصادیق محاربه و سرقت وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، بنا بر چه ادله‌ای؟ ثالثاً دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر بر چه مبنایی پیش رفته است؟ رابعاً آیا قوانینی در این زمینه وضع شده است؟

در مقاله‌ای تحت عنوان: «واکاوی شرط مماثلت در سلامت در قصاص عضو» از علی محمدیان و دیگران (۱۳۹۲)، همانندی در مسمای اعضا در قصاص اعضا کافی دانسته شده است. اما در پژوهش حاضر ضمن بررسی این مسئله، حکم اهل خبره در قصاص عضو مدنظر قرار گرفته و با مصادیق محاربه و سرقت نیز تطبیق داده شده است. این پژوهش به عنوان یک اثر جامع، به بررسی دیدگاه مشهور در سه مصداق پرداخته و در آن، ابتدا به بررسی و تحلیل دیدگاه مشهور و دیدگاه مقابل آن با استناد به ادله پرداخته شده است و در نهایت دیدگاه خلاف مشهور قوی‌تر به نظر رسیده است.

۱. مفهوم شلل بودن دست (شلاء در ید)

«شَلَل» در لغت، به معنای خشک شدن دست و از بین رفتن و فساد آن می باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۳۶۰؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۸۴؛ جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۷۳۷؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۴۰۴) و در اصطلاح به معنای این است که آن عضو، منفعت غالب و کاربرد عمده خود را از دست دهد. پس سایر نواقص و عیوب مثل ارتعاش عضو، مقطوع بودن انگشتان یا فقدان حس لامسه، اگرچه عیب شمرده می شوند، داخل در محل بحث نیستند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۳). امام خمینی و فاضل لنکرانی تشخیص معنای آن را موکول به عرف می دانند (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۴۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۸) و عرف یدی را شلاء می داند که از حرکت اختیاری خارج است، گرچه حس داشته باشد (مقتدایی، ۱۳۹۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۱۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۲۸۵). بر این اساس در مورد دیگر بیماری ها نظیر برص و جذام یا قوی و ضعیف بودن دست، تساوی در سلامت شرط نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۳۲؛ فخر المحققین (حلی)، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۶۳۴)؛ چنانکه در ماده ۳۹۶ ق.م.ا. نیز آمده است: «عضو قوی و صحیح، در برابر عضو ضعیف و معیوب غیر فلج قصاص می شود».

۲. مماثلت در سلامت دست و حکم اهل خبره در قطع دست شل در قصاص

مشهور قائل به اشتراط تساوی در سلامت اعضا بوده اند، چنانکه بر آن ادعای اجماع نیز شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۹۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۱۸۰؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶، ص ۳۲۰؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۶؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۳۲۸). شیخ طوسی در مبسوط می فرماید: «هرگاه فردی دست شخصی را که دارای سه انگشت سالم و دو انگشت فلج می باشد قطع نماید و دست قاطع فلج نباشد، دست او قصاص نمی گردد؛ زیرا در قصاص عضو، تساوی را شرط دانسته ایم و دست فلج همانند دست سالم نمی باشد» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۸۴). دیگر فقها نیز بر عدم قطع عضو سالم در برابر عضو فلج تأکید کرده اند (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۷۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۳۳)؛ چنانکه فخر المحققین (فخر المحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۶۳۳)، شهید ثانی

(شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۱۷۷) و امام خمینی (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۴۰). صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۳۴۸) نیز به تبعیت از محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۱۹) قطع دست فلج در برابر دست سالم را از آنجا که کمتر از حق قصاص کننده است جایز شمرده‌اند، مگر اینکه خوف سرایت به جان و هلاکت برود؛ زیرا عضو شخصی که می‌خواهیم قصاص کنیم، باید أخفض و پست‌تر باشد تا تعدی محسوب نگردد (سیحانی، ۱۳۹۰). به‌علاوه بعضی از فقها برای اثبات این شرطیت به عموماً آیهٔ اعتداء^۱ و آیهٔ عقوبت^۲ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۹۴) و روایات استدلال کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۱۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۳۴۸)؛ چنانکه آمده است:

الف. روایت سلیمان بن خالد: «فی رجل قطع ید رجل شلاً قال: علیه ثلث الدّیة» (حر عاملی، بی تا، ج ۲۹، ص ۳۳۲)؛ سلیمان بن خالد از امام صادق علیه السلام دربارهٔ مردی که دست فلج مرد دیگری را قطع کرده است، نقل می‌کند که فرمود: یک سوم دیه بر عهدهٔ اوست.

ب. روایت حسن بن صالح: به امام صادق علیه السلام گفتم: اگر برده‌ای دست مرد آزاده‌ای را قطع کند، درحالی که سه انگشت از انگشتان دست آن مرد شل باشد، تکلیف آنان چیست؟ امام صادق علیه السلام فرمود: تا بهای آن برده چه باشد؟ گفتم: هر مبلغی که می‌خواهید فرض بفرمایید. امام فرمود: اگر بهای برده بیش از بهای دو انگشت سالم و سه انگشت شل باشد، آن مردی که دستش قطع شده مازاد بهای برده را به مولایش می‌پردازد و برده را تصاحب می‌کند؛ و اگر مایل باشد می‌تواند بهای دو انگشت سالم و سه انگشت ناسالم خود را دریافت کند و برده را به صاحبش برگرداند. گفتم: دو انگشت سالم با سه انگشت ناسالم به اضافهٔ کف دست چه بهایی دارد؟ امام فرمود: بهای دو انگشت سالم با کف دست معادل دو هزار درهم است و بهای سه انگشت ناسالم با کف دست هزار درهم؛ زیرا بهای عضو ناسالم به یک سوم بهای عضو سالم تنزل

۱. «فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره، ۱۹۴)

۲. «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (نحل، ۱۲۶)

می‌کند. امام فرمود: اما اگر بهای برده کمتر از دیه دو انگشت سالم و سه انگشت ناسالم باشد، برده را به مردی که دستش قطع شده می‌دهند تا صاحب شود یا اینکه مولایش به جای او دیه می‌پردازد و برده‌اش را نگه می‌دارد.^۱

در دو روایت، امام حکم به قصاص نکرده و در روایت دوم فرموده است کسی که دستش قطع شد (حر) می‌تواند انگشت عبد را قصاص کند، با اینکه حر می‌تواند عبد را قصاص کند؛ گرچه بالعکس آن ممنوع است. پس معلوم می‌شود بین انگشت شل و انگشت صحیح قصاص نیست.

در مقابل این دیدگاه مشهور، قائلان به عدم شرطیت تساوی سلامت اعضا، تنها مماثلت در مسمی عضو را کافی دانسته‌اند؛ چنانکه آیت‌الله خوئی، به‌عنوان اولین فقیه در رد نظر مشهور می‌فرماید: «نظر مشهور این است که در قصاص عضو تساوی اعضا از جهت سلامت و فلج‌نبودن شرط است. بنابراین دستی که سالم است در برابر دست فلج قطع نمی‌گردد، هرچند که جانی دستش را برای قصاص در اختیار مجنی علیه بگذارد و این قول خالی از اشکال نمی‌باشد، بلکه به خاطر اطلاق آیه ۴۵ مائده: «و الجروح قصاص» عدم صحت آن بعید نیست» (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۸۸). برخی از فقهای دیگر نیز به تبعیت بر این سخن قائلند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۴۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۶۶؛ تبریزی، ۱۴۲۹ق، ص ۲۸۳). لذا بر این باورند که آیه اعتداء و عقوبت، مخصوص اطلاقات قرآنی (بقره، ۱۷۸): «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَىٰ الْحُرُّ بِالْحُرِّ...» و (مائده، ۴۵): «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ... وَالْجُرُوحَ

۱. عَنْ عَبْدِ قَطَعِ يَدَ رَجُلٍ حُرًّا وَ لَهُ ثَلَاثُ أَصَابِعٍ مِنْ يَدِهِ سَلَّلَ فَقَالَ وَ مَا قِيمَةُ الْعَبْدِ قُلْتُ اجْعَلْهَا مَا شِئْتَ قَالَ إِنْ كَانَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَكْثَرَ مِنْ دِيَةِ الْإِضْبَعَيْنِ الصَّحِيحَتَيْنِ وَ الثَّلَاثِ أَصَابِعِ السَّلَلِ رَدَّ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ عَلَىٰ مَوْلَى الْعَبْدِ مَا فَضَّلَ مِنَ الْقِيمَةِ وَ أَخَذَ الْعَبْدُ وَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الْإِضْبَعَيْنِ الصَّحِيحَتَيْنِ وَ الثَّلَاثِ أَصَابِعِ السَّلَلِ قُلْتُ وَ كَمْ قِيمَةُ الْإِضْبَعَيْنِ الصَّحِيحَتَيْنِ مَعَ الْكَفِّ وَ الثَّلَاثِ الْأَصَابِعِ قَالَ قِيمَةُ الْإِضْبَعَيْنِ الصَّحِيحَتَيْنِ مَعَ الْكَفِّ أَلْفًا دِرْهَمًا وَ قِيمَةُ الثَّلَاثِ الْأَصَابِعِ السَّلَلِ مَعَ الْكَفِّ أَلْفٌ دِرْهَمٌ لِأَنَّهَا عَلَى الثَّلَثِ مِنْ دِيَةِ الصَّحَّاحِ قَالَ وَ إِنْ كَانَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَقَلَّ مِنْ دِيَةِ الْإِضْبَعَيْنِ الصَّحِيحَتَيْنِ وَ الثَّلَاثِ الْأَصَابِعِ السَّلَلِ دَفَعَ الْعَبْدُ إِلَى الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ أَوْ يَفْتَدِيهِ مَوْلَاهُ وَ يَأْخُذُ الْعَبْدُ

(کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۰۶؛ حر عاملی، بی تا، ج ۲۹، ص ۳۳۳).

قصاص» نمی‌باشند؛ زیرا آیات در مقام بیان مثلث در کیفیت نیستند، بلکه مثلث در اصل اعتداء و عقاب مورد توجه است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۴). همچنین در مناقشه به روایت سلیمان بن خالد بیان شده است که «حماد بن زیاد» در کتب رجال فردی مجهول الهویه محسوب می‌گردد (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۷، ص ۱۹۹). همچنین در روایت دوم، «حسن بن صالح» بتری مذهب و صاحب فرقه صالحیه (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۶۶)^۱ می‌باشد که توثیقی درباره او وجود ندارد (کشی، ۱۴۹۰ق، ص ۲۳۳؛ طوسی، ۱۳۷۳ق، ص ۱۳۰). «سهل بن زیاد» نیز فردی فاسد المذهب نامیده شده است (نجاشی، ۱۴۹۰ق، ص ۲۸۵؛ کشی، ۱۴۹۰ق، ص ۵۶۶). از طرفی دیگر روایات متعرض قصاص نیستند، بلکه در مقام بیان دیه ید شلاء است (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۴۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۷۰).

با بررسی دیدگاه فقها متوجه می‌شویم که برخی از قداما چون شیخ صدوق (ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ۵۲۸) و شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۶۰) اصلاً به این موضوع نپرداخته‌اند، بلکه در ذیل مبحث دیات، تنها به دیه دست فلج که یک سوم دست سالم است اشاره کرده‌اند. لذا می‌توان گفت در بین قداما اجماع تبعیدی وجود ندارد و تنها در بین قائلان به این شرط اختلاف نظری در این خصوص وجود ندارد (محمدیان و دیگران، ۱۳۹۲). چنانکه صاحب جواهر در صدر کلام خود اصطلاح «بلاخلاف أجده فیه» را به کار می‌برد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۳۴۸). از سوی دیگر در صورت وجود اجماع، اجماع مدرکی محسوب خواهد شد (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۴۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۴۴). البته برخی در این مسئله با وجود بیان اشکالات در ادله مشهور، از نظر عرف و عقلا قصاص عضو سالم در مقابل عضو فلج را مصداق مماثلت مجازات یا جرم ندانسته‌اند (امامی، ۱۳۹۳، صص ۲۱۷-۲۱۸).

۱. «بتریه: از انشعابات فرقه زیدیه. به پیروان «حسن بن صالح» و «کثیر نواء» بتریه گفته شده است. آنان بعد از رسول خدا ﷺ، علی را برای پیشوایی افضل می‌دانند؛ لیکن معتقدند آن حضرت خلافت را به ابو بکر و عمر واگذار کرده است. از این رو بیعت مردم با آن دو را خطا نمی‌دانند. در کلمات فقها بتریه از فرقه‌های شیعه شمرده نشده است.»

۳. حکم اهل خیره در قطع دست شل سارق

به طور کلی مهم‌ترین دلیل برای اصل رجوع به اهل خیره، سیره و بنای عقلا و حکم عقل در رجوع جاهل به عالم است. پس عقلا، ظنّ اهل خیره را که غالباً مطابق با واقع است حجت می‌دانند (آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۲۶؛ بجنوردی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۳۲؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۱۴؛ خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۵۵).

صاحب جواهر می‌فرماید: «آری گفته شده: مشهور این است که دست محارب و دست دزد را - گرچه شل باشد - قطع می‌کنند و به حکم اهل خیره توجه نمی‌شود؛ بلکه از شیخ در خلاف و ابن زهره در غنیه برای این قول، ادعای اجماع شده است».^۱ حال آنکه صاحب جواهر توجه به اهل خیره در محارب و دزد را نیز لازم دانسته است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، صص ۳۴۹-۳۵۰). برای همین باید حکم فقها در خصوص قطع دست شل سارق و محارب مورد بررسی قرار گیرد تا حکم اختلافی این مسئله نیز روشن و بعد با قصاص مقایسه گردد.

۴. اقوال فقها در قطع دست شل سارق

۴-۱. دیدگاه مشهور بر قطع دست شل سارق بدون اعتبار حکم اهل خیره و ادله ایشان

با بررسی منابع متعدد باید گفت مشهور فقها بر این اعتقادند که در هر صورت دست راست سارق هرچند شل باشد، قطع می‌گردد و به حکم اهل خیره در این خصوص اشاره‌ای نکرده‌اند، بلکه به قطع دست او به صورت مطلق فتوا داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۶۶؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۳۰۵). لذا ادعای شهرت (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶، ص ۱۳۸؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۳۵) و حتی ادعای اجماع بر این امر شده است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۴۲). قائلان به این سخن به ادله‌ای از آیات و روایات نیز اشاره داشته‌اند. لذا به نظر می‌رسد که شهرت و اجماع ادعایی مدرکی است که باید به مستند آن‌ها رجوع شود.

۱. نعم قیل: إن المشهور قطع ید المحارب والسارق وإن کانت שלא من غیر اعتبار حکم اهل الخیره، بل عن الخلاف والغبیه الإجماع علیه.

۴-۱-۱. عمومات قرآنی

خداوند متعال در آیه شریفه ۳۸ مائده می‌فرماید: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا...؛ دست زن و مرد دزد را به کیفر اعمالشان بترید...». در این آیه خداوند به قطع دست سارق و سارقه به صورت عام و بدون تفصیل و حکم اهل خیره اشاره نموده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۴۱).

۴-۱-۲. روایات

الف. صحیحۃ ابن سنان: از امام صادق علیه السلام در مورد سارقی پرسیدند که دست راست او شل است یا دست چپ او شل است، چه باید کرد؟ حضرت فرمودند در هر حال دست راست سارق قطع می‌شود.^۱

ب. صحیحۃ زراره: راجع به اینکه اگر شخصی که شل است سرقت کرد، دست راست او در هر حال، چه صحیح و چه شل، قطع می‌شود و اگر دوباره سرقت کرد، پای چپ او قطع می‌شود و اگر دوباره سرقت کرد، حبس ابد می‌شود و نفقه او از بیت‌المال داده می‌شود.^۲

۴-۲. دیدگاه صاحب جواهر: اعتبار حکم اهل خیره در قطع دست شل سارق

در برابر قول مشهور، برخی از فقهای دیگر قائل به تفصیل در این مسئله شده‌اند؛ به نحوی که اگر احتمال فوت سارق توسط اهل خیره داده شود، دست این فرد قطع

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: فِي رَجُلٍ أَشَلَّ الْيَدَ الْيُمْنَى أَوْ أَشَلَّ الشَّمَالَ سَرَقَ قَالَ تُقَطَّعُ يَدُهُ الْيُمْنَى عَلَى كُلِّ حَالٍ (حر عاملی، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۲۶۶).

۲. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ عَلَاءِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام وَ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: أَنَّ الْأَشَلَّ إِذَا سَرَقَ قُطِعَتْ يَمِينُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ سَلَاءً كَانَتْ أَوْ صَحِيحَةً فَإِنْ عَادَ فَسَرَقَ قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى فَإِنْ عَادَ حُلِدَ فِي السَّجْنِ وَ أُجْرِي عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَ كُفَّ عَنِ النَّاسِ (حر عاملی، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۲۶۶، أبواب حد السرقة، باب ۱۱، ح ۴).

نمی‌شود؛ چنانکه شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «اگر اهل علم طب (پزشکان) بگویند که اگر دست شل قطع شود، دهانهٔ رگ‌ها باز مانده و خونش بند نمی‌آید، در این صورت او همانند فاقد دست است و اگر پزشکان گویند، دهانهٔ رگ‌ها بسته می‌شود، دستش قطع می‌گردد» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۳۸). همانند این سخن در کلام ابن براج و ابن حمزه از متقدمین نیز دیده می‌شود (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۴۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۲۰). شهید ثانی نیز در مسالک الألفهام این قول را نیکو دانسته (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۵۲۰) و صاحب جواهر و برخی دیگر از فقها نیز به آن تمایل دارند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۵۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۴۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۸۶).

۵. ادلهٔ قطع دست شل سارق با حکم اهل خبره

۵-۱. اصل عدم قطع

در مواردی که ادلهٔ قطع دست شل سارق محل تردید است، اصل بر عدم قطع دست او می‌باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۳۵۰؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص ۶۰۴).

۵-۲. احتیاط در دماء

از دیدگاه علامه در مختلف: «حد اگر مشتمل بر قتل نباشد، احتیاط در دم برای آن لحاظ شده است. پس در صورت حصول خطر به جهت قطع، بنا بر احتیاط در بقای نفس، دست قطع نمی‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۴۲). به نظر می‌رسد حصول خطر به دلیل قطع با نظر کارشناس مشخص می‌شود.

۵-۳. انصراف عمومات از قطع دست با وجود خوف تلف نفس

صاحب ریاض می‌فرماید: «عمومات قرآنی شامل فرضی که با قطع دست شل، خوف تلف نفس برود نمی‌شود؛ زیرا متبادر از آن‌ها، قطع دست سالم یا شلی است که خوف تلف نفس در آن‌ها نباشد؛ زیرا مقصود از قطع، تلف سارق نیست. همچنین

صحیحین نیز حمل می‌شوند بر دست شلی که ایمن از تلف نفس باشد» (طباطبائی حائری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص ۶۰۴).

با تتبعی که صورت گرفت از کلام صاحب جواهر و برخی دیگر چنین برمی‌آید که اطلاق فتوای فقها، روایات و معقد اجماعات را حمل بر عدم خوف تلف نفس کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۱۳، ص ۶۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۴۲؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص ۶۰۴). هرچند اجماع مذکور در خلاف دارای وهن است؛ زیرا شیخ طوسی در مبسوط از اجماع در فرض مذکور عدول کرده است. از طرف دیگر بیان این تفصیل به خصوص از برخی قدما، به ادعای اجماع بر قول اول نیز خدشه وارد خواهد کرد و می‌توان قائل به شهرت در این خصوص شد. پس این ادله وافی و کافی برای مدعای قول مشهور نمی‌باشد و دیدگاه صاحب جواهر و موافقان با ایشان صحیح به نظر می‌رسد.

۱۶۹

ف

(با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر)

۶. حکم قطع دست شل محارب

با بررسی سخن صاحب جواهر باید گفت گرچه عین نقل قول مستقیم از مشهور یعنی «و قيل إن المشهور قطع يد المحارب والسارق وإن كانت شلاء من غير اعتبار حكم أهل الخبرة» در کلام فقها بیان نشده و تنها صاحب مفتاح الکرامه به آن اشاره داشته است (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۱۳۱)، اما این دیدگاه مشهور در خصوص دست شل سارق، موجود و ادعای اجماع در خلاف و غنیه بر آن شده بود. حال آنکه فقها به صراحت در خصوص قطع دست شل محارب و اعتنا به حکم اهل خیره بر آن و عدم آن هیچ سخنی به میان نیاورده‌اند و این احتمال داده می‌شود که صاحب جواهر عدم اعتنا به حکم اهل خیره را در خصوص محارب از عموم کلام مشهور فقها استنباط کرده است که گفته‌اند: چنانچه فردی در اثر قصاص، حد یا تعزیر بمیرد خونس هدر است. ^۱ روحانی و مرعشی نجفی نیز این قول را به مشهور منتسب دانسته‌اند (مرعشی، ۱۴۲۴ق، ص ۳۷۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق،

۱. ومن قتله القصاص أو الحد، فلا قود له ولا دية.

ج ۲۶، ص ۶۲) و صاحب جواهر نیز نظر مشهور را با «قیل» بیان نموده است. لازم است برای توضیح این بحث به دو دیدگاه در این خصوص اشاره کنیم:

۱-۶. اقوال فقها در قطع دست شل محارب

۱-۶-۱. اقوال مشهور: هدر بودن خون محکوم علیه در حق الناس و حق الله

مشهور فقها قائل به این می‌باشند که کسی که بر اثر قصاص، حد یا تعزیر بمیرد، قصاص و دیه‌ای برای او نیست و خونش هدر است؛ خواه حد از حقوق الناس باشد یا از حقوق الله (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹، ص ۲۱۷؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱۶؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۸۹؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۳۷۷).

۱-۶-۱-۱. ادله قول مشهور و مناقشات وارد بر آن

الف. اصل فقهی «کلّ فعل سائغ لایتعقبه ضمان»

شهید ثانی بر سخن خود به اصل فقهی «کلّ فعل سائغ لایتعقبه ضمان» استناد کرده است که انجام فعل واجب یا جایز، ضمانی را در پی نخواهد داشت (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۷۲). البته در مناقشه بر این سخن گفته شده است که «موارد زیادی در فقه وجود دارند که جایزند، اما ضمان دارد؛ مثلاً اگر حفظ نفس محترمه بر خوردن و نوشیدن از مال غیر باشد، خوردن و نوشیدن جایز است یا در صورتی که صاحب لقطه را بشناسیم، اما آن را صدقه به فقیر دهیم، ضامن آن خواهیم بود» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷، ص ۱۶۱).

ب. قاعده احسان

شهید ثانی و ابن ادریس عدم ضمان امام در مقابل مرگ محکوم علیه را منوط به قاعده احسان دانسته و بنا بر آیه «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه، ۹۱)، از آنجا که امام در مقام امثال اوامر الهی بوده، محسن محسوب می‌شود و ضمانی برای ایشان وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۷۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۶۱). در رد این دلیل نیز باید گفت که نمی‌توان امام را حتی در صورت تعدی و تقصیر نیز محسن محسوب کرد و

مسلماً فقها نیز چنین فرضی نداشته‌اند. لذا تخصصاً در چنین حالتی، فعل امام از قلمرو این آیه خارج می‌گردد.

ج. روایات

از امام صادق علیه السلام نقل شده است هر کس که بر اثر اجرای حد یا قصاص کشته شود دیه‌ای ندارد.^۱ اما در مناقشه به استناد به این روایت و روایات مشابه باید گفت: روایاتی که نهی از ضایع کردن خون مسلمان می‌شود، مثل روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام که می‌فرماید: «لَا يُظْلَمُ دَمٌ أَمْرِي مُسْلِمٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۴، ص ۴۹۸)، بر این ادله حاکم است (آل طاهرا و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۶).

د. اصل براءت

بعد از حد شرعی در صورت شک بر ضمان یا عدم ضمان، اصل بر هدر بودن و عدم ضمان است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۳؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱۶). اما در اشکال به این سخن نیز باید گفت با وجود روایات، نوبت به این اصل نخواهد رسید.

البته شیخ مفید قائل به تفکیک مابین حق الله با حق الناس است، به نحوی که می‌فرماید: «اگر شخصی بر اثر تازیانه امام بمیرد، در صورتی که این حد از باب حق الله باشد دیه‌ای ندارد، اما اگر از باب تأدیب یا حدی که مختص به حق الناس است تازیانه بزند، ضامن دیه‌اش است و کسی که از باب قصاص بدون تعدی و تفریط کشته شود، دیه‌ای ندارد» (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۴۳). شیخ طوسی نیز برخلاف نهاییه (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۵۵) که قائل به عدم ضمان و دیه بود، در استبصار (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۲۷۹) قائل به تفکیک حق الله از حق الناس شده است. در بین معاصرین نیز برخی فقها این دیدگاه را مقتضای جمع بین روایات و موافق با احتیاط دانسته‌اند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۶۷)؛ لذا بر این

۱. عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَقَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: أَيَّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحَدُّ أَوْ الْقِصَاصَ فَلَا دِيَةَ لَهُ الْخَلْدِيَّتُ (حر عاملی، بی تا، ج ۲۹، ص ۶۵).

سخن خود به روایتی از امام صادق علیه السلام اشاره کرده‌اند که می‌فرماید: «قَالَ كَانَ عَلِيٌّ عليه السلام يَقُولُ مَنْ ضَرَبْنَاَهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَةَ لَهُ عَلَيْنَا وَ مَنْ ضَرَبْنَاَهُ حَدًّا فِي شَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ فَمَاتَ فَإِنَّ دِيَتَهُ عَلَيْنَا» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۲۷۹). اما باید گفت روایت به دلیل «حسن بن صالح ثوری»، ضعیف می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۴۷۲) و عدم ضمان در حقوق الله بر هیچ استدلال محکمی استوار نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۳).

بر این اساس صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه تفکیکی بین محارب و دزد با قصاص از برخی فقها نقل کرده‌اند که «منظور مجازات کردن محارب و سارق است هر چند کشته شود، ولی قصاص مبتنی بر این است که مجنی علیه نمی‌تواند بیش از حق خود قصاص کند؛ سپس مناقشه بر آن را نیز نقل قول می‌کنند که «حدود چون مبنی بر تخفیف است، لذا بیشتر از قصاص باید حال متهم را رعایت کرد» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۳۴۹؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۱۳۱). قابل ذکر است که این تفکیک و مناقشه بر آن که به نقل از فقها توسط صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه گفته شده است در کتب فقها دیده نمی‌شود. به‌علاوه به نظر می‌رسد این مناقشه اشاره به همین تفکیک بین حق الله (حدود سرقت و محارب) با حق الناس (قصاص) دارد؛ زیرا حق الناس مبتنی بر دقت و احتیاط است (اردبیلی، بی‌تا، صص ۳۰۸-۳۰۹). اما همان‌طور که گفته شد این تفکیک نادرست است. به‌علاوه حدود و حق الله مبتنی بر آسان‌گیری و تخفیف است.

۶-۱-۲. دیدگاه صاحب جواهر: ضامن‌بودن در صورت تعدی و تجاوز از مجازات

صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۴۷۱) و به تبعیت از ایشان محقق سبزواری (سبزواری، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۵۸)، امام خمینی (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۸۱) و گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۰۱) بر این عقیده‌اند که در صورتی که حد به گونه‌ای اجرا شود که سبب فوت گردد، حاکم ضامن است، اما اگر حاکم جهت امتثال امر الهی، حکم را بدون تعدی و تفریط اجرا نماید، ضامن نمی‌باشد. امام خمینی علیه السلام نیز می‌فرماید: «من قتل الحد أو التعزیر فلادیه له إذا لم يتجاوزه» (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۸۱). قائلان به این دیدگاه به روایاتی استناد نموده‌اند، از جمله: صحیحہ ابی العباس از امام صادق علیه السلام: از امام پرسیدم

در مورد کسی که حد بر او جاری شده است، آیا از آن قصاص می‌گردد یا به او دیه داده می‌شود؟ امام فرمود: خیر، مگر اینکه بیشتر از قصاص بر او جاری شده باشد.^۱ همچنین پیامبر اسلام ﷺ به سعد بن عباده می‌فرماید: خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و برای کسی که از آن حد تجاوز نماید هم حدی لحاظ کرده است.^۲

۷. اجرای قانونی مجازات‌های قطع و قصاص عضو

قانون‌گذار در بندهای (پ) و (ت) ماده ۳۹۳ ق.م.ا. هم‌سو با صاحب جواهر و مشهور در قصاص عضو، عدم خوف تلف مرتکب یا صدمه بر عضو دیگر را اشاره داشته است و قصاص عضو سالم در مقابل عضو شل را صحیح نمی‌داند، اما برعکس این امر جایز بوده، مگر اینکه از نظر اهل خبره، خوف تلف جان جانی وجود داشته باشد؛ زیرا مبنای کلی لزوم رعایت تساوی قصاص با جنایت، پابندی به عدالت و دوری از ظلم است، نه تعبد محض به رعایت تساوی مجازات با جرم (امامی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۷).

البته قانون‌گذار بنا بر ماده ۳۹۵ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «اگر عضو مورد جنایت، سالم یا کامل باشد و عضو مرتکب، ناسالم یا ناقص باشد، مجنی علیه می‌تواند قصاص کند یا با رضایت مرتکب دیه بگیرد»؛ که حکم عضو ناسالم چون عضو شل با عضو ناقص یکی پنداشته شده است؛ حال آنکه این حکم مربوط به عضو ناقص می‌تواند باشد و مناسب‌تر این بود که حکم عضو ناسالم از ناقص به نحو جداگانه بیان می‌شد و در خصوص عضو ناسالم مقرر می‌شد که در صورت تشخیص اهل خبره (پزشک قانونی) مبنی بر بند آمدن خون عضو شل، بهتر است آن عضو قصاص گردد، اما در

۱. أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَمَّنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ
الْحُدُّ فَمَاتَ أَوْ يَمَاتُ مِنْهُ أَوْ يُؤَدَّى دِيَّتُهُ قَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَرَادَ عَلَى الْقَوْدِ (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۱۰، ص ۲۷۸).

۲. إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حُدًّا، وَجَعَلَ عَلَى كُلِّ مَنْ تَعَدَى حُدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱۴، ص ۹).

۳. در قصاص عضو، علاوه بر شرایط عمومی قصاص، شرایط زیر با تفصیلی که در این قانون بیان می‌شود، باید رعایت گردد: الف. محل عضو مورد قصاص، با مورد جنایت یکی باشد. ب. قصاص با مقدار جنایت، مساوی باشد. پ. خوف تلف مرتکب یا صدمه بر عضو دیگر نباشد. ت. قصاص عضو سالم، در مقابل عضو ناسالم نباشد.

صورت تشخیص بندنیامدن خون و خوف تلف نفس به دبه عدول گردد.

همچنین در ماده ۴۸۵ ق.م.ا^۱ نیز ضمن عدم تفکیک بین حق الناس (مانند قصاص) و حق الله (مانند سرقت و محاربه) - که بر طبق سخن صاحب جواهر است - قاضی صادرکننده و مجری حکم را در صورت ثبوت عمدی بودن مرگ جانی یا ایجاد صدمه‌ای بیشتر از مجازاتش یا به جهت تقصیر وی ضامن دانسته که یکی از مصادیق این تقصیر می‌تواند عدم توجه به حکم اهل خبره در اجرای حکم باشد.

به‌علاوه با مراجعه به «آیین‌نامه نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص نفس و عضو و جرح، دیات، شلاق، تبعید، نفی بلد، اقامت اجباری و منع از اقامت در محل یا محل‌های معین، مصوب ۱۳۹۸/۳/۲۷ رئیس قوه قضائیه»، برخی از مقررات نحوه اجرای قصاص و مجازات‌های قطع که در قانون مجازات اسلامی مسکوت مانده است نیز روشن می‌گردد؛ از جمله در ذیل بحث دوم (نحوه اجرای مجازات‌های قطع و قصاص عضو) این آیین‌نامه آمده است: ماده ۷۹ - «اجرای مجازات‌های قطع و قصاص عضو باید با ابزار بهداشتی و مناسب و به شیوه‌های متعارف به عمل آید؛ به نحوی که کمترین آزار را بر محکوم وارد کند و موجب آسیبی زاید بر جنایت نشود. تبصره - قاضی اجرای احکام کیفری تمهیدات لازم را برای اجرای دقیق و صحیح قصاص عضو فراهم می‌کند؛ به نحوی که از حیث طول و عرض و عمق مساوی با جنایت باشد. در این مورد نظر پزشک قانونی یا پزشک متخصص معتمد اخذ می‌شود. همچنین نظارت بر صحت اجرا و رعایت تشریفات لازم با قاضی اجرای احکام کیفری است (ماده ۸۱) و باید تمهیدات لازم را از حیث حضور کادر پزشکی و تجهیزات مورد نیاز برای جلوگیری از خونریزی و عفونت و مانند آن فراهم کند (ماده ۸۴). همچنین قانون‌گذار در ماده ۸۶ آیین‌نامه مذکور مقرر می‌دارد: «در صورتی که به تشخیص

۱. هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم، حسب مورد به قصاص یا دبه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد ضامن متفی است و در تعزیرات، دبه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

پزشک قانونی در قصاص عضو بیم تجاوز از میزان جنایت برود و امیدی به رفع مانع نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری پرونده را برای تعیین تکلیف به دادگاه ارسال می‌کند». همان‌طور که گفته شد یکی از این مصادیق که بیم تجاوز از میزان و سرایت به جان جانی می‌رود، قطع دست شل او در قصاص عضو، سرقت و محاربه است که اگر به نظر اهل خبره (پزشک قانونی)، بعد از قطع دست خون آن بند نیاید، آن دست قطع نمی‌گردد و به دیه عدول می‌نماید.

نتیجه‌گیری

علیرغم توافق صاحب جواهر با مشهور در عدم قطع دست شل جانی در قصاص عضو در صورت حکم اهل خبره مبنی بر خوف تلف نفس، نزاع ایشان در خصوص دست شل سارق و محارب قابل توجه است؛ زیرا مشهور فقها با تمسک به عمومات قرآنی، صحیحین ابن سنان و زراره و اجماع به طور مطلق و بدون اشاره به حکم اهل خبره بر این قائلند که دست شل سارق قطع می‌گردد. در مقابل صاحب جواهر و برخی دیگر از فقها، قطع دست شل سارق را منوط به عدم خوف تلف نفس دانسته و به انصراف عمومات قرآنی به این امر، به «اصل عدم قطع دست» و «احتیاط در دماء» استناد کرده‌اند. اما با وارد شدن خدشه به اجماعات منقول و حمل ادله مشهور بر قطع دست شلی که خوف تلف نفس در آنها نباشد، قول صاحب جواهر و موافقان با ایشان صحیح به نظر می‌رسد. از طرف دیگر فقها در خصوص قطع دست شل محارب و اعتنا به حکم اهل خبره بر آن و عدم آن هیچ سخنی به میان نیاورده‌اند و این احتمال داده می‌شود که صاحب جواهر عدم اعتنا به حکم اهل خبره در این خصوص را از عموم کلام مشهور مبنی بر هدر بودن خون کسی که در اثر قصاص، حد یا تعزیر بمیرد، خواه حد از حقوق الناس باشد یا از حقوق الله، برداشت کرده است. حال آنکه صاحب جواهر و برخی دیگر از فقها، حاکم را در صورت تعدی و تفریط او از جمله عدم توجه به حکم اهل خبره - ضامن دانسته‌اند.

قابل ذکر است که با وجود مناقشاتی بر ادله مشهور در این خصوص (محاربه) هم،

نظر صاحب جواهر و همراهان ایشان قوی تر به نظر رسیده و تفکیک برخی بر عدم ضمان امام در مقابل مرگ محکوم علیه به خاطر اجرای حد از باب حق الله و ضمان امام در صورت اجرای حق الناس نیز به جهت ضعف سندی روایات صحیح نمی باشد و رعایت حال محارب نیز شرط دانسته شده است. به نظر می رسد که با توجه به عدم اعتبار اقوال مشهور در سرقت و محاربه است که صاحب جواهر نقل آن ها را با «قیل» بیان نموده است. به علاوه در قانون مجازات اسلامی با وجود اشاره به عدم خوف تلف نفس در قصاص عضو، حکم دست شل به مانند دست ناقص دانسته شده است؛ حال آنکه حکم این ها از یکدیگر جداست. از طرف دیگر قانون گذار در قانون نامبرده باید به مسئله قطع دست شل سارق و محاربی نیز اشاره ای داشته باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آشتیانی، محمد. (۱۴۰۳ق). بحرالفوائد فی شرح الفرائد (ج ۱، چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲. ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد حلی. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (ج ۳). قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳. ابن بابويه قمی (الشيخ الصدوق)، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لايحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن براج طرابلسی، عبد العزيز. (۱۴۰۶ق). المهذب: كتاب الديات (ج ۲). بی جا: مؤسسة النشر الإسلامی.
۵. ابن حمزه، محمد بن حمزه طوسی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی رحمته.
۶. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. (ج ۱۱، چاپ سوم). بیروت: دار صادر.
۸. امامی، رسول. (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. قصاص عضو (زیر نظر آیت الله هاشمی شاهرودی). چاپ دوم. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول (ج ۱، چاپ اول). قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۱۰. آل طاهرا، سید حسین؛ آقایی جنت مکان، حسین؛ بشیری، عارف. (۱۳۹۹). ضمان در صدور و اجرای احکام منجر به سلب حیات. مجله حقوقی، ۸۴ (۱۱۱)، صص ۱-۲۲.
۱۱. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ. (بی تا). منتهی الأصول (ج ۲). قم: کتابفروشی بصیرتی.
۱۲. تبریزی، جواد. (۱۴۲۹ق). تنقیح مبانی الاحکام - کتاب القصاص شرایع الاسلام. قم: دار الصديقة الشهيدة علیها السلام.

۱۳. جوهری، إسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية (ج ۵). بیروت: دار العلم للملایین.
۱۴. حر عاملی، محمد بن الحسن. (بی تا). وسائل الشیعة (ج ۲۸، ۲۹). قم: مؤسسه آل البيت لإحیاء التراث.
۱۵. حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا). مفتاح الكرامة (ج ۱۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل (ج ۲، چاپ اول). قم: اسماعیلیان.
۱۷. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله (ج ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۸. خوانساری، سید احمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (ج ۷). تهران: مکتبه الصدوق.
۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۱، ۷، ۴۱). قم: مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۲۰. روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (ج ۲۶، چاپ اول). قم: دارالکتاب.
۲۱. زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس (ج ۱۴). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر.
۲۲. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۰). درس خارج فقه (کتاب الحدود و التعزیرات). (مراجعة: ۱۳۹۰/۱۱/۲۳)،
<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/sobhani/feqh/9>
۲۳. سبزواری. سید عبدالاعلی. (بی تا). مهذب الأحکام (ج ۲۸). بی جا: دار التفسیر.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۹، ۱۰). قم: کتابفروشی داوری.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام (ج ۱۴). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۶. طباطبایی حائری، سید علی. (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل (ج ۱۳، ۱۶). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۷. طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين (ج ۵). تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۴). تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة (ج ۱۰). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۳ق). رجال الطوسی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (ج ۸، ۷). تهران: المكتبة المرتضویة.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار (ج ۴). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتب العربی.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. علامه حلی، حسن بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (ج ۳، ۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۰). تفصیل الشریعة. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام.
۳۶. فاضل مقداد سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع (ج ۴). قم: مكتبة آية الله المرعشی النجفی علیه السلام.
۳۷. فاضل هندی، محمد بن حسن (اصفهانى). (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام (ج ۱۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. فخر المحققین حلی، محمد بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد (ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۹. کشی، محمد بن عبد العزیز. (۱۴۹۰ق). رجال کشی. مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۴۰. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۱۴). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۱. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۳۷۲). الدر المنضود (ج ۲). قم: دار القرآن الکریم.
۴۲. محقق حلی، جعفر بن یحیی. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام (ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۳. محمدیان، علی؛ قلی زاده، الهه؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ علمی سولا، محمدرضا. (۱۳۹۲).

- واکاوی شرط مماثلت در سلامت در قصاص عضو. پژوهش‌های فقهی. ۳(۹). صص ۵۵-۸۴.
۴۴. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا. (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء و الخواص. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۱۵ق). القصاص علی ضوء القرآن و السنة (ج ۱، ۳). قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۴۶. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۲۴ق). السرقة علی ضوء القرآن و السنة. قم: کتابخانه و چاپخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۴۷. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۴۸. مقتدایی. مرتضی. (۱۳۹۰). دروس خارج فقه (کتاب القصاص). ۱۳۹۰/۱/۲۰، ۱۳۹۰/۱/۱۶. (مراجعه: ۱۳۹۰/۱۱/۲۳). <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/moghtadaei/feqh/88>.
۴۹. منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه (ج ۲). قم: نشر تفکر.
۵۰. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات (ج ۳). قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
۵۱. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۹۰ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام (ج ۱۳، ۴۱، ۴۲). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی). (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع) (ج ۲). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

References

* The Holy Quran

1. Ale Taha, S. H., & Aghaei Jannat Makan, H., & Bashiri, A. (1399 AP). Guarantee in the issuance and execution of sentences leading to deprivation of life. *Legal Journal*, 84(111), pp. 1-22. [In Persian]
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id Al-Ahkam* (Vol. 9, 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Ansari, M. (1419 AH). *Faraed al-Asul* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Majma' al-Fekr al-Islami. [In Arabic]
4. Ashtiani, M. (1403 AH). *Bahr al-Fawa'id fi Sharh al-Fareed* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
5. Bojnourdi, S. (n.d.). *Muntahi al-Usul* (Vol. 2). Qom: Basirati Bookstore.
6. Emami, Rasoul. (1393 AP). *Detailed description of the Islamic Penal Code approved in 2013- Qasas of organ* (under the supervision of Ayatollah Hashemi Shahroudi). 2nd ed. Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopaedia Institute. [In Persian]
7. Fakhr al-Muhaqqin H, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id* (Vol. 4). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
8. Fazel Hindi, M (Esfahani). (1416 AH). *Kashf Al-Latham va Al-Ibham* (Vol. 11). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
9. Fazel Lankarani, M. (1380 AP). *Tafsil al-Shari'ah*. Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Persian]
10. Fazil Meqdad Seyvari, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'e* (Vol. 4). Qom: Library of Ayatollah al-Marashi al-Najafi. [In Arabic]
11. Golpayegani, S. M. R. (1372 AP). *Al-Dor Al-Manzoud* (Vol. 2). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
12. Hashemi Shahroudi, S. M. (group of researchers under the supervision of Hashemi Shahroudi). (1426 AH). *The Dictionary of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt* (Vol. 2). Qom: Institute of Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic]

13. Hosseini Ameli, S. M. J. (n.d.). *Miftah al-Karamah* (Vol. 11). Qom: Islamic Publications Office.
14. Hur Ameli, M. (n.d.). *Al-Wasa'il al-Shi'a* (Vol. 29, 28). Qom: Alulbait Institute for Revival of Works.
15. Ibn Babewayh Qomi (Al-Sheikh al-Saduq), M. (1413 AH). *Man La Yahzorohe Al-Faqih*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
16. Ibn Boraj Terablesi, Abdul Aziz. (1406 AH). *Al-Muhadab: Kitab al-Diyat* (Vol. 2). Al-Islamic Publications Office. [In Arabic]
17. Ibn Hamzah, M. (1408 AH). *Al-Wasilah ila Neil al-Fadilah*. Qom: Publications of Ayatollah Mar'ashi Najafi Library. [In Arabic]
18. Ibn Idris, M. (1410 AH). *Al-Sara'er al-Hawi le Tahrir Al-Fatawi* (Vol. 3). Qom: Al-Islamic Publication office affiliated to Society of Teachers. [In Arabic]
19. Ibn Manzoor, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (Vol. 11, 3rd ed.). Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
20. Ibn Zohreh Halabi, H. (1417 AH). *Ghaniya al-Nuzou* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
21. Johari, I. (1407 AH). *Al-Sahah Taj al-Lagha va Sahah al-Arabiya* (Vol. 5). Beirut: Dar al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
22. Kashi, M. (1490 AH). *Rijal al-Kashi*. Mashhad: Publishing Institute of Mashhad University. [In Arabic]
23. Khansari, S. A. (1355 AP). *Jami al-Madarek fi Sharh Mukhtasar al-Nafi* (Vol. 7). Tehran: Al Sadouq School. [In Arabic]
24. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj* (Vol. 41, 7, 1). Qom: Institute for Revival of Imam Al-Khoei's Works. [In Arabic]
25. Khomeini, S. R. (1410 AH). *Al-Rasa'il* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Ismailian. [In Arabic]
26. Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila* (Vol. 2). Tehran: Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works.
27. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi* (Vol. 14). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyeh. [In Arabic]

28. Madani Kashani, H. R. (1410 AH). *Kitab Al-Qasas le al-Foqaha va al-Khawas*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
29. Marashi Najafi, S. Sh. (1415 AH). *Al-Qisas Zaw'e al-Qur'an va al-Sunnah* (Vol. 3, 1). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
30. Marashi Najafi, S. Sh. (1424 AH). *Al-Sirgat ala Zaw'e al-Qur'an va al-Sunnah*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library and Printing House. [In Arabic]
31. Mofid, M. (1413 AH). *Al-Mughni'ah*. Qom: Sheikh Mufid International Congress.
32. Mohaghegh Heli, J. (1408 AH). *Islamic Laws* (Vol. 4). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
33. Mohammadian, A., & Qolizadeh, E., & Mohseni Dehkalani, M., & Elmi Sola, M. R. (1392 AP). An analysis of the condition of similarity in health in Qisas of an organ. *Jurisprudential research*. 3(9). pp. 55-84. [In Persian]
34. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Studies in Wilayat al-Faqih* (Vol. 2). Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
35. Moqtadaei. M. (1390 AP). *Kharij Fiqh Course (Kitab al-Qisas)*. 1/16/1390, 1/20/1390. From: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/moghtadaei/feqh/88>. [In Persian]
36. Mousavi Ardebili, A. (1427 AH). *Fiqh al-Hudud va al-Ta'azirat* (Vol. 3). Qom: Mu'asisah al-Nashr le Jame'a al-Mufid. [In Arabic]
37. Najafi, M. H. (1362 AP). *Jawahir al-Kalam* (Vol. 42, 41, 13). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
38. Najashi, A. (1490 AH). *Rijal al-Najashi*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
39. Rouhani, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq* (Vol. 26, 1st ed.). Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
40. Sabzevari S. A. (n.d.). *Muhadab al-Ahkam* (Vol. 28). Dar al-Tafsir.
41. Shahid Sani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham* (Vol. 14). Qom: Islamic Education Institute. [In Arabic]

42. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Ruda al-Bahiya fi Sharh al-Luma' al-Damashkiyyah* (Vol. 10, 9). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
43. Sobhani, J. (1390 AP). *Kharij Fiqh Course (Book of Al-Hudud and Ta'azirat)*. [In Persian]
44. Tabatabaei Haeri, S. A. (1412 AH). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 16, 13). Qom: Al-Nashr al-Islami Institute. [In Arabic]
45. Tabrizi, J. (1429 AH). *Tanqih Mabani Al-Ahkam - Kitab Al-Qisas Sharia'e-Islam*. Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahidah. [In Arabic]
46. Tarihi, F. (1416 AH). *Majma' al-Bahrain* (Vol. 5). Tehran: Mortazavi Bookstore. [In Arabic]
47. Tousi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyah* (Vol. 8, 7). Tehran: Al-Mortazawieh Library. [In Arabic]
48. Tousi, M. (1400 AH). *Al-Nahaya fi Mujarad al-fiqh va al-fatawi*. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
49. Tousi, M. (1407 AH). *Al-Khilaf* (Vol. 5). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
50. Tusi, M. (1364 AP). *Tahdib Al-Ahkam fi Shahr al-Muqanah* (Vol. 10). Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. [In Persian]
51. Tusi, M. (1373 AH). *Rijal al-Tusi*. Qom: Al-Nashr al-Islami Institute. [In Arabic]
52. Tusi, M. (1390 AH). *Al-Istibsar* (Vol. 4). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]
53. Zubeidi, S. M. M. (1414 AH). *Taj al-Arus* (Vol. 14). Beirut: Dar al-Fikr le Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]

Research Article

The Domain of the Obligation of the Husband to Divorce in the Fiqh of Islamic Denominations¹

Sedigheh Faqih Habibi²

Esmat al-Sadat Tabatabaei Lotfi³

Ali Reza Asgari⁴

Received: 14/02/2022

Accepted: 02/02/2023



Abstract

The obligation of the couple to divorce by the Islamic ruler is one of the important issues of Fiqh and law in the family, and it is significant because it can prevent the spouse from harm, hardships, and fears in the continuation of married life. Imamiyah and Sunni jurists generally agree upon the legality of the obligation of the couple to divorce, but there are

1. This article has been taken from a PhD thesis entitled "Obligation of a couple to divorce from the perspective of Imamiyah Fiqh and Iranian law" (supervisor: Esmat al-Sadat Tabatabaei Lotfi, advisor: Alireza Asgari), Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
2. PhD student, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. habibifershte@gmail.com.
3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran (corresponding author). esmat.tabatabaei@qom-iau.ac.ir.
4. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. Alireza.asgari88@mail.com.

* Faqih Habibi, S., & Tabatabaei Lotfi, E., & Asgari, A. R. (1401 AP). The Domain of the Obligation of the Husband to Divorce in the Fiqh of Islamic Denominations. *Journal of Fiqh*, 29(112), pp. 187-214. Doi: 10.22081/jf.2023.63357.2459.

● © Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 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.

some different viewpoints in the cases and conditions based on the foundation and arguments that have been considered for this issue. Shia jurists, based on the verses (of the Qur'an) and narratives, have considered the abandonment of sexual relationships, as well as the abandonment of giving alimony and misbehavior, to be valid requirements for a couple to divorce. However, the Hanafians, unlike other Sunnis, do not consider it permissible to oblige a couple to divorce due to disfavor or inability to pay alimony, and in the case of misbehavior, only Malikiya consider it obligatory to divorce. In the present study, while examining the arguments and cases of obligation of a couple to divorce in the fiqh of denominations, we came to the conclusion that the main basis of the legitimacy of requiring a couple to divorce is the need to negate the harm and fears of the wife. In other words, if the monopoly of the right to divorce, which is in the hands of the husband, causes loss and fears or hardships to the wife in her married life, after the request of the wife, the religious judge can issue a compulsory decree or proceed with divorce by proving the remarkable loss and harm. Based on this, it is possible to generalize cases requiring a couple to divorce to other cases of loss, including incurable infectious diseases of the husband.

Keywords

Divorce, obligation to divorce, La Zarar, hardship and fear.

مقاله پژوهشی

قلمرو الزام زوج بر طلاق در فقه مذاهب اسلامی^۱

صدیقه فقیه حبیبی^۲ عصمت السادات طباطبایی لطفی^۳ علیرضا عسگری^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

© Author (s)

چکیده

الزام زوج به طلاق توسط حاکم اسلامی از موضوعات مهم فقه و حقوق در حوزه خانواده بوده و از آن جهت که می‌تواند مانع ضرر و عسر و حرج همسر در ادامه زندگی زناشویی باشد، قابل توجه است. مشروعیت الزام زوج به طلاق فی‌الجمله مورد وفاق فقهای امامیه و اهل سنت است، لیکن بنا بر مبنا و ادله‌ای که بر این امر اقامه شده، در موارد و شرایط آن اختلاف وجود دارد. فقهای شیعی، بر اساس آیات و روایات وارده، ترک روابط جنسی و نیز ترک انفاق و سوء معاشرت را مجوز الزام زوج به طلاق دانسته‌اند، در حالی که حنفیان، برخلاف دیگر مذاهب اهل سنت، الزام زوج بر طلاق به دلیل استنکاف یا ناتوانی از پرداخت نفقه را جایز نمی‌دانند و در سوء معاشرت نیز فقط مالکیه قائل به الزام به طلاق هستند. در تحقیق حاضر، ضمن بررسی ادله و موارد الزام زوج به طلاق در فقه مذاهب، به این نتیجه رسیدیم که مبنای اصلی مشروعیت الزام زوج به طلاق لزوم نفی ضرر و حرج از زوجه می‌باشد؛ به

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری با عنوان «الزام زوج به طلاق از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران» (استاد راهنما: عصمت السادات طباطبایی لطفی، استاد مشاور: علیرضا عسگری)، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران می‌باشد.

۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

habibifershte@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسئول).

esmat.tabata@gmail.com

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

* فقیه حبیبی، صدیقه؛ طباطبائی لطفی، عصمت‌السادات و عسگری، علیرضا. (۱۴۰۱). قلمرو الزام زوج بر طلاق در فقه مذاهب اسلامی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۱۲)، صص ۱۸۷-۲۱۴. Doi: 10.22081/jf.2023.63357.2459



این معنا که اگر انحصار حق طلاق که در دست زوج است موجب ضرر و زیان و یا عسر و حرج زوجه در زندگی زناشویی گردد، حاکم می‌تواند، پس از درخواست زوجه و با اثبات ضرر معتدبه و عسر و حرج، حکم به الزام یا اقدام به طلاق نماید؛ بر این اساس چه بسا که بتوان موارد الزام زوج به طلاق را به دیگر مصایق ضرر، از جمله امراض مسری لاعلاج شوهر، تعمیم داد.

کلیدواژه‌ها

طلاق، الزام به طلاق، لاضرر، عسر و حرج.

مقدمه

اسلام بر پایه عدل استوار است. محور قوانین و احکام آن مبارزه با ظلم و تعدی و برپایی عدالت بوده، در مرحله اجرا با سجایای اخلاقی توأم می‌شود. با توجه به موقعیت ویژه خانواده، شارع اراده طرفین عقد ازدواج را محدود کرده تا حیات اجتماع را که در گرو حیات خانواده است تضمین کند.

دخالت حکومت در مسائل خانواده به دو شکل جلوه‌گر است: گاه حکومت، در مقام تشریع، از طریق وضع قوانین روابط زوجین را تنظیم نموده و راه را برای حل برخی از معضلات هموار می‌کند و بعضاً در مقام اجرا وارد می‌شود. گرچه اصل بر خصوصی بودن حوزه خانواده است، بعضاً حکومت برای احقاق حق مجبور به دخالت می‌شود.

طلاق و سهم هر یک از زوجین در آن، از مباحث مهم در حوزه خانواده است. در فقه سه فرض وجود دارد: ۱. زوج مهریه زن را پردازد و با اراده مستقل خود اقدام به طلاق نماید؛ ۲. زوجه با بذل مال از طریق طلاق خلع زوج را راضی به طلاق نماید؛ ۳. زوجه با توجه به ضرر و عسر و حرج ناشی از تضييع حقوق به حاکم مراجعه کرده و درخواست طلاق بدهد. در این صورت نیز با الزام حاکم، همانند دو فرض قبلی، زوج صیغه طلاق را جاری می‌کند و در صورت استتکاف، طلاق توسط حاکم صورت می‌گیرد. ملزم شدن زوج به طلاق دادن همسر خویش در دو موضوع مورد اشاره قرآن، یعنیظهار و ایلاء که منجر به تضييع حقوق زن در امور زناشویی است، مورد وفاق همه فقهای اسلامی می‌باشد؛ لیکن تعمیم آن به دیگر موارد، از جمله تضييع حقوق مالی ناشی از عدم پرداخت نفقه و نیز عسر و حرج زوجه در ادامه زندگی زناشویی به دلیل سوء معاشرت و غیر آن محل اختلاف است. در پژوهش حاضر موارد الزام زوج به طلاق در فقه مذاهب همراه با ادله اقامه شده در آنها، با هدف دستیابی به یک مبنای واحد در حکم به الزام بررسی گردیده است.

در زمینه الزام زوج به طلاق مقالات متعددی نگاشته شده است؛ از جمله: محمدعلی خیراللهی در مقاله «نظریه الزام به طلاق در صورت ندادن نفقه از سوی زوج» (۱۳۸۸)،

روشن نموده زوجه می‌تواند در صورت عدم پرداخت نفقه از سوی زوج، خود را مطلقه سازد. مقاله مذکور چندان در پی تبیین امکان یا عدم امکان الزام زوج بر طلاق نبوده و آن را مفروض گرفته است. سید ابوالقاسم نقیسی در مقاله «بررسی قاعده قضایی الحاکم ولی الممتنع و کاربرد آن در حقوق خانواده» (۱۳۹۳)، با بررسی قاعده فوق به کاربرد آن در مواردی از جمله امتناع زوج از پرداخت نفقه با وجود توانایی یا عدم توانایی پرداخته و بر آن است که اگر شخصی از ادای حقوق دیگران خودداری کند، حاکم می‌تواند از ناحیه او وظیفه ترک شده را از باب ولایت انجام دهد. مقاله مذکور، ترک روابط جنسی را به‌عنوان عاملی برای الزام به طلاق مورد توجه قرار نداده است. علیرضا جعفرزاده کوچکی در مقاله‌ای با عنوان «مبنای قرآنی الزام زوج به طلاق» (۱۳۹۴) با عنایت به فحوی آیاتی از سوره‌های بقره و طلاق و روایات تفسیری، الزام زوج به طلاق را متکی به آموزه‌های قرآنی خوانده و بدین نتیجه رسیده است که هر چند حق طلاق در دست زوج است، این حکم اولیه مقید به ایفای حقوق زوجه است. مقاله مذکور رویکردی فقهی ندارد و تنها به بررسی آیات قرآن کریم اکتفا کرده است.

در پژوهش حاضر ضمن استفاده از تحقیقات پیشین که نوعاً مطالعه موردی می‌باشند، مسئله با رویکرد تطبیقی در بررسی دیدگاه‌های مذاهب پنج‌گانه اسلامی مورد مذاقه قرار گرفته و سعی شده تا ادله متفرقه بیان‌شده برای مشروعیت الزام زوج بر طلاق به یک مبنای، یعنی نفی ضرر معطوف گردد. لزوم نفی ضرر، مبنایی است که می‌توان آن را دلیل وضع الزام زوج به طلاق از سوی شارع دانست. چنانچه نفی ضرر را به‌عنوان حتی مقصد الشریعه یا حکمت وضع حکم الزام بدانیم، باز هم مقصود حاصل می‌گردد و بر اساس آن می‌توان موارد و مصادیق الزام زوج بر طلاق را توسعه داد و محدود به موارد منصوص در ادله شرعی ندانست. در حال حاضر رویه محاکم در برابر حکم طلاق بر اساس ماده ۱۱۳۰ ق م بدین صورت است که تلاش می‌کنند الزام زوج به طلاق را از طریق خلع که همرا با بذل مال از سوی زوجه است عملی سازند که خود ضرر و جفایی مضاعف بر زنان می‌باشد؛ زیرا در این صورت به دلیل

بائن بودن طلاق خلع، زنان علاوه بر بذل مال یا گذشتن از مهریه، از نفقه و حق ارث در ایام عده نیز محروم می‌شوند. گرچه قصد محاکم در این رویه جلوگیری از حق رجوع مرد و تداوم ضرر است، می‌توان حق وی در رجوع را مشروط به اثبات ازاله ضرر نمود؛ چراکه اصل بقای علت (ضرر) موجب صدور حکم است. در نتیجه این پژوهش را می‌توان گامی در صیانت از حقوق زنان دانست تا از آنان در برابر ظلم و ضرر حمایت شود.

۱. قاعده لاضرر و ادله اثبات آن

قاعده لاضرر به معنای نفی مشروعیت هرگونه ضرر و اضرار در اسلام است (مشکینی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۳). بر اساس تفسیر رایج از این قاعده، هر حکم شرعی که در شرایط خاص به ضرر و زیان شخص بیانجامد، منتهی است؛ پس چنانچه ادامه زندگی مشترک که طبق قاعده اولیه حق طلاق در آن در اختیار زوج است، با ضرر غیر قابل تحمل همراه باشد، باید راهی برای رهایی از آن جست. امکان الزام زوج به طلاق بعضاً می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد و لذا مورد توجه شارع و حقوقدانان قرار گرفته است. ادله‌ای از قرآن، سنت، عقل و اجماع بر اثبات قاعده لاضرر بیان شده که فقط به دلیل سنت و عقل اکتفا می‌کنیم:

دلیل اول: روایت: پیامبر ﷺ به سمره که بدون اذن به بهانه سرزدن به درخت خرمايش که در حیاط منزل انصاری بود وارد منزل او می‌شد فرمودند: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ عَلَيَّ مُؤْمِنٌ» (کلینی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۲۹۴). این روایت به صراحت هرگونه ضرری را بر مؤمن نفی می‌کند و در صورت تحقق ضرر و استنکاف ضررزننده، حاکم با قوه قهریه، این ضرر را رفع می‌کند.

دلیل دوم: حکم عقل: عقل مستقل از سایر ادله حکم می‌کند: ضررزدن به دیگری عقلاً قبیح است؛ ترک قبیح لازم است؛ پس ترک ضرر لازم و ضروری است. هرچیزی عقلاً حرام باشد به حکم ملازمه بین حکم عقل و شرع، شرع نیز آن را حرام می‌داند؛ پس ضررزدن به دیگری شرعاً حرام است.

۲. قاعده نفی عسر و حرج و بازگشت آن به قاعده لاضرر

قاعده نفی عسر و حرج به این معنا است که مکلف عقلاً توانایی انجام عملی را دارد، اما عرف آن را برای او قابل تحمل نمی‌داند. بدین ترتیب هرگاه انجام تکلیفی مکلف را دچار سختی و عسر و حرج شدید سازد که تحمل آن عادتاً سخت است، آن تکلیف ساقط می‌شود. فقها در موارد فراوانی به این قاعده استناد کرده‌اند و به موجب آن، حکم به نفی و رد تکالیفی کرده‌اند که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است.

مستند اصلی این قاعده، آیه «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸) است که بر نفی حرج در دین دلالت دارد. بیش از بیست حدیث از پیامبر ﷺ و ائمه معصومین علیهم‌السلام نقل شده است که به‌عنوان مدرک قاعده به آن‌ها استناد شده است (نراقی، ۱۴۰۸ق، عانده چهارم).

توسعه طلاق حاکم در عنوان عسر و حرج را در فقه امامیه اولین بار سید یزدی در ملحقات عروه مطرح کرد و مثال‌هایی نیز بیان نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۵). نفی عسر و حرج گرچه به صورت قاعده‌ای مجزا بحث می‌شود، لیکن در اکثر مصادیق خود با قاعده لاضرر منطبق است؛ زیرا عسر و حرج به گونه‌ای در تنگنا قرار گرفتن شخص است و بعضاً صدمات مادی یا روانی‌ای در پی دارد که تحمل آن را سخت می‌کند. قواعد نفی عسر و حرج و نفی ضرر از جمله قواعد فقهی‌ای هستند که در صورت تحقق مجرای آن، حاکم بر ادله اولیه می‌باشند.

۳. تعلیل حکم الزام زوج به طلاق در مصادیق مختلف ضرر

با اتکا به آیات قران کریم و روایات معصومین علیهم‌السلام می‌توان دریافت که گرچه زوج در رابطه زناشویی دارای حقوقی از جمله حق طلاق است، اما در مقابل تکالیفی را نیز بر عهده دارد که باید به آن‌ها عمل کند و بدیهی است که هرگونه استنکاف از انجام تکالیف شرعی از سوی زوج، می‌تواند مصداقی از وارد ساختن ضرر و ارتکاب ظلم علیه زوجه باشد و قاضی را وادار به الزام زوج به طلاق نماید.

مشروعیت الزام زوج به طلاق را می‌توان از آیات متعدد قرآن که زوج را به انتخاب

یکی از دو راه ادامه زندگی با حسن معاشرت یا طلاق امر می کند استنباط نمود: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (بقره، ۲۲۹)؛ طلاق (رجعی) دو مرتبه است؛ (و در هر مرتبه) باید به گونه‌ای شایسته همسر خود را نگاهداری کند (و آشتی نماید)، یا با نیکی او را رها سازد (و از او جدا شود)».

آیه فوق گرچه ابتدائاً در زمینه تعداد طلاق است، از ادامه آن می توان حکم الزام زوج به طلاق را در سوء معاشرت استنباط نمود. چنانچه شیخ حسین حلی بیان نموده: از آنجایی که رعایت یکی از دو امر حسن معاشرت و طلاق به صورت واجب تخییری بر شوهر واجب است، هرگاه زوج یکی از دو فرد واجب تخییری (حسن معاشرت) را ترک کند، انجام فرد دیگر یعنی طلاق بر او حتمی و لازم خواهد بود. از طرف دیگر از آنجا که به موجب ادله معتبر فقهی، حاکم ولی ممتنع است و در این گونه موارد (امتناع زوج از حقوق زوجه و نیز استنکاف از طلاق) نمی تواند سکوت کرده و ناظر بر اجحاف زوج بر حقوق زوجه باشد، حاکم می تواند پس از امتناع زوج از طلاق، خود مستقیماً به این امر مبادرت ورزد و زوجه را علی رغم میل زوج طلاق دهد (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۱).

همچنین از امام صادق علیه السلام در مورد آیه فوق روایت شده که فرموده اند: مرد هنگام ازدواج باید به آن اعتراف کند که زن را به شایستگی نگه دارد و یا به نیکی رها سازد (کلینی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۵۰۲). امر به اعتراف در این روایت را اگرچه نتوان حمل بر وجوب نمود، حداقل لزوم پایبندی زوج به یکی از دو امر را می توان از آن استنباط نمود.

«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا (بقره، ۲۳۱)؛ هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به گونه صحیحی آن‌ها را نگه دارید (و آشتی کنید)، و یا به گونه‌ای پسندیده آن‌ها را رها سازید! و هیچ گاه برای زیان رساندن و تعدی کردن آن‌ها را نگه ندارید».

«فَإِذَا بَلَغَتِ الْمُدَّةَ فَامْسِكِيهَا بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحِيهَا بِمَعْرُوفٍ (طلاق، ۲)؛ چون عده آن‌ها سر آمد، آن‌ها را به گونه‌ای شایسته نگه دارید یا به گونه‌ای شایسته از آنان جدا شوید».

از مجموع آیات طلاق استفاده می شود که زوج درباره زوجه خود باید یکی از دو

روش را در پیش گیرد: یا حقوق او را کامل ادا کند و وظایف خود را آن گونه که شایسته است ایفا کند (امساک بمعروف) یا او را مطابق مقررات شرع، طلاق دهد (تسریح باحسان) تا زن با انتخاب همسر شایسته، خوشبختی خود را به دست آورد. راه دیگری در این باره وجود ندارد.

۳-۱. عدم پرداخت نفقه و ادله الزام

پرداخت نشدن نفقه، مجوزی است که بر اساس آن حاکم می تواند زوج را ملزم به طلاق کند. مهم ترین ادله نقلی مشروعیت این الزام را در ذیل بررسی می کنیم:

۳-۱-۱. آیات

بسیاری از علمای مذاهب اهل سنت (به جز حنفیه) با استناد به آیه ۲۳۱ سوره بقره می گویند: بقای بر زوجیت با نپرداختن نفقه، ضرر و نگره داشتن ناشایست است؛ پس وظیفه مرد است که زنش را طلاق دهد. اگر این کار را نکرد، قاضی به جای او اقدام به این کار می کند (ابوزهره، ۱۹۴۸م، ص ۳۴۹).

شافعیه اعسار زوج را عجز از امساک به معروف دانسته و آن را مجوز طلاق می دانند: «وقال الشافعی رحمه الله یفرق لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فینوب القاضی منابه فی التفریق» (مرغینانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۸۷) و ابن جنید، چنانچه از او در کتاب المختلف در بحث طلاق حاکم نقل شده، در این فرض (اعسار) قائل به حق فسخ می باشد: «إن للزوجه الخيار فی الفسخ الزواج بالاعسار من النفقه» (مغنیه، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۴۵۳)؛ زوجه خیار فسخ نکاح را با اعسار از نفقه دارد.

گرچه موضوع آیه ۲۳۱ بقره نگره داشتن زوجه (عدم طلاق) به قصد اضرار به وی است، می توان آن را به تمام موارد ضرر تعمیم داد که یکی از موارد آن عدم پرداخت نفقه است؛ چراکه خداوند تعلیل و هدف از جعل این حکم را بیان کرده است؛ آن جاکه می فرماید: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا؛ زنان را برای آزار و زیان رساندن نگره ندارید تا بر آنان تعدی و ستم کنید».

بر اساس کلام الهی هرگونه نگهداری همسر که باعث ضرر و زیان زوجه شود مشروع نیست؛ خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری زوج باشد، مانند ترک انفاق، سوء معاشرت و ... یا ورود ضرر قهری و بدون اختیار باشد، مانند عنن زوج یا ناتوانی بر انفاق. بنابراین از نظر عرفی نگاه داشتن زنی که شوهر عاجز از ادای حقوق او باشد، ستم بر همسر است (حلی، ۱۴۱۵ق، صص ۱۸۶-۱۸۷).

آیت الله سیستانی می نویسد: چنانچه زوج توانایی انفاق بر زوجه اش را نداشته باشد، در صورت عدم رضایت زوجه بر صبر و ادامه زندگی مشترک با او، بر زوج واجب است زوجه اش را طلاق دهد و اگر به آن اقدام نکرد، زوجه می تواند به حاکم شرع مراجعه و شکایت نماید؛ حاکم به زوج دستور طلاق می دهد. چنانچه زوج امتناع نمود و اجبارش ممکن نبود، حاکم از باب اعمال ولایت به نیابت از زوج، زوجه را طلاق می دهد (سیستانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۰۸).

با این حال، حنفیان الزام زوج بر طلاق به دلیل استنکاف یا ناتوانی از پرداخت نفقه را جایز نمی دانند (مرغینانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۹۳) و بر این باورند که اگر مرد توانایی مالی دارد و انفاق نمی کند، می توان وی را به طرق دیگر مانند تعزیر یا فروش اموالش ملزم به انفاق کرد و اگر توانایی نفقه ندارد، به زن ظلمی نشده است (مرغینانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۹۴). خداوند وظیفه انسان ناتوان را در این دانسته که به میزان توانایی اش انفاق کند و او را به بیش از توانایی، تکلیف نکرده است: «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق، ۷). پس الزام زوج به طلاق، خلاف این آیه است.

حنفیان در مورد عدم تأمین نفقه خلاف سایر مذاهب نظر دارند؛ مبنی بر اینکه در عدم تأمین نفقه از طرف زوج نباید بین زوجین جدایی افکنده شود؛ زیرا شوهر یا مستمند است یا ثروتمند که اگر شوهر مستمند باشد، برای پرداختن نفقه ظلمی مرتکب نشده، اما اگر زوج ثروتمند باشد، به دلیل نپرداختن نفقه گناهکار است، ولی جلوگیری از ستم او از طریق طلاق نیست، بلکه باید او را با گرفتن تعهد برای تأمین مخارج زندگی همسرش مجبور کرد و گرنه حبس او و فروش اموالش در حد

تأمین نفقه، مشکل او را حل می‌کند^۱ (زحلی، ۱۳۸۲، ص ۴۰۰).

در نقد نظر فوق باید گفت که خداوند در این آیه وظیفهٔ زوج را بیان کرده است، اما در صدد بیان حکم متناسب با وضعیت زوجه نبوده است. به عبارت دیگر خداوند در مقام بیان حکم در صورت ناتوانی زوجه از ادامهٔ زندگی زناشویی نیست، بلکه فقط وظیفهٔ مرد را مشخص می‌کند. در صورت عجز شوهر، قطعاً اگر نیازهای زوجه برآورده نشود، زوجه با مشکلاتی در زیست طبیعی مواجه می‌شود که اگر تحمل ادامهٔ زندگی بر زوجه مشقت‌بار باشد و منجر به ضرر او شود، حکم به پذیرش چنین شرایطی دور از اخلاق اسلامی و انسانی است.

ضمن اینکه در رفع ضرر اولین راه طلاق نیست، بلکه حاکم باید ابتدا زوج را ملزم به ادای وظیفه و اصلاح رفتار کند؛ اگر زوجه استنکاف کرد یا ناتوان بود، حکم به طلاق داده می‌شود.

۳-۱-۲. سنت (روایات)

روایاتی بر این امر دلالت دارد که در صورت امتناع شوهر از دادن نفقهٔ همسر، امام یا حاکم می‌تواند آن‌ها را از یکدیگر جدا کند:

قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: «وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْشِهَا مَا يَوَارِي عَوْرَتَهَا وَ يَطْعُمُهَا مَا يَقِيمُ ضَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنَهُمَا» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، صص ۵۰۹-۵۱۲)؛ (أبو بصیر) می‌گوید شنیدم از امام باقر عليه السلام که می‌فرمود: «هر کس زنی

۱. راء الفقهاء فی التفریق لعدم الإنفاق:

للفقهاء رأیان: رأى الحنفية ورأى الجمهور:

أولاً. رأى الحنفية: لا يجوز في مذهب الحنفية والإمامية التفریق لعدم الإنفاق؛ لأن الزوج إما معسر أو موسر. فإن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، والله تعالى يقول: «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاهما سيجعل الله بعد عسر يسراً» (الطلاق، ۶۵ و ۷) وإذا لم يكن ظالماً فلا نكاحه بإيقاع الطلاق عليه. وإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفریق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق» (زحلی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۷۰۴۳). لازم به ذکر است که در عبارت فوق رأی امامیه موافق با حنفیه آورده شده که با آنچه از روایات شیعی نقل شده و نیز اقوال علما مطابقت ندارد.

دارد و او را با لباس مناسبی نمی پوشاند و خوراک درستی به او نمی دهد، بر پیشوای مسلمین است که آن ها را با طلاق از یکدیگر جدا کند».

امام صادق علیه السلام در روایت صحیحی ذیل آیه هفتم سوره طلاق فرمود: اگر کسی خوراک و پوشاک همسرش را شایسته تأمین نکند، بین آنان جدایی افکنده می شود: عن ابی عبدالله علیه السلام فی قوله تعالی «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» قال إذا أنفقَ علیها ما یقیم ظَهرها مع کِسوةٍ و إلا فُرِّقَ بَینَهُما (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، صص ۵۰۹-۵۱۲).

دلیل اولویت

اهل سنت دلیل اولویت را نیز بر چنین الزامی اقامه کرده و می گویند: اگر مرد عیبی تناسلی داشته باشد که نتواند با زوجه همبستر شود، شرع اجازه داده که زن از مرد جدا شود؛ زیرا بقای بر چنین حالتی، ظلم به زوجه است و ظلم ندادن نفقه چه بسا بیش از ظلم ناتوانی جنسی است؛ پس به طریق اولی زن می تواند درخواست جدایی کند (ابوزهره، ۱۹۶۸م، ص ۳۴۹) و به این وسیله زوج را ملزم به طلاق نماید.

شاید دلیل چنین اولویتی این باشد که با نبود روابط زناشویی، حیات زوجه محفوظ است، اما با عدم انفاق، حیات او در خطر می افتد. با این حال اولویت قطعیه ای ثابت نیست و عدم انفاق را نمی توان ملازم با خطر جانی دانست؛ چرا که می توان مصادیقی را یافت که زن چون درآمدی از خود دارد، با دریافت نکردن نفقه در سختی قرار نگیرد و ضرری هم متوجه او نشود؛ بنابراین موضوع ضرر متفی است. اما علمای امامیه به استناد به برخی روایات مطلق، باز هم حکم به طلاق داده اند؛ زیرا این روایات، متعرض اضرار نیستند. بر این اساس علمای اهل سنت که دلیل بر این طلاق را بر مبنای ضرر بنیان نهاده اند، با چنین مصادیقی نمی توانند حکم به طلاق بدهند؛ زیرا با نفی موضوع، حکم نیز نفی می شود؛ مگر این که گفته شود: غلبه مورد باعث می شود که موارد نادر هم ملحق به حکم اکثر شود.

اگر مستفاد از آیات و روایات این باشد که علت و هدف شارع از وضع چنین الزامی

رفع ضرر است، با نبود علت حکم هم منتفی است و زنی که با نپرداختن نفقه معسر نیست، باید برای گرفتن طلاق به سایر مصادیق ضرر استناد کند.

۳-۲. ترک یا ناتوانی در روابط جنسی

ترک روابط زناشویی شامل سه مصداق ظهار، ایلاء و ترک روابط بدون این دو است. ایلاء، قسم خوردن بر ترک روابط زناشویی است و ظهار نوعی طلاق جاهلی است که زوج به همسرش می‌گفت: «ظهرک کظهر امی». اسلام این نوع طلاق را رد کرد و برای گوینده آن مجازات تعیین کرد.

از امام صادق علیه السلام نقل شده که فرمود: سزاوار است بر امام مردی که ایلاء کرده است را مجبور کند به همسرش بازگردد و یا همسرش را طلاق دهد: قال سألت ابا عبد الله عن رَجُلٍ أَلَى مِنْ إِمْرَأَتِهِ بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا فَقَالَ: «... وَ يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَجْبِرَهُ عَلَى أَنْ يَفِيءَ أَوْ يَطْلُقَ ...» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۲۸۳). همچنین امام صادق علیه السلام فرمود: هرگاه مردی بر همسرش خشمناک شود و بدون این که بر ترک نزدیکی با او قسم بخورد، چهار ماه با وی نزدیکی نکند، همسر وی می‌تواند اقامه دعوی کرده و شوهر نیز باید یا به سوی همسرش بازگردد یا او را طلاق دهد: «عن ابا عبد الله علیه السلام قال: «إِذَا غَاضَبَ الرَّجُلُ إِمْرَأَتَهُ فَلَمْ يَقْرَبْهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَاسْتَعَدَّتْ عَلَيْهِ فَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ وَ إِمَّا أَنْ يَطْلُقَ فَإِنْ تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ مُعَاضَبَةٍ أَوْ يَمِينٍ فَلَيْسَ بِمُؤَلٍّ» (کلینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۲۱).

هدف اصلی امام علیه السلام از بیان این احکام حمایت از قاعده کلی حاکم بر روابط زوجین است تا مصالح خانواده و اجتماع تأمین شود. حکم درج شده در روایات فوق (طلاق اجباری حاکم) منحصر به مورد آن‌ها نبوده و به هر موردی که حقوق زن در روابط به ناروا از ناحیه شوهر دچار مخاطره شود تسری پیدا می‌کند. شیخ حسین حلی می‌گویند: ما از روایات ایلاء به دیگر موارد عدم رعایت حقوق زوجه تعدی نموده و طلاق حاکم را به آن‌ها تسری می‌دهیم؛ به قرینه آن که ائمه علیهم السلام در این روایات درصدد ارائه قاعده‌ای کلی برای حراست از حقوق زنان در جهت مصلحت جامعه و صلاح خود آن‌ها بوده‌اند (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۵).

بنابراین بر مرد واجب است حداقل هر چهار ماه یکبار با همسر خود روابط زناشویی داشته باشد و اگر این عمل را ترک کند، معصیت کرده است. زن انسان است و مانند مرد غریز و احتیاجات جنسی دارد که باید مانند سایر احتیاجات تأمین شود. اگر نیاز به خوراک، پوشاک، مسکن و ... توسط زوج تأمین نشود، به زوجه ظلم شده و ضرر خواهد کرد. درباره احتیاج به رابطه زناشویی نیز اگر نیاز زوجه تأمین نشود، عنوان ظلم و ضرر تحقق یافته است.

سید محمد کاظم طباطبای یزدی (صاحب عروه) پا را فراتر گذاشته و وجوب پاسخ به احتیاج زن را منحصر در چهار ماه یکبار ندانسته، بلکه بر این باور است که اگر زن میل جنسی دارد و در عدم تأمین، احتمال به گناه افتادن او وجود دارد بر مرد واجب است که قبل از چهار ماه به نیاز او پاسخ مثبت دهد. اگر مرد قادر به پاسخ گویی نیست یا نمی خواهد که نیاز او را برآورده کند، باید زوجه را طلاق دهد تا زن بتواند با ازدواج مجدد تأمین گردد: «إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فألحوظ المبادرة إلى موائمتها قبل تمام الأربعة، أو طلاقها وتخليتها سبيلها» (طباطبای یزدی، ۱۳۳۷، ج ۵، ص ۵۰۱).

آیت الله خویی نیز با استناد به آیه «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ نَاراً وَ قُودُهَا النَّاسُ وَ الْجِبَارَةُ» بر این باور است که مرد نسبت به خانواده خود وظیفه دارد که آن‌ها را از گناه بازدارد؛ بنابراین اگر احتمال وقوع زوجه در حرام وجود دارد، مرد باید قبل از چهار ماه احتیاج همسر خود را برآورده کند (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۳۲، ص ۱۲۲).

آیت الله شبیری زنجانی در این باره احتیاط بیشتری کرده و وجوب رابطه قبل از چهار ماه را منوط به احتمال گناه ندانسته است: «لازم نیست که زن به زنا و معصیت بیفتد تا وظیفه مرد مباشرت باشد، بلکه حتی بدون معصیت، فقط برای زن سخت است بازهم مرد نباید بگذارد به او سخت بگذرد و بعید نیست که فرض عسرت و سختی هم وظیفه مرد تأمین آن باشد؛ ایشان در ادامه دلیل وجوب را با این عبارت بیان می کند «ضرر زدن مورد رضایت شارع نیست» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۴۸۳). بنابراین رفع ضرر از زوجه دلیل حکم وجوب رابطه زناشویی است و اگر مرد این احتیاج را تأمین نکند، حاکم باید در احیای حق زن اقدام کند.

ابن جریرین، از فقهای حنبلی، درباره کسی که بدون عذر و به قصد اضرار نسبت به زوجه ترك وطی می کند، ضمن الحاق بعض احکام آن به ایلاء می گوید: «بعض الأزواج قد يغضب على زوجته، فإذا كان له زوجتان مثلاً فغضب على إحدهما، ترك مضاجعتها، وترك وطأها، والاستمتاع بها، ومضى على ذلك شهر وشهران وأشهر، فما حكم هذا الترك؟ لا شك أنه إضرار، والله تعالى يقول: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا» (البقرة، ۲۳۱)، ويقول: «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (الطلاق، ۲) وهذا ما أمسكها بمعروف، بل أضر بها، حيث لم يعطها حقها.

فی هذه الحال إذا طلبت حقها فلها أن ترفع أمره إلى الحاكم، والحاكم يقول له: إما أن تطأها وإما أن تطلق، وإما أن تطلق عليك إذا امتنعت، فإذا أراد الرجوع لا كفارة عليه؛ لأنه ما حلف، إنما ترك الوطء بغير يمين، ولكن يحدد لها لمدة، والمدة هي أربعة أشهر؛ لأنها المدة التي يمكن للمرأة أن تتحمل غيبة زوجها فيها» (ابن جریرین، بی تا، ج ۶۸، ص ۱۷):

«گاه برخی از شوهران بر همسر خویش غضب می نمایند؛ به عنوان مثال اگر برای او دو همسر باشد که بر یکی غضب نماید و همبستری، آمیزش و استمتاع از او را ترك نماید و يك يا دو يا چند ماه بگذرد، پس حکم این ترك چیست؟ شکی نیست که این ضرر است و خداوند می فرماید: «آن‌ها را به قصد ضرر نگه ندارید» (بقره، ۲۳۱) و نیز می فرماید: «آن‌ها را به معروف یا ننگه دارید و یا رها سازید» (طلاق، ۲) و حال اینکه این مرد او را به معروف نگه نداشته، بلکه به او ضرر رسانده؛ زیرا که حق او را نداده است. در این حالت اگر زوجه حق خود را طلب نماید، پس برای او این حق وجود دارد که برای رفع این امر به حاکم مراجعه نماید و حاکم به زوج می گوید یا آمیزش داشته باش و یا طلاق بده و یا ما (او را)، در صورت امتناع تو، مطلقه خواهیم کرد...».

۳-۳. سوء معاشرت زوج

حسن معاشرت زوجین نسبت به هم یکی از تکالیفی است که بین آنان مشترک است. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در این رابطه می گوید: «که زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر هستند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۱۹).

حسن معاشرت دارای مصادیقی است که از آن جمله می‌توان به خوش رفتاری، احترام گذاشتن، شکایت نکردن، توهین نکردن، کتک نزدن و ... اشاره نمود که در هر مورد روایات فراوانی در کتاب‌های حدیثی و فقهی وجود دارد (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، کتاب نکاح). در صورت سوء معاشرت مستمر، به طوری که نتوان آن را اتفاقی و زودگذر دانست و باعث تحمل ناپذیر شدن زندگی شود، زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

میرزای قمی در زمینه حقوق زوجه و حکم تخلف زوج از حقوق وی می‌گوید: «زوجه را بر زوج حقوقی چند است که در تخلف آن زوج ناشز می‌شود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت ننماید. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حکم شارع رجوع کند و بعد از ثبوت در نزد حکم او را الزام و اجبار بر وفای حقوق می‌کند و اگر تخلف کرد تعزیر می‌کند و هرگاه زوجه بر بقای تحمل نشوز زوج راضی نشد، قاضی الزام می‌کند زوج را بر رعایت یا بر طلاق دادن زوجه. هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به اینکه زوج سلوک به معروف نمی‌کند و به حقوق زوجه وفا نمی‌کند، او را اجبار بر طلاق می‌نماید و این اجبار منافی صحت طلاق نیست» (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۸۵).

در بیان نظر مذاهب اربعه در این باره آمده: «لم یجز الحنفیة والشافعیة والحنابلة (ابن رشد قرطبی، ۲۰۱۰م، ج ۲، ص ۹۷) التفریق للشقاق أو للضرر مهما كان شدیداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة یمکن بغير الطلاق، عن طریق رفع الأمر إلى القاضی، والحکم علی الرجل بالتأدیب حتی یرجع عن الإضرار بها. وأجاز المالکیة (الشرینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۰۷) التفریق للشقاق أو للضرر...» حنفیه و شافعیه و حنابله جدایی به واسطه اختلاف یا ضرر را هر چقدر هم که شدید باشد جایز نمی‌دانند؛ زیرا دفع ضرر از زوجه بدون طلاق هم ممکن است، از طریق رجوع امر به قاضی و حکم بر تأدیب مرد تا زمانی که از ضرر رساندن به زن برگردد و اما مالکیه جایز می‌داند جدایی به واسطه اختلاف یا ضرر را

۴. قاعده لاضرر و مشروعیت الزام زوج بر طلاق

باتوجه به مطالب ارائه شده مشخص شد مبنای اصلی الزام زوج بر طلاق، قاعده نفی ضرر و عسر و حرج است و ظاهر تعابیر برخی از فقهای عامه و خاصه بیانگر آن است که با تحقق عنوان ضرر، حاکم با تقاضای زوجه باید او را طلاق دهد. بعضی در این باره گفته اند علت ضرر زوجه را باید در حق انحصاری طلاق برای زوج جستجو کرد؛ از این رو قاعده لاضرر این انحصار را برمی دارد و راه را برای اجبار مرد به طلاق و یا طلاق حاکم باز می کند (مهرپور، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۰۱).

با این حال گفته شده وظیفه حاکم در مواجهه با تحقق عنوان ضرر در حق زوجه آن است که این ضرر را منتفی کند. این نفی ضرر، انحصار در طلاق ندارد که گفته شود: «با تقاضای زوجه و پس از احراز ضرر، حاکم وظیفه دارد زن را طلاق دهد»، بلکه حاکم باید این ضرر را از راه‌های دیگری جز طلاق ازاله کند. به عبارت دیگر قاعده لاضرر فقط نافی حکم ضرری است و نمی تواند حکمی را اثبات کند و از این رو با قاعده لاضرر نمی توان حق طلاق را برای حاکم وضع کرد.

در مقابل می توان گفت: بر اساس قرآن کریم، زوج یا باید ادای وظیفه کند و حقوق زن را رعایت کند یا وی را طلاق دهد و راه دیگری برای او وجود ندارد. در صورت امتناع از یکی از دو امر، حاکم دخالت کرده، وی را ملزم به اصلاح رفتار یا طلاق می نماید. در قدم بعدی، در صورت سرپیچی از اجرای یکی از دو امر، «حاکم» ولی زوج ممتنع می شود و زوجه را طلاق می دهد.

کیفیت استدلال به قاعده لاضرر به منظور اثبات حق طلاق برای حاکم به این امر برمی گردد که هرگاه عدم جعل حکمی از سوی شارع منشأ ورود ضرری بر فرد یا افرادی گردد، به کمک قاعده لاضرر می توان حکمی را اثبات کرد که رافع ضرر باشد و در مورد بحث ما از آنجا که عدم جعل حق طلاق برای غیر شوهر (حاکم)، سبب ورود ضرر بر زوجه است، می توان با استناد به قاعده لاضرر و برای رفع این ضرر، حق طلاق را برای غیر شوهر (حاکم) نیز اثبات کرد (حلی، ۱۴۱۵، ص ۲۰۸).

امام خمینی علیه السلام در شرح و بسط قاعده لاضرر، طبق دیدگاه بدیع خود، آن را حکم

حکومتی تلقی می‌کنند. ایشان بعد از توضیح مقدماتی در مورد مناصب سه گانه پیامبر ﷺ (نبوت، رسالت و حکومت و قضاوت)، چنانچه آیت‌الله سبحانی تقریر نموده (سبحانی، ۱۳۸۳، ج ۳، صص ۵۳۲-۵۳۴)، معتقد است که حدیث به معنای نهی از ضرر می‌باشد، اما نه نهی مولوی همانند اکثر نواهی مذکور در قرآن و سنت، بلکه به معنای نهی مولوی حکومتی از وارد کردن ضرر بر دیگری است. به عقیده ایشان صدور چنین نهی‌ای از طرف پیامبر ﷺ با توجه به منصب زمامداری و حاکم بودن ایشان می‌باشد و نقل حدیث مذکور در برخی از منابع حدیثی اهل سنت با عبارت «و قضي أن لا ضرر و لا ضرار» (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۵۷؛ ج ۱۰، ص ۱۳۳؛ القزوينی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۷۸۴)، مؤید همین معناست.

لازم به ذکر است که خداوند در امر خانواده بعضاً وظایفی را برای اشخاص دیگر نیز بیان کرده است. در مسئله نشوز شوهر که به بدرفتاری مرد، عدم انفاق، بی‌توجهی و تعدی به حقوق زن تعبیر شده «ترفعاً علیها و عدم انفاق علیها و استهتاراً بها و تطاولاً علیها... (سلیمان، بی‌تا، ج ۶۶، ص ۳)»، خداوند ابتدا دعوت به صلح می‌نماید: «وَإِنْ أَمْرًاؤُ حَافِئٌ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، ۱۲۸) و در صورت عدم حل مشکل و شقاق امر به تعیین حکم می‌نماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيْدَا إِصْلَاحًا يَوْقُوْا اللّٰهَ بَيْنَهُمَا» (نساء، ۳۵).

از آنچه گذشت پاسخ عالمان حنفی و نافیان الزام زوج بر طلاق مشخص می‌شود؛ اولین راه طلاق نیست، بلکه حاکم باید ابتدا زوج را ملزم به ادای وظیفه و اصلاح رفتار کند؛ اگر زوجه استنکاف کرد یا ناتوان بود، حکم به طلاق داده می‌شود.

حنفیان در نفی الزام زوج به طلاق در دلیل دیگری می‌گویند: در گزارش‌های تاریخی آمده است که زنان پیامبر چیزی از حضرت خواستند که پیامبر دسترسی به آن نداشت؛ بنابراین حضرت یک ماه از آن‌ها دوری کرد. این عمل حضرت دلالت می‌کند که زوجه حق ندارد چیزی از زوج بخواهد که توانایی آن را ندارد و اگر چنین درخواستی داشته باشد، ظالم است (ابوزهره، ۱۹۴۸م، ص ۳۴۹).

در نقد استناد حنفیان به گزارش تاریخی مذکور باید گفت که آنچه تقاضای همسران پیامبر بود، خارج از محدودهٔ امساک به معروف بوده است. بر این اساس اگر

زن چیزی را در محدودهٔ امساک به معروف از شوهر درخواست نماید، ظلمی بر مرد نکرده است، بلکه مطالبهٔ حق خود است که اگر او را مجبور به چشم‌پوشی از حق کنیم، خود ظلمی در حق زن است. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که دلایل و مستندات بیان‌شده علیه الزام زوج به طلاق چندان استوار نیست و جانب الزام زوج به طلاق مستدل‌تر و مستحکم‌تر می‌نماید.

۵. محدودهٔ تأثیر لاضرر در الزام زوج به طلاق

با توجه به مطالب پیشین می‌توان گفت که اکثریت فقها الزام زوج به طلاق را در صورت عدم رعایت حقوق زن در مسائل جنسی، نفقه و حسن معاشرت مشروع می‌دانند. پرسش این است که آیا باید فقط به ضرر ناشی از امور فوق که بعضاً مورد اشارهٔ آیات و روایات قرار گرفته، بسنده نمود و یا می‌توان دایرهٔ آن را به مسائل دیگر نیز تعمیم داد، مانند امراض مسری یا صعب‌العلاج که احیاناً سلامت جسمی یا روانی زوجه را در معرض خطر قرار دهد؟ پاسخ این پرسش را می‌توان در کارکرد قواعد فقهی جستجو کرد که در تعریف آن گفته شده: قاعدهٔ فقهی عبارت است از یک حکم شرعی کلی که به واسطهٔ آن می‌توان احکام موارد جزئی را از راه تطبیق قاعده بر آن مورد به دست آورد. بر این اساس هرگاه مصداق ضرر تحقق پیدا کند، مشمول قاعدهٔ لاضرر خواهد بود.

بنابراین با توجه به قاعدهٔ لاضرر می‌توان اختیارداری شوهر را در طلاق محدود و در برخی موارد آن را ساقط کرد و به لزوم طلاق برای وی نظر داد یا او را بر طلاق دادن الزام نمود. این امر از دیدگاه امام خمینی علیه السلام در بارهٔ قاعدهٔ لاضرر نیز که نهی موجود در حدیث لاضرر و لاضرار را نهی مولوی حکومتی تلقی می‌نمایند، استفاده می‌شود.

البته باید توجه داشت که هر ضرری نباید دستاویز زن باشد تا با کوچک‌ترین بهانه تقاضای طلاق نماید؛ از این رو ضرر منتهی به طلاق حداقل محدود به دایرهٔ عسر و حرج است؛ یعنی زندگی به گونه‌ای باشد که عادتاً ادامهٔ زندگی برای امثال این زن، سخت و غیرقابل تحمل باشد.

۶. شرایط الزام زوج به طلاق

دخالت حاکم در امر طلاق مشروط به شرایطی است که مختصراً مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱-۶. تقاضای زوجه

حاکم در صورتی می‌تواند زوج را ملزم به طلاق کند که زوجه تقاضای طلاق کرده باشد؛ بنابراین بدون تقاضای زوجه، حاکم نمی‌تواند به مسئله لزوم زوج ورود داشته باشد. با این حال حنفیان با اتکا به اینکه در عصر پیامبر ﷺ و با وجود تنگنای شدید اقتصادی برخی از اصحاب، هیچ گزارشی از الزام زوج به طلاق از سوی پیامبر گزارش نشده است، حکم به رد الزام می‌کنند (ابوزهره، ۱۹۴۸م، ص ۳۵۰). بدین ترتیب و بنابر اصل پیش‌گفته، به شرطی می‌توان با نتیجه‌گیری حنفیان همراه شد که زنی از پیامبر ﷺ تقاضای الزام زوج به طلاق کرده باشد و ایشان از چنین کاری خودداری کرده باشد.

۲-۶. اثبات ضرر

درباره ثبوت ضرر، اصل بر عدم ضرر است؛ بنابراین زن باید ثابت کند که مصداق ضرر محقق است و در صورت شک، حاکم در تحقق آن باید بر اساس اصل عدم، حکم کند. بنابراین زن باید ثابت کند که این ضرر استمرار خواهد داشت یا اینکه به احتمال زیاد در آینده تکرار می‌شود؛ بنابراین اگر رفتار مرد اصلاح شده باشد و ادله بر اصلاح وجود داشته باشد، حاکم اجازه الزام بر طلاق ندارد؛ زیرا اصل بر عدم ضرر است.

۷. ولایت حاکم در طلاق در صورت استنکاف زوج از طلاق

قاعده لاضرر توانایی ندارد که متولی رفع ضرر را مشخص کند، اما از طرفی برای رفع ضرر، خود زوجه نمی‌تواند متولی تصمیم باشد؛ زیرا منفعت خود را از همان ابتدا در طلاق می‌بیند و توانایی الزام بر تمکین را هم ندارد؛ بنابراین باید شخص دیگری متولی رفع ضرر باشد. مواردی که زن می‌تواند به قاضی رجوع کند تا طلاق بگیرد مواردی

هستند که در راستای دفع ضرر از زن پایه گذاری شده‌اند و به‌جا و منطقی هستند (رفیعی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲). فقه عامه و خاصه متولی این رفع را حاکم و در صورت نبود او، عدول مؤمنین می‌دانند: «ان الحاکم الشرعی ولی الممتنع، لذلك کان علیه أن یجری الطلاق بنفسه» (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۹۱). میرزای قمی در این زمینه بیان می‌دارد: «...زوجه را بر زوج حقوقی چند است که در تخلف آن، زوج ناشزه است که از حقوق او نفقه و کسوه می‌باشد که زوج باید موافق شریعت بدهد و با زوجه بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت نماید. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه او نفعی نکرد، به حاکم رجوع می‌کند و بعد از ثبوت نزد حاکم او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه و این اجبار منافی صحت طلاق نیست...» (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۰۸).

محقق بحرانی نیز معتقد است: در صورت امتناع زوج از نفقه زوجه، حاکم او را بین دو امر مخیر می‌نماید که باید به یکی از آن دو اقدام نماید. اگر بعد از الزام به انفاق همچنان از آن امتناع کند، او را به طلاق دادن اجبار می‌نماید؛ چنانچه طلاق داد نزاع پایان می‌یابد و گرنه حاکم زوجه را طلاق می‌دهد (البحرانی، ۱۳۶۵، ج ۳۲، ص ۱۲۴).

«ولایت حاکم بر ممتنع» به‌عنوان قاعده‌ای فقهی پذیرفته شده است؛ به این معنا که هرگاه کسی از پرداخت حقوقی که بر عهده‌اش است یا از انجام تعهد مورد قرارداد امتناع کند، حاکم از سوی او وارد میدان خواهد شد (بحرالعلوم، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۵۹). بر اساس مفاد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» چنانکه شخصی از ادای حقوق دیگران امتناع ورزد، حاکم بعد از احراز امتناع به جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی و اجرای عدالت اجتماعی نسبت به ادای حقوق رأساً اقدام می‌نماید. یکی از موارد اجرای قاعده از ناحیه حاکم، دعاوی خانوادگی است. حاکم به جهت ولایت بر ممتنع، تکلیف شرعی و قانونی او را به انجام می‌رساند. قانونگذار در برخی مواد قانون مدنی از جمله ماده ۱۱۲۹، اجرای این قاعده را به رسمیت شناخته است.

در صورتی که زندگی زناشویی برای زوج همراه با ضرر باشد، وظیفه حاکم است که این ضرر و ظلم را از مؤمن دور کند و اگر زوج از ادای حقوق زوجه سرپیچی کند،

حاکم ولی زوج ممتنع می‌شود و زوجه را طلاق می‌دهد. بنابراین در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج و ضرر زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج و ضرر مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن قاضی طلاق داده می‌شود (حکیم، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۲۶).

امام خمینی علیه السلام نیز در مسئله طلاق حاکم، آنجا که زندگی با عسر و حرج مواجه است و شوهر راضی به طلاق زن نیست، فرمود: طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام و ادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود و اگر جرئت بود مطلب دیگر بود که آسان‌تر است (مهرپور، ۱۳۷۱، ص ۳۰۱).

اهل سنت نیز مراجعه به حاکم را حقی برای زوجه می‌دانند که از آن جمله می‌توان به ایلاء، لعان و ظهار اشاره نمود که حق جدایی برای زن قائل هستند و از طریق درخواست از حاکم اجرا خواهد شد (زحلی، ۱۳۸۲، صص ۳۹۸-۴۰۰). در این میان، پیروان ابوحنیفه، تملک قاضی و حاکم بر طلاق را نمی‌پذیرند و قاضی فقط در صورت وجود عیوب روابط زناشویی اجازه فسخ نکاح را دارد. برخی از فقیهان مذهب حنفی، جنون، جذام و برص را نیز بر این موارد افزوده‌اند (ابوزهره، ۱۹۴۸م، ص ۳۴۷). اما سه مذهب فقهی دیگر اهل سنت (حنبل، شافعی و مالکی) طلاق حاکم را فی‌الجمله پذیرفته‌اند.

نتیجه‌گیری

بررسی ادله مصادیق مختلف الزام زوج به طلاق نشان از آن دارد که یکی از حکمت‌های وضع این الزام از سوی شارع مقدس، نفی ضرر از زوجه است. با اثبات این مدعا، در صورت تحقق این حکمت در هر عنوانی، حکم نیز وجود خواهد یافت و می‌توان با استناد به لزوم نفی ضرر، زوج را ملزم به طلاق نمود. وجود ضرر ناحق، نشان از پایمال شدن حق و ظلم بر افراد است که از دیدگاه دین و عقل، قبیح و مردود است. بر این اساس، موارد حق الزام زوج به طلاق منحصر به ترک روابط زناشویی یا عدم پرداخت نفقه نیست، بلکه بر اساس کلام الهی در آیه ۲۳۱ بقره، هرگونه نگهداری

همسر که باعث ضرر و زیان زوجه شود غیر مشروع است. با تعمیم تعلیل مذکور در آیه، حکم به موارد دیگری که علت در آنها وجود دارد قابل تسری است. فقهای عامه و خاصه متولی رفع ضرر را حاکم و در صورت نبود او، عدول مؤمنین می‌دانند. در صورتی که زندگی زناشویی برای زوجه همراه با ضرر باشد و زوج از ادای حقوق زوجه یا طلاق سرپیچی کند، حاکم ولی زوج ممتنع می‌شود و زوجه را طلاق می‌دهد. البته حاکم در صورتی می‌تواند زوج را ملزم به طلاق کند که زوجه تقاضای طلاق کرده باشد. همچنین زن باید ثابت کند که این ضرر استمرار خواهد داشت یا اینکه به احتمال زیاد در آینده تکرار می‌شود. بنابراین اگر رفتار مرد اصلاح شده باشد و ادله بر اصلاح وجود داشته باشد، حاکم اجازه الزام بر طلاق ندارد. همچنین هر ضرری نمی‌تواند دستاویز زن باشد تا با کوچک‌ترین بهانه تقاضای طلاق نماید؛ از این رو ضرر منتهی به طلاق حداقل محدود به دایره عسر و حرج است؛ یعنی زندگی به گونه‌ای باشد که عادتاً ادامه زندگی برای امثال این زن، سخت و غیر قابل تحمل باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن جریر، عبدالله بن عبدالرحمن بن عبدالله. (بی تا). شرح اخصر المختصرات (ج ۶۸). کتابخانه مدرسه ققاهت.
۲. ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد. (۲۰۱۰م). بداية المجتهد و نهاية المقتصد (محققین: محمد شوقی؛ محمد کاظم موسوی، و...). المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الإسلامیه
۳. ابوزهره، محمد. (۱۹۴۸م). الاحوال الشخصية. قاهره: دارالفکر العربی.
۴. بحر العلوم، عزالدین. (۱۴۰۵ق). بحوث الفقهیه من محاضرات آیت الله حسین حلی (چاپ دوم). بیروت: دارالزهرا.
۵. البحرانی، یوسف. (۱۳۶۵). الحدائق الناضرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۶. البهوتی، منصور بن یونس بن صلاح الدین. (۱۹۹۳م). دقائق اولی النهی لشرح المنتهی (چاپ اول). ناشر علم الکتب.
۷. بیهقی، احمد بن حسین. (۱۴۲۴ق). سنن الكبرى (ج ۱۰ و ۱۱، محقق: عبدالقادر محمد عطا). بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). وسایل الشیعة الی التحصیل مسائل الشریعة (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۹. حکیم، محسن. (۱۳۷۷ق). منهاج الصالحین. نجف: دارالزهراء.
۱۰. حلی، حسین. (۱۴۱۵ق). بحوث فقهیه (مقرر: سید عزالدین سید علی بحر العلوم، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۸۷). منهاج الصالحین (چاپ سی و سوم). قم: انتشارات آیت الله خویی.

۱۲. رفیعی، علی. (۱۳۸۰). بررسی فقهی طلاق و آثار آن در حقوق زوجین. تهران: انتشارات مجد.
۱۳. زحیلی، وهبه. (۱۳۸۲). فقه خانواده در جهان معاصر (مترجم: عبدالعزیز سلیمی). تهران: چاپ احسان.
۱۴. زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). الفقه الاسلامی و ادلته (چاپ سوم). دمشق: انتشارات دارالفکر.
۱۵. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۳). تهذیب الاصول. مؤسسه عروج (مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام).
۱۶. سلیمان، اسامه علی محمد. (بی تا). التعلیق علی المدہ شرح العمده. کتابخانه مدرسه فقاہت.
۱۷. السیستانی، السید علی. (۱۴۱۶ق). منهاج الصالحین (ج ۳، چاپ اول). قم: مکتبه آیت الله العظمی السید علی الحسینی السیستانی.
۱۸. شیرری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (چاپ اول). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۹. الشربینی، شمس الدین محمد بن احمد. (۱۴۱۵ق). مغنی المحتاج الی معرفة الألفاظ المنہاج (چاپ اول). دار الکتب العلمیة.
۲۰. صدر، حسن. (۱۳۲۷). حقوق زن در اسلام و اروپا (چاپ پنجم). انتشارات جاویدان.
۲۱. الصدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۵ق). المقفغ. قم: مؤسسه الامام الہادی علیه السلام.
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (بی تا). تکملة العروة الوثقی. قم: مکتبه الداوری.
۲۳. عباسی، محمود. (۱۳۸۱). قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران (چاپ اول). ناشر حقوقی.
۲۴. القزوینی، محمد بن یزید. (۱۴۳۰ق). سنن ابن ماجه (محقق: محمد فؤاد عبدالباقی). دار احیاء الکتب العربیة.
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). حقوق خانواده (چاپ ششم). شرکت سهامی انتشار.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۳ق). الکافی (چاپ اول). بیروت: دارالاضواء.
۲۷. مرغینانی، علی بن ابی بکر. (بی تا). هدایة حامل المتن بدایة مع ترجمه و شرح فارسی (مترجمان: غلام یحیی خان بهاری، میر محمد حسین بنگالی، تاج الدین بنگالی، ج ۲). دیپاچه مطبعه ناشر.

۲۸. المرغینانی، علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل الفرغانی. (۱۴۱۵ق.). الهدایة فی شرح بدایة المبتدی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۹. مشکینی، علی. (۱۳۹۴). اصطلاحات الاصول (چاپ اول). قم: بوستان کتاب.
۳۰. المغربی، حسین ابراهیم؛ رئیس الزبیری، محمد صالح. (۱۹۲۷م). قرة العین بفتاوی علماء الحرمین (چاپ اول). مطبعة مصطفى محمد.
۳۱. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۳۲ق.). الفقه علی المذاهب الخمسة (چاپ ششم). دارالکتاب الاسلامی.
۳۲. مهرپور، حسین. (۱۳۷۱). مجموعه نظریات شورای نگهبان (چاپ اول). تهران: کیهان.
۳۳. مهرپور، حسین. (۱۳۸۴). مباحثی از حقوق زن (چاپ دوم). تهران: انتشارات اطلاعات.
۳۴. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق.). جامع الشتات (چاپ اول). مؤسسه کیهان.
۳۵. نراقی، ملا احمد. (۱۴۰۸ق.). عوائد الایام. قم: چاپ سنگی.

References

* The Holy Quran

1. Abbasi, M. (1381 AP). *Civil Code of the Islamic Republic of Iran* (1st ed.). Legal Publisher. [In Persian]
2. Abu Zahra, M. (1948). *Al-Ahwal al-Shakhsiya*. Cairo: Dar al-Fikr al-Arabi.
3. Al-Bahrani, Y. (1365 AP). *Al-Hadaeq Al-Nazara* Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers Association. [In Persian]
4. Al-Bohoti, M. (1993). *Daq'iq Awali al-Nahy le Sharh al-Muntahi* (1st ed.). Publisher of Ilm al-Kotob.
5. Al-Marghinani, A. (1415 AH). *Al-Hidaya fi Sharh Bidaya al-Mubtadi*. Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
6. Al-Qazwini, M. (1430 AH). *Sunan Ibn Majah* (Abdul Baqi, M. F, Ed.). Dar Ihya al-al-Kotob al-Arabiya. [In Arabic]
7. Al-Sadooq, M. (1415 AH). *Al-Muqafa*. Qom: Al-Imam Al-Hadi Institute. [In Arabic]
8. Al-Sherbini, S. (1415 AH). *Mughni al-Muhtaj ila al-Marifaah al-Alfaz al-Minhaj* (1st ed.). Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
9. Al-Sistani, S. A. (1416 AH). *Minhaj al-Salehin* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Library of Ayatollah Al-Sayed Ali Al-Husseini Al-Sistani. [In Arabic]
10. Bahrul Uloom, Ezzeddin. (1405 AH). *Bohouth al-Fiqhiya min Muhazirat Ayatollah Hossein Heli* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Zahra. [In Arabic]
11. Beyhaqi, A. (1424 AH). *Sunan al-Kubra* (Vol. 6 & 10, Mohammad Atta, A, Ed.). Beirut: Darul Kotob al-Islamiya. [In Arabic]
12. Hakim, M. (1377 AH). *Minhaj al-Salehin*. Najaf: Dar al-Zahra. [In Arabic]
13. Heli, H. (1415 AH). *Bohouth al-Fiqhiya* (Bahrul Uloom, S. E, Ed., 4th ed.). Qom: Al Manar Institute. [In Arabic]
14. Hor Ameli, M. (1414 AH). *Wasa'il al-Shia ila al-Tahsil Masa'il al-Shariah* (2nd ed.). Qom: Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
15. Ibn Jibreen, A. (n.d.). *Sharh Akhsar al-Mukhtasarat* (Vol. 68). Library of Fiqahat School.

16. Ibn Rushd Qurtubi, M. (2010). *Bedayat al-Mujtahid va Nahayat al-Mughtasid* (Shoghi, M., & Mousavi, M., K, Ed.). Al-Majma Al-Alami le Taqrib bayn al-Madahib al-Islamiah.
17. Katouzian, N. (1382 AP). *Family law* (6th ed.). Enteshar Company. [In Persian]
18. Khoei, S. (1387 AP). *Minhaj al-Salehin* (33rd ed.). Qom: Ayatollah Khoei Publications. [In Persian]
19. Koleyni, M. (1413 AH). *Al-Kafi* (1st ed.). Beirut: Dar al-Azwa. [In Arabic]
20. Maghrebi, H. E., & Al-Raees al-Zobeiri, M. S. (1927). *Qur'an al-Ain be Fatawi Ulama al-Haramain* (1st ed.). Press: Mostafa Mohammad.
21. Marghinani, A. (n.d.). *Hidayat Hamil al-Matn Bidaya Ma'a Tarjomah va Sharh Farsi* (Khan Bahari, Q. Y., & Bangali, M. H., & Bangali, T, Trans.). (vol. 2). Dibacheh Matba'ah Nasher.
22. Mehrpour, H. (1371 AP). *The collection of views of the Guardian Council of Iran* (1st ed.). Tehran: Keihan. [In Persian]
23. Mehrpour, H. (1384 AP). *Some topics on women's rights* (2nd ed.). Tehran: Itela'at Publications. [In Persian]
24. Meshkini, A. (1394 AP). *Istilahat Al-Usul* (1st ed.). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
25. Mirzaye Qomi, A. (1413 AH). *Jame Al-Shatat* (1st ed.). Tehran: Keihan. [In Arabic]
26. Mughniyeh, M. J. (1432 AH). *Al-Fiqh Ala al-Madahib al-Khamsa* (6th ed.). Dar al-Kitab al-Islami. [In Arabic]
27. Naraghi, M. (1408 AH). *Awa'id al-Ahkam*. Qom: Lithograph. [In Arabic]
28. Rafiei, A. (1380 AP). *Jurisprudential examination of divorce and its effects on the rights of couples*. Tehran: Majd Publications. [In Persian]
29. Sadr, H. (1327 AP). *Women's rights in Islam and Europe* (5th ed.). Javidan Publications. [In Persian]
30. Shobeiri Zanjani, S. M. (1419 AH). *Kitab Nikah* (1st ed.). Qom: Rai Pardaz Research Institute. [In Arabic]

31. Sobhani, J. (1383 AP). *Tahdib al-Usul* (Institute for organizing and publishing Imam Khomeini's works). [In Persian]
32. Suleiman, O. (n.d.). *Ta'aliq Ala al-Madah Sharh al-Umdah*. Library of Fiqahat School.
33. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (n.d.). *Takmilah al-Urwat al-Wothqa*. Qom: Al-Davari Library.
34. Zoheili, W. (1382 AP). *Family jurisprudence in the contemporary world* (Salimi, A. Trans.). Tehran: Ehsan Press. [In Persian]
35. Zoheili, W. (1409 AH). *Al-Fiqh al-Islami va Adilah* (3rd ed.). Damascus: Dar al-Fekr Publications. [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

Mohammad Rasul Ahangaran, Ahmad Deylami, Asadollah Rezaei, Mahdi Rahbar, Adel Sarikhani, Mohammad Salehi Mazandarani, Seifollah Sarrami, Abdosamad Aliabadi, Mahdieh Qanizadeh, Alireza Fajri, Mohsen Malek Afzali Ardakani, Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific Research Journal

Vol. 29, No. 4, Winter 2022

112

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)

Executive Director:
Abdul Samad Aliabadi

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

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

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