



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال سی‌ام، شماره اول، بهار ۱۴۰۲

۱۱۳

صاحب‌امتیاز: 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 علی‌آبادی

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 می‌شود. هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.

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 می‌شود. هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵
رایانامه: Fiqh.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)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

محمد زروندی رحمانی

(دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

سید عباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

سید ضیاء مرتضوی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمد صادق مزینانی

(پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمد حسن نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

رضا اسفندیاری (اسلامی)، سید محمدحسن حکیم، محمدعلی خادمی کوشا، احمد دیلمی، اسدالله رضایی، مهدی رهبر، طه زرگریان، محمدجعفر صادق پور، محمد صالحی مازندرانی، سیف الله صرامی، حسنعلی علی اکبریان، 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 فقیهان 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 به ویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، استادان 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 تنها 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 یاب مقاله
- ✓ فرم عدم تعارض منافع

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

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

واژه (چکیده باید شامل هدف، مسئله 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 نمونه‌های ذیل درج شود:

۱. **اعضای هیأت 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 جدیدبودن 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 کرده‌اند 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 پس 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 شرایط فقهی چندهمسری و ابهامات قانونی آن
زهره محمدپرچوی - احمد احمدی تبار - زهره رجیبیان
- ۳۸ مستمر یا آبی بودن عقد اجاره اشیاء و آثار آن
محمدرسول آهنگران - امیر محمود امینی - احمد صابری مجد - سیدعلی علوی قزوینی
- ۶۷ شاخصه‌های منهج فقهی علامه کاشف الغطاء
اکبر اسدعلیزاده
- ۹۱ بررسی فقهی قرارداد ترانزیت هوایی دولت
جواد نیاگار - محسن آخوندی - مصطفی جعفریشه‌فرد
- ۱۱۹ واکاوی فقهی نگهداری از انواع سگ‌ها از منظر مذاهب اسلامی
سید حسین نوری - سعید سبوتی جهرمی
- ۱۵۱ ارزیابی صحت معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات
با تأکید بر اشتراط موالات در ایجاب و قبول
مجید اسماعیلی
- ۱۸۴ بررسی فقهی جواز ساخت دارو از اعضای قطع شده میت مسلمان
رضا پورصدقی - مرضیه حیدرزاده

Research Article

Jurisprudential Conditions of Polygamy and Its Legal Ambiguities¹

Zahra Mohammad Parchavi² Ahmad Ahmaditabar³
Zohreh Rajabian⁴

Received: 10/07/2022

Accepted: 27/03/2023



Abstract

Based on the Holy Qur'an and narratives, justice is one of the conditions of polygamy, of which Ghasm (the right of the wife for sleeping with the husband at night), alimony, and payment of money are its examples. The Article 14 of the Iran's Family Protection Law in 1967, focusing on obtaining the conditions of a man's power to execute justice and the Article 17 of the Family Protection Law in 1974, instead of verification of a man's power to execute justice, emphasizing the man having the

1. This article has been taken from the PhD dissertation entitled a Jurisprudential examination of Istihbab of polygamy (supervisor: Ahmad Ahmaditabar), defended on 09/28/1400 AP at Al-Zahra University, Qom.
2. Level Four of Islamic Seminary in Fiqh and Usul with a focus on family Fiqh, professor at Al-Zahra University, Qom, Iran (Corresponding author). zmparchavi@gmail.com.
3. Professor, Kharif Fiqh and Usul, Islamic Seminary, Qom, Iran. ahmad.ahmadi@gmail.com.
4. Professor, Kharif Fiqh, Islamic Seminary, Qom, Iran. rajabian@wrc.ir.

* Mohammad Parchavi, Z., & Ahmaditabar, A., & Rajabian, Z. (1402 AP). Jurisprudential Conditions of Polygamy and Its Legal Ambiguities. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 9-35.
Doi: 10.22081/jf.2023.64373.2526.

● © 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..

qualifications of the execution of justice in paragraph 1 of Article 16, are totally different from the high concept of justice based on most jurists' viewpoints - one of the definite conditions of polygamy. In fact, this is not recognizing the necessity of executing justice as one of the conditions of polygamy and it leads to violation of women's rights. Meanwhile, supporting the rights of women and family as one of the most important social institutions, doubles the importance of the legislator's view on this issue. The present study, using a library method and with an analytical-descriptive and inferential approach, after examining the details of the conditions of polygamy from the point of view of jurists and examining the evidence and its compliance with related laws, has dealt with the gaps in the law and the legislator's lack of attention to the certain jurisprudential condition and its examples, and the result is the basic contradiction of the concept of justice desired by jurists and legislators. In addition, various examples of justice in polygamy (ghasm, alimony, payment of money), the ways of obtaining the initial conditions and maintenance implementation and the guarantee of its implementation are gaps in these legal articles, and it is suggested to amend the legal articles based on Fiqh.

Keywords

Polygamy, Execution of Justice, Polygamy, Ghasm and Alimony, Article 17 of The Iran's Family Protection Law.

مقاله پژوهشی

شرایط فقهی چندهمسری و ابهامات قانونی آن^۱

زهرامحمدپرچوی^۲ احمد احمدی تبار^۳ زهره رجیبیان^۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۹

© Author (s)



چکیده

به استناد قرآن کریم و روایت‌ها، عدالت از شرایط تعدد زوجات بوده که قسم، نفقه و اطلاق وجه از مصادیق آن می‌باشد. برابر ماده ۱۴ قانون ح.خ ۱۳۴۶، احراز قدرت مرد به اجرای عدالت و برابر ماده ۱۷ قانون ح.خ ۱۳۵۳ به جای احراز قدرت مرد به اجرای عدالت، از احراز اجرای عدالت در مورد بند ۱ ماده ۱۶ سخن به میان آمده است که با مفهوم عالی عدالت مورد نظر فقیهان که از شروط مسلم چندهمسری می‌باشد تفاوت بسیاری دارد. این امر در حقیقت به رسمیت نشناختن ضرورت اجرای عدالت به عنوان یکی از شرایط تعدد زوجات بوده و تضييع حقوق زنان را در پی دارد و این در حالی است که حمایت از حقوق زنان و خانواده به عنوان یکی از مهم‌ترین نهاد اجتماعی، اهمیت نگاه قانون‌گذار به این مسئله را دو چندان می‌کند. پژوهش حاضر به روش کتابخانه‌ای و با رویکرد تحلیلی-توصیفی و استنتاجی، پس از بررسی جزئیات شرایط تعدد زوجات از دیدگاه فقیهان و بررسی

شرایط فقهی چندهمسری و ابهامات قانونی آن

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان: بررسی فقهی استحباب تعدد زوجات (استاد راهنما: حجت‌الاسلام

احمد احمدی تبار)، در تاریخ ۱۴۰۰/۰۹/۲۸ در جامعه الزهراء قم دفاع شده است.

۲. سطح ۴ فقه و اصول با گرایش فقه خانواده، استاد جامعه الزهراء (ع)، قم، ایران (نویسنده مسئول).

zmparchavi@gmail.com

ahmad.ahmadi@gmail.com

rajabian@wrc.ir

۳. استاد خارج فقه و اصول حوزه، قم، ایران.

۴. استاد درس خارج حوزه، قم، ایران.

* محمدپرچوی، زهرا؛ احمدی تبار، احمد و رجیبیان، زهره. (۱۴۰۲). شرایط فقهی چند همسری و ابهامات قانونی

Doi: 10.22081/jf.2023.64373.2526

آن. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۹-۳۵.

ادله و تطبیق آن با قوانین مرتبط، به خلأهای قانون و بی توجهی قانون‌گذار به شرط مسلم فقهی و مصادیق آن پرداخته است و نتیجه آن مغایرت مبنایی مفهوم عدالت مورد نظر فقیهان و حقوق‌دان‌ها می‌باشد. افزون بر اینکه مصادیق گوناگون عدالت در چندمسطری (قسم، نفقه، اطلاق وجه)، راه‌های احراز ابتدایی و اجرای استدامه‌ای و ضمانت اجرای آن از خلأهای این مواد قانونی بوده و اصلاح مواد قانونی بر مبنای فقه پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژه‌ها

تعدد زوجات، قسم، عدالت، نفقه، ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده.

مقدمه

چندهمسری در اصطلاح فقهی به معنای چند تن بودن همسران یک مرد بوده (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۲۵؛ محمود عبدالرحمان، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۵) و از اعصار قدیم در میان اقوام و ملل گوناگون رواج داشته است. بالابودن ضریب مرگ و میر مردان، تأثیر چندهمسری در شأن اجتماعی آنها، ازدیاد نسل و مسائلی از این دست، از عوامل مهم اقدام مردان به ازدواج‌های چندگانه بوده است (مطهری، ۱۳۹۹، ج ۱۹، ص ۳۲۵؛ دورانت، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۶۱). دین اسلام با ازدواج بی حد و حصر رایج در اعصار گوناگون (دورانت، ۱۳۷۱، ج ۱، صص ۴۷-۵۱)، به صورت قانونمند و در راستای دفاع از حقوق زنان برخورد کرده و آن را محدود به چهار زن (جوادی علی، بی تا، ج ۵، صص ۵۴۵-۵۴۶) و مشروط به شرایط نمود.

امروزه بخشی از زنان جامعه ما با این مسئله مواجه هستند و در خانواده‌های چندهمسری زندگی می‌کنند. بی توجهی به شرایط تعدد زوجات از سوی برخی مردان، عدم تصریح قانون به شرایط مورد نظر فقیهان و تفاوت مفهوم عدالت مد نظر فقیهان با قانون، از جمله مشکلات خانواده‌های چندهمسری می‌باشد. افزون بر اینکه ضمانت اجرایی لازم برای حمایت از زنانی که مورد ظلم واقع شده‌اند وجود ندارد.

عدالت در قسم، نفقه، اطلاق وجه و توان جنسی مرد در ارضای نیاز همسران از جمله شرایط مطرح شده می‌باشد که با توجه به ادله مطرح شده، تنها سه مورد اول آن قابل اثبات است. اگرچه اصل رعایت عدالت در قسم و نفقه، مورد قبول مشهور فقهاست، اما در کیفیت و کمیت آن اختلافاتی وجود دارد که ناشی از اختلاف روایت‌های این باب است. برای گسترش تحقیق در این باره، کاوش درباره تعداد شروط و ادله آن و تطبیق فقه بر مواد قانون حمایت خانواده از عرصه‌های نیازمند بازپژوهی می‌باشد.

کتاب اسلام و تعدد زوجات استاد مطهری، سال ۱۳۹۹ق، مقاله «عدالت‌مداری در تعدد زوجات از منظر متون اسلامی» از محمدحسین خواجه‌بمی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، شماره ۳۰، سال ۱۳۹۷، «رعایت عدالت در تعدد زوجات» از مسعود امامی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، شماره ۷۸، سال ۱۳۹۲ و «تعدد

زوجات و شرایط آن در لایحه حمایت خانواده» از لمیا رستمی تبریزی، نشریه خانواده‌پژوهی، شماره ۱۶، سال ۱۳۸۷ برخی از پژوهش‌های صورت گرفته در این زمینه است. وجه افتراق این پژوهش با دیگر پژوهش‌ها، بررسی تمام شرایط و نقد و بررسی ادله، معرفی قول صحیح و رد قول مخالف می‌باشد. تطبیق شرایط فقهی تعدد زوجات بر ماده ۱۴ و ۱۷ قانون حمایت خانواده و روشن کردن مغایرت آن از جهات گوناگون با فقه، یکی دیگر از اهداف این پژوهش است؛ بنابراین ویژگی این تحقیق بیان اقوال و ادله مورد استناد فقیهان در مورد شرایط چندهمسری، بررسی سندی و دلالتی آنها و در نهایت تطبیق بر مواد قانونی حمایت از خانواده، بیان نواقص و ارائه راهکار برای اصلاح و حمایت از حقوق زنان در خانواده‌های چندهمسری می‌باشد.

۱. شرط عدالت در قسم

عدالت به معنای مساوات (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۵۶۲) و میانه‌روی (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۹۶) در کارها و از شرایط چندهمسری می‌باشد. در آیه ۳ سوره نساء، در فقره «أَلَا تَعْدِلُونَ» از ماده عدل استفاده شده و از اطلاق آن می‌توان عدالت در تعدد زوجات را ثابت کرد. در آیه ۱۲۹ همین سوره از عدم توانایی مرد در رعایت عدالت سخن به میان آمده است. در روایتی از تعارض این دو آیه پرسش شده و حضرت، عدالت در آیه اول را در نفقه و قسم و عدالت در آیه دوم را امور قلبی معرفی می‌کنند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۵)؛ بنابراین عدالت در قسم از جمله شرایط تعدد زوجات است.

۱-۱. تعریف قسم و اقوال فقیهان

قسم به فتح قاف مصدر قسمه الشیء اقسامه و به کسر قاف به معنای حظ و نصیب می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۸۶). قسم آن است که مردی که چند همسر دارد، شب‌های خود را میان همسرانش قسمت کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۴۶). به اتفاق فقیهان متقدم و متأخر، رعایت حق قسم بر مرد واجب است و اگر کسی چهار همسر دارد و شب را نزد یکی سپری کرد، لازم است شب‌های دیگر را نزد سایرین بماند، مگر اینکه

یکی از زنان از حق خود صرف نظر کند (بغدادی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۱۸؛ حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۲؛ طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۴۸). این مسئله بیانگر اشتراکی بودن حق قسم است؛ همچنین در روایت‌ها آمده که زن می‌تواند حق قسم خود را به دیگری واگذار کند. راوی می‌گوید: از بردارم امام کاظم علیه السلام سؤال کردم که مردی دو زن دارد و یکی از دو زن گفت دو شب و دو روز که حق من است را یک روز یا یک ماه یا یک سال به تو می‌فروشم، آیا جایز است؟ حضرت فرمودند: «اگر زن راضی به این معامله باشد و مرد هم این حق را از او بخرد، معاوضه صحیح است» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۴). علاوه بر آن در روایت صحیحی آمده: زن می‌تواند در موارد خوف از طلاق و یا ازدواج همسرش با فرد دیگر، در مورد نفقه و قسم با همسرش مصالحه کند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۳). مصالحه و یا بخشش حق قسم و نفقه، اشتراکی بودن این حق را ثابت می‌کند؛ همان‌گونه که یکی از همسران پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله حق خود را به دیگری بخشید (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۰).

۲-۱. حکم قسم

بنا به نظر برخی فقیهان، قسم پس از عقد و تمکین بر مرد واجب می‌شود (بغدادی، ۱۴۱۳ق، صص ۵۱۸-۵۱۷؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص ۹۰-۹۱؛ حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۱). آیه «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹)، «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» (نساء، ۳)، فقرة ثم یقسم در روایت امام صادق علیه السلام (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۳۹) و روایت‌هایی که از معامله حق قسم میان زن و شوهر پرسش می‌شود (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۴)، از ادله این قول می‌باشد.

در مقابل، مشهور فقیهان (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۷۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۵۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، صص ۱۴۸-۱۵۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، صص ۲۰-۲۱۱؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۳) قسم را در صورت شروع از یکی از همسران، بر مرد واجب می‌دانند؛ به این معنا که تقسیم عادلانه شب‌ها ابتدئاً بر مرد واجب نیست و تنها در صورتی که شب را نزد یکی از همسران ماند، نزد بقیه نیز باید یک شب بماند.

آیه ۳ و ۱۲۹ سوره نساء، صحیحه حلبی که در آن ترجیح یک همسر بر دیگر جایز

دانسته شده (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۳۷)، روایت از امام موسی بن جعفر علیه السلام که حضرت فرمود: برای مرد چهار شب است، پس برای یکی، یک شب قرار دهد و برای دیگری سه شب قرار دهد (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۷)، روایت حسن بن زیاد (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۳۷، ج ۲) و صحیحۀ محمد بن مسلم (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۳۹) از جمله ادله مورد استناد مشهور فقیهان می‌باشد.

از میان این دو قول، قول دوم مورد پذیرش است؛ چراکه آیه ۳ سوره نساء وجوب ابتدایی قسم را ثابت نمی‌کند و تنها امر به رعایت عدالت در آن آمده است؛ بنابراین حداکثر مثبت وجوب قسم در صورت شروع از یک زوج می‌باشد؛ بنابراین اگر مردی از یکی از همسران شروع کند و دیگری را رها کند، خلاف معاشرت به معروف عمل کرده است؛ و الا با عدم تقسیم ابتدایی شب‌ها، خلاف این آیه عمل نکرده است. علاوه بر آن زوج می‌تواند بدون شروع ابتدایی قسم، با انفاق به زوج، خوش خلقی و حتی ماندن چند ساعت در شب یا روز به آیه عمل کند. پس در نتیجه این آیه، وجوب قسم ابتدایی را ثابت نمی‌کند. دلالت روایت‌ها نیز در اثبات این امر قاصر است؛ چراکه شاید منظور از تقسیم، در صورت شروع از یکی از همسران و صرف نظر کردن از قسم، پس از شروع قسم باشد. تاسی به رسول اکرم صلی الله علیه و آله در تقسیم شب‌ها میان همسران (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۰) نیز در این مسئله صحیح نیست؛ چراکه اولاً، این روایت مرفوعه است؛ ثانیاً، شاید فعل پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله پس از شروع قسم بوده؛ ثالثاً، به تصریح قرآن رعایت قسم بر حضرت واجب نبود (احزاب، ۵۱). افزون بر آن حضرت به مدت یک ماه همسران خود را به علت اذیت و آزار برخی ترک کردند، در حالی که ایذاء از جانب همه نبود. اگر قسم بر حضرت واجب بود، همه را ترک نمی‌کردند (طبری، ۱۴۱۲ق، ج ۲۱، ص ۹۹).

۳-۱. زمان قسم

رعایت حق قسم یکی از مصادیق مهم عدالت در تعدد زوجات است و با توجه به اهمیت آن، در منابع فقهی تمام جزئیات آن مطرح شده تا مکلفین در عمل به این اصل

مهم، با جزئیات دقیق آن آشنا باشند. بنا به نظر مشهور فقیهان، زمان قسم شب است و این مسئله اختلافی نیست (طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۶۲) و با توجه به روایت‌های باب قسم که در آن کلمه لیل آمده، قابل اثبات است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، صص ۳۳۷-۳۳۸). به‌رغم اینکه مشهور فقیهان رعایت قسم در روز را واجب نمی‌دانند، اما می‌توان از قول شیخ طوسی در مبسوط این‌گونه استظهار کرد که قسم، شامل روز هم می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۷). علاوه بر شیخ طوسی، علامه در تحریر، روز را تابع شب دانسته و می‌گوید: مرد فقط در مواقع حاجت و بدون معطلی می‌تواند جای دیگری برود (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۵۹۱) و به دو روایت در این زمینه اشاره می‌کند. امام صادق علیه السلام فرمودند: «بر مرد واجب است که میت در شب داشته باشد و صبح روز بعد هم نزد زنان بماند» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۲). این روایت صحیح‌السند است و فقره «یظل عندها صبیحتها» نشان‌دهنده این است که قسم شامل روز هم می‌شود. در روایتی دیگر آمده که امام علی علیه السلام زمانی که دو همسر داشت، در روزی که برای یکی از همسران بود، در منزل دیگری وضو نمی‌گرفت (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۳). در پاسخ به ادله شیخ طوسی می‌توان گفت که مشهور فقیهان به مضمون این روایت‌ها عمل نکرده و مانند در روز را واجب ندانسته‌اند. افزون بر اینکه صبیحه در لغت، اول روز که مخالف عصر است می‌باشد، نه تمام روز: «الصُّبْحُ: أَوَّلُ النَّهَارِ. وَ الصُّبْحُ: الْفَجْرُ وَهُوَ الصُّبْحَةُ وَ الصَّبَاخُ...» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۰۲). روایت دوم نیز ضعیف‌السند و مرفوعه بوده و از محل بحث خارج است.

در مجموع می‌توان گفت در روایت‌های باب قسم، واژه لیل و برخی روایت‌ها واژه یوم و صبیحه نیز آمده است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، صص ۳۴۲، ۳۴۷). واژه لیل به‌وضوح بیتوته در شب را ثابت کرده و در اصطلاح لیل، به محدوده میان غروب و طلوع فجر یا طلوع شمس گفته می‌شود (مشکینی، بی‌تا، ص ۵۷۸)؛ بنابراین روایت‌هایی که در آن یوم و صبیحه آمده، حمل بر استحباب ماندن در ابتدای صبح می‌شود؛ کما اینکه برخی از فقیهان به این مطلب اشاره کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۴۱۳).

افزون بر اینکه سیره متشرعه، بر بیتوته بر شب دلالت دارد و پذیرش قول ماندن در

روز، فروعات و مشکلات عدیده‌ای را به همراه دارد؛ به طور مثال اگر مرد بخواهد در روز برای امرار معاش اجیر کسی شود و یا امور واجب دیگری مانند جهاد و ... پیش آید، باید از صاحب همان روز اجازه بگیرد، و الا نمی‌تواند.

۴-۱. افعال واجب قسم

بعد از بررسی عدالت در قسم و زمان قسم، پرسشی مطرح می‌شود که آیا صرف بیتوته در شب کافی است و یا اینکه علاوه بر بیتوته، مضاجعه و مواقعه نیز واجب است؟ منظور از مضاجعه آن است که مرد شب را نزد همسرش در یک رختخواب، نزدیک او و در بیشتر اوقات رو به او بخوابد، به صورتی که دور از او نباشد، اگرچه لازم نیست که به او بچسبد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۹). با توجه به ادله مواقعه واجب نیست؛ زیرا اصل عدم وجوب مواقعه است و از طرف دیگر مواقعه حق مرد است و زن در هر چهار ماه یک مرتبه حق نزدیکی دارد. علاوه بر آن این مسئله همیشه مقدور نیست و به مزاج و نشاط مرد بستگی دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۵۹۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۹).

در مورد مضاجعه یا بیتوته در شب، میان فقیهان دو قول وجود دارد. برخی قائل به وجوب مضاجعه هستند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۵۹۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۹؛ حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۱). شیخ طوسی مضاجعه را مطرح نکرده‌اند، ولی شاید بتوان از این کلام ایشان «بات عندها إن شاء جامعها و إن شاء لم يفعل؛ نزدیک او بخوابد اگر خواست مجامعت می‌کند» مضاجعه را استظهار کرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۶).

ادله

وجوب مضاجعه با توجه به آیه ۱۹ سوره نساء که در آن معاشرت به معروف آمده، تأسی به رسول اکرم ﷺ (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۵۹۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۱۹) و روایت ابراهیم کرخی که صحیح السند است، قابل اثبات می‌باشد. راوی می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی چهار زن دارد و نزد سه زن بیتوته

می‌کند و با آنها مجامعت می‌کند، زمانی که نزد زن چهارم در شبی که مختص او بود رفت با او مجامعت نکرد، آیا این کار او گناه است؟ حضرت فرمودند: «بر مرد واجب است که میت در شب داشته باشد و صبح روز بعد هم نزد آنان بماند و بر او واجب نیست که با آنها مجامعت کند، اگر خودش مایل نبود» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۳). واژه «ان یبیت عندها» یا «ان یکون عندها» ماندن در نزد زن به معنای متعارف است و این مسئله با ماندن در یک منزل با همسر و مضاجعه محقق می‌شود. اگرچه ممکن است در همهٔ مواقع به دلیل وجود موانعی از جمله کمبود مکان و حضور فرزندان و ... مضاجعه امکان پذیر نباشد. روایت حسن بن محبوب که به همین مضمون است نیز به این مسئله اشاره دارد (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۳۴۳).

اگرچه تأسی به رسول اکرم صلی الله علیه و آله در این مسئله به دلیل عدم وجوب قسم بر حضرت دلیل درستی نیست، اما با توجه به دیگر ادله به خصوص «وعاشروهن بالمعروف» و روایت‌ها ابراهیم کرخی و حسن بن محبوب، مرد باید تا حد امکان مضاجعه را رعایت کند؛ چراکه از دیدگاه عرف اگر مرد شب را در منزل همسر سپری کند و با او در یک رختخواب و نزدیک او نخوابد، خلاف معاشرت معروف عمل کرده است.

در مجموع با توجه به ادله می‌توان گفت: یکی از مصادیق بارز عدالت که مورد اتفاق فقیهان متقدم و متأخر است، رعایت قسم بوده؛ بنابراین در صورت وجود چهار همسر و شروع از یکی از همسران قسم بر مرد واجب است. زمان قسم شب و ابتدای صبح است و تنها فعل واجب قسم، بیتوته می‌باشد.

بیان جزئیات قسم در کلام فقیهان و ادله وارده بیانگر اهمیت عدالت در قسم و توجه به جزئیات آن است. این حکم برای تحکیم بنیان خانواده، حفظ ارتباط مرد با دیگر همسران و مصالح دیگر از جمله جلوگیری از فروپاشی خانواده‌های چندهمسری صادر شده است.

در جامعهٔ فعلی ما، بخش زیادی از دعاوی خانوادگی در دادگاه‌های خانواده مربوط به چندهمسری و تزییع حقوق زنان است. پیش‌نویس قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در صدد رفع مشکلات زنان و رفع کمبودهای قوانین گذشته بود که در نهایت به

دلیل اعتراضات صورت گرفته حذف گردید و به قوانین قبلی بسنده شد. در شرایط مندرج در عقدنامه‌ها، شرط دوازدهم از شروط ضمن عقدی که برای زوجه حق طلاق ایجاد می‌کند، عدالت میان همسران ذکر شده است؛ همچنین در بند ۱۲، ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ و ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ تنها به مفهوم کلی عدالت اشاره شده و رعایت قسم که کلیت آن از مصادیق مورد اتفاق فقهاست، مورد غفلت واقع شده است. امروزه با توجه به افزایش مباحث چندهمسری در فضای مجازی و حقیقی و تبلیغ برخی مؤسسات در جهت ترویج چندهمسری به منظور کاهش فساد و فحشا و حل معضل جمعیتی کشور بدون توجه به شرایط آن، بازبینی قانون حمایت خانواده و ارائه راهکار مناسب اهمیت به‌سزایی دارد. برخی مردان با اقدام به چندهمسری بدون توجه به رعایت شرایط ابتدایی و استفاده‌ای، زنان را کالمعلقه رها می‌کنند و توجهی به رعایت قسم که از حقوق همسران در خانواده‌های چندهمسری است ندارند؛ بنابراین عدالت در قسم، کیفیت احراز ابتدایی و اجرای استفاده‌ای و ضمانت اجرای قانونی آن از خلأهای قوانین حمایت از خانواده می‌باشد و نیازمند بازنگری است.

۲. شرط عدالت در نفقه

یکی دیگر از مصادیق عدالت که از شروط چندهمسری است، عدالت در نفقه می‌باشد. نَفَقَه در لغت به معنای بخشش و بخشیدن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۳۸۶) و در اصطلاح به همان معنای لغوی - چیزی که فرد از اموالش می‌بخشد - می‌باشد (مشکینی، بی‌تا، ص ۵۴۴؛ سعدی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۵۸). در مورد مقدار نفقه دو قول وجود دارد. مشهور فقیهان از جمله شهید ثانی نیازهای زن از جمله طعام، خورشت، لباس و ... را ملاک نفقه می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۵۵؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۳). صاحب جواهر نیز به علت اطلاق نصوص، نیازهای عرفی زن را مطرح می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۳۰). اما شیخ طوسی نفقه زوجه را مطلقاً یک مد طعام در نظر گرفته (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۱۲)، ولی در کتاب مبسوط قائل به تفصیل شده و برای شوهر توانگر هر روز دو مد طعام و معسر و

فقیر، یک مد و اگر از وضع معیشتی متوسطی برخوردار باشد، یک مد و نیم در نظر گرفته است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۷).

۱-۲. معنای عدالت در نفقه

عدالت در لغت به معنای تساوی (اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۵۱) و میانه‌روی در امور و خلاف ظلم و جور است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۹۶). عدالت در نفقه، رعایت تساوی و برابری میان دو همسر نیست، بلکه منظور رعایت اعتدال و میانه‌روی و دوری از افراط و تفریط است، به گونه‌ای که فردی مورد ظلم و ستم قرار نگیرد (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۷۶۰؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۶۹)؛ بنابراین اگر فردی به هریک از همسران نفقه‌مورد نیاز آنها را بدهد، به عدالت رفتار کرده، هرچند تساوی در بینشان نباشد، ولی اگر به همه همسران به صورت مساوی نفقه دهد، ولی برخی همچنان محتاج و گرسنه باشند و برخی دیگر بیش از مقدار نیازشان دریافت کرده باشند، به عدالت رفتار نکرده و از مصادیق ظلم است. فلذا رعایت تساوی در مقدار، گاهی مصداق عدالت و گاهی دلیل بر بی‌عدالتی می‌باشد.

عدالت در نفقه به معنای تساوی نیز در کلام فقیهان مطرح شده است و در این زمینه چند قول وجود دارد: ۱. نفقه و دیگر حقوق زوجیت نمی‌تواند متعلق عدالت باشد؛ زیرا این امور به حسب حال زوجه تغییر می‌کند و بر مرد، تنها واجب است که نفقه‌مورد نیاز و مناسب شأن هر یک از زنان را پردازد (بغدادی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۱۸). ۲. رعایت تساوی، در مقدار نفقه شرط نیست، پس مرد می‌تواند پس از رعایت نفقه واجب، به برخی از زنانش بیش از دیگران انفاق کند (قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۱۹؛ طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۵۵). ۳. تفضیل برخی از زنان که در روایت‌ها آمده، حمل بر کراهت شده و تسویه افضل است (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۴۱؛ حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۶۱۰). شهید ثانی نیز تساوی در نفقه را به علت رعایت عدل و انصاف مستحب مؤکد می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۳۶).

در جمع‌بندی این اقوال می‌توان گفت که عدالت به معنای تساوی شرط نیست، ولی مرد باید مقدار نفقه واجب هر زن را با توجه به نیازهای او پردازد و مستحب است در این مسئله عدالت را رعایت کند.

۳. اطلاق وجه و خوش‌رویی

یکی دیگر از شروط تعدد زوجات که از مصادیق عدالت است، اطلاق وجه و خوش‌رویی می‌باشد و این مسئله با توجه به آیه «وعاشروهن بالمعروف» (نساء، ۱۹) قابل اثبات است (طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۵۵). افزون بر اینکه با توجه به آیه ۳ و ۲۹ سوره نساء و روایت ذیل آن که در مباحث قبل مطرح شد، اگرچه عدالت قلبی ممکن نیست، اما رعایت عدالت در اخلاق و رفتار و خوش‌رویی با همسران کاملاً امکان‌پذیر است. نکته‌ای که به طور عمده مورد غفلت واقع می‌شود این است که ممکن است دوست داشتن یک فرد از اختیار انسان خارج باشد، ولی اطلاق وجه و خوش‌رویی و ابراز محبت و علاقه زبانی از اموری است که کاملاً در توان مرد است و فقیهان به طور عمده این مسئله را مطرح نکرده‌اند و این در حالی است که اهمیت این مسئله در برخی موارد کمتر از اهمیت قسم و نفقه نیست. بی‌توجهی مرد به این مسئله و عدم مدیریت او، منزوی شدن برخی همسران، ایجاد حسادت، اختلاف و دشمنی میان همسران و فرزندان را به همراه دارد. علاوه بر اینکه امروزه با توجه به گسترده‌ی زندگی اجتماعی و ارتباط زنان با جنس مخالف در فضاهای حقیقی و مجازی، غفلت از این مسئله و کمبود از این ناحیه، صدمات غیر قابل جبرانی را به زن، خانواده و فرزندان وارد می‌کند که مسئولیت پیامدهای آن متوجه مرد است؛ بنابراین مرد وظیفه دارد در کنار عدالت در قسم و نفقه، در این موارد نیز به عدالت رفتار کند و نیازهای عاطفی زنان خود را برطرف نماید.

۴. توان جنسی

توان جسمی و جنسی مرد برای ارضای نیازهای جنسی همسران نیز می‌تواند به عنوان

یکی دیگر از شرایط تعدد زوجات باشد که در برخی پژوهش‌ها مطرح شده (نادری، ۱۳۸۸، ص ۱) و استاد مطهری نیز از قول برخی ذکر کرده است (مطهری، ۱۳۹۹ق، ج ۱۹، ص ۳۴). در آیه ۱۹ سوره نساء (وعاشروهن بالمعروف)، امر به معاشرت به معروف شده و تأمین نیازهای جنسی زن یکی از مصادیق آن است. بنا به نظر شیخ طوسی، هریک از زن و شوهر وظیفه دارد حقوق طرف مقابل را رعایت کند، تا جایی که طرف مقابل نیاز به دیگران یا رجوع به حاکم و وکیل نداشته باشد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۴). محقق سبزواری نیز می‌گوید: «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» شامل همهٔ جهات و خصوصیات و حالات و دیگر امور می‌گردد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۲۹۸). حال با توجه به این آیه شریفه، توانایی جسمی برای پاسخ‌دادن به نیازهای زن از مصادیق معاشرت به معروف است؛ زیرا اگر مردی اقدام به تعدد زوجات کند، ولی از نظر جسمی توانایی این امر را نداشته باشد خلاف معاشرت به معروف عمل کرده است. افزون بر اینکه در بسیاری از روایت‌ها به حسن معاشرت با همسر سفارش شده (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۷۱؛ ج ۲۱، ص ۵۱۲) و یکی از مصادیق بارز آن ارضای نیازهای جنسی زن است. از امام رضا علیه السلام در مورد «امساک بالمعروف» پرسش شده است، حضرت فرمودند امساک بالمعروف خودداری از آزار و اذیت زن و پرداخت نفقهٔ اوست (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۵۱۲). در روایتی دیگر، عیال فرد به منزلهٔ اسرای مرد معرفی و به حسن معاشرت با آنها سفارش شده است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۷۱). در برخی روایت‌ها، کسانی که با عائلهٔ خود بد رفتاری می‌کنند مورد لعن پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله قرار گرفته‌اند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۷۱).

بنابراین با توجه به این ادله، توان جنسی برای ارضای نیاز همسران از شرایط تعدد زوجات است و اگر مردی توانایی نداشت نباید اقدام به چندهمسری کند.

در پاسخ می‌توان گفت: هیچ یک از ادلهٔ فوق برای اثبات توان جسمی و جنسی مرد کافی نیست؛ زیرا اولاً، معاشرت به معروف می‌تواند به صورت دیگری از جمله رعایت حق قسم، پرداخت نفقه، اطلاق وجه و ... صورت پذیرد. علاوه بر اینکه «عاشروهن بالمعروف» نمی‌تواند مقید لزوم توانایی مرد باشد؛ چرا که ممکن است ابتدائاً مرد توانایی داشته و در ادامه توانایی جنسی لازم را از دست بدهد و این مسئله از توان مرد خارج

باشد؛ بنابراین معاشرت به معروف با توجه به توان افراد معنا پیدا می‌کند. ثانیاً، یکی از حقوق زوجه بر زوج حق قسم است و با توجه به ادله مطرح شده، فقط بیتوته و مضاجعه بر مرد واجب است. از طرف دیگر واقعه حق مرد است و زن در هر چهارماه یک مرتبه حق نزدیکی دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۱۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۱۹). ثالثاً، هر سه روایت از نظر سندی ضعیف هستند و وجوب این شرط را ثابت نمی‌کنند. رابعاً اگرچه ناتوانی جنسی مرد برای زن به خصوص در فضای کنونی جامعه، ارتباط افراد با هم در فضاهای مجازی و حقیقی و تا حدی عدم رعایت موازین شرعی مشکلاتی را به همراه دارد، اما در صورتی که دوام زوجیت با مردی که توانایی برقراری ارتباط جنسی را ندارد، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود (بزدی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۰۳). در مجموع می‌توان گفت با توجه به ادله مطرح شده، عدالت در قسم، نفقه و اطلاق وجه از شروط تعدد زوجات است.

۵. بررسی شرط عدالت در قانون

خانواده یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی می‌باشد و حقوق نقش به‌سزایی در استحکام خانواده دارد. در قانون مدنی ایران، تعدد زوجات با توجه به فقه اسلامی جایز دانسته شده است. ادله جواز تعدد زوجات، نازایی زن، عدم قدرت در انجام وظایف زناشویی، ابتلای زن به امراض صعب‌العلاج یا جنون و عدم تمکین زن از شوهر می‌باشد.

در حقوق ایران قبل از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶، تعدد زوجات در صورتی که از حد مقرر تجاوز نمی‌کرد مجاز بود. قانون مدنی از قدرت به اجرای عدالت به عنوان شرط تعدد زوجات سخنی نگفته بود و از نظر حقوقی هیچ مانعی برای اینکه مرد چند زن بگیرد وجود نداشت (صفایی و امامی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۶).

زمانی که مبانی اخلاقی و مذهبی مردم استوار باشد، مرد به علت پابندی به

دستورات مذهبی، جز در موارد استثنایی و با اجرای عدالت اقدام به چندهمسری نمی‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۶). اما امروزه در عصری زندگی می‌کنیم که پابندی برخی افراد به مبانی اخلاقی و مذهبی بسیار سست است و آزاد گذاشتن مردها در این مسئله مشکلات عدیده‌ای برای همسران و فرزندان به همراه دارد و تنها راهکار عملی آن درخواست طلاق عسر و حرجی است که مستلزم گذشتن زن از تمام حقوق مالی و مطالبات گذشته و موجب تورم پرونده‌ها در دادگاه و ایجاد ضایعات روحی برای زنان و خانواده‌هاست. به همین جهت در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ اختیارات مرد در این زمینه محدود شده است.

در ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده آمده است که هرگاه مرد بخواهد با داشتن زن، همسر دیگری را اختیار نماید باید از دادگاه تحصیل اجازه کند. دادگاه وقتی اجازه همسر جدید را خواهد داد که با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان تحقیق از زن فعلی، توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت احراز کرده باشد. هرگاه مردی بدون تحصیل اجازه از دادگاه مبادرت به ازدواج نماید، به مجازات مقرر در ماده ۵ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰-۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.

این مواد قانونی مبنای اساسی با فقه ندارد و تعدد زوجات را منع نکرده، بلکه یک نظارت قضایی برای اجرای عدالت پیش‌بینی کرده است. اما نکته مورد تأمل، عدم وضوح مفهوم عدالت در این مواد قانونی می‌باشد. با توجه به ادله مشهور فقیهان، عدالت یکی از شروط اصلی تعدد زوجات بوده و عدالت در قسم، نفقه و اطلاق وجه از مصادیق آن است، اما عدالت مطرح شده در این مواد قانونی به چند دلیل با عدالت مطرح شده در منابع فقهی مغایرت دارد.

۱. مفهوم عدالت در ماده قانونی، عدالت مرد نسبت به همسر اول است؛ به این صورت که دادگاه با توجه به اوضاع و احوال و با بررسی اخلاق و رفتار شوهر با همسر اول تشخیص دهد که شوهر در صورت داشتن چند همسر، توانایی اجرای عدالت را دارد. به بیان دیگر احراز عدالت در مرد نسبت به همسر اول، برای قبل از ازدواج مجدد مد نظر قانون گذار بوده و این درحالی است که بنا به نظر فقیهان عدالت مرد در اختیار

چند همسر شرط است و این مسئله منحصر به احراز عدالت در مورد زوجه اول نیست و عدالت یک فرد از جهات گوناگونی قابل تشخیص است. علاوه بر اینکه رعایت عدالت نسبت به دو یا چند همسر به مراتب مشکل‌تر از یک همسر است.

۲. آنچه مورد اتفاق فقیهان می‌باشد وجوب عدالت در قسم، نفقه و اطلاق وجه در میان همسران متعدد است؛ بنابراین کسی که شرایط اجرای عدالت را ندارد، ابتدائاً نباید اقدام به ازدواج مجدد کند؛ چراکه مرتکب معصیت می‌شود و اگر اقدام کرد، گرچه حکم وضعی بطلان را در پی ندارد، اما به علت ترک واجب معصیت کرده و یکی از مواردی است که فرد مرتکب خلاف شرع بین شده است؛ چراکه موضوعی که شرع به طور مسلم واجب کرده، ترک کرده است. با توجه به اثبات تعزیر در مورد همه گناهان از سوی حاکم (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۲۳۷)، ترک عدالت می‌تواند از موارد تعزیر باشد؛ بنابراین اگر دادگاه احراز کند که با توجه به شواهد و قرائن همچون وضعیت مالی، اجتماعی، اخلاقی، مردی بدون اینکه واجد شرایط باشد اقدام به ازدواج مجدد کرده و یا عدالت را رعایت نکرده، می‌تواند از جهت ترک واجب اقدام به تعزیر او نماید.

۳. به این مسئله می‌توان به صورت حکم ثانوی نیز نگریست. اگرچه ازدواج بنا به نظر برخی فقیهان مستحب است (یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۷) و تعدد زوجات نیز امری مباح و مشروع است، ولی ممکن است این امر مباح دستاویزی برای ظلم و تعدی به دیگران شود. طبیعی است که استفاده از حق نمی‌تواند خاستگاه ضرر به دیگران باشد؛ بنابراین باید ازدواج مجدد را منوط به موارد ضرورت و به تشخیص و اجازه دادگاه و الزام به رعایت عدالت مد نظر فقیهان دانست و برای آن ضمانت اجرای مجازات تعزیری اعم از جریمه نقدی و محرومیت‌های اجتماعی در نظر گرفت.

۴. افزون بر اینکه کیفیت احراز عدالت مرد برای اقدام به تعدد زوجات ابهام دارد. برابرماده ۱۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، به جای احراز قدرت مرد به اجرای عدالت، از احراز اجرای عدالت در مورد بند ۱ ماده ۱۶ سخن گفته است؛ یعنی برابر قانون ۱۳۵۳، دادگاه فقط در صورت احراز اجرای عدالت در مورد همسر اول، با ازدواج مجدد مرد موافق است؛ یعنی باید احراز کند که مرد نسبت به همسر اول عدالت را رعایت کرده

است (صفایی و امامی، ۱۳۹۶، ص ۱۱۰). احراز این نوع عدالت به راحتی امکان‌پذیر؛ نیست چراکه شوهرمی تواند بازن سوء معاشرت داشته و با زور و تهدید، رضایت همسر اول مبنی بر اجرای عدالت در مورد خودش را جلب کند. درحالی‌که این نوع احراز عدالت تأثیری ندارد؛ چراکه مرد نه تنها اجرای عدالت نکرده، بلکه این رضایت از روی اکراه و گاهی تنها صوری است و مجوز اختیار دو یا چند زن نیست. علاوه براینکه اگر احراز عدالت مرد از سوی همسرش را به‌عنوان شهادت تلقی کنیم، رعایت نصاب در شهادت زنان لازم است (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۶۷)؛ بنابراین شهادت یک زن کافی نیست.

۵. باید توجه داشت که همه شروط با هم مدنظر فقیهان بوده بنابراین عدالت درقسم و نفقه و اطلاق وجه در مورد همسران متعدد مرد باید مدنظر قانون‌گذار باشد و بیان یک مورد و احراز ابتدایی آن کافی نیست و بر اساس فقرة «وان خفتم الاتقسطوا» از آیه، اجرای عدالت در ادامه زندگی هم واجب است و باید سازمان یا نهاد حمایتی دراین زمینه وجود داشته باشد.

۶. مجازات مقرر در ماده ۵ قانون ازدواج ۱۳۱۰-۱۳۱۶ ضمانت اجرای مناسبی برای این مواد قانونی نیست و ضمانت اجرای متناسب با حفظ استحکام خانواده و در جهت حمایت از حقوق زنان پیشنهاد می‌شود.

با توجه به عدم انطباق مواد قانونی تعدد زوجات بر فقه و نظر مشهور فقیهان، با اینکه قانون‌گذار عدالت را مدنظر قرار داده، اما مفهوم عالی عدالت و مصادیق آن و کیفیت احراز، اجرای استدامه‌ای و ضمانت اجرای آن مغفول واقع شده است.

پیشنهاد اصلاح ماده قانونی

از آنجایی که حکومت وظایفی در قبال خانواده‌ها دارد، باید سازمان یا نهادی برای رسیدگی به امور خانواده وجود داشته باشد تا در موارد اینچنین افراد به آن مراجعه کرده و با توجه به نظر کارشناسان و احراز شرایط اقدام به ازدواج مجدد نمایند و یا در ادامه در صورت عدم اجرای عدالت به دعاوی رسیدگی شود. برای اصلاح ماده قانونی پیشنهاد می‌شود:

۱. علل مشروع و موجه تقاضای ازدواج مجدد در قانون نام برده شود و

دادخواست ازدواج مجدد دائم، منوط به وجود یکی از علل به دادگاه به طرفیت زوجه ارائه شود.

۲. شرایط مورد اتفاق فقیهان از جمله عدالت در قسم، نفقه، اطلاق وجه در ماده قانونی به صراحت ذکر شده و نحوه احراز آن بیان شود.

۳. دادگاه می‌باید با توجه به اوضاع و احوال و با بررسی اخلاق و رفتار شوهر از جهات گوناگون فردی، خانوادگی و اجتماعی تشخیص دهد که شوهر در صورت ازدواج مجدد، توانایی اجرای عدالت میان زنان گوناگون را دارد.

۴. نهاد مشاوره تخصصی در احراز شرایط و یا صلاحیت ازدواج مجدد پیش‌بینی شود.

پیشنهادهای قانونی

۱. پیش‌بینی نظارت حاکم برای اجرای عدالت

۲. جرم‌انگاری امتناع زوج از اجرای عدالت

۳. برای حفظ مصلحت خانواده، منوط کردن اختیار همسر بعدی به اجازه دادگاه

۳. پیشنهاد تعزیر برای عدم اجرای عدالت

۴. طلاق حاکم در صورت اثبات عسر و حرج زوجه

با توجه به نکات بالا پیشنهاد اصلاحیه ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده

هرگاه مرد بخواهد با داشتن زن، همسر دیگری اختیار نماید، باید از دادگاه تحصیل اجازه کند. دادگاه با توجه به علل مشروع، تقاضای ازدواج مجدد که در قانون آمده است، وقتی اجازه همسر جدید را خواهد داد که با انجام اقدامات ضروری و تحقیق از اوضاع و احوال فرد از جهات گوناگون فردی، خانوادگی و اجتماعی توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت در نفقه، قسم و اطلاق وجه احراز کرده باشد. هرگاه مردی بدون داشتن شرایط لازم و یا بدون تحصیل اجازه از دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید و یا در ادامه زندگی مشترک، در اجرای عدالت در موارد بالا کوتاهی کند، تعزیر خواهد شد و در صورت اثبات عسر و حرج برای زوجه حکم طلاق صادر خواهد شد.

نتیجه‌گیری

در مجموع می‌توان گفت عدالت در قسم، نفقه و اطلاق وجه از شرایط تعدد زوجات بوده است. فقیهان در افعال واجب قسم بر روی حداقل اتفاق نظر دارند و آن بیتوته و مضاجعه بوده و واقعه و ماندن در روز شرط نیست. مرد باید نفقه مورد نیاز همسرانش را با توجه به احتیاجاتشان و آنچه در عرف رایج است بپردازد. علاوه بر آن مستحب است که در این امر تساوی را رعایت کند. اطلاق وجه و خوش‌رویی یکی دیگر از شرایط می‌باشد.

توان جنسی مرد، از شرایط تعدد زوجات نیست و ادله در اثبات این امر قاصر است و اگر زن در این زمینه با مشکلاتی مواجه است، می‌تواند از راه‌های قانونی اقدام نماید. قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ و ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده با اشکالات اساسی روبه‌روست. عدم مطابقت شرایط مورد اتفاق مشهور فقیهان با این مواد قانونی، ابهام در ماده عدالت و کیفیت احراز آن و عدم ضمانت اجرای مناسب از اشکالات آن می‌باشد.

برای حفظ استحکام خانواده، جلوگیری از کاهش آمار طلاق و حمایت از حقوق زنان در خانواده‌های چندهمسری پیشنهاد می‌شود اولاً نهاد یا سازمان حکومتی متشکل از افراد کارشناس در مسائل فقهی و حقوقی خانواده و مشاورین خبره برای رسیدگی به امور خانواده‌ها تأسیس شود. ثانیاً قانون بر مبنای فقه بازمینی شود و شرط عدالت در قسم و نفقه و اطلاق وجه و کیفیت احراز ابتدایی آن از طرق گوناگون مطرح شود و در صورت عدم احراز عدالت، از ازدواج مجدد ممانعت شده و یا در صورت ازدواج مجدد و عدم اجرای عدالت، مجازات تعزیر در نظر گرفته شود.

فهرست منابع

- * قرآن کریم ترجمه مکارم شیرازی.
۱. ابن منظور، ابو الفضل جمال‌الدین محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۲، چاپ سوم). بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
 ۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن (ج ۲ و ۴، چاپ اول). لبنان - سوریه: دار العلم، الدار الشامیة.
 ۳. امامی، مسعود. (۱۳۹۲). رعایت عدالت در تعدد زوجات. نشریه فقه، (۴)، صص ۴-۲۲.
 ۴. بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۴، چاپ اول). دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم.
 ۵. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعة (للشیخ المفید) (چاپ اول). کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
 ۶. جمعی از پژوهشگران (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی). (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
 ۷. جوادعلی. (بی تا). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام (ج ۵). بی جا: جامعه بغداد.
 ۸. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة (ج ۵، چاپ اول). بیروت: دار العلم للملایین.
 ۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق (ع).
 ۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۳، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم.

۱۱. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیه (ج ۱، چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۱۳. خواجه‌بمی، محمدحسین. (۱۳۹۷). عدالت‌مداری در تعدد زوجات از منظرمتون اسلامی. نشریه اخلاق، (۳۰)، صص ۷۷ - ۹۶.
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی (تحت اشراف جناب آقای لطفی) (چاپ اول). قم.
۱۵. رستمی تبریزی، لمیا. (۱۳۸۷). تعدد زوجات و شرایط آن در لایحهٔ حمایت خانواده. نشریه خانواده‌پژوهی، (۱۶)، صص ۵۲۵-۵۴۱.
۱۶. سبزواری، سید عبد‌الأعلی. (۱۴۱۳ق) مهذب الأحكام (للسبزواری) (ج ۲۵، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه‌الله.
۱۷. سعدی، ابو حیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً (چاپ دوم). دمشق: دار الفکر.
۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۸، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۹. صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۹۶). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
۲۰. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۴، چاپ پنجم). قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. طبرسی، امین الإسلام فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف (ج ۳، چاپ اول). مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.
۲۲. طبری، ابو جعفر محمد بن جریر. (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن (ج ۲۱، چاپ اول). بیروت: دارالمعرفه.
۲۳. طرابلسی، ابن براج قاضی عبد‌العزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب (لابن البراج) (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فيما اختلف من الأخبار (ج ۳، چاپ اول). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۴ و ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الإمامية (ج ۴ و ۶، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۷. عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر) (ج ۵، چاپ اول). قم: کتابفروشی داوری.
۲۸. عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). أمل الآمل. بی نا، بی جا.
۲۹. عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة (ج ۲، ۲۰ و ۲۱، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۰. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (ج ۵، چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
۳۱. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه دار الهجرة.
۳۲. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۵ق). القاموس المحيط (ج ۳، چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۳. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۵ق). المقنع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی عليه السلام.
۳۴. محمود عبدالرحمان. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية (ج ۲). بی نا، بی جا.
۳۵. مشکینی، میرزا علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. بی نا، بی جا.
۳۶. مطهری، مرتضی. (۱۳۹۹). فقه و حقوق (مجموعه آثار) (ج ۱۹، چاپ اول). قم: بی نا، بی جا.
۳۷. نادری، فروزان. (۱۳۸۸). پایان نامه بررسی تعدد زوجات با تکیه بر آراء امام خمینی عليه السلام. تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.
۳۸. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۳۱، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۳۹. دورانت، ویل. (۱۳۷۱). تاریخ تمدن (مترجم: ابوطالب صارمی، ج ۱). تهران: اقبال.
۴۰. یزدی، سیدمصطفی محقق داماد. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (ج ۲، ۳ و ۴، چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۱. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).^۱

References

- * The Holy Quran. (Makarem Shirazi, Trans.).
1. A group of researchers (under the supervision of Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi). (1426 AH). *The Dictionary of Fiqh according to the religion of Ahl al-Bayt* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
 2. Ameli, M. (1409 AH). *al-Wasa'il al-Shi'a* (1st ed., Vols. 2, 20 & 21). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
 3. Ameli, M. (n.d.). *Amal al-Amel*.
 4. Ameli, Shahid Thani. (1410 AH). *al-Rawda al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dameshqiya* (Kalantar, Ed., 1st ed., Vol. 5). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
 5. Baghdadi, Mufid, M. (1413 AH). *al-Muqana'ah (Sheikh al-Mufid)* (1st ed.). Sheikh Mufid International Congress. [In Arabic]
 6. Bahrani, A. (1405 AH). *al-Hadaiq al-Nadirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahira* (1st ed., Vol. 24). Islamic publishing office affiliated with the community of teachers of Qom Islamic Seminary. [In Arabic]
 7. Durant, W. (1371 AP). *History of Civilization* (Vol. 1, A. Saremi, Trans.). Tehran: Iqbal. [In Persian]
 8. Emami, M. (1392 AP). Observance of justice in polygamy. *Journal of Fiqh*, 4, pp. 22-4. [In Persian]
 9. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab al-Ain* (2nd ed., Vol. 5). Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
 10. Fayoumi, A. (1414 AH). *al-Misbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabir le al-Rafe'ei* (2nd ed., Vol. 2). Qom: Dar al-Hijra Institute. [In Arabic]
 11. Firouzabadi, M. (1415 AH). *al-Qamoos al-Muhit* (1st ed., Vol. 3). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiya. [In Arabic]

12. Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram* (1st ed., Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Teachers Society of Qom Islamic Seminary. [In Arabic]
13. Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Sharia ala Madhab al-Imamiya* (I - al-Haditha), (1st ed., Vol. 3). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
14. Heli, N. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (2nd ed., Vol. 2). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
15. Heli, N. (1418 AH). *al-Mukhtasar al-Nafi fi fiqh al-Imamiyah* (6th ed., Vol. 1). Qom: al-Matbu'at al-Diniya Institute. [In Arabic]
16. Ibn Manzoor, A. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed., Vol. 2). Beirut: Dar al-Fikr le Tab'a'ah va al-Nashr va al-Tawzi', Dar Sader. [In Arabic]
17. Javad Ali. (n.d.). *al-Mufasal Fi Tarikh al-Arab Qabl al-Islam* (Vol. 5). Jami'ah Baghdad.
18. Johari, I. (1410 AH). *al-Sahah - Taj al-Lugha va Sahah al-Arabiya* (1st ed., Vol. 5). Beirut: Dar al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
19. Khajebami, M. H. (1397 AP). Justice in polygamy from an Islamic perspective. *Journal of Ethics*, Institute of Humanities and Cultural Studies, 30, pp. 77-96. [In Persian]
20. Khoei, S. A. (1418 AH). *al-Tanqih fi Sharh al-Urwat al-Wosqa* (under the guidance of Mr. Lotfi) (1st ed.). Qom. [In Arabic]
21. Mahmoud A. (n.d.). *Mujam al-Mustalahat va al-Alfaz al-Fiqhiya* (Vol. 2).
22. Meshkini, M. A. (n.d.). *Jurisprudential terms*.
23. Motahari, M. (1399 AP). *Jurisprudence and Law (collection of works)* (1st ed., Vol. 19), Qom. [In Persian]
24. Naderi, F. (1388 AP). *Investigation of Polygamy Based on Imam Khomeini's Opinions*" [Doctoral dissertation]. Imam Khomeini and Islamic Revolution Research Institute. [In Persian]

25. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawaharlal Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (7th ed., Vol. 31). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
26. Qomi, Sadouq, M. (1415 AH). *al-Mughana* (1st ed.). Qom: Imam Hadi Institute. [In Arabic]
27. Ragheb Esfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an* (1st ed., Vols. 2 & 4). Lebanon - Syria: Dar al-Ilm, al-Dar Al Shamiya. [In Arabic]
28. Rostami Tabrizi, L. (1387 AP). Polygamy and its conditions in the family support bill. *Journal of Family Studies*, 16, pp. 525-541. [In Persian]
29. Saadi, A. (1408 AH). *al-Qamoos al-Fiqhi Lughah va Istilaha* (2nd ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
30. Sabzevari, S. A. (1413 AH) *Muhadab al-Ahkam (Sabzwari)* (4th ed., Vol. 25). Qom: al-Minar Institute - Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
31. Safaei, S. H., & Emami, A. (1396 AP). *Summary of family law*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
32. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (1st ed., Vol. 8). Qom: Institute of Islamic Education. [In Arabic]
33. Tabari, A. (1412 AH). *Jame al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an* (1st ed., Vol. 21). Beirut: Dar al-Ma'arifa. [In Arabic]
34. Tabarsi, A. (1410 AH). *al-Mu'atalif Min al-Mukhtalaf Bayn A'imah al-Salaf* (1st ed., Vol. 3). Mashhad: Islamic Research Association. [In Arabic]
35. Tabatabaei, S. M. H. (1417 AH). *al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (5th ed., Vol. 4). Qom: Islamic Publication Office of Society of Teachers of Qom Islamic Seminary. [In Arabic]
36. Terablosi, Ibn B. (1406 AH). *al-Muhadab (Ibn al-Baraj)* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Teachers Society of Qom Islamic Seminary. [In Arabic]
37. Tousi, A. (1390 AH). *al-Istibsar Fima Ikhtalaf Min al-Akhbar* (1st ed., Vol. 3). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

38. Tusi, A. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiya* (3rd ed., Vols. 4 & 6).
Tehran: al-Maktaba al-Murtazawiya le Ihya al-Athar al-Jafariya. [In Arabic]
39. Tusi, A. (1407 AH). *al-Khilaf* (1st ed., Vols. 4 & 5). Qom: Islamic Publications
Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
40. Yazdi, S. M. K. T. (1428 AH). *al-Urwat al-Wosqa ma'a al-Ta'aliqat* (1st ed.,
Vol. 2). Qom: Publications of Imam Ali Bin Abi Talib School. [In Arabic]
41. Yazdi, S. M. M. D. (1406 AH). *Rules of jurisprudence* (12th ed., Vols. 2, 3 &
4). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Arabic]

Research Article

Continuous or Immediate Contract of Renting Objects and Its Effects

Mohammad Rasoul Ahangaran¹ Amir Mahmoud Amini²
Ahmad Saberi Majd³ Seyyed Ali Alavi Qazvini⁴

Received: 18/11/2022

Accepted: 27/03/2023

Abstract



One of the divisions of contract in Imamiyah jurisprudence and Iranian law is covenant or possession, which is divided into continuous and immediate by considering the time in the definition of contract. A continuous contract is a covenant contract that is opposed to an immediate contract and its fulfillment becomes possible with the passage of time. The difference between continuous and immediate contract is in the covenant or possession nature of the contract and the relationship between the subject of the contract and the element of time. In the laws of

1. Professor of Farabi Faculties, University of Tehran, Tehran, Iran (corresponding author).
anagaran@ut.ac.ir.

2. PhD student of private law, Farabi Faculties, Tehran University, Tehran, Iran.
amirmahmoodamini@gmail.com.

3. PhD student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Faculties, Tehran University,
Tehran, Iran. ahmad.saberimajd@ut.ac.ir.

4. Associate Professor, Farabi Faculties, University of Tehran, Tehran, Iran. salavi@ut.ac.ir.

* Ahangaran, M. R., & Amini, A. M., & Saberi Majd, A., & Alavi Qazvini, S. A. (1402 AP). Continuous or Immediate Contract of Renting Objects and Its Effects. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 38-64. Doi:10.22081/jf.2023.64347.2540.

● © 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 western countries, the contract of renting is considered as a covenant that the contract itself and the obligation resulting from it is continuous, but in the laws of Iran, based on Imamiyah jurisprudence, this contract is a possession contract. This article evaluates the concept of continuous and immediate contract in Imamiyah jurisprudence and the laws of Iran and other countries with a descriptive-analytical method. The result of the present article is that due to the lack of jurisprudential background for the existence of a continuous contract and according to the definition of the Imamiyah jurists and civil law of the contract of renting, the element of time has been considered in the contract of renting. In addition, based on the result according to the third paragraph of the article 490 of Civil Law, the authors believe that the contract of renting is immediate. The most important effect of immediacy is the possibility of lien in this contract, because in continuous contracts, due to the fact that the performance of the resulting obligation over time is not the same as the compensation received by the obligee, it cannot be assumed that there is a lien in continuous contracts.

Keywords

Contract of Renting Objects, Possession or Covenant, Continuous or Immediate, Article 490 of Civil Law.

مقاله پژوهشی

مستمر یا آنی بودن عقد اجاره اشیاء و آثار آن

محمدرسول آهنگران^۱ امیرمحمود امینی^۲ احمد صابری مجد^۳
 سید علی علوی قزوینی^۴

© Author (s)



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۷

چکیده

یکی از تقسیم‌بندی‌های عقد در فقه امامیه و حقوق ایران، عهدی یا تملیکی است که با در نظر گرفتن عنصر زمان در تعریف عقد، عقد به مستمر و آنی تقسیم می‌شود. عقد مستمر عقدی عهدی است که در مقابل عقد آنی قرار می‌گیرد و با گذشت مدت، تحقق آن امکان‌پذیر می‌گردد. تمیز عقد مستمر و آنی، در عهدی یا تملیکی بودن عقد و چگونگی ارتباطی است که موضوع عقد با عنصر زمان دارد. در حقوق برخی از کشورهای غربی عقد اجاره، عهدی در نظر گرفته شده که خود عقد و تعهد حاصل از آن مستمر است، اما در حقوق ایران با رهیافت از فقه امامیه، این عقد تملیکی است. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی، مفهوم عقد مستمر و آنی را در فقه امامیه و حقوق ایران و دیگر کشورها مورد ارزیابی قرار می‌دهد. براین اثر حاضر این است که با نظر به نبود سابقه فقهی برای عقد مستمر و و با

۱. استاد دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
anagaran@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.
amirmahmoodamini@gmail.com
۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.
ahmad.saberimajd@ut.ac.ir
۴. دانشیار دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.
saalavi@ut.ac.ir

* آهنگران، محمدرسول؛ امینی، امیرمحمود؛ صابری مجد، احمد و علوی قزوینی، سیدعلی. (۱۴۰۲). مستمر یا آنی بودن عقد اجاره اشیاء و آثار آن. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۳۸-۶۴.

Doi:10.22081/jf.2023.64347.2540

توجه به عدم اشاره به وجود عنصر زمان در تعاریف فقهای امامیه و قانون مدنی از عقد اجاره و همچنین مبتنی بر اثری که با توجه به بند سوم ماده ۴۹۰ ق.م. از آن منتج می‌شود، نظر نویسندگان بر این است که عقد اجاره، آنی است. امکان وجود حق حبس، مهمترین اثر آنی بودن در این عقد است. در این عقد است، چراکه در عقود مستمر با توجه به اینکه اجرای تعهد ناشی از آن، در طول زمان با عوضی که از سوی متعهدله دریافت می‌شود هم‌زمان نیست، به وجود حق حبس در عقود مستمر نمی‌توان قائل شد.

کلیدواژه‌ها

عقد اجاره اشیاء، تملیکی یا عهده‌ای، مستمر یا آنی، ماده ۴۹۰ ق.م.

مقدمه

در اینکه عقد اجاره اشیا تملیکی یا عهده‌ای است، میان صاحب‌نظران اختلاف دیدگاه وجود دارد. نظر مشهور فقیهان امامیه بر تملیکی بودن عقد اجاره اشیا است (ابن زهره، ۱۳۷۵، ج ۲۱، ص ۵۳۲؛ حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۷۹؛ حلی، ۱۴۱۸، ص ۱۵۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۹۰؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۵۳۲؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۲۰۴؛ خویی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹، ص ۲۲۰)، اما عده‌ای معتقد بر عهده‌ای بودن آن هستند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۷۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۵؛ میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۵۸؛ آملی، بی تا، ج ۱، ص ۳۱۲).

در فقه و حقوق، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی از عقود انجام شده است که یکی از این تقسیم‌بندی‌ها از لحاظ نتیجه‌ای است که به طور مستقیم از عقد ناشی می‌گردد و عقود را به دو دسته تملیکی و عهده‌ای^۱ تقسیم می‌کند.

بنابر تعریف ماده ۴۶۶ قانون مدنی در عقد اجاره اشیا، تملیک صورت گرفته و از این رو مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌گردد و به پرداخت مبلغ معینی به عنوان اجاره‌بها به مالک یا نماینده وی موظف بوده یا اینکه تعهد به پرداخت آن نماید (صوفی‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۱۶۲). یکی دیگر از تقسیم‌بندی‌هایی که از عقد صورت گرفته، تقسیم آن به مستمر و آنی است.

عقد فوری^۲ آنکه به محض انعقاد، آثارش در یک لحظه بر طرفین بار می‌گردد. به طور مثال در عقد بیع به محض ایجاب و قبول، مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به بائع منتقل می‌شود. هر چند امکان اجرای تعهدات آن منوط به زمانی پس از انعقاد

۱. علامه نائینی اصطلاح عهده‌ای را در معنای خاصی به کار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۰۲) و برخی نیز از او تبعیت کرده‌اند (آملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۱). بجنوردی عقود را به دو دسته اذنی و عهده‌ای تقسیم کرده است (بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۹۸). تفاوت عقد تملیکی و عهده‌ای با مراجعه به وصیت تملیکی و عهده‌ای مشخص می‌گردد که در وصیت تملیکی پس از مرگ موصی و قبول موصی‌له، خودبه‌خود و بدون نیاز به سبب، تملیک واقع می‌شود؛ در حالی که وقوع تصرفات در وصیت عهده‌ای نیازمند انجام دادن آن‌ها توسط وصی یا شخص دیگر است (حکیم، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۹۸). لذا این تقسیم‌بندی دلیلی بر قبول عقود تملیکی از سوی فقیهان امامیه است.

2. contrat instantané

عقد وجود دارد. در مقابل عقد مستمر^۱ آن است که اجرای تمام تعهدات و آثار آن به محض انعقاد انجام نمی‌گیرد و پس از عقد نیز استمرار دارد و حتی بخشی از تعهدات در طول زمان شکل می‌گیرد، نه در لحظه انعقاد عقد. برخی از حقوق‌دانان در تعریف عقد مستمر بیان می‌دارند «عقد مستمر عقدی است که تعهد طرفین به اجزاء زمان بستگی دارد، مانند عقد اجاره» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۴۶۲). بعضی دیگر نیز بیان می‌دارند که «عقود را از حیث اثری که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن دارد، به مستمر و فوری تقسیم کرده‌اند. در عقود فوری، اثر عقد در لحظه‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند ایجاد می‌شود؛ ولی در عقود مستمر، موضوع معامله به گونه‌ای است که باید در طول مدت معین انجام شود؛ برای مثال عقد بیع فوری است؛ زیرا به مجرد وقوع آن، مشتری مالک میباید و بائع و مالک ثمن می‌گردد و خریدار و فروشنده به‌طور مستمر تعهدی در برابر هم ندارند و عقد شرکت و اجاره و بیمه، مستمر است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۸۴).

با بررسی قانون و متون فرانسوی که منبع اصلی تقسیم عقود مستمر و آنی در حقوق ایران به حساب می‌آیند و با دقت در تعاریفی که حقوق‌دانان ارائه داده‌اند، می‌توان به معیاری واحد برای تعریف قراردادهای مستمر و تمایز آن از قراردادهای آنی دست یافت. عقد مستمر در قانون مدنی فرانسه در ماده ۱-۱۱۱۱ این‌گونه تعریف شده: «... عقد مستمر، قراردادی است که انجام تعهدات دست کم یکی از طرفین، طی چند نوبت و در بستر زمان صورت گیرد».^۲ بنابراین لزوم وجود عنصر زمان در عقود مستمر انکارناپذیر است. حقوق‌دانان و نویسندگان حقوقی فرانسه هم در کتاب‌های حقوقی متعددی به تعریف این نوع از قراردادها پرداخته‌اند (Maurie, 2009, pp. 203-204). مهم‌ترین تقسیم‌بندی در باره نحوه اجرای قراردادهای مستمر، تقسیم‌بندی قرارداد به قراردادهای با اجرای آنی و قراردادهای با اجرای مستمر است که بیشتر با تعبیر مختصر قراردادهای آنی و قراردادهای

1. contrat successif

2. Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps.

مستمر از آن یاد می‌شود. از نقطه نظر حقوق دانان فرانسوی، یک قرارداد با اجرای مستمر می‌تواند برای مدت معین یا نامعین منعقد شود (Marty & Raynaud, 1988, pp. 67-68). اکنون این پرسش پیش می‌آید که آیا عقد اجاره اشیاء مصداقی از عقود مستمر است یا خیر؟ آیا مبنای مستمر یا آنی بودن عقد، آثار تکلیفی‌ای است که عقد در پی دارد یا باید به تعاریف و عناصر تشکیل دهنده عقود توجه کرد؟ آیا تقسیم عقود به آنی و مستمر، ریشه فقهی هم دارد یا تنها در حقوق کشورهای غربی مطرح شده است؟ برای رسیدن به پاسخ، گام نخست مشخص کردن عهده و یا تملیکی بودن عقد اجاره است.

۱. عهده یا تملیکی بودن عقد اجاره

اجاره به معنای «به مزد دادن» (به مزدوری گرفتن) و «اجرت» و «مزد» آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۷۷۸). فرهنگ معین نیز واژه اجاره را به معنای کرایه و به مزد گرفتن آورده است (معین، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۴۳).

اجاره در اصطلاح فقیهان، عقدی مبتنی بر تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم است (ابن زهره، ۱۳۷۵، ج ۲۱، ص ۵۳۲؛ حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۷۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۹۰؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۵۳۲؛ مکی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۲۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۲۰۴؛ رشتی، ۱۴۱۷ق، ص ۲؛ خویی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص ۱۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص ۵؛ کاظم مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۱۸۳).

با مراجعه به آراء و نظرات نویسندگان و حقوق دانان، چنین بدست می‌آید که آنان با استفاده از فقه و پیشینه آن به تعریف این عقد و بیان احکام آن پرداخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۳۴۷؛ امامی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۶۵). با این وصف، می‌توان قائل شد که اجاره، عقدی تملیکی است و به محض ایجاب و قبول واقع شده و اثر خود که تملیک باشد را می‌گذارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ص ۶).

لذا تملیک منفعت از ارکان اصلی عقد اجاره اشیاء است. یعنی مستأجر به محض انعقاد عقد اجاره، مالک منافع عین مستأجره در طول مدت اجاره می‌گردد. تفاوت میان اجاره و حق انتفاع در همین معناست که در حق انتفاع، دارنده آن، مالک موضوع حق انتفاع نمی‌گردد و نمی‌تواند آن را به غیر منتقل کند. دارنده حق انتفاع، فقط حق

بهره‌برداری و استفاده از منافع آن را دارا می‌باشد؛ حال آنکه مستأجر در عقد اجاره مالک منافع مورد اجاره می‌گردد و به محض انعقاد عقد اجاره، منافع از مالکیت مالک خارج و به ملکیت مستأجر درمی‌آید و می‌تواند آن را به غیر منتقل کند (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۵۴۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۳۵).

۲. لزوم تعیین مدت در عقد اجاره و ارتباط آن با مستمر بودن

از ویژگی‌های عقد اجاره، موقت بودن آن است. تملیک منافع در عقد اجاره باید محدود به مدت زمان معینی گردد. در این زمینه، ماده ۴۶۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «در اجاره اشیاء، مدت زمان اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است». از مفاد ماده ۴۶۸ ق.م. بطلان اجاره دائمی نیز استفاده می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۳۵۲). همین حکم در ماده ۵۱۴ ق.م. در مورد اجاره اشخاص تکرار شده است. شاید در ابتدا این گمان به ذهن خطور کند که چون در عقد اجاره حتماً باید مدت معین شود، پس عقدی مستمر است که در طول مدت زمانی مشخص استمرار دارد. همان‌طور که برخی بر این باورند که «عقد مستمر عقدی است که در آن مدت قید می‌شود، مانند اجاره و عقد فوری در مقابل آن، عقدی است که مدت ندارد» (حمیتی واقف، ۱۳۸۸، ص ۲۸). اما باید توجه داشت که لزوم موقت بودن عقد و تعیین مدت در اجاره به این دلیل است که اولاً، دائمی بودن مالکیت منفعت، مالکیت عین و آثار آن را به حدی ضعیف می‌کند که در عرف به سختی می‌توان مالکیت عین را احساس نمود و آن را از مالکیت منفعت متمایز کرد. ثانیاً، به‌طور معمول مقدار منفعت از طریق تعیین مدت معلوم می‌گردد، مگر در مواردی که امکان تعیین مقدار با وسایل دیگر فراهم باشد؛ مانند ماده ۵۰۷ ق.م. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۳۵۳). باید در نظر داشت که دلیل بطلان اجاره بدون مدت، جهل و غرر به میزان منفعت است (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۴۶۳)؛ بنابراین اگر بتوان از طرق دیگری مانند تعیین مسافت در اجاره حیوان یا تعیین انجام کار معین در اجاره اشخاص رفع جهل کرد، اجاره بدون تعیین مدت هم صحیح است؛ چرا که آنچه موضوعیت دارد رفع جهل است و تعیین مدت در این خصوص، طریقت دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ص ۳۸۶). در نتیجه با

توجه به دو دلیل ذکر شده نمی‌توان گفت به صرف اینکه باید در عقد اجاره مدت تعیین شود، این عقد مستمر است؛ زیرا دلیل ذکر مدت رفع غرر است و اگر بتوان از طریقی به جز تعیین مدت رفع غرر نمود، لزومی به تعیین مدت نیست و بدین جهت تعیین مدت نیز نمی‌تواند دلیلی بر مستمر بودن عقد باشد.

۳. بررسی آئی یا مستمر بودن عقد اجاره اشیا در فقه و حقوق ایران

برخی از حقوق دانان معتقدند که «عقد از حیث وابستگی و عدم وابستگی تحقق اجزای مورد آن به زمان، به عقد مستمر و آئی تقسیم شده است. عقد مستمر عقدی است که اجزای مورد آن در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند؛ برعکس عقد آئی، عقدی است که تمام اجزای مورد آن در لحظات معین تحقق دارد» (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۹۵). از جمله دلایل آئی بودن عقد اجاره اشیا اینک:

اولاً، با توجه به تعاریفی که حقوق دانان و فقیهان از این عقد کرده‌اند، پرواضح است که این عقد تملیکی است و تملیک در یک لحظه اتفاق می‌افتد و تدریجی نیست. برخی دیگر از حقوق دانان نیز گفته‌اند: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر، در برابر مالی که به موجب می‌پردازد، برای مدت معین، مالک منافع عین مستأجره می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۳۴۷). عده‌ای نیز معتقدند: «اجاره عقدی است که به موجب آن یک طرف منفعت عین یا نیروی کار خود را در ازای اخذ اجرت معامله می‌کند. مورد اجاره ممکن است اشیا، حیوان یا نیروی انسانی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۶). در این تعاریف نیز مالکیت تنها با ایجاب و قبول محقق می‌گردد و نیازی به گذشت زمان برای انتقال مالکیت نیست. در تأیید این نظر می‌توان به نظر آیت‌الله خوئی در این رابطه اشاره کرد که ایشان به صراحت معتقد است که به صرف انعقاد عقد اجاره، تملیک منفعت به طور کامل صورت می‌گیرد و این ملکیت متوقف بر چیزی نیست (خوئی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص ۱۵۸)؛ بنابراین اگر مبنا را تملیکی بودن عقد اجاره اشیا در نظر بگیریم، مستمر دانستن آن بسیار سخت به نظر می‌آید. ممکن است این گونه بیان گردد که منافع امری معدوم بوده و به صورت مستمر حاصل می‌شود و چگونه به صرف ایجاب و قبول در

اجاره، تملیک حاصل شده و آن را عقدی آنی دانست؛ چراکه منافی که هنوز به وجود نیامده، امری معدوم به شمار آمده و آن را نمی‌توان تحت ید شخصی قرار داد (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۶۷). در پاسخ گفته می‌شود که عقلای عالم در برابر ملکیت منافع پیش از تحقق منفعت آن اعتبار قائل شده و بر اساس آنکه خاستگاه آن منفعت موجود است، منافع را نیز معتبر می‌داند و استیفای منفعت هم چون مالکیت بر عین دانسته می‌شود (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۱۴).

ثانیاً، در تعاریف حقوق دانان ایران از عقد اجاره اشیاء به وجود عنصر زمان و نیاز به گذشتن مدتی خاص اشاره نشده است و بیان نشده که این معامله به تدریج صورت می‌گیرد و مالکیت به مرور منتقل می‌گردد و اصل هم بر این است که عقود به محض ایجاب و قبول شکل می‌گیرند و اثر خود را می‌گذارند و خلاف این، نیاز به توافق طرفین عقد یا تصریح قانون‌گذار دارد. چیزی که دست کم در قانون ایران در رابطه با عقد اجاره اشیاء وجود ندارد؛ بنابراین باید در مستمر بودن عقد اجاره اشیاء تردید و قدری تأمل نمود. برای حصول اطمینان بیشتر در تعریف عقد اجاره اشیاء، می‌توان به نظر یکی از حقوق دانان که هم‌عصر تدوین قانون مدنی نیز بوده اشاره کرد که می‌گوید: «اجاره عبارت است از تملیک منفعت به عوض معلوم» (امامی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۶۵). در این تعریف نیز از عنصر زمان و لزوم وجود آن صحبتی نمی‌شود که این باعث ایجاد شک در مستمر بودن این عقد می‌گردد. برای فهم دقیق‌تر، بررسی فقه امامیه و نظرات فقیهان در باب اجاره ضروری به نظر می‌آید. در همین خصوص، هنگامی که فقیهان به تعریف اجاره پرداخته‌اند، آن را عقدی می‌دانند که به موجب آن، منفعت مشخصی در برابر عوض معلومی گرفته می‌شود که به دیگری تملیک می‌گردد (حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۷۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۹۰؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۵۳۲؛ عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱)؛ همچنین صاحب جواهر اجاره را انتقال منفعت به دیگری در مقابل عوض معین تعریف کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۲۰۴). همان‌طور که مشاهده می‌شود فقیهان هم در تعریف عقد اجاره، عامل زمان را دخالت نداده‌اند.

ثالثاً، دلیلی که با استناد به آن نمی‌توان عقد اجاره اشیاء را مستمر دانست، بند سوم

ماده ۴۹۰ قانون مدنی در رابطه با تعهدات مستأجر است که بیان می‌دارد: «... مال الاجاره را در مواعدی که میان طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد، نقداً باید بپردازد». این ماده بیان می‌کند که اصل بر این می‌باشد که مال الاجاره یا همان اجاره‌بها باید نقداً، یعنی به صورت حال و فوری، تمامی‌اش پرداخته شود، مگر اینکه توافقی دیگر در میان باشد. این کلام مبین این است که از نظر قانون‌گذار ایران، عقد اجاره آنرا منعقد می‌شود و موجر، موضوع عقد اجاره که همان تملیک منفعت است را یک‌جا منتقل می‌کند که حالاً مستحق تمام اجاره‌بها به صورت نقدی یا فوری است. در تأیید این نظر هم برخی معتقدند که بر اساس قواعد معاوضه و حق حبس، هر یک از طرفین زمانی می‌تواند عوض را مطالبه کند که معوض را تسلیم کرده باشد؛ بنابراین امکان مطالبه تمام اجاره‌بها مطابق ماده ۴۹۰ ق.م. نشانه آن است که از نظر قانون‌گذار ایران، به صرف انعقاد عقد اجاره، تمام منافع آنرا تسلیم مستأجر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۴۸۰). پس هم عقد اجاره آنرا منعقد می‌شود و هم آثار و تکالیف ناشی از آن. اینکه اجرای تعهدات عقد اجاره به طول می‌انجامد، دلیل بر مستمر بودن آن نیست. به طور مثال ممکن است عقد بیعی به صورت حال و نه نسیه منعقد شود، ولی تسلیم مبیع یک هفته طول بکشد. در این یک هفته بایع موظف و متعهد به نگهداری و حفظ مبیع است و اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، بایع مستحق چیزی نیست (محقق داماد، ۱۳۹۲، ص ۱۷۹) و این تعهد به نگهداری در طول این یک هفته استمرار دارد؛ اما نمی‌توان گفت که عقد بیع مذکور به این دلیل مستمر است.

ممکن است ایراد شود که تمامی منفعت که ممکن نیست در لحظه انعقاد عقد منتقل شود، پس چگونه می‌توان قائل به استحقاق موجر به تمامی اجاره‌بها شد. به‌عنوان مثال اگر مدت عقد اجاره‌ای دوازده ماه باشد، منفعت ماه دوم یا سوم یا دوازدهم چگونه در لحظه انعقاد عقد قابل تملیک است؟ در پاسخ می‌توان گفت که اولاً، مقتضی بهره‌برداری از منفعت که همان وجود عقد اجاره و مال مورد اجاره است، موجود می‌باشد و بر اساس سیر عادی امور، مستأجر می‌تواند از آن بهره‌مند شود. ثانیاً، در حقوق ایران برخلاف حقوق برخی کشورهای غربی و مصر، تعهد موجر تنها به تسلیم

عین مستأجره خلاصه می‌شود و بر اساس قانون ما موجر متعهد نیست که استفاده و تسلط بدون مزاحمت در طول مدت اجاره را برای مستأجر فراهم سازد و آن را در تمام مدت اجاره در همین وضعیت مطلوب نگاه دارد.^۱ ثالثاً، تسلیم عین از نظر عرف در حکم تسلیم منافع هم هست؛ بنابراین به صرف اینکه مال مورد اجاره در اختیار مستأجر قرار گرفت، موجر تعهد خود به تملیک و تسلیم منفعت را تماماً انجام داده است و در عوض می‌تواند از مستأجر بخواهد که او هم به تعهد خود مبنی بر پرداخت تمام اجاره‌بها عمل کند (اصفهان، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۴۵۲). در عقد اجاره اشیاء، به محض انعقاد، مستأجر مالک منافع عین مستأجره و موجر مالک اجاره‌بها می‌شود؛ بنابراین در عقد اجاره به محض انعقاد عقد، آثار آن نیز به بار می‌آید (خویی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص ۱۵۸). در مقابل این نظر، برخی بر این باورند که: «موضوع اجاره اعیان، منافع است و موضوع عقد معوض باید تسلیم شود در برابر عوضی که گرفته می‌شود و چون منفعت عین مستأجره تدریجی حاصل می‌گردد، بنابراین تسلیم در طول مدت اجاره از شروط (و بلکه از عناصر) اجاره است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص ۳۰۶). در این رابطه باید توجه داشت که در حقوق ایران تسلیم در اجاره اشیاء تعهدی است که با یک مرتبه انجام، ساقط می‌گردد و در طول مدت عقد، موجر تعهدی مبنی بر تسلیم و فراهم آوردن امکان استفاده بدون مزاحمت برای مستأجر ندارد.

رابعاً، دلیل دیگر برای رد مستمر بودن عقد اجاره اشیاء این است که از سویی می‌توان استدلال کرد مبنا و ملاک برای به وجود آمدن خیار غبن در عقود آنی، تعادل اقتصادی عوضین در زمان انعقاد عقد می‌باشد. یعنی اگر در حین انعقاد عقد، عوضین تعادل نداشته باشند و این عدم تعادل عرفاً قابل مسامحه نباشد، خیار غبن پیش می‌آید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۴۳؛ انصاری، ۱۲۸۱ق، ج ۵، ص ۲۰۶).

اما پس از انعقاد عقد و گذشتن مدتی از عقد، بنابر دیدگاه مشهور فقیهان که خیار غبن را فوری می‌دانند، دیگر نمی‌توان اعمال خیار کرد و عقد را فسخ نمود (ابن براج،

۱. ن.ک. ماده ۲۵۳ قانون مدنی سوئیس و ماده ۵۵۸ قانون مدنی مصر.

۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۷۴؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۰۴؛ سبزواری، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۱۴۲؛ حسینی عاملی؛ ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۲۴۲). در این مورد عقد اجاره همانند عقد بیع بوده (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۱۹۴) و در صورتی که اگر عقد اجاره عقدی مستمر می‌بود، در صورت برهم خوردن تعادل اقتصادی عوضین حتی پس از انعقاد عقد نیز امکان استناد به خیار غبن وجود می‌داشت. همان‌طور که در عقد بیمه که عقدی مستمر است، اگر پس از انعقاد عقد و در حین اجرای قرارداد هم ریسک حفاظت از کالا افزایش پیدا کند، تحت شرایطی بیمه‌گر حق فسخ دارد.^۱

خامساً، توجه به تفاوتی است که میان مالکیت منافع و حق انتفاع وجود دارد. همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند: «این دو حق به هم نزدیک، ولی متفاوت‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۵۵). حق انتفاع با توجه به تعریفی که ماده ۴۰ ق.م. بیان داشته عبارت است از: «...حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن، ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند». یعنی دارنده حق انتفاع، مالک منافع نیست و تنها اجازه استفاده از منافع به وی داده شده است؛ ولی در مالکیت منافع، لحظه‌ها و ذره‌های منفعت در ملک صاحب آن به وجود می‌آید. این تفاوت، آثاری را هم در پی دارد. به طور مثال باغی برای مدت یک سال به شخصی اجاره داده می‌شود. در این مدت مستأجر، مالک منافع باغ است و تمام ذره‌های میوه در ملک او به وجود می‌آید؛ بنابراین در روزی که مدت اجاره پایان می‌پذیرد، آنچه از میوه‌ها بر سر درختان باقی مانده است، متعلق به مستأجر است و او می‌تواند حتی پس از اتمام مدت اجاره نیز آنها را بچیند. ولی اگر حق انتفاع از همین باغ به مدت یک سال به او واگذار شود، چون او مالک منافع نیست، ذره‌های میوه نیز در ملک او به وجود نیامده و به صاحب اصلی باغ تعلق دارد. جز اینکه دارنده حق انتفاع می‌تواند در طول این یک سال از آن استفاده کند؛ بنابراین در آخرین روز سال، حق او از میان رفته و دیگر نمی‌تواند میوه‌هایی که هنوز بر درخت باقی است را بچیند.

۱. مستفاد از ماده ۱۶ قانون بیمه مصوب سال ۱۳۱۶.

به گفته یکی از شارحین قانون مدنی، نظری غیر مشهور در فقه وجود دارد که معتقد است در فرض ماده ۴۹۶ ق.م. یعنی تلف عین مستأجره در اثنای مدت اجاره، اجاره از ابتدا باطل است (باطل در معنای حقیقی و نه در معنای منفسخ). وی شرح می‌دهد: «... و اما اگر تلف عین مستأجره در اثناء مدت اجاره حاصل شده و مستأجر مقداری از منفعت را استیفاء کرده باشد، در این صورت چنانچه سابقاً هم اشاره شد، به عقیده بعضی از فقیهان، باز هم تمام اجرت المسمی متعلق به مستأجر است و مالک در برابر آن مقداری که مستأجر استیفاء منفعت کرده مستحق اجرت المثل است و این نظر خلاف مشهور میان فقهاست» (حائری، ۱۳۹۶، ص ۴۵۴). همان‌طور که مشخص است، اجرت المثل زمانی ثابت می‌گردد که اجرت قراردادی وجود نداشته باشد یا مشخص شود که قرارداد از ابتدا باطل بوده است و از طرفی هم در عقود مستمر اگر مانع یا ایرادی پیدا شود که نشان‌گر انحلال عقد باشد، در اصل حکم به انفساخ عقد نسبت به آینده می‌دهند، نه بطلان عقد از ابتدا؛ چرا که عقد تا قبل از حدوث آن ایراد، آثار خود را بر جای گذاشته است و اینکه نظری غیر مشهور در فقه می‌گوید عقد اجاره از ابتدا باطل بوده، نشانه‌ای از آنی بودن آن است (حائری، ۱۳۹۶، ص ۴۵۴). پس اظهار نظر قطعی در این زمینه مشکل بوده و ابتدا بهتر است به بیان دیدگاه قانون‌گذاران در دیگر کشورها پرداخت.

۴. بررسی مستمر یا آنی بودن عقد اجاره اشیاء در قوانین دیگر کشورها

در این باره ابتدا بهتر است به تعریفی که در قانون مدنی سوئیس آمده، توجه شود: «اجاره اشیاء در برابر کرایه، قراردادی است که توسط آن، موجر خود را متعهد می‌کند که استفاده از شیء ای را به گیرنده در برابر اجاره بها واگذار کند. موجر متعهد است در وضعیتی مناسب شیء مورد اجاره را تحویل دهد. وضعیتی که برای آن (بدان هدف و مقصود) اجاره شده و این وضعیت را در تمام مدت اجاره حفظ کند»^۱. با تعریفی که در

1. Art 254: 1. Le bailleur est tenu de délivrée la shoes dans un état approprié à l'usage pour lequle elle à été louée, et de l'entretenir en cet état pendant toute la durée du bail.

قانون مدنی سوئیس از عقد اجاره ارائه شده، می‌توان دریافت که اولاً، در این قانون برخلاف قانون ایران و فقه امامیه اجاره، عقدی عهدی است و هیچ تملیکی صورت نمی‌گیرد. ثانیاً، این تعهد مستمر است و در تمام طول قرارداد اجاره وجود دارد. یعنی موجر، متعهد است استفاده‌ای کامل و بدون مزاحمت را برای مستأجر خود در طول مدت توافق‌شده به ارمغان بیاورد، نه اینکه منافع این مدت را به وی تملیک کند. در تأیید این ادعا می‌توان به ماده ۲۵۸ قانون مدنی سوئیس توجه کرد که بیان می‌دارد: «اگر ثالث ادعای حقی برای خود بر مال مستأجر بکند، در صورتی که مستأجر اعلام کند، موجر متعهد است به پیگیری نسبت به دعوی و اگر مزاحمتی برای مستأجر پدید آید، موجر مکلف به جبران و برطرف کردن مزاحمت است».^۱ همان‌طور که از ظاهر ماده برمی‌آید، قانون سوئیس در صورت بروز مزاحمت و یا ادعا نسبت به مال مورد اجاره، شخص موجر را مسئول می‌داند، امری که در فقه یا قانون ایران هیچ وجهی ندارد.

در قانون مدنی فرانسه دو نوع اجاره وجود دارد: ۱. اجاره اشیاء ۲. اجاره کار. موضوع این پژوهش در رابطه با اجاره اشیاء است که در ماده ۱۷۰۹ ق.م. فرانسه بدین گونه بیان شده است: «اجاره اشیاء قراردادی است که توسط آن یکی از طرفین متعهد می‌شود امکان استفاده از یک شیء را در طول مدت زمانی معین، در برابر قیمتی معین که مستأجر متعهد به پرداخت آن است فراهم کند».^۲ بنابراین در حقوق فرانسه، اجاره عقدی عهدی است و موجر متعهد می‌باشد، نه ناقل مالکیت منفعت عین مستأجره. یعنی تعهد در طول زمانی مشخص ادامه دارد. پس عنصر زمان در این تعریف وجود

-
1. Art 258: Si un tiers fait valoir sur la chose louée un droit incompatible avec celui du preneur, le bailleur est tenu de se charger du procès sur l'avertissement du preneur, et, lorsque ce dernier est trouble dans la jouissance que lui confère le bail, de l'indemniser pour le prejudice éprouvé.
 2. Atr 1709: Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

دارد که تعهدی را هر لحظه بر دوش موجر بار می‌کند. این نوع از تعهد بدین سبب که در ظرف زمان امتداد دارد و هر لحظه از نو تازه می‌گردد را می‌توان عقدی مستمر پنداشت؛ چراکه هر جزیی از تعهد در برابر آنات زمان قرار گرفته و انجام آن نیاز به گذشت زمان دارد.

همچنین می‌توان به قانون مدنی کشور مصر نیز اشاره کرد. این قانون در بخش دوم، فصل اول در ماده ۵۵۸ بیان می‌دارد: «اجاره عقدی است که به موجب آن موجر متعهد می‌شود مستأجر را متمکن از استفاده مال معین به مدت معین، در برابر اجاره‌بهای معین نماید».^۱ در اینجا نیز اجاره، عقدی عهدی معرفی شده و موجر متعهد به متمکن کردن و فراهم آوردن امکان استفاده از مال معین برای مستأجر شده است. در قسمت آثار عقد اجاره، ماده ۵۶۴ ق.م. مصر بیان می‌دارد: «موجر مکلف است عین مستأجره و ملحقات آن را مطابق توافق و طبیعت مال در شرایط مناسب برای هدف مورد نظر تسلیم کند».^۲ مطابق این ماده فراهم آوردن شرایط مناسب برای هدف مورد نظر، بر عهده موجر است و تملیکی رخ نمی‌دهد؛ بنابراین می‌توان قائل به عهدی بودن عقد اجاره در حقوق مصر شد.

برای بررسی دقیق‌تر این موضوع می‌توان به نظر یکی از حقوق‌دانان مصری در این رابطه توجه نمود که بیان می‌دارد: «عقد تدریجی (عقد مستمر) عقدی است که زمان در آن عنصر اصلی است؛ به گونه‌ای که زمان موضوع عقد را معین می‌کند. اموری وجود دارد که تصور آن، جز با در نظر گرفتن زمان ممکن نیست. ارزیابی منفعت، جز با سنجش آن در مدت معین ممکن نیست. اگر به نتیجه یک عمل (محصول) توجه شود، حقیقت مکانی است، ولی اگر به خود آن توجه کنیم، جز به عنوان یک حقیقت زمانی مقارن به مدت معین، قابل تصور نیست؛ از این رو عقد اجاره، عقد تدریجی است؛ زیرا

۱. ماده ۵۵۸: الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين عدّه معيّن لبقاء أجر معلوم.

۲. ماده ۵۶۴: يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة و ملحقاتها في حاله تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعته العين.

بر منفعت واقع می‌شود و زمان در آن عنصر اصلی است؛ چراکه میزان منفعت مذکور را که موضوع عقد است معین می‌نماید» (احمدالسنهوری، ۱۳۹۴، جلد ۱، ص ۸۲). همان‌طور که از توضیحات این حقوق‌دان برمی‌آید، در حقوق مصر اجاره عقدی عهدی است؛ چراکه در حقوق مصر اجاره تعهدی است بر موجد در فراهم آوردن عین مستأجره و ملحقات آن مطابق توافق و طبیعت مال در شرایط مناسب برای هدف مورد نظر و تعهد برخلاف تملیک می‌تواند مستمر باشد.

۵. معیار تشخیص عقود مستمر از عقود آنی

به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، تفکیک میان قراردادهای با اجرای مستمر و آنی مبتنی بر نقش زمان در اجرای قراردادها است. این بحث آن‌چنان ظریف و دارای اهمیت است که برخی از حقوق‌دانان فرانسوی می‌گویند: «در نگاه اولیه اعلام چنین تقسیم‌بندی ساده است و نتایج آن آسان می‌نماید، ولی هنگامی که از نزدیک به آن می‌نگریم، همه چیز بسیار ساده به نظر نمی‌آید» (Malaurie, 2009, pp. 203-204). عده‌ای از نویسندگان حقوقی در تعریف قراردادهای مستمر بیان می‌دارند که «قرارداد، هنگامی قرارداد با اجرای مستمر است که اجرای تعهدات طرفین در طول زمان صورت پذیرد. بیشتر به چنین قراردادی، به اختصار قرارداد مستمر گفته می‌شود» (Flour, 2002, p. 64). برخی دیگر قرارداد را «هنگامی قرارداد با اجرای آنی قلمداد می‌کنند که موجد تعهداتی باشد که بتوان تعهدات مزبور را با یک‌بار اجرا انجام داد و قراردادی که اجرای تعهدات ناشی از آن باید در یک مدت زمانی صورت گیرد را قرارداد با اجرای مستمر می‌خوانند» (Colin & Capitant, 1966, p. 166).

البته با توجه به مطالب بالا می‌توان دریافت که بعضی از این حقوق‌دانان موضوع قراردادها را به‌عنوان معیاری برای مستمر یا آنی قلمداد کردن قرارداد بیان می‌دارند و معتقدند قراردادی که موضوع آن، یک تعهد یا تعهداتی است که قابلیت اجرای فوری و یک‌باره را دارا است، قرارداد آنی محسوب می‌شود و بالعکس قراردادهایی را که متضمن تعهداتی هستند که در طول زمان صورت می‌گیرند را قرارداد با اجرای مستمر می‌دانند. با توجه به

متون حقوقی فرانسوی و تعاریفی که حقوق دانان ایران از عقود مستمر ارائه داده‌اند، می‌توان بیان کرد که عقود مستمر عقودی هستند که برخلاف عقود فوری، تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن در طول زمان قابل اجرا خواهد بود (Marty & Raynaud, 1988, p. 68).

مطابق این تعریف، معیار تمیز قراردادهای مستمر از آنی، چگونگی ارتباطی است که موضوع قرارداد با زمان دارد. در واقع، در این دسته از قراردادها زمان، عنصر اصلی است و اثر قرارداد در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷).

نظر به توضیحات بالا باید اذعان داشت که عقود تملیکی نمی‌توانند مستمر باشند؛ چرا که نمی‌توان مال واحد اعم از عین و منفعت را در طول زمان قرار داده و یا چند مرتبه مستمراً تملیک کرد و دیگر اینکه اساساً با یک مرتبه تملیک و نقل ملک، دیگر موضوعی برای تملیک ثانویه باقی نمی‌ماند. حتی در فرضی که قرار است مال موضوع تملیک در آینده به وجود بیاید، باز هم نقل ملک به صرف ایجاب و قبول محقق می‌گردد و استمراری در آن وجود ندارد؛ زیرا مقتضی عقد به صرف ایجاب و قبول، شکل گرفته است. البته نباید استمرار عقد را با استمرار اثر عقد یکی دانست. اثر همه عقود در طول زمان ایجاد می‌گردد و عقدی وجود ندارد که اثر آن به صورت آنی ایجاد شود، حتی عقد بیع؛ چرا که اثر بیع یک مال یعنی انتقال مالکیت در طول زمان استمرار دارد و خریدار در تمام طول عمر خود مستمراً مالک آن مال است و فروشنده در تمام آن مدت متعهد است به مالکیت وی احترام بگذارد؛ اما بیع عقدی مستمر نیست. در تأیید آنی بودن عقد اجاره اشیاء، گروهی بر این باورند که تمامی عقود مذکور در قانون مدنی، آنی هستند. حتی عقودی مانند اجاره که به صورت تدریجی اجرا می‌شوند، مستمر هستند؛ زیرا به محض انعقاد، تملیک واقع می‌شود و آثار آن نیز محقق می‌گردد (صادقی مقدم و شکوهی زاده، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۹۱). در قراردادهای مستمر، عنصر زمان یکی از اجزای تشکیل دهنده موضوع قرارداد است؛ امری که در عقد اجاره وجود ندارد... بنابراین می‌توان نتیجه گرفت هیچ عقد تملیکی ای نمی‌توان یافت که مستمر باشد؛ بنابراین پذیرفتن نظر مستمر بودن عقد اجاره اشیاء با توجه به تملیکی بودن آن بسیار سخت و بعید است.

۶. آثار تمییز عقود مستمر از عقود آنی

کاربرد عملی تشخیص اینکه عقدی مستمر است یا خیر را می‌توان در چند مورد زیر بیان کرد:

۱. در تمام عقود تملیکی که مستمر نیستند، تنها در لحظه انعقاد قرارداد، تعادل اقتصادی عوضین جهت وجود یا عدم وجود خیار غبن مبنا و ملاک است. برای مثال اگر یک ماه پس از انعقاد عقد بیع یا اجاره اشیاء و یا دیگر عقود تملیکی که مستمر نیستند، خریدار یا مستأجر مدعی عدم تعادل اقتصادی عوضین و حصول غبن گردد، این ادعا دیگر مسموع نیست؛ چراکه تملیک تماماً واقع شده و عوضین تبادل شده‌اند. اما برعکس، در برخی عقود مستمر مثل بیمه نه فقط در زمان انعقاد قرارداد، بلکه در اثنای اجرای عقد نیز اگر تعادل اقتصادی عوضین یعنی همان حق بیمه در برابر ریسک حفاظت از کالا تغییر اساسی یابد، با استناد به ماده ۱۶ قانون بیمه مصوب سال ۱۳۱۶ می‌توان تحت شرایطی برای بیمه‌گر حق فسخ قائل شد.

۲. فایده دیگر در وجود یا عدم وجود حق حبس هویدا می‌گردد؛ چراکه برخی حقوق‌دانان معتقدند حق حبس تنها در عقود معوض فوری جریان دارد (احمدی جشفقانی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۳۶). بعضی دیگر هم در تأیید این گفته بر این باورند که در اصل در عقود مستمر با توجه به اینکه اجرای تعهد ناشی از آن در طول زمان با عوضی که از سوی متعهدله دریافت می‌شود هم‌زمان نیست، نمی‌توان قائل به وجود حق حبس در عقود مستمر شد (دلاوری، ۱۳۹۳، صص ۱۴-۱۵). به عبارت دیگر از آنجا که در عقود مستمر تعهدات باید در طول زمان اجرا شود و این با قواعد و اصول حق حبس که مقرر می‌دارد تعهدات باید متقابل و متقارن باشد قابل انطباق نیست، در عقود مستمر حق حبس وجود ندارد.

۳. در عقود آنی، اثر فسخ به گذشته سرایت می‌کند، اما اثر فسخ عقد مستمر به گذشته سرایت نمی‌کند؛ چون بازگرداندن آنچه اجرا شده است، قاعداً ممکن نیست. به‌عنوان مثال در عقد بیع که آنی است، اگر به دلیلی عقد فسخ شود، عوضین باید به مالکان قبل از انعقاد بیع برگردد. اما در عقد مستمر مثل بیمه نمی‌توان گفت که اگر به دلیلی عقد فسخ شد، بیمه‌گذار حق دارد وجهی را که به‌عنوان حق بیمه به بیمه‌گر داده،

مسترد نماید. برای تأیید این نظر می‌توان به ماده ۱۳ قانون بیمه اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «... در صورت فسخ، بیمه‌گر باید مراتب را به موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی دوقبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد. اثر فسخ ده روز پس از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود و بیمه‌گر باید اضافه حق بیمه دریافتی تا تاریخ فسخ را به بیمه‌گذار مسترد دارد...». همان‌طور که در نص ماده آمده، بیمه‌گر تنها مکلف است اضافه حق بیمه را بازگرداند؛ یعنی تا زمان قبل از فسخ، هرچه حق بیمه به وی تعلق گرفته است، از آن وی است.

۴. در عقود مستمر، عنصر زمان که برای ایفای تعهد در نظر گرفته شده است، در سقوط دین اثر مستقیم دارد و قبل از انقضای زمان نمی‌توان ادعا کرد که آثار عقد پایان پذیرفته یا متعهد به تعهد خود عمل کرده است. خصوصاً اگر مدت اجرای تعهد معین باشد، طرفین عقد فقط با اقاله می‌توانند آن را منحل کنند. اما در عقود آنی، زمان اجرای تعهد جنبه تبعی دارد و اثر عقد با اجرای تعهد پایان می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۸۶).

۵. انتقال قرارداد، در اصل در عقود مستمر قابل تحقق است. توضیح آنکه انتقال قرارداد از جهاتی با محدودیت‌هایی همراه است. اول، آنکه در اصل در قراردادهای غیرمالی مانند نکاح، این امر ممکن نیست. در ثانی، در قراردادهایی که شرط مباشرت در آن باشد، انتقال قرارداد ناممکن است. ثالثاً، در عقود مالی آنی هم اگر تمام تعهدات در لحظه انعقاد قرارداد انجام شود، دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا قرارداد منتقل گردد؛ بنابراین می‌توان گفت انتقال قرارداد، در اصل در عقود مستمری که در طول زمان اجرا می‌گردند، ممکن خواهد بود (مقدم، ۱۳۸۶، ص ۲۳۲).

نتیجه‌گیری

علی‌رغم دیدگاه اکثر حقوق‌دانان که عقد اجاره اشیاء را مستمر می‌دانند، با توجه به تعریف عقد اجاره که تملیکی در نظر گرفته شده است و در آن صحبتی از عنصر زمان و لزوم وجود آن نیست و بند سوم ماده ۴۹۰ ق.م. و عدم وجود سابقه فقهی برای وجود عقد مستمر، باید عقد اجاره اشیاء را آنی دانست. با توجه به بررسی‌های صورت گرفته

در مورد تعاریف ارائه‌شده از سوی حقوق‌دانان داخلی و تعریف فقیهان امامیه و مراجعه به قوانین و آرای دیگر کشورها همچون سوئیس، فرانسه و مصر، تعریف صحیحی که می‌توان برای قراردادهای مستمر ارائه داد به این صورت است که عقد مستمر، عقدی است عهدی که تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن در طول زمان معنا پیدا می‌کند و پس از ایجاب و قبول، تمام آثار آن به یک‌باره ظاهر نمی‌گردد. معیاری که با توجه به این تعریف می‌توان جهت تمیز عقد مستمر از آنی به دست آورد، یکی عهدی بودن عقد و دیگری توجه به نقش زمان در ارتباط با موضوع این قرارداد است. در واقع ملاک مستمر شدن یک قرارداد این است که اولاً، عهدی باشد و ثانیاً، تعهدات و اجزای موضوع عقد در طول زمان تحقق پیدا کند. با توجه به قوانین کشورهای سوئیس، فرانسه و مصر می‌توان دریافت که در این کشورها اولاً، اجاره عقدی عهدی است و هیچ تملیکی صورت نمی‌گیرد و ثانیاً، این تعهد، مستمر است و در تمام طول قرارداد اجاره وجود دارد؛ بنابراین عنصر زمان در این تعریف وجود دارد که تعهدی را هر لحظه بر دوش موجر بار می‌کند. شاید حقوق‌دانانی که در حقوق ایران عقد اجاره اشیاء را مستمر پنداشته‌اند، استمرار عقد را با استمرار اثر عقد یا استمرار اجرای عقد خلط کرده‌اند. به بیان دیگر آنچه مهم است، اثر وضعی عقد می‌باشد و نه اثر تکلیفی آن. بر همین اساس باید عقد اجاره را عقدی فوری در نظر گرفت که آن‌را می‌دهد. مهم‌ترین اثر آنی دانستن عقد اجاره اشیاء نیز در وجود حق حبس ظاهر می‌گردد؛ چرا که در عقود مستمر تعهدات باید در طول زمان اجرا شود و چنین فرضی با قواعد و اصول حق حبس که تعهدات را متقابل و متقارن می‌داند، قابل انطباق نیست.

فهرست منابع

۱. ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۳۷۵). غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع (ج ۲۱). قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۲. ابن منظور. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱). بیروت: دار صادر.
۳. ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر. (۱۴۰۶ق). المذهب (ج ۲). جامع فقه اهل البیت علیهم السلام. مؤسسه النشر الإسلامی.
۴. احمد السنهوری، عبدالرزاق. (۱۳۹۴). دوره حقوق تعهدات (ج ۱، مترجمان: مهدی دادمرزوی و حسین دانش کیا، چاپ سوم). قم: انتشارات دانشگاه قم.
۵. احمدی جشفقانی، حسین علی. (۱۳۷۸). اجرای تعهدات قراردادی (ج ۱، چاپ دوم). ورامین: انتشارات برهمند.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۷ق). حاشیه مکاسب (اصفهانی) (ج ۲، ۱). قم: ذوی القربی.
۷. امامی، سید حسن. (۱۳۹۱). حقوق مدنی (ج ۲، چاپ سی و پنجم). تهران: انتشارات اسلامیه.
۸. آملی، محمدتقی. (۱۴۱۳ق). کتاب مکاسب و البیع (تقریر درس نائینی) (ج ۱). قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
۹. آملی، محمدتقی. (بی تا). مکاسب و البیع (آملی) (ج ۱). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۰. انصاری، مرتضی. (۱۲۸۱ق). مکاسب (ج ۵). نجف: نشر مرتضی.
۱۱. بجنوردی، سید محمدحسن، (۱۳۸۲). القواعد الفقیه (ج ۳، چاپ سوم). قم: نشر الهادی.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (ج ۲۱). قم: بی جا.
۱۳. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادهای (با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام های حقوقی) (چاپ اول). قم: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۲). ترمینولوژی حقوق (چاپ سی ام). تهران: انتشارات گنج دانش.

۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۷). مجموعه محشی قانون مدنی (چاپ ششم). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۶. حائری (شاه باغ)، سید علی. (۱۳۹۶). شرح قانون مدنی (چاپ چهارم). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۷. حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط. الحديثة) (ج ۱۴، ۱۹). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي.
۱۸. حکیم، سید محمدسعید. (۱۴۲۰ق). منهاج الصالحين (ج ۲). قم: دار الصفوه.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. حلّی، ابوالقاسم. (۱۳۸۹). شرایع السلام في مسائل الحلال والحرام (ج ۲). بیروت: دارالکتاب العربی.
۲۱. حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مطبوعات دینی.
۲۲. حمیتی واقف، احمدعلی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۳ (اصول قراردادها و تعهدات). تهران: انتشارات دانش نگار.
۲۳. خمینی، روح الله. (۱۳۸۵). الرسائل (به کوشش: مجتبی تهرانی، ج ۱). قم: اسماعیلیان.
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۲۷ق). المستند في شرح العروة الوثقى (ج ۴، چاپ سوم). قم: موسسه احیا آثار الامام خویی.
۲۵. دلاوری، امیر. (۱۳۹۳). بررسی حق حبس در قراردادهاى مستمر. فصل نامه وکیل مدافع، ۴(۱۲)، صص ۲۵-۴۳.
۲۶. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۱۷ق). کتاب الاجاره. قم: انتشارات چاپ سنگی.
۲۷. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۳۸۸). مهذب الاحكام في بيان حلال والحرام (ج ۱۷). قم: دار التفسیر.
۲۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ دهم). تهران: انتشارات مجد.
۲۹. صادقی مقدم، محمدحسن؛ شکوهی زاده، رضا. (۱۳۹۲). حقوق بیمه (ج ۱، چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۳۰. صوفی آبادی، محمود؛ صفایی، سیدحسین و جعفرزاده، میرقاسم. (۱۳۹۸). آثار انتقال تبعی عقد اجاره در فقه، حقوق ایران و انگلیس. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۲(۴۳)، صص ۱۶۱-۱۸۸.
۳۱. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۳ق). الغایه القصی و فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الاجاره. قم: انتشارات محلاتی.
۳۲. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۳۳. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۳). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۳۴. عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة (المحشی - سلطان العلماء) (ج ۱). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ج ۲). قم: مؤسسه آل‌البتیة علیهم‌السلام لإحياء التراث.
۳۶. کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۷۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها (ج ۱، چاپ دوازدهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۹۱). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (چاپ سی و سوم). تهران: انتشارات میزان.
۳۸. کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۹۴). عقود معین (عقود ادنی - وثیقه‌های دین) (ج ۴، چاپ هشتم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۹. کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۹۵). عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی) (ج ۱، چاپ چهاردهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۰. کاظم مصطفوی، سید محمد. (۱۴۲۳ق). فقه المعاملات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۲). قواعد فقه (بخش مدنی) (ج ۱، چاپ چهلم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۴۲. معین، محمد. (۱۳۸۶). فرهنگ فارسی (ج ۱، چاپ سوم). تهران: انتشارات امیرکبیر.
۴۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۳۷۹). فقه الإمام جعفر الصادق (ج ۳). قم: انصاریان.
۴۴. مقدم، عیسی. (۱۳۸۶). انتقال قرارداد. فصل نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۳۷(۴)، صص ۲۲۹-۲۴۲.
۴۵. مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین. (۱۴۱۰ق). اللمعه دمشقیه (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۶. موسوی خوانساری، احمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (ج ۳، مصحح: علی‌اکبر غفاری). تهران: مکتبه الصدوق.
۴۷. میلانی، محمد هادی. (۱۴۲۹ق). کتاب البیع (میلانی) (ج ۱). مرکز الحقائق الإسلامیه.
۴۸. نجفی خوانساری، شیخ موسی. (۱۴۱۸ق). منیه الطالب (تقریر درس نائینی) (ج ۱ و ۲)، قم: مؤسسه انتشاراتی اسلامی.
۴۹. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۷). تهران: مکتبه الاسلامیه.
۵۰. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۲۶ق). بحوث فی الفقه (الاجاره). مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
51. Colin, Ambroise & Capitant, HenriJulliot De la Morandière, Léon. (1966). *Précis de Droit civil*, T.2, Paris, Dalloz, 3^e éd.
52. Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc et Savaux, Éric. (2002). *Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin et Delta, 2^e éd.
53. Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent et Stoffel-Munck, Philippe. (2009). *Droit civil, Les obligations*, Paris, Defrénois, 4^e éd.
54. Marty, Gabriel & Raynaud, Pierre. (1998). *Droit civil, Les obligations*, T. 1, Paris, Sirey, 2^e éd.

References

1. Ahmad al-Senhouri, A. (1394 AP). *Obligations law course* (3rd ed., Vol. 1, Dadmarzi, M., & Daneshkia, H, Trans.). Qom: Qom University Press. [In Persian]
2. Ahmadi-Jashfaghani, H. A. (1378 AP). *Implementation of contractual obligations* (2nd ed., Vol. 1). Varamin: Barhamand Publications. [In Persian]
3. Allameh Helli, H. (1414 AH). *Tadkirah al-Foqaha* (Vol. 2). Qom: Mu'sisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
4. Ameli, Z. (1412 AH). *al-Rawda al-Bahiya fi Sharh al-Luma' al-Damashqiyyah (Sultan al-Ulama)* (Vol. 1). Qom: Publications of Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]
5. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (Vol. 3). Qom: Mu'sisah al-Ma'arif al-Islamiya. [In Arabic]
6. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam*. Qom: Mu'sisah al-Ma'arif al-Islamiya. [In Arabic]
7. Amoli, M. T. (1413 AH). *Kitab al-Makasib va al-Ba'i (narration of Naini's lesson)* (Vol. 1). Qom: Islamic Publication Institute. [In Arabic]
8. Amoli, M. T. (n.d.). *al-Makasib va al-Bai (Amoli)* (Vol. 1). Qom: Mu'asisah al-Nashr al-Islami.
9. Ansari, M. (1281 AH). *al-Makasib* (Vol. 5). Najaf: Morteza Publications. [In Arabic]
10. Bahrami Ahmadi, H. (1390 AP). *The law of obligations and contracts (with a comparative study in the jurisprudence of Islamic religions and legal systems)* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq University Press. [In Persian]
11. Bahrani, Y. (1363 AP). *al-Hadaiq al-Nadrah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah* (Vol. 21). Qom. [In Persian]
12. Bojnourdi, S. M. H. (1382 AP). *al-Qawa'id al-Fiqhiyah* (3rd ed., Vol. 3). Qom: al-Hadi Publications. [In Persian]
13. Colin, A., & Capitant, Henri Julliot De la Morandière, L. (1966). *Précis de Droit civil*, T.2, Paris, Dalloz, 3^o ed.

14. Delavari, A. (1393 AP). Lien review in continuous contracts. *Lawyer Journal*, 4(12), pp. 25-43. [In Persian]
15. Emami, S. H. (1391 AP). *Civil Rights* (35th ed., Vol. 2), Tehran: Islamieh Publications. [In Persian]
16. Esfahani, M. H. (1427 AH). *Hashiya al-Makasib* (Esfahani) (Vols. 1 & 2). Qom: Zawe al-Qurba. [In Arabic]
17. Flour, J., & Aubert, Jean-Luc et Savaux, É. (2002). *Les obligations*, L'acte juridique, Paris, Armand Colin et Delta, 2^o ed.
18. Haeri (Shah Bagh), S. A. (1396 AP). *Description of Civil Law* (4th ed.). Tehran: Ganj Danesh Publications. [In Persian]
19. Hakim, S. M. S. (1420 AH). *Minhaj al-Salehin* (Vol. 2). Qom: Dar al-Safwa. [In Arabic]
20. Hamiti Waqef, A. A. (1388 AP). *Civil rights 3 (principles of contracts and obligations)*. Tehran: Daneshnegar Publications. [In Persian]
21. Hashemi Shahroudi, M. (1426 AH). *Bohouth fi al-Fiqh (al-Ijarah)*. Islamic jurisprudence encyclopedia institute. [In Arabic]
22. Heli, A. (1389 AP). *Sharia al-Salam fi Masa'il al-Halal va al-Haram* (Vol. 2). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Persian]
23. Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
24. Heli, J. (1418 AH). *al-Mukhtasar al-Nafi fi Fiqh al-Imamiya*. Qom: Religious Press. [In Arabic]
25. Hosseini Ameli, M. J. (1419 AH). *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamh* (T. al-Hadith) (Vols. 14 & 19). Qom: Jamaat al-Mudaresin fi al-Hawza al-Ilmiya be Qom. Mu'asisah al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
26. Ibn Baraj, A. (1406 AH). *al-Muhadab* (Vol. 2). Ahl al-Bayt Jurisprudence 2. Mu'asisah al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
27. Ibn Manzoor. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (Vol. 1). Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
28. Ibn Zohreh, H. (1375 AP). *Ghaniyyah al-Nozou ila Ilmi al-Usul wa al-Faroo* (Vol. 21). Qom: Imam al-Sadiq Institute. [In Persian]

29. Jafari Langaroudi, M. J. (1392 AP). *Legal Terminology* (30th ed.). Tehran: Ganj Danesh Publications. [In Persian]
30. Jafari Langaroudi, M. J. (1397 AP). *Collection of civil law* (6th ed.). Tehran: Ganj Danesh Publications. [In Persian]
31. Katouzian, A. N. (1376 AP). *Civil law, general rules of contracts* (12th ed., Vol. 1). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
32. Katouzian, A. N. (1391 AP). *Civil law in the current legal system* (33rd ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
33. Katouzian, A. N. (1394 AP). *Certain contracts (authorization contracts - pledges of religion)* (8th ed., Vol. 4). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
34. Katouzian, A. N. (1395 AP). *Certain contracts (mutual transactions- Possession contracts)* (14th ed., Vol. 1). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
35. Kazem Mostafavi, S. M. (1423 AH). *Fiqh al-Mu'amilat*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with Qom Seminary Teachers Society. [In Arabic]
36. Khoei, S. A. M. (1427 AH). *al-Mustanad fi Sharh al-Urwat al-Wosqa* (3rd ed., Vol. 4). Qom: Institute for Revival of Imam Khoei's Works. [In Arabic]
37. Khomeini, R. (1385 AP). *al-Rasa'il (by Mojtaba Tehrani)* (Vol. 1). Esmaeilian. [In Persian]
38. Makki Ameli, M. (1410 AH). *al-Luma' al-Damashqiyyah* (Vol. 4). Qom: al-Nashr al-Islami Institute. [In Arabic]
39. Malaurie, P., & Aynès, Laurent et Stoffel-Munck, P. (2009). *Droit civil, Les obligations*, Paris, Defrénois, 4^o ed.
40. Marty, G., & Raynaud, P. (1998). *Droit civil, Les obligations* (2^o ed., Vol. 1) Paris, Sirey.
41. Milani, M. H. (1429 AH). *Kitab al-Bai (Milani)* (Vol. 1). Markaz al-Haqaiq al-Islamiya. [In Arabic]
42. Moein, M. (1386 AP). *Persian Dictionary* (3rd ed., Vol. 1). Tehran: Amir Kabir Publications. [In Persian]

43. Moghadam, I. (1386 AP). Contract transfer. *Journal of Private Law Studies*, 37(4), pp. 229-242. [In Persian]
44. Mohaghegh Damad, S. M. (1392 AP). *Rules of jurisprudence (civil section)* (40th ed., Vol. 1). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
45. Mousavi Khansari, A. (1355 AP). *Jami al-Madarik fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi* (Vol. 3, Ghaffari, A, Ed.). Tehran: Maktabah al-Sadouq. [In Persian]
46. Mughniyeh, M. J. (1379 AP). *Jurisprudence of Imam Jafar al-Sadiq* (Vol. 3). Qom: Ansarian. [In Persian]
47. Najafi Khansari, Sh. M. (1418 AH). *Maniyah al-Talib (Naini's lecture)* (Vols. 1 & 2), Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
48. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vol. 27). Tehran: Maktabah al-Islamiya. [In Arabic]
49. Rashti, M. H. (1417 AH). *Kitab al-Ijarah*. Qom: Chap Sangi Publications. [In Arabic]
50. Sabzevari, S. A. (1388 AP). *Muhadab al-Ahkam fi bayan halal and haram* (Vol. 17). Qom: Dar al-Tafsir. [In Persian]
51. Sadeghi Moghadam, M. H., & Shokohizadeh, R. (1392 AP). *Insurance rights* (2nd ed., Vol.1). Tehran: Tehran University Press. [In Persian]
52. Shahidi, M. (1393 AP). *Formation of contracts and obligations* (10th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
53. Sufiabadi, M., & Safaei, S. H., & Jafarzadeh, M. (1398 AP). The effects of subordinate transfer of lease contract in jurisprudence, Iranian and English law. *Iranian and international comparative legal research*, 12(43), pp. 161-188. [In Persian]
54. Tabatabaei Qomi, S. T. (1423 AH). *al-ghayeh al-Qasi va fi-al-t'aliq ala al-Urwa al-Wusqa- Kitab al-Ijarah*. Qom: Mahalati Publications. [In Arabic]

Research Article
**The Characteristics of the Jurisprudential
Method of Allameh Kashif al-Ghita**

Akbar Asad Alizadeh¹

Received: 11/07/2022

Accepted: 19/03/2023

Abstract



The development of jurisprudence (Islamic jurisprudence known as fiqh) and its dynamics has a close relationship with the method of presenting and expressing jurisprudence topics. Therefore, knowing the jurisprudential method and method of each jurist has an important and clear effect on knowing his intellectual characteristics and products. The venerable jurist Allameh Sheikh Muhammad al-Hussein Kashif al-Ghita is one of the famous jurists with a jurisprudential style whose jurisprudential thoughts can be examined from different angles. This article aims to explain the methods that he has used in his studies and jurisprudential branches inferences. In this regard, topics such as the development of jurisprudential issues with a comparative and approximate view, rule-oriented in jurisprudence branches, foundation-oriented modernization in the

1. Assistant professor, Department of Revival and Correction of Works, Center for Reviving of Islamic Works, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran.. a.asad@isca.ac.ir.

* Asad Alizadeh, A. (1402 AP). The characteristics of the jurisprudential method of Allameh Kashif al-Ghita. Journal of Fiqh, 30(113), pp. 67-88. Doi:10.22081/jf.2023.64315.2523.

● © 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..

derivation of jurisprudence, attention to the role of time and place in the dynamics of jurisprudence, trying to solve new jurisprudential problems with the realities of life, considering the moral and social dimension of jurisprudence and attention to the rational and philosophical dimension of rulings have been dealt with. Although in the study of jurisprudential methods, the formal aspects of jurisprudence are analyzed and explained more than its foundations and topics, it should be noted that this gives shape to the content and brings the greatness of the dynamics of jurisprudence and knowing jurisprudence to the emerging stage.

Keywords

Jurisprudential Method, Jurisprudential Characteristics, Kashif al-Ghita.

مقاله پژوهشی

شاخصه‌های منهج فقهی علامه کاشف الغطاء

اکبر اسدعلیزاده^۱

© Author (s)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۰

چکیده

تطور فقه و پویایی آن، رابطه تنگاتنگی با منهج ارائه و بیان مباحث فقهی دارد؛ از این رو شناخت منهج و شیوه فقهی هر فقیه، تأثیر مهم و روشنی در شناخت ویژگی‌ها و محصولات فکری وی دارد، فقیه بزرگوار علامه شیخ محمد الحسین کاشف الغطاء از فقیهان صاحب نام و دارای سبک فقهی است که اندیشه‌های فقهی او از زوایای گوناگون قابل بررسی است. این مقاله در صدد تبیین مناهجی است که ایشان در پژوهش‌ها و استنباط فروع فقهی خود از آن‌ها بهره برده‌اند، در این راستا مباحثی همچون: توسعه دایره مباحث فقهی با نگاه تطبیقی و تقریبی، قاعده‌محوری در فروع فقهی، نوگرایی مبنا محور در استنباط احکام فقهی، توجه به نقش زمان و مکان در پویایی فقه، اهتمام به حل مسائل جدید فقهی با واقعیت‌های زندگی، توجه به بعد اخلاقی و اجتماعی فقه و توجه به بعد عقلانی و فلسفی احکام، مورد بحث قرار گرفته است، اگرچه در بررسی مناهج فقهی، بیشتر به تحلیل و تبیین جنبه‌های صوری فقه پرداخته می‌شود تا به مبانی و موضوعات آن، اما باید توجه داشت که همین امر به آن محتوا قالب داده و عظمت پویایی فقه و فقاهت را به مرحله بروز و ظهور می‌رساند.

کلیدواژه‌ها

منهج، فقه، کاشف الغطاء، محمدحسین.

۱. استادیار گروه تصحیح و احیای آثار مرکز احیای آثار اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

a.asad@isca.ac.ir

* اسدعلیزاده، اکبر. (۱۴۰۲). شاخصه‌های منهج فقهی علامه کاشف الغطاء. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه،

Doi:10.22081/jf.2023.64315.2523

صص ۶۷-۸۸



۶۷

فقه

شاخصه‌های منهج فقهی علامه کاشف الغطاء

مقدمه

در عرصه علم و دانش، پژوهش در شناخت فرایند اصولی و عقلانی مناہج اندیشه و راه‌های تولید علم اندیشمندان در علوم گوناگون پیوسته مورد توجه پویندگان این راه بوده است. هر پژوهش مکتوبی خواه‌ناخواه دارای منهجی است که معمولاً پژوهشگر به آن تصریح نمی‌کند، بلکه با مطالعه آثار آنان می‌توان به مناہج پژوهشی وی دست یافت. آیت‌الله شیخ محمد الحسین آل کاشف الغطاء (۱۲۹۴-۱۳۷۸ق) از تبار علامه بزرگ شیخ جعفر کاشف الغطاء از جمله دانشمندانی است که در نوشته‌های خود هیچ تصریحی به منهج‌های پژوهشی خویش ندارد. این تحقیق با هدف معرفی اندیشه‌های این فقیه بزرگوار به‌عنوان یکی از فقیهان برجسته عالم تشیع، مؤثر، تحول‌گرا و دارای سبک در عرصه فقه و فقاہت انجام گرفته است. قدرت علمی و مهارت فقهی وی بر کسانی که با آثار علمی ایشان آشنایی مختصری داشته باشند پوشیده نیست، خصوصاً کتاب شرح عروه و تحریر المجله نشان از چیره‌دستی این عالم بزرگ در استنباط احکام فقهی با روش و ذوق و سلیقه منحصر به فردی است. او در بسیاری از مباحث فقهی با آگاهی از دلایل فقیهان اهل سنت، به دفاع از فقه امامیه پرداخت است.

اکنون با توجه به جایگاه علمی علامه کاشف الغطاء، انجام تحقیق درباره معرفی مناہج فقهی ایشان برای استفاده صاحب‌نظران و محققان این علم لازم و پسندیده است؛ چراکه شناخت روش تولید علم دانشمندان، راه صحیح اندیشه را به ما می‌آموزد. لذا این پژوهش می‌کوشد به‌طور مناسب مناہج استنباط فقهی ایشان را - با مطالعه آثار و در حد لزوم آوردن نمونه‌هایی از محتوای آنها - مورد دقت و نظر قرار دهد.

بنا به تحقیقات انجام‌شده تاکنون کتاب یا مقاله مستقلی در زمینه منهج فقهی علامه کاشف الغطاء نوشته نشده است، اما در این میان برخی کتاب‌ها مانند: قراءۃ فی فقه الشیخ محمد الحسین آل کاشف الغطاء - از آثار نویسنده مقاله حاضر، مدخل موسوعه الإمام محمد الحسین کاشف الغطاء (الآثار الفقهیة)، چاپ ۱۳۹۹، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی - و کتاب الإمام کاشف الغطاء حیاته وآثاره - نوشته سید جواد ورعی و ...، مدخل دوم موسوعه کاشف الغطاء، چاپ ۱۳۹۶، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی - و مقاله‌ها

مانند: «گرایش فقهی = اجتماعی علامه کاشف الغطاء»، نوشته محمدسروش محلاتی، مجله آوای بیداری، (ویژه‌نامه به مناسبت چهلمین سال رحلت آیت‌الله شیخ محمدحسین کاشف الغطاء)، اردیبهشت ۱۳۷۲، در این حوزه به‌طور محدود و اجمال اشاراتی شده است، اما در این پژوهش به‌طور تفصیل و مستدل به هفت منهج از مناہج استنباط فروع فقهی علامه کاشف الغطاء پرداخته شده است. البته منهج فقهی ایشان محدود به این هفت مورد نیست. هر پژوهشگری می‌تواند با مطالعه دقیق آثار ایشان به مناہج دیگری نیز دست یابد. بدین ترتیب کشف، بررسی و تحلیل مدلل منهج‌های فقهی علامه کاشف الغطاء یکی از ویژگی‌ها و نوآوری‌های این پژوهش است.

۱. مفهوم‌شناسی

در دیدگاه اصحاب لغت واژه منهج به معنای طریق، راه راست، گشاده، روشن، آشکار، مستقیم است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۸۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۳۶۱)، جمع آن مناہج: یعنی راه‌های روشن و آشکار. نَهْجُ الْبَلَاغَةِ یعنی راه و روش بلاغت و فصاحت (ابن درید، ۱۹۸۸م، ج ۱، ص ۴۹۸؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۴۱؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۴۶) نَهَجَ الْأَمْرَ وَأَنْهَجَ، یعنی واضح و روشن شد که عبارت مَنَهَجُ الطَّرِيقِ وَمِنْهَاجُهُ. همان آشکاربودن راه است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۲۵)، در فارسی به معنای سبک، قاعده، قانون، روش، شیوه (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۸، صص ۱۰۹۰۴-۱۰۹۰۵ و ج ۱۳، ص ۱۹۱۸۲) و در لاتین «متد» می‌باشد. منهجیه به معنای روش‌مندی، وسیله شناخت هر علم یا مجموعه‌ای از روش‌ها، در فارسی روش‌شناسی و در لاتین «متدولوژی: Methodology» به کار می‌رود و در اصطلاح به معنای شناخت راه‌های فکر و اندیشه و تولید و تألیف علم و دانش در عرصه‌های گوناگون علمی است. منهج راهی است که دانشمندان در سلوک علمی‌شان آن را طی می‌کنند و منهجیه به شناخت آن مسیر می‌پردازد.

۲. مناہج استنباط و استدلال

علامه کاشف الغطاء در آثار فقهی خود راه‌های گوناگونی را برای بیان نظران علمی و

تحلیل و استنباط احکام شرعی به کار گرفته است که با مطالعه و تأمل در آثار ایشان می‌توان به آنها دست یافت که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱-۲. توسعه دایره مباحث فقهی با نگاه تطبیقی و تقریبی

یکی از شاخص‌ترین منهج‌های فقهی علامه کاشف الغطاء تحلیل و بیان تقریبی و تطبیقی است. ایشان یکی از کتاب‌های فقهی اهل سنت به نام مجله الأحكام العدلیّة را - که مبنای عمل قضات و علمای حقوق دولت عثمانی در سال ۱۸۶۹م به مذهب حنفی بود - به منظور شرح مطالب کتاب به روش زیر مورد نقد و بررسی قرار داده است:

الف) بررسی مطالب کتاب و برطرف کردن برخی از مسائل پیچیده و اشتباه آن. کاشف الغطاء پس از بیان پاره‌ای از اشکالات کتاب و نقد آنها می‌نویسد: بر اساس اصول امامیه هیچ واقعه‌ای بدون حکم رها نشده و حکم همه حوادث تا روز قیامت با دلیل عام یا خاص از جانب قانون‌گذار بیان شده است، به گونه‌ای که درباره هر حادثه‌ای چنانچه نص خاصی باشد به آن عمل می‌شود، و الا حکم آن حادثه از قواعد عام بر گرفته از کتاب و سنت استخراج می‌گردد. و از نظر امامیه عمل به قیاس، استحسان، ترجیحات ظنی و مناسبات زمانی مجاز نیست. ما احکام را فقط از کتاب و سنت به دست می‌آوریم. در فقه امامیه چیزی به نام مصالح مرسله یا قیاس و استحسان پیدا نمی‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۳۳).

ب) کاشف الغطاء موارد زیادی از مطالب مجله را بر مبنای مذهب امامیه نقد و بررسی می‌کند تا ارزش و جایگاه فقه مذهب جعفری در میان فقه دیگر مذاهب اسلامی مشخص گردد و روشن شود که فقه جعفری دارای چه مبانی و محتوای عمیق، استوار و مطابقت با عقل و عرف دارد. به‌عنوان نمونه در ماده ۱۷۹۲ می‌نویسد: «یلزم أن یکون الحاکم حکیماً...». حکیم به چه معنا؟ آیا منظور از آن فلسفه است یا حکمت لغوی و عرفی یعنی وضع کل شیء فی محله، یا حکیم به معنی طیب است؟ هیچ کدام از آنها برای حاکم شرع لازم نیست. صفاتی که بر اساس نظر امامیه حاکم شرع باید داشته

باشد شش چیز است: بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، اجتهاد و عدالت. البته عده‌ای از علمای امامیه شرایطی مانند مرد بودن، حرب بودن، امی نبودن، ولد زنا نبودن، تزلع در احکام قضا و حافظ بودن را نیز معتبر می‌دانند. لذا اوصافی که در مجله گفته شده اکثر آنها مفروغ‌عنه است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۶، صص ۲۵۹-۲۶۲).

و همچنین در بحث قضا، ضمن نقد تعاریف عرضه شده درباره مدعی و منکر، گاه تشخیص مدعی از منکر را دشوار می‌داند که تنها فقاهت فقیه و لیاقت مجتهد و فراست حاکم که کلیات را بر مصادیق و احکام آنها از ادله استخراج می‌کنند، می‌تواند راه‌گشا باشد؛ چون مفتی احکام کلی را بیان می‌کند و حاکم آنها را بر جزئیات منطبق می‌سازد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۶، صص ۱۴۴-۱۴۷).

ایشان در بحث حق مرور زمان که مورد قبول اهل سنت است، آن را جعل گزاف بشری می‌داند و چون فقه امامیه شرعی محض است و از حدود قرآن و سنت و احکام عقلی قطعی تجاوز نمی‌کند، از چیزی به نام حق مرور زمان در فقه شیعه اثری وجود ندارد؛ چون نه به کتاب و سنت مستند است و نه به عقل و نه حتی به استحسان و قیاس؛ إِنَّ قَضِيَّةَ مَرُورِ الزَّمَانِ لَا تَرْجِعُ إِلَى كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ، بَلْ وَلَا عَقْلٍ وَلَا اسْتِحْسَانَ وَلَا قِيَاسٍ، وَإِنَّمَا هُوَ جَعْلٌ جَزَافِي مَحْضٌ (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۶، صص ۱۶۳-۱۶۴).

ج) در موارد متعددی نقصان کتاب المجله را جبران کرده و با نقل مفصل نظریات فقیهان عامه و فقیهان امامیه، به شرح و گسترش مواد پرداخته و در موارد لزوم مطالبی را جهت تکمیل بحث اضافه کرده است. وی پس از بیان قواعد عامه، در قالب پنج فصل به تنظیم و شرح قواعد مستدرکه پرداخته است که در باب معاملات به کار می‌آیند. او در مجموع ۸۳ قاعده را بررسی کرده که برخی از آنها کاملاً جنبه ابتکاری دارد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، صص ۷۷-۱۳۳).

د) در بخش قواعد عامه، یکصد قاعده را شرح و در پایان قواعد تکراری را حذف و قواعد متداخل را در یکدیگر ادغام کرده و ۴۵ قاعده جدید نیز مطرح کرده است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۷۷).

ه) در برخی موارد به تغییر عناوین مباحث پرداخته؛ به طور مثال در مباحث

قضاوت عنوان «کتاب الدعوی» را به «کتاب القضاء» تغییر داده است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۶، ص ۱۲۷).

و) در بسیاری از موارد ترتیب موجود میان مواد را نقد کرده و به مواد، نظم منطقی بخشیده است؛ چون نظم منطقی ایجاب می‌کند که به طور مثال ابتدا مقدمات و ارکان عقد، سپس شرایط عامه متعاقبین و شرایط ثمن و مثنی بحث شود، سپس بحث شروط و اختیارات و اقاله مطرح گردد (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۴).

در جمع‌بندی مباحث مطروحه باید گفت که علامه کاشف الغطاء نخستین فقیه از فقیهان شیعه است که به کتاب فقهی اهل سنت شرح انتقادی و تطبیقی نوشته است. ایشان با نوشتن کتاب تحریر المجله در عمل در این عرصه پیشگام شده است و برای برطرف کردن برخی از مسائل پیچیده و مشکل آن، بر اساس نظر امامیه، تنقیح و بازنویسی و حذف مطالب اضافی و تکراری و بیان مستندات برخی قواعد و فروعات بر اساس ادله شرعی به روش زیر مورد نقد و بررسی قرار داده است:

- تبیین اشتباهات محتوایی کتاب و رفع اشکالات آن بر اساس مبانی فقه امامیه.
- جبران نقصان کتاب و شرح و گسترش مواد آن بر اساس نظر فقیهان عامه و امامیه.
- حذف مطالب تکراری و اصلاح برخی از عناوین.
- تنظیم منطقی مسائل کتاب.

۲-۲. قاعده محوری در فروعات فقهی

یکی دیگر از منهج‌های فقهی علامه کاشف الغطاء قاعده محوری در استنباط حکم شرعی و بیان ادله استظهار آن از آیات و روایات به وسیله بررسی سند، مفهوم، دلالت، تعارضات، اقوال و ... است (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۴، صص ۱۶، ۱۸، ۴۲، ۷۳، ۱۲۳؛ ج ۱۰، صص ۹۹، ۱۵۸، ۳۷۲؛ ج ۱۲، صص ۱۱۸، ۲۳۷؛ ج ۱۳، صص ۱۳۰-۲۰؛ ج ۲۳، صص ۹۸، ۱۰۳، ۱۰۵؛ ج ۲۴، صص ۱۶۳، ۱۷۸). وی توانست با استفاده از این روش پاسخ بسیاری از پرسش‌های نوپیدای فقهی را با استدلال عمیق و رسا ارائه دهد. یکی از آن قواعد، قاعده لاضرر - «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۱۰۷) - است که از نظر کاشف الغطاء این قاعده از

قواعد محکم و اساسی در شریعت اسلام بوده (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۲۶؛ ج ۱۸، ص ۲۸۳) و نقش مهمی در استنباط احکام فقهی ایفا می کند. کاشف الغطاء بر اساس این قاعده، ملکیت هر مالک را تنها در محدوده عدم اضرار به غیر می داند و معتقد است که قانون کلی در تصرف هر مالک نسبت به ملکش این است که با دو شرط می تواند در ملک خودش تصرف کند؛ اول اینکه ملک او غصبی نباشد؛ دوم آنکه تصرف او باعث ضرر به دیگری نشود (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۵، ص ۲۴۲). ایشان حتی مقید کردن ضرر را به فاحش و غیر فاحش قبول ندارند؛ چرا که مبنای کلام او حکومت قاعده لا ضرر بر قاعده سلطنت - «الناس مسلطون علی أموالهم» (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۱۰۷) - است که قاعده لا ضرر اقتضای نفی هر ضرر و اضرار به غیر را دارد؛ گرچه بعضی از ضررها به دلیل اندک بودنشان در عرف قابل اعتنا نباشد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۵، ص ۲۴۲). حکومت قاعده لا ضرر بر قاعده سلطنت نکته ای است که کاشف الغطاء در فروع گوناگون، بر همین اصل فتوا داده است (ن. ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۲۷؛ ج ۱۵، صص ۳۱۶-۳۱۷).

و قاعده دیگر، نفی عسر و حرج - «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸)، «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره، ۱۸) (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۲۵) - است. از نظر کاشف الغطاء این قاعده از قواعد مسلم و اساسی اسلام بوده و رافع جمیع تکالیف از تمام مکلفین است؛ فَإِنَّ الْعُسْرَ وَالْحَرَجَ رَافِعٌ لِجَمِيعِ التَّكْلِيفِ عَنِ الْجَمِيعِ الْمَكْلُوفِينَ (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۴، ص ۱۳۲) و حکمت تشریح آن تسهیل در امور مردم است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۲۶). هر دوی این قواعد (لا ضرر و نفی عسر و حرج) حاکم بر تمام احکام اولیه است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۷، صص ۱۱۶ و ۳۰۶). از نظر ایشان خرید آب با قیمت گران و تهیه آن برای وضو در صورت ترس از ضرر مالی، یا خوف بر ابتلا به مریضی یا شدت آن یا طولانی شدن درمان مریضی و غیر این ها، بر اساس قاعده لا ضرر و نفی عسر و حرج واجب نیست؛ در این صورت همان تیمم کافی است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۷، صص ۲۶۰، ۲۹۰-۲۹۲، ۳۰۳-۳۰۹؛ ج ۱۹، صص ۱۰۶-۱۰۹).

و نیز قاعده طهارت - «كُلُّ شَيْءٍ لَكَ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ» (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۳، صص ۲۳، ۸۹، ۱۲۵) - که کاشف الغطاء در بحث طهارت، این قاعده را از مهم ترین

قواعد شرعی و از نظر رحمت و برکت خداوندی وسیع‌ترین اصل می‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، صص ۴۳-۴۴) و آن را بر کل امور مشکوک جاری و ساری می‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، ص ۱۶)، مگر در موارد تعارض ادله طهارت و نجاست که اگر دلیل نجاست مستند به علم باشد و دلیل طهارت مستند به اصل باشد، در این صورت حکم بر مستند علم مقدم است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۳، ص ۱۸۹). این قاعده فروعاً و مصادیق فراوانی در فقه دارد که شمارش همه آنها کتاب مستقلی می‌طلبد. کاشف الغطاء نمونه‌های فراوانی را از این قاعده و فروعاً آن در آثار فقهی خود بیان کرده است (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۳، صص ۹۲-۹۳، ۲۱۲؛ ج ۱۸، ص ۴۳؛ ج ۱۹، صص ۱۶، ۲۱-۲۲، ۳۶۷).

و همچنین قاعده الضرورات تُبیح المحظورات - «ما من شيء حرّمه الله إلا وقد أحلّه لمن اضطرّ إليه» (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۲۶) - است. اصل در این قاعده برگرفته از کلام باری تعالی است که فرمود: «إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ» (انعام، ۱۱۹) و «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ» (بقره، ۷۳؛ انعام، ۱۴۵؛ نحل، ۱۱۵). این قاعده یک استثنا دارد و آن «دماء» است. یعنی ضرورات در همه موارد سبب مباح بودن چیزهای ممنوع و حرام است، مگر در حفظ جان انسان که تعرض به جان او و لو در حال اضطرار جایز نیست. به همین جهت در روایت‌ها وارد شده است که «لا تقيّة في الدماء»؛ چون فلسفه مشروعیت تقیه، حفظ نفس است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، ص ۱۱۵) و ده‌ها قاعده دیگر.

باید توجه داشت که قواعد فقهی دارای اقسامی است: برخی قواعد عمومی است و در تمام ابواب فقه جریان دارند، مانند قواعد: لاضرر، نفی حرج، قرعه، والضرورات تبيح المحظورات؛ و برخی تنها در عبادات جریان دارند، مانند قواعد: طهارت، تجاوز، فراغ و قاعده من ادرك ركعة؛ و برخی دیگر در باب معاملات استفاده می‌شود، مانند: قاعده سلطنت، قاعده ید، قاعده ضمان، قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، العقود تابعة للقصد و ... که بیش از شصت قاعده فقط در این باب مطرح است؛ و برخی فقط به باب قضاء اختصاص دارد مانند: البینه علی من ادّعی و الیمین علی من أنکر، إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز، لا یصح الإنکار بعد الإقرار؛ و برخی دیگر مختص باب قصاص، حدود و دیات است مانند: تُدرأ الحدود بالشبهات.

یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین کارهای فقیه استفاده درست، به موقع و به‌جا از این قواعد و تحلیل‌های اصولی، فقهی و عقلی از آنها در استنباط احکام شرعی است. این روش در طول تاریخ فقه امامیه یک امر تعریف شده و قابل توجهی بوده است، لذا ضوابط و شرایط و چگونگی استفاده از این قواعد استدلالی در تحکیم مبانی و به‌کارگیری صحیح و شایسته آن در اثبات فروع احکام، فقیه شایسته و نکته‌سنج می‌طلبد. از شاخصه‌های منهج اجتهادی کاشف الغطاء آن است که ایشان توانسته است به درستی از اصول و قواعد فقهی به صورت گسترده، اما مبتکرانه و دقیق در فقه استدلالی خود استفاده کند که بیانگر تسلط عمیق او بر مبانی فقه عاقله، به ویژه روایات آنان و نیز قدرت استنباط قوی و مستدل وی بر اساس اصول و قواعد محکم فقهی است. چنانکه در قبل اشاره شد، ایشان همین روش ابتکاری را در فقه استدلالی خود در دفاع از مذهب امامیه در مقابل مذاهب فقهی عاقله در کتاب باارزش *تحریر المجله* اتخاذ کرده و فقط در جلد اول این کتاب، نزدیک به صد قاعده فقهی استدلال کرده و به وسیله آن به اثبات آرای امامیه و نقض اقوال عاقله پرداخته است.

۲-۳. نوگرایی مبنامحور در استنباط احکام فقهی

علامه کاشف الغطاء یک فقیه نواندیش و نوآوری بود که نظریه‌های بدیعی در فقه از خود به یادگار گذاشته است. میراث فقهی به‌جامانده از این مرد بزرگ و مراجعه و مطالعه آنها گواه روشنی بر نوآوری‌های گسترده او در این دانش بوده است. ایشان بر خلاف نظر مشهور، همه غسل‌ها (چه واجب و چه مستحب) را از وضو مکفی می‌داند «الأصح عندنا كفاية كلِّ غسلٍ عن الوضوء حتى الأُغسال المستحبّة» (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، ص ۸۳؛ ج ۲۱، ص ۹۵)؛ همچنین یک تیمم را بدل از وضو و غسل کافی می‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، ص ۱۱۳) و نیز نیت قربت را در غسل میت شرط نمی‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۵، ص ۶۹) و اقامه را در نماز یومیه واجب می‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، صص ۱۵۷-۱۵۸). ایشان در مسئله وطن شرعی، توطن (حداقل شش ماه سکونت) را شرط نمی‌دانند، بلکه آن را دائرمدار نیت می‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۸، صص ۷۷-۷۸؛ ج ۱۹، صص ۲۲۸-۲۲۷؛ ج ۲۴، صص ۷۹-۸۰).

ایشان در باب زکات، معتقدند که پول‌های کاغذی (اسکناس) همانند طلا و نقره زکات دارد و وقتی به حد نصاب رسید، زکات آن واجب و ربا در آن حرام می‌باشد؛ إنّ الدنانیر القُرطاسیة تجری علیها جمیع أحكام النقْدین، فتجب فیها الزکاة ویحرم فیها الربا (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۸، ص ۱۳۴؛ ج ۲۳، ص ۴۳۴).

ایشان اولین کسی از معاصرین بود که به جواز ازدواج دائم با زنان اهل کتاب فتوا داده است، در حالی که دیگر فقیهان شیعه (ن.ک: فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۲۲۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۶۵)، تنها ازدواج موقت را با آنان جایز می‌دانستند؛ فلا یحلّ للمسلم أن یتزوَّج من الکفّار غیر الکتابیة، أمّا هی فالمشهور جوازه متعّة، ولا یبعد الجواز مطلقاً (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۰، ص ۲۲۶). ایشان غنا را در غیر مبتذل حرام نمی‌داند (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۸، ص ۳۵۰؛ ج ۱۹، ص ۳۴۱؛ ج ۲۰، ص ۸۱).

از نظر کاشف الغطاء مسح تمام روی پا با کف کامل دست واجب است و مسمای مسح را کافی نمی‌دانند، در حالی که بر اساس نظر مشهور فقیهان، مسمای مسح کافی است؛ وجوب مسح تمام ظهر القدمین بتمام باطن إحدى الکفّین، ولا یجزی المسمی فیهما علی الأصحّ (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۰، ص ۳۷، ۳۵۲؛ ج ۵، صص ۲۰۰-۲۰۱).

ایشان اقامه را در تمام نمازهای یومیه واجب می‌دانند، در حالی که از نظر مشهور مستحب مؤکد است؛ ولكنّ الأقوی عندنا وجوبها علی خصوص الرجال فی کلّ فريضة یومیة (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، صص ۱۵۷-۱۵۸).

و نماز را در هر مکانی - و لو ملک غیر هم باشد - صحیح می‌دانند به شرط اینکه نجس نباشد؛ إنّ الصلاة عندنا صحیحة فی کلّ مکان بشرط أن لا یكون فیهِ نجاسة تسری إلى الثوب أو البدن سواء كان ملکاً لك أو لغيرك، أو لا تعرف مالکة (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۸، ص ۷۸).

فقیه بزرگوار علامه کاشف الغطاء، مجتهدی مجدد و نواندیش بود که همتای او در میان علمای مسلمان کمتر یافت می‌شود. گذشته از تبحر علمی شگرف و اشراف دقیق به مبانی فقهی، شناخت گسترده‌اش از زبان عربی، تسلط بر فرهنگ‌ها، گردش علمی، مناظرات علمی با دانشمندان و آشنایی با آداب و سنن ملت‌ها وی را در رسیدن به این

جایگاه بلند یاری کرد. جرئت و جسارت وی در ابراز رأی فقهی‌ای که آن را مبتنی بر حجت شرعی و تأیید عقلی می‌دید، مثال‌زدنی است. نوآوری فقهی کاشف الغطاء در پاسخ به پرسش‌ها بیش‌ازپیش بر پرآوازه‌بودن وی افزود، به طوری که از او به عنوان بزرگ‌ترین مجتهد شیعه و برترین عالم نجف اشرف یاد می‌کردند.

۲-۴. توجه به نقش زمان و مکان در پویایی فقه

یکی دیگر از مناہج فقهی علامه کاشف الغطاء توجه به نقش زمان و مکان در استنباط احکام شرعی است. ایشان معتقد است که هر چند در اسلام احکامی هست که در طول زمان قابل تغییر و تبدیل نیست، اما در مقابل احکامی وجود دارد که به مقتضای عقل، منطق و مستلزمات شرعی، قابل تغییر و تبدیل است؛ ولی بسیاری از فقیهان سلیقه‌اجرای آن را ندارند. اما باید توجه داشت که بر اساس نظر اصول مذهب امامیه، تغییر احکام به تغییر موضوعات بستگی دارد و تغییر موضوعات یا ناشی از زمان و مکان است و یا از اشخاص؛ بنابراین هیچ‌گاه حکم تغییر نمی‌کند و دین خداوند در هر زمان و مکان یکی است و هرگز سنت الهی دگرگون نمی‌شود (خلیلی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۴۷).

ایشان در ادامه با بیان مثال‌هایی نظر خود را این چنین بیان می‌کند که به طور مثال میتی وصیت کند که از ثلث مالش برای ساختن سقاخانه‌ای برای استفاده کاروان‌ها و رهگذران بدهند، اما این موضوع در عصر و زمان ما متنفی است، آب شرب بهداشتی در هر نقطه‌ای در دسترس است و با وجود وسائط نقلیه و سرعت و راحتی مسافرت‌ها، اجرای این وصیت بی‌فایده است (خلیلی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۴۷).

کاشف الغطاء در بحث احکام مساجد که خرید و فروش و اقامه حدود و قضا در آن و راه‌دادن دیوانگان و کودکان را مکروه دانسته‌اند، به سیره امیر مؤمنان علی علیه السلام که در مسجد کوفه قضاوت می‌کرد، استناد می‌جوید و نتیجه می‌گیرد که این مکروهات در زمان‌ها و شرایط گوناگون حکم متفاوتی دارند. گاهی همین اعمال فضیلت پیدا می‌کنند و راجح، مرجوح و مرجوح، راجح می‌شود. البته تشخیص آن با فقیه ژرف‌اندیش و ژرف‌نگر است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، ص ۹۳).

ایشان در پاسخ به پرسشی در زمینه طلاق، به تأثیر زمان و مکان در تغییر حکم اشاره کرده و با تحلیل معیار کلی می‌نویسد: هر چند طلاق مبعوض و مکروه است، اما گاهی شرایط زمانی و مکانی و عوارضات لاحق و حیثیات گوناگون سبب استحباب و حتی وجوب آن می‌شود. البته این مسئله اختصاصی به طلاق ندارد؛ حتی دروغ نیز که قبیح و حرام است، گاهی واجب می‌شود، مانند مواردی که دروغ باعث نجات مؤمن شود و در غیر این صورت حرمت و کراهت در اصل باقی است. به همین دلیل اشیا فی نفسه دارای احکامی اولیه‌اند، ولی در برابر عوارضی که بر آنها عارض می‌شود، احکام دیگری دارند که احکام ثانوی نام دارند و موقت و محدودند و در بعضی از اخبار معتبر آمده است: «ما من حرام إلا وقد أحله الله لمن اضطر إليه» (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۷۷) و این امر یکی از امتیازات شریعت مقدس اسلام است که شریعتی سهل و آسان است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۷، صص ۱۷۸-۱۷۹). لازم است به این نکته اشاره شود که مجتهد نه تنها باید سند روایت و دلالت آن را مورد بحث قرار دهد و بر علم رجال و درایه کاملاً مسلط باشد، بلکه باید بر قواعد و ملاکات احکام ثابت و متغیر نیز آگاهی داشته باشد که رمز اجتهاد در تطبیق دستورات کلی با مسائل جدید و حوادث متغیر است. فقیه واقعی آن است که این رمز را به دست بیاورد و توجه داشته باشد که موضوعات چگونه تغییر می‌کند؛ چرا که یکی از مسائل مهم، بررسی ملاک احکام ثابت و متغیر است که آیا با توجه به خاتمیت اسلام و حدیث «حلال محمّد حلال إلى يوم القيامة...» (کلینی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۵۸)، جایی برای نسخ و تغییر در احکام وجود دارد؟ دین خاتم مختص به زمان و مکان معینی نیست، بلکه مربوط به همه مناطق و ازمنه‌هاست؛ بنابراین اگر وجود دارد، بر اساس چه ملاکات و شرایطی چنین چیزی امکان‌پذیر است؟ آیا نفس زمان و مکان، موجب تغییر احکام می‌شود؟ باید توجه داشت که مفهوم حدیث یادشده بدین معنا نیست که احکام اسلامی انعطاف‌ناپذیر بوده و شرایط گوناگون زمان و مکان تأثیری در احکام ندارد، بلکه زمان و مکان به خودی خود تغییری در احکام به وجود نمی‌آورد و هیچ قانونی را به صرف مرور زمان و تفاوت مکان نمی‌توان دست‌خوش تغییر و تبدیل قرار داد؛ اما در عین حال امکان تغییر احکام به علت تغییر ملاکات و موضوعات وجود دارد. بدین

ترتیب می‌توان گفت احکام دارای امور ثابت و متغیراند؛ امور ثابت در طول زمان و مکان تغییرناپذیرند، مانند عبادات، اما در مقابل برخی احکام همیشه ثابت نبوده و با تغییر موضوع قابل تغییراند. فقیه می‌تواند با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی درباره احکام متغیر اسلام، پس از تشخیص و با در نظر گرفتن اهداف عالی اسلام و مصالح و منافع دینی و اجتماعی حکم مقتضی را بیان نماید. کاشف الغطاء از جمله مجتهدینی است که به این نظر فقهی کاملاً اذعان داشته و در فتاوی خویش به این اصل جامه عمل پوشانده است.

۲-۵. اهتمام به حل مسائل جدید فقهی با واقعیت‌های زندگی

یکی دیگر از مناہج کاشف الغطاء در بیان مسائل فقهی آن است که ایشان مباحث فقهی را تنها در قالب کلیات مطرح نمی‌کنند، بلکه کلیات را بر شئونات گوناگون زندگی تطبیق کرده و زمینه‌های عملی آن را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند. کسانی که آشنایی مختصری با آثار فقهی کاشف الغطاء داشته باشند، به این موضوع اذعان خواهند کرد. لذا ایشان به عنوان فقیه حاذق و بصیر، پیوسته تحقق عملی فقه را هدف خود قرار داده‌اند و بر اصل تقدم مصالح جامعه بر مصلحت فرد تأکید دارند (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، صص ۵۸-۵۹؛ ج ۲۳، ص ۱۴۲). به همین جهت از نظر ایشان اگر میان حق جامعه و حق فرد تعارض و تراحم باشد، حق جامعه بر حق فرد مقدم است. وی حق تصرف در ملک را مشروط به دو شرط می‌داند: ملکش متعلق حق دیگری نباشد؛ دیگر آنکه تصرف او موجب ضررزدن به دیگری نشود، و لو ضرر فاحش هم نباشد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۵، ص ۲۴۲).

در پاسخ به این پرسش که آیا به اسکناس هم مانند طلا و نقره با وجود تمام شرایط، زکات تعلق می‌گیرد؟ و آیا احکام طلا و نقره از جهت ربا و بیع صرف در آن جاری است یا خیر؟ علامه می‌نویسد: اصح آن است که این اوراق نمایانگر پشتوانه‌ای است که برای آنها نزد بانک وجود دارد؛ یعنی اگر کسی اسکناس یک دیناری در دست دارد، این اسکناس حاکی از آن است که وی دارای یک لیره طلا در بانک است و اگر دارای چنین پشتوانه و اعتباری نباشد، خود اسکناس هیچ ارزشی ندارد. پس در واقع همه

معاملاتی که با این پول‌های کاغذی و اوراق انجام می‌گیرد، بر مبنای همان پشتوانه است. لذا تمام احکام طلاق و نقره - مانند وجوب زکات، حرمت ربا و غیره - برای اسکناس نیز ثابت است (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، ص ۲۸۰).

ایشان در باره نقش بانک و ارتباط با آن می‌نویسد: پس از سبر و استقرا نتوانستم معامله با بانک‌ها را تحت یکی از معاملات شناخته‌شده شرعی و عرفی مثل بیع و قرض و مضاربه و امثال آن‌ها قرار دهم. در عین حال چون معامله عرفی جدیدی است که صاحبان اموال بنایشان بر معاملات با بانک هاست و لذا مشمول عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) و «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ» (نسا، ۲۹) و امثال آن است، می‌توان قائل به حلیت آن‌ها شد و چون داخل در قرض و بیع نیست، ربا در آنها تحقق پیدا نمی‌کند؛ چون ربا فقط در بیع و قرض است. در عین حال شکی نیست که احوط، تحصیل برائت یقینی و دفع شبهه است که می‌توان با مراجعه به حاکم شرع و مصالحه با وی آن را به دست آورد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۸، صص ۴۰۸-۴۰۹).

صاحب عروة الوثقی در بحث زکات معتقد است که دادن زکات به محصلین فلسفه و ریاضیات جایز نیست و فقط به محصلین فقه جایز است؛ زیرا تحصیل آن مستحب است. اما علامه کاشف الغطاء ضمن ایراد به استادش معتقد است که تحصیل هر علمی نه تنها بذاته فضیلت و نیکو و مستحب است، بلکه گاهی واجب کفایی یا حتی عینی است، به خصوص علم فلسفه و کلام که اساس صحت عقاید دین را به عهده داشته و دفع شبهات ملحدین و خاموش کردن مادیین با آنها است. بنابراین ضروری است که گروهی مهارت و تبحر کافی در این زمینه داشته باشند تا در برابر گمراهی‌ها بایستند. بدین ترتیب پرداخت حقوق به آنها از بودجه زکات و غیر آن و کمک به آنان جهت تأمین زندگی‌شان در صورتی که نیاز داشته باشند - از بهترین موارد مصرف این حقوق است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، صص ۱۴۲-۱۴۳). کاشف الغطاء بر خلاف نظر اکثر فقیهان در مورد نشوز مردی که حقوق همسر خود را ادا نمی‌کند، الزام حاکم به طلاق و سپس طلاق از سوی حاکم را آخرین اقدام می‌داند و همین اختیار را برای حاکم اسلامی درباره زنی که شوهرش گمشده و مردی که نفقه زنش را از روی عصیان یا عجز

نمی‌تواند پردازد نیز قائل است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، ص ۲۲۷). ایشان در بحث لاضرر، ضرر جامعه را بر ضرر فرد مقدم داشته و می‌نویسد: اگر شاخه‌های درختی از خانه به اطراف آن بیرون آید و باعث مزاحمت و اذیت عابران باشد، قطع آنها هرچند با ضرر مالک-لازم است، ولی این ضرر خاص است که باید برای دفع ضرر عام تحمل شود (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۳، صص ۵۸-۵۹).

دقت نظر و توجه شیخ به ملاکات احکام موجب می‌شد تا در پاسخ استفتائات گره‌هایی را بگشاید یا از سوءاستفاده‌های احتمالی جلوگیری کند. وقتی از او در باره معاشرت با زنی که انسان نیت ازدواج با او را دارد پرسش کردند، پاسخ داد: هدف از معاشرت چیست؟ اگر هدف آشنایی با خلق و خوی اوست، با معاشرت قبل از عقد چنین هدفی حاصل نمی‌شود و اگر ازدواج برای تداوم نسل است، با معاشرت نمی‌توان عقیم یا زیابودن زنی را تشخیص داد. با این حال وقتی نگاه کردن به پیکر زن برای ازدواج بلامانع باشد، معاشرت با او نیز جایز است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۷، صص ۳۰۰-۳۰۴) و موارد فراوان دیگر که در این مختصر نمی‌گنجد.

۲-۶. توجه به بعد اخلاقی و اجتماعی فقه

یکی دیگر از مناهج فقه کاشف الغطاء این است که ایشان در ابتدا، انتها و لابه‌لای مباحث فقهی خود به مقتضای بحث یا به سبب اهمیت موضوع به بعد اخلاقی و اجتماعی آن نیز می‌پردازد و مکلفین را به دقت و توجه بیشتر و می‌دارد تا علم به اهمیت و آثار اجتماعی احکام شرعی پیدا کنند و با اعتقاد راسخ نسبت به آن عمل اقدام کنند و خود را از هرگونه افکار و اغراض فاسد و ریا برهانند و جز با اخلاص و پاک کردن دل از شوائب عجب و تکبر نسبت به احکام الهی نیندیشند و عبادت و بندگی را کلید رهایی از تمام بندهای هوای نفس بدانند. کاشف الغطاء در برخی از آثار خود، قبل از ورود به بحث صلات بیانات مبسوط و بسیار مهمی را با رویکرد عرفانی و اخلاقی درباره اهمیت، اقسام و اسرار عبادت و بندگی خدا و انجام فرائض الهی بالاخص نماز مطرح کردند (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۳۹ق، ج ۵، صص ۲۷۵-۲۸۰) و نماز را جز نظافت و تطهیر، عبرت‌آموزی،

فکر کردن، حرکات ورزشی، تلاش‌های عقلانی و مکاشفات روحی نمی‌داند و با استدلال به آیات و روایت‌ها، مردم را به اهمیت دادن به این فریضه الهی تشویق و ترغیب می‌کند (ن.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، صص ۷۷-۸۶؛ ج ۳، صص ۱۲-۱۹). ایشان حج و زکات را از واجبات اساسی دین اسلام و ارکان شریعت می‌داند و در مذمت ترک آن به آیات و روایت‌های متعددی استدلال کرده‌اند و اظهار می‌دارد که خداوند انسان را مرکب از روح و جسم آفریده و برای هر کدام از آنها با هدف تعالی، سعادت، کسب کرامت و رسیدن به درجات عالی انسانی احکامی را مقرر کرده است. حج از اعظم شعایر دین اسلام است، تارک آن باعث خروج از اسلام و داخل در یکی از آن دو ملت (یهود و نصاری) که مقابل دین حنیف است خواهد گردید (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۵، صص ۳۵۷-۳۶۰). ایشان در بحث طلاق مطالبی را تحت عنوان «فائده مهمه» در باره مبغوض بودن طلاق متذکر می‌شود و مؤمنین را برای اصلاح ذات البین و رفع هرگونه نزاع و اختلاف مابین زوجین و تبدیل آن به دوستی و آشتی سفارش می‌کند و در نهایت در صورت غیرممکن بودن ادامه زندگی، با رعایت موازین شرعی اقدام به طلاق کنند. وی به قضات نیز سفارش می‌کند که مواظب خدعه‌ها و نیرنگ‌های زنان باشند و همیشه در نظر و فکر یاد این آیه شریفه باشند که «إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ» (یوسف، ۲۸) و چقدر کید زن‌ها عظیم است (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۵، صص ۲۷۰-۲۷۱).

۲-۷. توجه به بعد عقلانی و فلسفی احکام

کاشف الغطاء سعی دارد تا با بررسی و ارائه فلسفه احکام و تحلیل عقلایی از آنها، به آنان که برخی از احکام اسلامی را دور از عقل تلقی می‌کنند و یا با دیده استبعاد به آن می‌نگرند، پاسخ قانع‌کننده‌ای ارائه کند تا نشان دهد که احکام بر مدار حکمت و مصلحت جعل شده و عقل می‌تواند بسیاری از آنها را درک کند و گمان نشود که احکام الهی، ملاک و ضابطه و مصلحت ندارند. از نظر ایشان معیار در بیشتر احکام -چه در وجوب و چه در حرمت- بر مصلحت و مفسده استوار است و احکام دائرمدار حکمت است؛ بعضی روشن و آشکار و برخی دشوار و پنهان و اینجاست که فقیه

ژرف‌اندیش و دارای وسعت‌نظر از فقیه ناتوان، ضعیف و سست شناخته می‌شود (کاشف الغطا، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، ص ۱۴۲). ایشان روشن‌ترین اسرار و حکمت روزه را پاکی روح و جسم انسان از تمام بدی‌ها و فضولات و تربیت عزم و اراده قوی بر تسخیر هوای نفس و بالابردن قوه عقل و صبر و استقامت تفسیر کرده و می‌گوید: روزه یک عبادت سری است که جز خدا هیچ کس دیگر از حقیقت آن خبر ندارد، اما دیگر عبادات مرکب از نیت و اعمال خارجی است. به همین جهت خدای تعالی در حدیث قدسی می‌فرماید: «کلّ عمل ابن آدم له إلا الصوم؛ فإِنَّه لی وبه أُجْزی» (کلینی، ۱۴۰۱ق، ج ۴، ص ۶۳؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۷۵؛ کاشف الغطا، ۱۴۴۱ق، ج ۱۹، صص ۲۴۳-۲۴۴؛ ج ۲۳، ص ۱۵۶). وی فلسفه تشریح زکات و خمس را کمک اغنیا به فقرا و مشارکت آنان در اموال اغنیا تلقی کرده و می‌نویسد: مصالح عامه‌ای در این تشریح است که اگر انجام پذیرد، باعث صیانت و حمایت دین و دفاع از مبدأ اعلی است. در حقیقت مصالحی در این حکم نهفته است که مردم از درک آن عاجزند (کاشف الغطا، ۱۴۴۱ق، ج ۲، ص ۱۹۳؛ ج ۲۳، صص ۱۴۹-۱۵۰) و در باره فلسفه پایبندی شیعه در سجده بر تربت امام حسین علیه السلام، علاوه بر روایاتی که در فضیلت آن آورده شده می‌گوید: شاید علت این باشد که نمازگزار فداکاری و ایثار صاحب تربت و خاندان و اصحاب او را در راه عقیده و حضرت حق تعالی به یاد آورد و چون سجده برترین ارکان نماز است، مناسب است که نمازگزار با نهادن پیشانی بر این تربت، آنان را که بر این خاک افتادند و ارواحشان از آن جا به ملاء اعلی برخاست به یاد آورد تا خشوع و خضوع در او پدید آید (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۲۳، صص ۹۲-۹۳). وی در باره فلسفه حج بیان می‌دارد که حج کنگره جهانی مسلمانان است تا ابتدا یک‌دیگر را بشناسند و در پرتو این شناخت به هم پیوندند و قدرت واحدی را تشکیل دهند و پشتیبان هم گردند و بر اثر این قدرت و اقتدار بزرگ، هیچ قدرتی در جهان نتواند در برابر آن‌ها بایستد (کاشف الغطاء، ۱۴۳۹ق، ج ۵، صص ۲۷۵-۲۸۰). ایشان در پاسخ به پرسشی در زمینه حکمت آنکه طلاق به دست مرد است می‌نویسد: محدودیت‌های پیش‌بینی شده در طلاق مثل لزوم وجود دو شاهد عادل، همگی برای جلوگیری از شیوع و گسترش آن است. زنان به دلیل عواطف و احساسات و لطافت وجود و قلت صبر و طاقت، به سرعت

تحت تأثیر قرار می‌گیرند و با کمترین مشکلی جزع و فزع می‌کنند؛ از این‌رو چنانچه خداوند اختیار طلاق را به دست آنان می‌داد یا برای آنان نقشی در طلاق قائل می‌شد، طلاق به شدت شایع و نظام خانوادگی مختل می‌گردید و روابط اجتماعی به سبب آن از هم می‌گسست و تداوم نسل بشر با مشکل روبه‌رو می‌شد. همه این امور سبب بروز اختلال در جامعه بشری و برخلاف حکمت و غرض قانون‌گذار است که خواهان آسایش و سعادت انسان است. در اصل تشریح احکام و فرستادن کتب آسمانی و برانگیختن پیامبران جز به منظور تأمین مصالح بندگان و دفع بدی، مفسده و ضرر از آنان نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۷، صص ۹۲-۹۳). او در پاسخ به پرسشی از علت حرمت استفاده از ظروف طلا و نقره با اشاره به تعبدی بودن احکام شرعی و قاصر بودن عقول بشری از کشف تفصیلی اسرار احکام بیان می‌کند که شاید حکمت حرمت آنها تشابه انسان به ستمگران باشد که معمولاً آنان خود را با جواهرات می‌آرایند و به سبب تکبرشان در ظروف طلا غذا می‌خورند و یا چون طلا و نقره به منظور انجام معامله در بین مردم خلق شده و نباید آن‌ها را حبس کرد (کاشف الغطاء، ۱۴۴۱ق، ج ۱۷، ص ۳۲۲).

نتیجه‌گیری

از مطالب گذشته به دست می‌آید که علامه کاشف الغطاء به دلیل احاطه و تسلط کامل به ابواب گوناگون فقه و با برخورداری از ذهن و قیاد و جستجوگر و روحیه مبتکر و خلاق در استنباط و استدلال مسائل فقهی، توانسته است ارزش و جایگاه فقه امامیه را در میان فقه دیگر مذاهب اسلامی مشخص کند که فقه جعفری دارای چه مبانی و محتوای عمیق و استواری است؛ همچنین حریت و شجاعت ایشان در مواجهه با آرای مشهور فقیهان، نقد و رد نظرات آنان با استدلال و اثبات رأی خود و قدرت نوآوری، فقه کاشف الغطاء را فقهی ممتاز می‌کند که در آن نقد دیدگاه فقیهان دیگر و استدلال‌های آنان و نیز فتاوی جدید با استناد به منابع و استظهار از ادله موج می‌زند.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن درید، محمد بن حسن. (۱۹۸۸م). جمهرة اللغة (ج ۱، چاپ اول). بیروت: دار العلم للملایین.
۲. ابن فارس، أحمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (ج ۵، چاپ اول). قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۲، چاپ سوم). بیروت: دار بیروت.
۴. ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة (ج ۶، چاپ اول). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة (مصحح: احمد عبد الغفور عطار، ج ۱، چاپ اول). بیروت: دار العلم للملایین.
۶. خلیلی، جعفر. (۱۴۱۲ق). هکذا عرفتهم (چاپ اول). قم: شریف رضی.
۷. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک (مصحح: علی اکبر غفاری). قم: موسسه اسماعیلیان.
۸. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). لغت نامه (ج ۳ و ۴، چاپ اول). تهران: نشر دانشگاه تهران.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن (چاپ اول). بیروت: دارالشامیة.
۱۰. شیخ صدوق. (۱۴۱۴ق). من لا یحضره الفقیه (مصحح: علی اکبر غفاری، ج ۲). قم: موسسه نشر اسلامی.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). تهذیب الأحکام (ج ۳، چاپ سوم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۱۲. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام (ج ۷). قم: جامعه مدرسین.
۱۳. کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۴۳۹ق). موسوعة الإمام محمد الحسین آل کاشف الغطاء، آثار کلامی (الإعداد والتحقیق: مرکز إحياء التراث الإسلامی، ج ۵، الطبعة الأولى). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۱۴. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۳۹ق). موسوعة كاشف الغطاء (الآثار الكلامية: الفردوس الأعلى) (ج ۵). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۵. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). بحوث فقهية (بالفارسية) ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۲۵). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۶. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). تحرير المجلة ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۷. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). تعليقات على العروة الوثقى ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۲۱). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۸. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). تعليقات على تبصرة المتعلمين ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۲۴). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۹. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). تعليقات على سفينة النجاة، ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۲۳). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۰. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). دائرة المعارف العليا ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۱۷ و ۱۸). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۱. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). سؤال و جواب ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۱۹). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۲. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). شرح العروة الوثقى ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۴، ۷، ۱۰ و ۱۲). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۳. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۴۴۱ق). وجيزة الأحكام و... ← موسوعة كاشف الغطاء، الآثار فقهية (ج ۲۰). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۱ق). الکافی (محقق: علی اکبر غفاری، ج ۴، ۱، چاپ چهارم) بیروت: دار الصعب ودار التعارف. تهران: افست دار الکتب الاسلامیه.
۲۵. نجفی، محمد حرزالدین. (۱۴۰۵ق). معارف الرجال في تراجم العلماء والأدباء (تعليق: محمدحسین حرزالدین، چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.

References

*The Holy Quran

1. Azhari, M. (1421 AH). *Tahdeeb al-Lugha* (1st ed., Vol. 6). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
2. Dehkhoda, A. A. (1373 AP). *Dictionary* (1st ed., Vols. 3 & 4). Tehran: Tehran University Press. [In Persian]
3. Fazel Hendi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham* (Vol. 7). Qom: Society of teachers. [In Arabic]
4. Ibn Doraid, M. (1988). *Jamharah al-Lugha* (1st ed., Vol. 1). Beirut: Dar al-Ilm le al-Mala'een.
5. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqaees al-Lugha* (1st ed., Vol. 5). Qom: Maktab al-A'alam Islami. [In Arabic]
6. Ibn Manzoor, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed., Vol. 2). Beirut: Dar Beirut. [In Arabic]
7. Johari, I. (1376 AH). *Sahaha: Taj al-Lugha va Sahaha al-Arabiya* (Abdul Ghafoor Attar, A, Ed., 1st ed., Vol. 1). Beirut: Dar al-Ilm le al-Malaeen. [In Arabic]
8. Kashif al-Ghata, Mohammad Hossein. (1441 AH). *Question and answer. Kashif al-Ghita's encyclopedia, al-Akhtar al-Fiqhiya* (Vol. 19). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
9. Kashif al-Ghita, M. H. (1439 AH). *Encyclopaedia of Imam Muhammad al-Hussein al-Kashif al-Ghitah, theological works* (al-Adad va al-Tahqiq: Center for the Restoration of Islamic Tradition, 1st ed., Vol. 5). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
10. Kashif al-Ghita, M. H. (1439 AH). *Encyclopedia of Kashif al-Ghita* (al-Atar al-Kalamiyyah: al-Ferdous al-A'ala) (Vol. 5). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
11. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *al-Olya Encyclopaedia. Kashif al-Ghita's encyclopedia, al-Aqti al-Fahhiya* (Vols. 17 & 18). Qom: Islamic Science and Culture Research Institute. [In Arabic]
12. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Bohouth al-Fiqhiya (in Persian) Kashif al-Ghita's encyclopedia, al-Athar al-Fiqhiya* (Vol. 25). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]

13. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Sharh al-Urwa al-Wosqa. Encyclopedia of Kashif al-Ghita, al-Athar Fiqhiya* (Vols. 4, 7, 10 & 12). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
14. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Tahrir al-Majala. Kashif al-Ghita encyclopedia, al-Athar Fiqhiya* (Vols. 13, 14, 15 & 16). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
15. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Taliqat ala al-Safina al-Nijat, Kashif al-Ghitah encyclopedia, al- Athar Fiqhiya* (Vol. 23). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
16. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Taliqat ala al-Urwat al-Wosqa. Encyclopedia of Kashif al-Ghita, al-Athar Fiqhiya* (Vol. 21). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
17. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Taliqat ala Tabsirah al-Muti'alemin. Kashif al-Ghita's encyclopedia, al- Athar Fiqhiya* (Vol. 24). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
18. Kashif al-Ghita, M. H. (1441 AH). *Wajizah al-Ahkam va ... Kashif al-Ghita's encyclopedia, al- Athar Fiqhiya* (Vol. 20). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy. [In Arabic]
19. Khalili, J. (1412 AH). *Hakada Araftuhum* (1st ed.). Qom: Sharif Razi. [In Arabic]
20. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame al-Madarik* (Ghaffari, A. A, Ed.). Qom: Esmaeilian Institute. [In Arabic]
21. Koleyni, M. (1401 AH). *al-Kafi* (A. A., Ghafari, Ed., 4th ed., Vols. 1 & 4) Beirut: Dar al-Sa'ab va Dar al-Ta'aruf. Tehran: Offset Dar al-Kotob al-Islama. [In Arabic]
22. Najafi, M. H. (1405 AH). *Ma'arif al-Rijal Fi Tarajum al-Ulama va al-Udaba* (Herz al-Din, M. H, Ed., 1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
23. Ragheb Esfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an* (1st ed.). Beirut: Dar al-Shamiya. [In Arabic]
24. Sheikh Sadouq. (1414 AH). *Man La Yahdrah al-Faqih* (A. A., Ghafari, Ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
25. Tusi, M. (1363 AP). *Tahdeeb al-Ahkam* (3rd ed., Vol. 3). Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. [In Persian]

Research Article
**A Jurisprudential Examination of the
Government's Air Transit Contract**

Javad Niagar¹ Mohsen Akhoundi² Mostafa Jafar Pishehfard³

Received: 31/07/2022

Accepted: 27/03/2023

Abstract



The transit contract is one of the new and common international contracts that requires crossing the geography of countries' territories along with the provision of transit services and is considered as public interests and rights. According to the case laws, this contract is concluded only by governments as competent legal entities in international forums. Types of transit have been illustrated, which in the air transit section takes place by passing through the ultra-surface space of personal and national lands, which are interpreted as territories of the land. Despite the possibility of illegitimate use of transit on the one hand and the existence of jurisprudential and legal disputes in the ownership of land territories on the other hand, the necessity of compliance of this contract with the

1. Professor at the Islamic Seminary Management Center, Tabriz, Iran (corresponding author).
jneiagar59@yahoo.com.

2. Professor, Department of Fiqh, al-Mustafa International University, Qom, Iran. M.a.akhoundi@gmail.com.

3. Professor, Department of Fiqh, al-Mustafa International University, Qom, Iran. M.jafar1110@yahoo.com.

* Niagar, J., & Akhoundi, M., & Jafar Pishehfard, M. (1402 AP). A Jurisprudential Examination of the Government's Air Transit Contract. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 91-116.

Doi:10.22081/jf.2023.63875.2536.

● © 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..

jurisprudential and legal standards prescribed in international laws is an issue that the current research has tried in this article with an analytical-descriptive method. While referring to the property of the ultra-surface space facing the land and its ownership status, its compliance with standards of jurisprudence has been examined. The result of this study suggests that, contrary to some views expressed in the ownership of land territories, the common structure of such a contract is consistent with valid jurisprudential standards in "transit contract".

Keywords

Air Transit, Public Property, Space Value, Facing Space.

مقاله پژوهشی

بررسی فقهی قرارداد ترانزیت هوایی دولت

جواد نیاگار^۱ محسن آخوندی^۲ مصطفی جعفرپیشه‌فرد^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹

© Author (s)

چکیده

قرارداد ترانزیت یکی از قراردادهای نوپیدا و رایج بین‌المللی است که مستلزم عبور از جغرافیای سرزمین کشورها به همراه ارائه خدمات عبوری است و به‌عنوان منافع و حقوق عمومی محسوب می‌شود. این قرارداد با توجه به قوانین موضوعه، تنها توسط دولت‌ها به‌عنوان شخص حقوقی دارای صلاحیت، در مجامع بین‌الملل منعقد می‌شود. برای ترانزیت اقسامی ترسیم شده است که در قسم ترانزیت هوایی با عبور از فضای فراسطحی اراضی شخصی و ملی صورت می‌پذیرد که از چنین فضاها به‌عنوان توابع زمین تعبیر می‌شود. با وجود احتمال استفاده نامشروع از ترانزیت از یک طرف و وجود اختلاف فقهی و حقوقی در مالکیت توابع زمین از سوی دیگر، ضرورت انطباق این قرارداد با ضوابط فقهی و حقوقی مقرر در قوانین بین‌المللی، مسئله‌ای است که پژوهش حاضر با روش تحلیلی-توصیفی در این نوشتار کوشش شده است ضمن اشاره به مالیت فضای فراسطحی محاذی زمین و وضعیت مالکیت آن، میزان انطباق آن با ضوابط فقهی بررسی شود. برآیند این پژوهش بیانگر آن است که برخلاف برخی از دیدگاه‌های مطرح‌شده در زمینه مالکیت توابع زمین، ساختار رایج چنین قراردادی با ضوابط فقهی معتبر در «قرارداد ترانزیت» منطبق است.

کلیدواژه‌ها

ترانزیت، فضای محاذی، دولت، اموال عمومی، مالیت فضا.

۱. استاد مرکز مدیریت حوزه علمیه، تبریز، ایران (نویسنده مسئول). jneiagar59@yahoo.com
۲. استاد گروه علمی فقه دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. M.a.akhoundi@gmail.com
۳. استاد گروه علمی فقه دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. M.jafar1110@yahoo.com

* نیاگار، جواد؛ آخوندی، محسن و جعفرپیشه‌فرد، مصطفی. (۱۴۰۲). بررسی فقهی قرارداد ترانزیت هوایی دولت. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۹۱-۱۱۶.
 Doi:10.22081/jf.2023.63875.2536



موضوع ترانزیت از دیرباز مورد توجه کشورها بوده و هست و به‌عنوان یکی از عوامل مهم در توسعه روابط اقتصادی و حتی سیاسی و امنیتی در میان دولت‌ها به صورت قرارداد انجام می‌پذیرد. امروزه استفاده از این فضاها به‌عنوان قلمرو سرزمینی و منافع عمومی، موجب پیدایش اشتغال و به‌کارگیری نیروی انسانی به طور مستقیم یا با واسطه شده است که این امر مورد توجه ویژه کشورها می‌باشد. کشور جمهوری اسلامی ایران نیز از جمله کشورهایی است که از مزایای ترانزیتی مناسبی بهره‌مند بوده و به منظور بهره‌وری از این مزیت، با دیگر کشورها قرارداد ترانزیت منعقد می‌کند. درباره گونه‌های ترانزیت نیز می‌توان از «ترانزیت زمینی»، «ترانزیت دریایی» و «ترانزیت هوایی» یاد کرد.

بر اساس آنچه گذشت، قرارداد ترانزیت هوایی یکی از قراردادهای مهم بین‌المللی است که در زمینه‌های گوناگون و بیشتر با هدف اقتصادی، با عبور از فضای فراسطوحی اراضی شخصی و ملی طراحی شده است. اختلاف نظر درباره میزان مالیت و مالکیت این فضاها و احتمال سوء بهره‌وری از امر ترانزیت، سبب ایجاد اختلال در نظم جامعه یک کشور بلکه جامعه جهانی از جهت تولید، امنیت و ترویج کالاهای نامشروع و ممنوعه و در نتیجه موجب درآمدهای نامشروع و غیر قانونی می‌شود و در پی آن، مناقشه‌هایی درباره میزان اعتبار این قرارداد به ویژه انطباق آن با ضوابط فقهی مطرح می‌گردد. این نکته به همراه برخی دیگر از ویژگی‌های این قرارداد در پژوهش پیش‌رو اعتبارسنجی می‌شود.

باید اضافه کرد، پژوهش‌هایی در زمینه ترانزیت صورت گرفته است که رویکرد بیشتر آنها در این مسئله، حقوقی است. ولی از نظر پیشینه فقهی، تحقیقی با هدف میزان انطباق آن با ضوابط فقهی به منظور مشروعیت‌دهی آن صورت پذیرفته است.

لکن نوشتار حاضر با توجه به ارائه خاص از فعالیت ترانزیتی دولت در پی آن است تا ضمن بیان مشروعیت ترانزیت دولت از فضای فراسطوحی محاذی زمین، این مسئله را بررسی کند که آیا ترانزیت هوایی دولت در فضای فراسطوحی اراضی خصوصی و

عمومی مشروعیت دارد یا نه؟ نوشتار حاضر پاسخ به این پرسش را با مطالعه کتابخانه‌ای و به شیوه اجتهادی مورد بحث قرار می‌دهد.

نوشتار پیش‌رو ضمن بیان مفاهیم ترانزیت هوایی و قلمرو آن، دولت، مالیت داشتن فضا و نیز ماهیت و ادله مشروعیت ترانزیت هوایی دولت را از دیدگاه فقه امامیه و به شیوه اجتهادی بررسی و به جمع‌بندی نهایی می‌پردازد و رویکرد مختار خود را ارائه می‌دهد.

۱. ترانزیت هوایی

ترانزیت واژه‌ای است که از ترجمه عبارت لاتینی Transit به دست آمده است و معنای لغوی آن در زبان فارسی عبور، گذر و راه است (دیکشنری انگلیسی آبادیس). آنچه از ترانزیت هوایی در قوانین بین‌المللی آمده است، عبارت از انتقال و حمل کالا یا مسافر توسط حامل هوایی، با اجازه عبور از کشور صاحب قلمرو سرزمینی خود که حاکمیت مستقل دارد و از آن به «کشور ترانزیت» تعبیر می‌شود، است. حمل و نقل هوایی اولین مرتبه برای حمل مراسلات پستی به عنوان محموله باری مورد استفاده قرار گرفته است (ام.م.والاس، ۱۳۷۸، ص ۱۶۷).

با اقتباس از قانون تجارت جهانی، پیمان‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و داخلی (قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی، ماده ۱) ترانزیت به طور کلی عبارت از حمل و نقل و استفاده از قلمرو سرزمینی به منظور عبور دادن کالا یا اشخاص اعم از زمینی، دریایی، هوایی و خطوط انتقال لوله‌ای و سیمی از نقطه‌ای به نقطه دیگر با رعایت قوانین و مقررات حاکم بر آن است و قراردادی است که میان دولت‌ها منعقد می‌شود که حمل و نقل کالا یا اشخاص را از مرز مجاز می‌کند (نیاگار، ۱۴۰۰، ص ۱۶).

۲. مفهوم قرارداد ترانزیت

در قرارداد ترانزیت دولت‌ها به منظور تحکیم پیوندهای ارتباطی بین‌الدولی و همکاری تجاری و اقتصادی میان خودشان و کشورهای مستقل مشترک‌المنافع و ایجاد تسهیلات

در زمینه عبور ترانزیتی کالا، بر اساس یادداشت تفاهم امضا شده توسط نماینده طرف‌های متعاقد و دست کم میان سه دولت صورت می‌گیرد. ترانزیت بر اساس مفاد این قرارداد شامل همه انواع گوناگون آن اعم از ترانزیت زمینی، هوایی و دریایی می‌گردد که در قلمرو این سه کشور و با تعهد هر سه شخص حقوقی منعقد می‌شود؛ همچنین، از این نوع قرارداد در اصطلاح موافقت‌نامه‌ها، به «ترانزیت بین‌المللی کالا» تعبیر شده است؛ و به عبور کالا از قلمرو یکی از طرف‌های متعاقد که میان نقطه مبدا و مقصد خارج از قلمرو طرف مذکور قرار دارد اطلاق می‌گردد (قانون موافقت‌نامه ترانزیت بین‌المللی کالا میان جمهوری اسلامی ایران، جمهوری هند و ترکمنستان، ماده ۲، تبصره ۲). هر سه کشور ملتزم به انجام، رعایت و عملیاتی کردن مفاد قرارداد ترانزیتی میان خودشان هستند.

۳. قلمرو قرارداد ترانزیت

در قرارداد ترانزیت با توجه به قانون امور گمرکی مقرر شده که ترانزیت خارجی کالاهایی که به کشور وارد می‌شوند، در حدود قراردادهای موافقت‌نامه‌های منعقد شده میان دولت‌های دو طرف، به هیچ‌گونه مجوزی نیاز ندارد. البته اگر بنا بر علل امنیتی و مذهبی، ورود کالا یا اشخاص به کشور ممنوع باشد، در چنین صورتی امکان عبور ترانزیتی نخواهد داشت (قانون حمل و نقل و عبور کالای خارجی در ایران، ماده ۳). در ضمن، شورای امنیت کشور نیز وظیفه دارد فهرست کالاهای ممنوعه برای ترانزیت خارجی را تهیه و در اختیار دولت قرار دهد؛ تا با تصویب هیئت وزیران، ممنوعیت ترانزیت این کالاها اجرا گردد (آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی، ماده ۱۲۳، بند «ت»؛ همچنین، دولت می‌تواند با صدور تصویب‌نامه، عبور خارجی، ورود موقت، عمل انتقال یا کران بری (کابوتاژ) هر کالایی را به اقتضای مصالح اقتصادی یا امنیت عمومی یا بهداشتی منع، یا مقید به شرایطی کند (آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی، ماده ۱۲۵).

۴. مفهوم دولت

در نظام حقوقی و فقهی، دولت به دو صورت بیان می‌شود: یکی به معنای خاص آن که

بر قوه مجریه اطلاق می‌شود. در این معنا وزارتخانه‌ها فاقد شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۱)، و دیگری به معنای عام دولت است که عبارت از حکومت و هیئت حاکمه بوده و در بردارنده همه ارکان و اجزای حکومت می‌شود و وصف بارز آن حاکمیت و سلطه در روابط خارجی و بین‌المللی است (مرتضوی، ۱۳۹۵، ص ۶۱). منظور از دولت در پژوهش حاضر به معنای عام آن است که قدرت حاکمیت آن سرزمین را داشته و از آن تعبیر به کشور می‌شود.

۵. مالیت‌داشتن فضای محاذی زمین

عنوان مال یک امر عرفی و عقلایی است، یعنی هر آن چیزی را که آثار مالیت بر آن مترتب کنند، مالیت پیدا کرده و مال محسوب خواهد شد. آنچه که در فقه ملاک و مرجع تعیین ملکیت یا مالیت‌داشتن یک چیز دانسته شده است، عرف است (نراقی، ۱۴۱۷ق، عانده ۱۱، ص ۱۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۳۴۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۶۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ص ۵۳)؛ بنابراین آن چیزی مال است که مورد رغبت و تقاضای عقلا واقع گردد، به طوری که چنین رغبت و تقاضایی باعث گردد که عقلا در عوض به دست آوردن آن بهایی پردازد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۰). با این ملاک امروزه نیز، فعالیت و تصرفات هوایی در فضای قلمرو سرزمینی، با صرف نظر از هر نوع جعل و قرارداد اجتماعی یا بین‌المللی، برای عقلا مطلوبیت دارد، چنانکه وقتی دولت‌ها در این فضاها خدماتی ارائه می‌دهد، از جمله مسیرها و عبورهای هوایی ایمنی را فراهم می‌کنند، مورد رغبت و تقاضای کشورها قرار می‌گیرد و این نیز دلیل بر مالیت‌داشتن فضای محاذی زمین می‌باشد.

۶. مالکیت فضای فوقانی محاذی زمین

آنچه از بررسی و تحلیل نظریه‌های موجود در فقه قابل تحصیل بود این است که در باره مالکیت فضای سطوح گوناگون محاذی زمین اعم از فراسطحی و فروسطحی، سه دیدگاه عمده وجود دارد که به باور برخی از فقیهان چنین فضاهایی را مطلقاً از مباحات

اصلیه می‌دانند و هیچ مالکیتی را برای مالکان نمی‌پذیرند و تنها حق اولویت و حق اختصاص را برای صاحب زمین می‌دانند که نسبت به دیگر مردم اولویت در تصرف دارند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۲۵۶؛ نائینی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵). بعضی دیگر از فقیهان در این زمینه معتقدند که مالکیت نسبت به چنین فضاهایی بی‌حد و حصر برای مالکان اثبات شده است و صاحب زمین حق هرگونه تصرفاتی را در سطوح گوناگون زمین آن هم به صورت نامحدود دارد. آنان بر اساس برداشتی که از برخی روایت‌ها داشته‌اند، به این قاعده «من ملک شیئاً من الأرض ملک قراره إلى الأرض السابعة و هو اه إلى السماء» رسیده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۱۷۷؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۴۰). از میان این دیدگاه‌ها، نظریه‌ای که از استحکام بیشتری برخوردار است و مناقشه‌های نظریه‌های قبلی را ندارد، نظریه محدود در مالکیت نسبت به چنین فضاهایی می‌باشد و تصرفات مالکان زمین را در حد احتیاجات عرفی مشروع می‌دانند و بیش از مازاد بر آن را از اموال ملی و انفال می‌دانند که در اختیار دولت اسلامی قرار می‌گیرد تا بر اساس مصالح عمومی و با حفظ برقراری امنیت و رفع ضرر از املاک خصوصی بهره‌مند گردد (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۵۸۸؛ خویی، ۱۴۱۳ق، الجزء الثالث، ص ۶۰). قائلین به این نظریه، دیدگاه مشهور را پذیرفته و معتقدند که برای مالکیت بی‌حد و حصر دلیلی وجود ندارد و اعتبار چنین ملکیتی عقلایی و شرعی نمی‌باشد (خویی، ۱۴۱۳ق، الجزء الثالث، ص ۶۰)؛ بنابراین با پذیرش این نظریه برای مالک زمین، ملک نسبت به مقداری متعارف از فضای محاذی زمین اعم از زیرسطحی و فراسطحی حق مالکیت دارد، به طوری که عرف بر آن صحه گذاشته و سیره نیز در مورد آن شکل گرفته باشد و بیشتر از آن مقدار در اختیار مالک زمین نخواهد بود. چنانچه در پاسخ به استفتایی در این زمینه، حضرت امام خمینی علیه السلام می‌فرمایند: «اصل مسئله تبعیت اعماق زمین و نیز هوا نسبت به املاک شخصی تا حدود احتیاجات عرفی است؛ مثلاً اگر کسی در خارج از محدوده منزل و یا زمین شخصی و یا وقفی کانالی زده و از زیر زمین آنها عبور کند و یا تصرف نماید، دارندگان منازل و زمین و یا متولیان نمی‌توانند ادعایی کنند؛ و یا اگر کسی بالاتر از مقدار متعارف بنایی ایجاد و یا رفت و آمد کند، هیچ‌یک از مالکین و یا متولیان حق جلوگیری از او را ندارند و بالأخره

تبعیت زمین شخصی به مقدار عرفی است و آلات جدیده هیچ گونه دخالتی در تعیین مقدار عرفی ندارد. ولی تبعیت اراضی کشور مقدارش بسیار زیاد است و دولت حق دارد تا از تصرف بیش از حق عرفی شخص و یا اشخاص جلوگیری نماید؛ بنابراین نفت و گاز و معادنی که خارج از حدود عرفی املاک شخصی است تابع املاک نمی‌باشد و اما اگر فرض کنیم معادن و نفت و گاز در حدود املاک شخصی است که فرض بی‌واقعیت است این معادن چون ملی است و متعلق به ملت‌های حال و آینده است که در طول زمان موجود می‌گردند از تبعیت املاک شخصیه خارج است و دولت اسلامی می‌تواند آنها را استخراج کند؛ ولی باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند دیگر زمین‌ها بدون محاسبه معادن در قیمت و یا اجاره پردازد و مالک نمی‌تواند از این امر جلوگیری نماید» (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۵۸۸).

نکته دارای اهمیت در عبارت حضرت امام خمینی علیه السلام این است که نخست، ایشان تبعیت زمین در سطوح گوناگون زمین را اعم از زیرسطحی و فراسطحی به طور مطلق نمی‌دانند؛ بلکه مالکیت را در این زمینه در حد احتیاجات عرفی پذیرفته‌اند. دوم اینکه ایشان فضاهای مازاد بر احتیاجات عرفی را مشمول اموال ملی دانسته‌اند و به همین منظور اختیار آن را بر عهده دولت اسلامی می‌دانند تا بر اساس رعایت مصالح عامه، از تصرف غیر متعارف اشخاص و بیش از حد ممانعت به عمل آورد. سوم ایشان در تعارض تصرفات بیش از حد متعارف دولت با املاک شخصی، قائل به رجحان حقوق عمومی بوده و در عوض آن تصرفات اگر مستلزم ضرر به املاک شخصی باشد، دولت باید قیمت املاک یا اجاره آن را بدهد. اما مسئله دیگری که در عبارت حضرت امام علیه السلام دارای اهمیت است این که ایشان مسئله تبعیت فضا از اراضی کشور در سطوح گوناگون زمین را نیز مطرح فرموده‌اند؛ از این رو منظور از تبعیت کشور، نسبت به کشورهای بیگانه اطلاق دارد و چون اختیارات دولت در زمینه تصرف بر اعماق زمین و فضای فوقانی آن امری عقلایی است، اختیارات وسیع‌تری را برای دولت در نظر می‌گیرند و اگر اختیارات کشور را نسبت به کشورهای دیگر در نظر بگیریم به طور قطعی همه موارد خارج از حدود ملکیت عرفی افراد، از املاک عمومی محسوب می‌شود؛ از این رو بیشتر از مقدار

متعارف آن یا از مباحث بوده و یا از انفال و مشترکات عمومی است که اختیار آن بر عهده دولت اسلامی بوده که بر اساس مصالح عمومی هرگونه تصرفاتی را و از جمله ایجاد مسیرهای هوایی و ترانزیتی دارد.

در نتیجه امروزه در عصر ما، دریاها و فضا و حق عبور ماشین‌ها و هواپیماها از فضاهای سطحی و فراسطحی از اهمیت بیشتری برخوردار هستند و همه این‌ها از انفال محسوب می‌شود که در تحت اختیار حکومت و دولت قرار دارد. حتی با عبور هواپیماها و دیگر وسایل عبوری، از فضاهای فراسطحی مالکین شخصی، سبب ایجاد تزاخم میان حقوق خصوصی با حقوق عمومی نمی‌شود. البته عبور از فضاهای فراسطحی، سطحی و فروسطحی، یک کشور و بدون اذن حاکم یا رئیس آن مملکت، تصرف در سلطنت غیر و تجاوز محسوب می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۴، صص ۷۴، ۱۶) که قول راجح در این نوشتار نیز همین نظریه است.

۷. عقدی یا ایقاعی بودن ترانزیت

در کتب فقهی معیار عقد بودن یا ایقاع این است که اگر معنای انشایی تحت ولایت یک شخص باشد، ایقاع است و اگر تحت ولایت دو شخص باشد، عقد است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۴۰). به عبارت دیگر، معاملات دو گونه هستند که در یکی حصول آن‌ها متوقف بر انشای دو طرف هستند که عقد نامیده می‌شود؛ مانند: بیع، اجاره، هبه و دیگر عقود؛ و دیگری متوقف بر انشای دو طرف نیست که ایقاع نامیده می‌شود؛ مانند: طلاق، عتاق و دیگر ایقاعات (نانینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۳؛ خمینی، ۱۴۲۰ق، ص ۲۰۹)؛ بنابراین با بیان تفاوت میان عقد و ایقاع، ترانزیت قراردادی است میان دو شخص حقوقی که یکی صاحب قلمرو و دیگری متقاضی استفاده از امکانات و خدمات عبور بین‌المللی از آن قلمرو سرزمینی می‌باشد که با رعایت همه شرایط عمومی عقود منعقد می‌گردد و بر این اساس می‌توان گفت که ترانزیت از عقود به شمار می‌آید، نه از ایقاعات؛ زیرا ترانزیت به معنای مصطلح در قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی حداقل میان سه کشور واقع می‌شود، به طوری که کشور مبدأ و کشور مقصد، هر دو یا

یکی از آنها، یک طرف قرارداد در ترانزیت بوده و طرف دیگر، کشور محل ترانزیت است که نیاز به قبول آن دارد (قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی، ماده ۱)؛ در حالی که ایقاع عملی یک‌جانبه محسوب می‌شود. علاوه بر آن ترانزیت در حقوق بین‌الملل، از نوع معاهده قرارداد می‌باشد و بر این اساس، در اقتضای معاهده بودن ترانزیت، دو طرف لازم است و به صورت دوجانبه یا چندجانبه منعقد می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۴۱). در نتیجه نمی‌توان چنین معاهداتی را به صورت یک‌جانبه و مانند ایقاع منعقد کرد.

۸. شرایط ترانزیت

عقد ترانزیت از نظر تحقق، اعتبار و شرایط صحت، مانند دیگر عقود، تابع قواعد و شروط کلی است که به قواعد عمومی قراردادها معروفند و علاوه بر آن دارای شرایط اختصاصی نیز است که به ذکر آن پرداخته می‌شود.

۸-۱. شرایط عمومی قرارداد ترانزیت

هریک از ارکان قرارداد ترانزیت که عبارت از شروط مربوط به نفس قرارداد، متعاقدین و مورد آن است، باید واجد شرایطی باشد تا صحت آن، مورد امضای شارع قرار گیرد؛ بنابراین قرارداد ترانزیت با بررسی‌هایی که صورت گرفته است، علاوه بر اینکه تابع مقررات خاص ترانزیت است، از نظر شرایط صحت و آثار عقد و انحلال آن، از قوانین بین‌المللی و احکام شریعت نیز پیروی می‌کند؛ زیرا وجود شروط صیغه انشاء، قصد، رضا، اهلیت طرفین و مشروعیت جهت معامله در قرارداد ترانزیت لازم و ضروری است؛ به طوری که در صورت عدم رعایت آنها منعقد نمی‌شود؛ از این رو قرارداد ترانزیت مانند دیگر قراردادها شروط کلی آن را دارا است.

۸-۲. شرایط اختصاصی قرارداد ترانزیت

قرارداد ترانزیت از یک سری قواعد اختصاصی دیگر از جمله رعایت تشریفات نیز

تبعیت می‌کنند که این قواعد در تفسیر و اجرای قراردادها و رسیدگی قضایی نسبت به اختلافات ناشی از آن‌ها از اهمیت به‌سزایی برخوردارند.

۸-۲-۱. تشریفات بودن انعقاد قرارداد ترانزیت

یکی از ویژگی‌های قرارداد ترانزیت به جهت بین‌المللی بودنش که توسط دولت‌ها و اشخاص حقوقی انجام می‌گیرد، تشریفات بودن آن است؛ درحالی‌که انعقاد قراردادهای مدنی بین متعاملین، تابع هیچ‌گونه تشریفات نیست (انصاری، ۱۳۷۴، ص ۵۵). تشریفات لازم برای انعقاد قراردادهای دولتی به تفصیل در قانون برگزاری مناقصات و قانون محاسبات عمومی، آیین‌نامه معاملات دولتی و دیگر قوانین مرتبط بیان شده است. اهمیت تشریفات در قراردادهای دولتی و اداری به حدی است که عدم رعایت آن موجب بطلان قرارداد می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳).

۸-۲-۲. کتبی و تعیین مدت قرارداد ترانزیت

شرط شکلی مندرج در کنوانسیون وین ایجاب می‌کند که معاهده بین‌المللی الزاماً به صورت کتبی تنظیم و منعقد شود (کنوانسیون وین، ۱۹۶۹م، ماده ۲، بند ۱). اگرچه در حقوق خصوصی هر قراردادی ممکن است به ایجاب و قبول، حتی با لفظ و بدون این‌که نوشته‌ای ردوبدل شود منعقد گردد، ولی انعقاد قرارداد ترانزیت به صورت کتبی ضرورت دارد. تعیین مدت نیز یکی دیگر از شرایط لازم در عقد ترانزیت است. نتیجه اینکه شروع قرارداد و تاریخ امضای آن باید مشخص و واضح باشد؛ چراکه از جهت آثار قرارداد و امکان مطالبه خسارت یا اجرای تعهدات مؤثر خواهد بود.

۸-۲-۳. شخص حقوقی بودن طرفین

در قرارداد ترانزیت، طرفین باید شخصیت حقوقی بین‌المللی داشته باشند و این اشخاص نیز جز دولت‌ها، اشخاص دیگری نمی‌توانند باشند.

۹. مقتضای اصول اولیه درباره مشروعیت ترانزیت

همه فقیهان، مقتضای اصل در عقود و معاملات را با صرف نظر از امضایی و تأسیسی بودن عقود و نیز با قطع نظر از عموماً و اطلاعات باب معاملات، فساد می‌دانند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۰۴؛ گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۲). اصل فساد در معاملات به این معنا است که اگر در صحت شرعی عقد تردیدی به وجود آمد، شرعاً اثر مطلوب بر آن بار نمی‌شود؛ بنابراین اگر در مشروعیت عقدی تردید شد، اصل عدم نقل و در نتیجه، اصل عدم ترتب اثر است، لذا اصل اولی آن را نفی می‌کند، مگر آنکه دلیل شرعی اقامه شود و آن را اثبات کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۶۰؛ خوئی، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۵۸؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۳؛ گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۲).

بنابراین بر اساس مقتضای اصل اولی یا استصحاب عدم، در صورت فساد عقود و از جمله قرارداد ترانزیت، آثار مقصود بر عقد حادث و مشکوک مترتب نمی‌شود؛ زیرا آثار و نتایج مترتب بر عقد، حالت سابقه عدمی دارند و عدم آثار، متیقن است، مگر آن که دلیلی بر صحت و ترتب آثار وجود داشته باشد؛ زیرا صحت که از احکام وضعی است، متوقف بر نظر شارع و توقیف از ناحیه او است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۱۴۱-۱۴۲).

۱۰. مقتضای ادله اجتهادی درباره مشروعیت ترانزیت

بعد از بیان مقتضای اصل اولی در معاملات و عقود یعنی فساد و بطلان، این پرسش مطرح می‌شود که آیا ادله دیگری در باب معاملات و عقود مستحدثه وجود دارد که قرارداد ترانزیت را از تحت اصل اولی خارج کند یا خیر؟ و به عبارت دیگر آیا دلیلی بر صحت قرارداد ترانزیت دولت از فضای محاذی زمین برای اثبات مشروعیت آن وجود دارد یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش ضروری است که ادله اجتهادی را بر اساس مبانی توقیفی بودن یا نبودن عقود مورد بررسی قرار دهیم تا مشروعیت ترانزیت دولت بیشتر روشن گردد.

۱۰-۱. مبانی توقیفی بودن عقود

برخی از فقیهان معتقدند به دلیل اینکه ادله صحت عقود شامل عقود مستحدث و از

جمله ترانزیت نمی‌شود، تلاش کرده‌اند چنین عقودی را با دیگر عقود معهوده فقهی یعنی عقود معین مانند بیع، اجاره، صلح، هبه، جعاله و غیره مقایسه کرده و از راه انطباق عقود مستحدثه با عقود معین تصحیح کنند؛ زیرا اعتبار این عقود معین قطعی است و شروط شرعی در این عقود سهل‌تر است و قانون‌گذار در مورد این عقود سخت‌گیری نکرده است؛ بنابراین در این نوشتار، عقد ترانزیت دولت، بر مبنای توقیفی بودن عقود با عقود معینی که امکان اندراج در تحت آنها را دارد، مقایسه می‌شود و بنابر نظر فقیهانی که عموماً و اطلاقات ادله را در اثبات قراردادهای نوظهور نمی‌پذیرند، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱۰-۱-۱۰. تصحیح قرارداد ترانزیت در قالب عقد اجاره

در بررسی و نقد نظریات گوناگون فقیهان در مورد عقد اجاره، بنابر نظر مشهور و بیشتر فقیهان، ابتدا باید گفت که اجاره عبارت است از تملیک منفعت یا عمل در مقابل عوض؛ از این رو اجاره عین از مورد معامله بیرون است و تعهد مالک نسبت به تسلیم عین از باب وفای به عقد و ایفای تعهد نسبت به عقد اجاره نیست، بلکه از آنجا که مؤجر موظف به وفای به عقد و تسلیم منفعت به مستأجر است و تسلیم منفعت نیز، جز از طریق تسلیم عین و اذن در تصرف آن امکان‌پذیر نیست، از این جهت، مالک عین را در اختیار مستأجر قرار می‌دهد.

پس با این توضیح ماهیت ترانزیت در ابتدای امر به اجاره بسیار نزدیک است و بر اساس شرایط عمومی و اختصاصی عقد اجاره، در ترانزیت مطابق ویژگی‌های موجود درخواست شده، عوض یا حق معینی داده می‌شود. ولی یافته‌های این پژوهش که به روش فقهی و تحلیلی سامان یافته است نشان می‌دهد که استفاده از قالب اجاره نمی‌تواند به تصحیح فقهی قرارداد ترانزیت بیانجامد؛ زیرا در ماهیت اجاره عنوان «تملیک» رکنیت دارد؛ در حالی که در ماهیت ترانزیت دولت حق واگذاری قلمرو سرزمینی را به صورت تملیک، هر چند در شکل منفعت ندارد؛ چون از یک طرف تملیک آثار خاصی دارد که با ماهیت ترانزیت متفاوت بوده و نمی‌توان قلمرو کشوری را به صورت ملکی به دولت

دیگر واگذار نمود و از طرف دیگر، تملیک معنای انحصاری بودن عین یا منافع را در پی دارد که تملیک قلمرو سبب تضييع و تعارض منافع ملی خواهد شد که این نیز مخالف با قوانین بین‌المللی و داخلی کشور مانند اصل نهم قانون اساسی بوده و دلیل نقلی نیز بر این امر وجود ندارد. پس قرارداد ترانزیت دولت نمی‌تواند در قالب عقد اجاره تصحیح شود.

۱۰-۱-۲. تصحیح عقد ترانزیت در قالب عقد بیع

در پیرامون ماهیت عقد ترانزیت می‌توان گفت که قرارداد ترانزیت تنها بیانگر خصوصیت این قسم از عقد نزد عقلا است که طرفین پس از گفتگوهای لازم قراردادی را منعقد می‌نمایند. لذا شباهت عقد بیع و قرارداد ترانزیت در بیشتر اوصافشان، این شبهه را در ذهن تقویت می‌کند که ترانزیت نیز نوعی بیع و از مصادیق آن می‌باشد و از طرفی عقد بیع، چون رایج‌ترین و مهم‌ترین عقد تملیکی است، بخش عمده مباحث معاملات را به خود اختصاص داده است. ولی بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد که مهم‌ترین مواردی که سبب تمایز ماهوی این دو نوع قرارداد می‌شود، یکی موقت بودن قرارداد ترانزیت و دیگری عدم لزوم عین در مورد ترانزیت است، بلکه مهم‌ترین تمایز آن دو از هم، تملیکی نبودن قرارداد ترانزیت می‌باشد. بر این اساس از چند جهت تصحیح قرارداد ترانزیت در قالب عقد بیع صحیح نمی‌باشد؛ زیرا اولاً بنا بر مبنای قائلین به لزوم عین بودن مبیع در ماهیت عقد بیع، عقد ترانزیت نمی‌تواند در قالب بیع قرار گیرد (انصاری، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۷). حتی بسیاری از فقیهان عین بودن هر دو عوضین را از شرایط اساسی بیع و موجب تمایز آن از اجاره می‌دانند (فیض کاشانی، ۱۰۹۱ق، ج ۳، ص ۵۰؛ بحرانی، ۱۲۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۷۸) که بر اساس این نظریه لزوم عین، در ماهیت ترانزیت وجود ندارد. ثانیاً عقد بیع از نظر زمان مالکیت دائمی بوده، هرچند در مورد بیع زمانی اختلاف نظر وجود دارد که بر مبنای قائلین به بطلان بیع زمانی، قرارداد ترانزیت نمی‌تواند در قالب بیع منعقد گردد. ثالثاً اساسی‌ترین اشکال این است که بیع، عقد تملیکی است؛ چنانکه در بررسی با عقد اجاره بیان شد؛ بنابراین تملیکی بودن قرارداد ترانزیت مخالف با قوانین بین‌المللی

و قانون اساسی می‌باشد؛ از این رو قرارداد ترانزیت نمی‌تواند در قالب عقد بیع تصحیح شود.

۱۰-۱-۳. قرارداد ترانزیت در قالب عقد صلح

یکی دیگر از عقود قابل انطباق با قرارداد ترانزیت، عقد صلح است. عقد صلح نیز از آن جهت که قالبی گسترده‌تر از همه عقود دارد و به عبارت دیگر، همه عقود را می‌تواند در قالب صلح منعقد کرد، می‌تواند قالبی برای قرارداد ترانزیت قرار گیرد. در نتیجه اساس صلح بر مبنای تسالم است، نه بر خصوص تملیک عین به عوض، و در هر موردی هم نتیجه همان مورد را خواهد داد؛ یعنی در مورد عین نتیجه بیع، و در مورد منفعت نتیجه اجاره، و در مورد انتفاع نتیجه حق انتفاع را خواهد داد (انصاری، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۳). به نظر می‌رسد که عقد صلح در مواردی به کار گرفته می‌شود که هیچ راه‌حلی برای مشروعیت عقود نبوده باشد. بسیاری از فقهایان گذشته و معاصر امامیه، با توجه به مبانی خود پیرامون عقد صلح، موقعیت ویژه‌ای را برای این عقد در نظر گرفته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶). این موقعیت ویژه، فراگیر و راهگشا برای عقد صلح موجب شده است که برخی از صاحب‌نظران به این عقد، لقب *أنفع العقود* (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۱۶۶) را بدهند. در نتیجه قرارداد ترانزیت با توجه به تعریفی که پیشتر گذشت با استفاده از قلمرو کشور و بهره‌مندی از خدمات عبوری و امکانات عمومی‌ای که در برابر عوض انجام می‌پذیرد، می‌تواند در قالب این موقعیت فراگیر و راهگشای عقد صلح قرار بگیرد و نتیجه‌ای مستقل و در قالب عقد صلح داشته باشد.

۱۰-۲. ترانزیت بر مبنای توقیفی نبودن عقود

بنابر آنچه گذشت، به قراردادی توقیفی یا عقد معین اطلاق می‌شود که در زمان شارع، متعارف بوده است و از طریق امضای شارع، رسمیت قانونی و شرعی یافته، احکام و آثار تعهدات آن نیز بیان شده و دارای پیشینه فقهی است؛ مانند عقد اجاره و بیع. اما قرارداد ترانزیت به دلیل متعارف نبودن در عصر شارع، هر چند نمونه‌های مشابه آن

در صدر اسلام یا قبل از آن مانند جاده ابریشم وجود داشت، ولی متعارف شدن ترانزیت در قالب قرارداد آن هم به صورت امروزی پس از عصر شارع بوده است و از عقود نامعین محسوب می‌شود. لذا در این گفتار قرارداد ترانزیت به عنوان یک عقد مستقل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱۰-۲-۱. تحلیل قرارداد ترانزیت با آیه وفا

یکی از ادله اثبات مشروعیت و صحت قرارداد ترانزیت، آیه اول سوره مائده است. این آیه بیان می‌کند: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادها وفا کنید» (مائده، ۱).

فقیهانی که در کتاب‌های فقهی خود به این آیه تمسک کرده‌اند، در معنای آیه اختلاف کرده‌اند و این اختلاف نظر آنها سبب طرح معانی گوناگونی برای آیه شده است؛ به طوری که برخی از فقیهان، آیه وفا را مجمل می‌دانند (طوسی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص ۴۱۴-۴۱۵؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۶). چنانکه مشروعیت و لزوم عقود معین را با این آیه اثبات کرده و مشروعیت عقود نامعین را نپذیرفته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۱۶)؛ بنابراین قائلین به توقیفی بودن عقود، قراردادها و عقود نامعین را شرعی و صحیح نمی‌دانند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۵). گروهی دیگر از فقیهان نیز، خصوصاً فقیهان گذشته، عقود را بر معنای اعم حمل کرده‌اند و صحت هر چیزی که در عرف و لغت بدان عقد گفته می‌شود را با این آیه اثبات کرده‌اند، مگر عقودی که با دلیل استثنا شده باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۳). در نتیجه بر اساس این بیان، آیه مذکور علاوه بر صحت عقود معین بر صحت عقود نامعین نیز دلالت خواهد داشت (مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۷؛ خویی، ۱۳۶۲ق، ج ۴، ص ۲۰). لذا با توجه به هیئت «العقود» که همراه با «ال» استغراق است و معنای خود عقد که دارای معنای عرفی بوده و مانند بیع حقیقت شرعی و متشرعی ندارد (انصاری، ۱۳۸۱ق، ج ۳، ص ۱۰)؛ از این رو می‌توان گفت این آیه، یک اصل کلی در معاملات و عقود به دست می‌دهد که در هر زمان، هر عقدی، اعم از عقد متعارف و غیر متعارف منعقد شود، صحیح و شرعی خواهد بود و عقد زمانی انعقاد یافته محسوب می‌شود که عرف،

عقدبودن آن را بپذیرد و عرف بر آن، عقد اطلاق نماید و با این توضیح، تمام قراردادهای عرفی که منعقد می‌شوند، مشمول عموم «العقود» بوده و عمل و وفا به آن واجب و لازم است؛ از این رو همه قراردادهای مستحدث و نوپیدا را که چه از طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی و یا دولت مثل قرارداد ترانزیت منعقد شود، در صورت مطابقت با شرایط عمومی عقود و فقدان ردع شارع، دلالت بر مشروعیت و صحت همه معاملات عرفی دارد.

بنابراین با پذیرش تعمیم مفاد آیه، چنانچه در صحت و مشروعیت هر عقد و قراردادی شک شود، می‌توان به آن تمسک کرد؛ با این شرط که اولاً عقدبودن آن از لحاظ عرف اثبات شود و ثانیاً احتمال شرطیت و یا مانعیت و ردعی در آن نباشد.

۱۰-۲-۲. تحلیل قرارداد ترانزیت با آیه تجارت

کیفیت استدلال به آیه تجارت برای اثبات صحت و مشروعیت عقود نوپیدا و از جمله عقد ترانزیت چنین است که این آیه در ابتدا، با جمله مستثنی‌منه، یعنی «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» تصرف و تملک در اموال دیگران را حرام و باطل اعلام می‌کند و سپس در ادامه با جمله مستثنی، یعنی «إلا أن تكون تجارة عن تراض»، تجارتی را که از روی تراضی دو طرف انجام می‌پذیرد، از دکل مال بالباطل استثنا کرده و صحیح می‌داند؛ و این استثنا، حلیت هر نوع تجارتی را به تراضی دو طرف عقد منوط می‌نماید؛ بنابراین شارع در صدد بیان اسباب مشروع معاملات و تمایز آنها از اسباب باطل و غیر صحیح تملک و تصرف در اموال یکدیگر است؛ چون اهمال، مخل به این مقصود است. در نتیجه آیه شریفه بیانگر انحصار و تمایز میان اسباب باطل و صحیح تملک اموال است (خویی، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۳۵؛ ج ۶، ص ۱۴۰).

بر این اساس زمانی که دو شخص حقیقی و یا حقوقی، عهد و عقد می‌بندند، عموم و اطلاق آیه تجارت، چنین تعهد و تراضی طرفین را از اکل به باطل استثنا می‌کند و آن را صحیح اعلام می‌نماید. لذا این آیه، هر پیمان و قراردادی و از جمله قرارداد ترانزیت را که بر اساس تعهد و تراضی طرفین محقق می‌شود، صحیح می‌داند؛ زیرا عمل به عهد، در

قرارداد ترانزیت، تجارت از روی تراضی دولت‌ها بوده و در نتیجه تجارت از روی تراضی نیز به استناد آیه تجارت صحیح می‌باشد.

۱۰-۲-۳. تحلیل قرارداد ترانزیت با حدیث سلطنت

از جمله عموماًت و روایت‌هایی که در صحت و مشروعیت عقود نوظهور و از جمله قرارداد ترانزیت می‌توان به آن استدلال کرد، حدیث نبوی مشهور است که در آن حدیث، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرموده‌اند: «الناس مسلطون علی أموالهم؛ (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۷۲؛ إحسانی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۰۸) مردم بر اموال خود تسلط دارند».

مفاد حدیث سلطنت این است که مالک بر مال خود تسلط کامل داشته و هر طور که بخواهد می‌تواند در آن تصرف نماید و این نشان می‌دهد که کلیه تصرفات مالکانه صحیح است و مردم می‌توانند به هر نحو که بخواهند در اموالشان تصرف کنند، مگر در مواردی که در شرع به طور مشخص نهی شده باشد.

از این رو عموم حدیث سلطنت به ملاحظه انواع و انحاء سلطنت می‌باشد. لذا در هر موردی که شک کنیم فلان نوع از سلطنت برای مالک ثابت بوده یا نه، شرعاً در حقیقت امضا شده یا نشده است، استدلال به آن نافع و کارگشا می‌باشد (انصاری، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۲۲).

طبق ظاهر حدیث، شارع مالک را بر تمام تصرفاتی که در عرف میان مردم متداول است مسلط کرده است. لازمه این کلام آن است که شارع اسباب عرفی آن معاملات را نیز به رسمیت شناخته باشد؛ پس اسباب عرفی، شرعیت می‌یابند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۶۹).

بر این اساس در مواردی که منع قانونی عقلایی و شرعی نباشد، هر کس به هر شکلی از اشکال سلطنت حق تصرف دارد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۶۱، ۴۱) و می‌توانیم به این قاعده تمسک کرده و تصرفات عرفی را صحیح و معتبر بدانیم. در این صورت، بدون شک دلالت و مفاد حدیث سلطنت، هر نوع قراردادی که توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی و یا دولت اسلامی که اهلیت تصرفات مالکانه دارند را شامل می‌شود و تصحیح می‌کند. به جز مواردی که در شرع یا قانون ردع و نهی شده باشد؛ از این رو

قرارداد ترانزیت نیز از سوی دولت اسلامی چنانکه در اصل ۴۴ قانون اساسی تبیین شده است، اهلیت معامله و قراردادبستن را دارد و می‌تواند با رعایت شرایط کلی معاملات و در صورتی که ردع و نهی از قانون و شرع نباشد منعقد کند؛ بنابراین می‌توان دریافت که حدیث سلطنت مفاد قراردادهای حقیقی یا حقوقی و دولت اسلامی را که نوعی تصرف مالکانه است محترم می‌شمارد.

۱۰-۲-۴. تحلیل قرارداد ترانزیت با بناء عقلاء

دلیل دیگری که برای اثبات مشروعیت عقود نوپیدا و از جمله قرارداد ترانزیت می‌توان اقامه کرد، بناء عقلاء است. عقلا در تمامی اموری که به زندگی، سیاست‌ها و دادوستدهایشان مربوط می‌شود به اماره‌های عقلایی عمل می‌کنند، به گونه‌ای که اگر شارع از عمل به آن منع کند، نظام اجتماعی آنان مختل می‌شود و چرخه حیات اجتماعی متوقف می‌گردد (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۰۵)؛ همچنین با مروری بر عبارات فقیهان، مقتضای عمومات ادله این است که هر معامله عقلایی صحیح است، به استثنای مواردی که دلیل خاصی سبب خروج آنها شده باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۱۱)؛ به طوری که ملاک عقلایی، مورد رضایت شارع و مقتضای طبیعت عقلایی انسان است. پس در حقیقت مقتضای طبیعت عقلایی انسان، مورد رضایت شارع است و هر جایی که ثابت شود سیره و بنای عقلا مقتضای طبیعت عقلایی انسان است مورد رضایت شارع هم خواهد بود؛ گرچه آن بنای خاص عقلا در مرئی و مسمع شارع نباشد؛ چراکه شارع به مقتضای طبیعت عقلایی انسان راضی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۴۷).

بنابراین در اعتبار هر عقدی و از جمله عقد ترانزیت شرط است که مورد آن عقلایی باشد. چنانکه در قانون مدنی نیز شرط شده است که مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد (قانون مدنی، ماده ۲۱۵). این شرط در همه عقود اعم از معین و نامعین، یکی از اصول اساسی قراردادها و از جمله ترانزیت شناخته می‌شود.

بنابراین عقلایی بودن هر قراردادی به مفهوم اقدام عقلا بر آن از یک سو و عقلایی بودن قرارداد ترانزیت به معنای اینکه فقه و حقوق بین‌المللی اصل را بر رفتار

عقلایی می‌نهد از دیگر سو، می‌تواند ترانزیت را به‌عنوان یک ضرورت اجتماعی و جزء نیازهای روز پذیرفت. چنانکه برای نظام اقتصادی، امری کاملاً عقلایی است و دارای منافع و مطلوبیت‌هایی است که نمی‌توان به راحتی آنها را نادیده انگاشت. بر این اساس می‌توان گفت که عقلایی بودن ترانزیت، یکی از دلایل مهم صحت و مشروعیت استقلال قرارداد ترانزیت به حساب می‌آید.

در نتیجه از میان ادله ذکر شده، تمسک به عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و دلیل بناء عقلا مهم‌ترین ادله ما در اثبات قراردادهای نوپیدا و از جمله قرارداد ترانزیت می‌باشد، و بر اساس این دو دلیل - که بعضی علی‌المبنی می‌باشد - می‌توان مشروعیت قرارداد ترانزیت دولت را اثبات کرد.

نتیجه‌گیری

بر پایه آنچه در پژوهش حاضر تبیین شد، ترانزیت هوایی از موضوعات نوینی است که از لحاظ آثار و بازتاب‌های بین‌المللی نقش مؤثری در توسعه روابط اقتصادی کشورها دارد. یکی از محورهای اصلی در حکم قرارداد ترانزیت، شناخت صحیح ماهیت قرارداد ترانزیت است که در نتیجه روشن شد این قرارداد نسبت به قواعد عمومی، از عقود می‌باشد.

افزون بر ادله‌ای که بر پذیرش آن در منابع فقهی دلالت می‌کند، به دو دلیل عمده و عام مستند است؛ یکی سیره عقلا که به تأیید شارع رسیده است؛ و دیگر ظهور اطلاقات و عمومات ادله لفظی موجود در مشروعیت قرارداد ترانزیت است.

گفتنی است در صورت شک در انطباق ساختار قرارداد ترانزیت هوایی با ضوابط فقهی، اصل اولی فساد با وجود ادله و عمومات، جاری نمی‌شود، بلکه در صورتی که عنوان عرفی آن احراز شود، اگر به هر دلیلی در صحت شرعی آن شک کنیم تا دلیل خاصی بر بطلان آن معامله نباشد، اصل صحت بر آن جاری می‌شود؛ بنابراین با پذیرش مالکیت محدود و متعارف نسبت به فضای فوقانی و با در نظر گرفتن نظریه عدم توقیفی بودن عقود و مجموع قوانین بین‌المللی و داخلی، زمینه مشروعیت‌دهی آن فراهم

می‌گردد و می‌توان گفت ساختار رایج قرارداد ترانزیت با ضوابط فقهی منطبق است. بر این اساس قرارداد ترانزیت، عقد مستقلی است که خصوصیات و ویژگی‌های خاص خود را دارد و دولت‌ها می‌توانند با رعایت شرایط کلی عقود و با شرایط ویژه‌ای میان خود منعقد کنند.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آیین نامه اجرایی قانون امور گمرکی، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۵۱.
۲. احسائی، ابن جمهور. (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی العزیزية (ج ۳). قم: دار سید الشهداء علیہ السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). زبدة البیان. تهران: المكتبة الجعفرية.
۴. ام.ام والاس، ربه کا. (۱۳۷۸). حقوق بین الملل (مترجم: محمد شریف). تهران: نشر نی.
۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب. (ج ۱ و ۳). قم: کنگره.
۶. انصاری، ولی الله. (۱۳۷۴). کلیات حقوق اداری. تهران: نشر میزان.
۷. بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (ج ۳). قم: نشر الهادی.
۸. بحرانی، حسین. (۱۲۱۶ق). الأنوار اللوامع (ج ۱۱). قم: مجمع البحوث العلمية.
۹. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۲). قم: مؤسسة دار التفسیر.
۱۰. خمینی، روح الله. (۱۴۲۰ق). الرسائل العشرة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیہ السلام.
۱۱. خمینی، روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (ج ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیہ السلام.
۱۲. خمینی، روح الله. (۱۴۲۲ق). استفتاءات (ج ۱ و ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۶۲). مصباح الفقاهة (ج ۱، ۳، ۴ و ۶). بیروت: دار الهادی.
۱۴. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). المستند فی شرح العروة الوثقی (الخمس). قم: مؤسسه دار الإحیاء.
۱۵. دیکشنری انگلیسی آبادیس، وبسایت: <https://abadis.ir/>
۱۶. سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (ج ۱۸). قم: مؤسسه المنار.
۱۷. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۸). تهران: المكتبة المرتضوية.

۱۸. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۳ق). التبیان فی تفسیر القرآن (ج ۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (ج ۲). بیروت: أعلمی.
۲۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب (ج ۱). قم: اسماعیلیان.
۲۱. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام (ج ۱۰). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. فیض کاشانی، محمد. (۱۴۰۹ق). مفاتیح الشرائع (ج ۳). قم: انتشارات آیت الله مرعشی رحمته الله.
۲۳. قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۴. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). قواعد عمومی قراردادها (ج ۳). تهران: انتشارات بهنشر.
۲۶. کنوانسیون وین. (۱۹۶۹م). راجع به حقوق معاهدات.
۲۷. گیلانی قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات (ج ۲). تهران: کیهان.
۲۸. مامقانی، ملا عبدالله. (۱۳۵۰ق). نهاية المقال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیة.
۲۹. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۱۰ق). بحار الأنوار (ج ۲). بیروت: مؤسسة الطب و النشر.
۳۰. مراغی، سید میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. مرتضوی، سید ضیاء. (۱۳۹۵). شخصیت و اهلیت حقوقی دولت در فقه. فصلنامه دین و قانون، (۱۴)، صص ۴۹-۸۵.
۳۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. (۱۳۷۴). قانون موافقت‌نامه ترانزیت بین‌المللی کالا بین جمهوری اسلامی ایران، جمهوری هند و ترکمنستان.
۳۳. منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولاية الفقیه (ج ۴). قم: تفکر.
۳۴. موسی‌زاده، رضا. (۱۳۹۰). بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی. تهران: میزان.
۳۵. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (ج ۱). تهران: المكتبة المحمدیة.

۳۶. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۴۱۱ق). کتاب الصلاة (ج ۲). قم: جامعه مدرسین.
۳۷. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۲ و ۲۶). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۸. نراقی، احمد بن محمد. (۱۴۱۷ق). عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. نراقی، محمد بن احمد. (۱۴۲۲ق). مشارق الاحکام. قم: کنگره نراقیین.
۴۰. نیاگار، جواد. (۱۴۰۰). مشروعیت ترانزیت از منظر فقه اهل بیت علیهم السلام. تهران: ایراندک.
۴۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۴). قم: الغدیر.

References

1. *Abadis English Dictionary*, website: <https://abadis.ir/>
2. Ansari, M. (1415 AH). *Al Makasib* (Vols. 1 & 3). Qom: Congress. [In Arabic]
3. Ansari, W. (1374 AP). *General administrative law*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
4. Ardebili, A. (1403 AH). *Zubda Al Bayan*. Tehran: al-Maktaba al-Jaafariyya. [In Arabic]
5. Bahrani, H. (1216 AH). *al-Anwar al-Lawame'* (Vol. 11). Qom: al-Bohouth al-Ilmiya. [In Arabic]
6. Bojnourdi, H. (1419 AH). *al-Qawa'id al-Fiqhiyah* (Vol. 3). Qom: al-Hadi Publications. [In Arabic]
7. Civil Code of the Islamic Republic of Iran.
8. Ehsaei, I. (1405 AH). *Awali al-La'ali al-Azizia* (Vol. 3). Qom: Dar Seyyed al-Shohada. [In Arabic]
9. *Executive Regulations of the Law on Customs Affairs*, Research Center of the Islamic Council, approved in 1351 AP. [In Persian]
10. Fazel Hendi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 10). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Feiz Kashani, M. (1091 AH). *Mafatih al-Shara'e* (Vol. 3). Qom: Ayatollah Marashi Publications. [In Arabic]
12. Gilani Qomi, A. (1413 AH). *Jame' al-Shatat* (Vol. 2). Tehran: Keihan. [In Arabic]
13. Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsek al-Urwah al-Wosqa* (Vol. 12). Qom: Dar al-Tafseer Foundation. [In Arabic]
14. Hashemi Shahroudi, S. M. (1417 AH). *Bohout fi Ilm al-Usul* (Vol. 4). Qom: Al Ghadir. [In Arabic]
15. Katouzian, N. (1386 AP). *General rules of contracts* (Vol. 3). Tehran: Behnashr Publications. [In Persian]
16. Khoei, A. (1362 AP). *Misbah al-Fiqahah* (Vols. 1, 3, 4 & 6). Beirut: Dar al-Hadi. [In Persian]

17. Khoei, A. (1413 AH). *al-Mustanad fi Sharh al-Urwat al-Wosqa* (al-Khums). Qom: Dar al-Ihya Institute. [In Arabic]
18. Khomeini, R. (1420 AH). *al-Rasa'il al-Ashar*. Qom, Institute for Preparation and Publications of the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
19. Khomeini, R. (1421 AH). *Kitab al-Bai* (Vol. 1). Tehran: Institute for Preparation and Publications of the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
20. Khomeini, R. (1422 AH). *Istifta'at* (Vols. 1 & 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
21. Majlesi, M. B. (1410 AH). *Bihar al-Anwar* (Vol. 2). Beirut: al-Tab'e va al-Nashar Institute. [In Arabic]
22. Mamqani, M. (1350 AH). *Nahayat al-Maqal*. Qom: Majma' al-Zakha'ir al-Islamiya. [In Arabic]
23. Maraghi, S. M. (1417 AH). *al-Anawin al-Fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
24. MM Wallace, R. (1378 AP). *International Law* (Sharif, M, Trans.). Tehran: Ney Publications. [In Persian]
25. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Studies in Wilayat al-Faqih* (Vol. 4). Qom: Tafakor. [In Arabic]
26. Mortazavi, S. Z. (1395 AP). The personality and legal capacity of the state in jurisprudence. *Journal of Religion and Law*, (14), pp. 49-85. [In Persian]
27. Musazadeh, R. (1390 AP). *Obligations of public international law*. Tehran: Mizan. [In Persian]
28. Naeini, M. M. H. (1373 AH). *Maniya al-Talib fi Hashiya al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: al-Mohammadiya School. [In Arabic]
29. Naeini, M. M. H. (1411 AH). *Kitab al-Salah* (Vol. 2). Qom: Society of teachers. [In Arabic]
30. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (Vols. 22 & 26). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
31. Naraghi, A. (1417 AH). *Awa'id al-Ayam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam*. Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]

32. Naraghi, M. (1422 AH). *Mashareq al-Ahkam*. Qom: Naraghin Congress. [In Arabic]
33. Niagar, J. (1400 AP). *Legitimacy of transit from the point of view of Ahl al-Bayt jurisprudence*. Tehran: Irandok. [In Persian]
34. Research Center of the Islamic Council. (1374 AP). *The Law of the Agreement on International Transit of Goods between the Islamic Republic of Iran, the Republic of India and Turkmenistan*. [In Persian]
35. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam* (Vol. 18). Qom: Al Manar Institute. [In Arabic]
36. Sheikh Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiya* (Vol. 8). Tehran: al-Maktabah al-Mortazawieh. [In Arabic]
37. Sheikh Tusi, M. (1413 AH). *al-Tebyan fi Tafsir al-Qur'an* (Vol. 3). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
38. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1409 AH). *al-Urwah al-Wosqa* (Vol. 2). Beirut: A'alami. [In Arabic]
39. Tabatabai Yazdi, S. M. K. (1421 AH). *Hashiya al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Ismailian. [In Arabic]
40. *The law of transportation and passage of foreign goods through the territory of the Islamic Republic of Iran*, Research Center of the Islamic Council.
41. *Vienna Convention*. (1969). About treaty rights.

Research Article
**A Jurisprudential Analysis of Keeping All Kinds of Dogs
from the Perspective of Islamic Denominations**

Seyyed Hossein Noori¹

Saeed Sabouei Jahromi²

Received: 10/10/2022

Accepted: 27/03/2023

Abstract



Dogs have always served humans in hunting and guarding since thousands of years ago. In today's world, in addition to the aforementioned services, dogs play an important role in such things as discovering drugs and explosives, finding survivors, routing, diagnosing diseases, etc. In addition, some people bring dogs into their homes as a member of their family, provide part of their emotional needs with this animal, and treat some mental illnesses with them. Despite the expansion of relationship between humans and this animal, so far no independent research has been provided on the jurisprudence of keeping dogs. In the present article,

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Basics of Islamic Law, Faculty of Theology, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. Sh.noori@ut.ac.ir.

2. PhD student, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran (corresponding author). Sabouei.saeed@ut.ac.ir.

* Noori, S. H., & Sabouei Jahromi, S. (1402 AP). A Jurisprudential Analysis of Keeping All Kinds of Dogs from the Perspective of Islamic Denominations. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 119-148. Doi:10.22081/jf.2023.65018.2568.

● © 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..

which was carried out with a descriptive-analytical method and using library data, this result was obtained after examining the arguments presented by the jurists of different Islamic denominations that according to the first ruling, it is permissible to keep all kinds of useful dogs and keeping non-useful dogs is Makrooh, contrary to the famous views of jurists who consider it haram, and in terms of the secondary ruling, titles such as harm, resemblance to infidels, and health hazards can turn the first ruling into haram or makrooh.

Keywords

Rulings of Dogs, Useful Dogs, Hunting Dogs, Guard Dogs, Dog Keeping.

مقاله پژوهشی

واکاوی فقهی نگهداری از انواع سگ‌ها از منظر مذاهب اسلامی

سید حسین نوری^۱ سعید سبویی جهرمی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

© Author (s)

چکیده

سگ‌ها از هزاران سال پیش، همواره در امر شکار و نگهداری در خدمت انسان‌ها بوده‌اند. در دنیای امروز نیز سگ‌ها علاوه بر خدمات پیش گفته، در اموری چون کشف مواد مخدر و مواد منفجره، یافتن زیرآوارماندگان، مسیریابی، تشخیص بیماری و ... نقش شایانی را ایفا می‌کنند. علاوه بر این برخی از افراد، سگ‌ها را به عنوان عضوی از خانواده خود وارد محل زندگی خود کرده و بخشی از نیازهای عاطفی‌شان را توسط این حیوان تأمین کرده و برخی از بیماری‌های روانی را با آن درمان می‌کنند. با وجود گسترش ارتباطات میان انسان و این حیوان، تا کنون تحقیق مستقلی در مورد حکم فقهی نگهداری از سگ‌ها ارائه نشده است. در نوشته حاضر که با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای انجام شد، پس از بررسی ادله ارائه شده توسط فقیهان مذاهب گوناگون اسلامی این نتیجه به دست آمد که از جهت حکم اولی، نگهداری از تمامی انواع سگ‌های نافع جایز و نگهداری از سگ‌های غیرنافع بر خلاف نظر مشهور فقیهان که آن را حرام می‌دانند، مکروه است و از جهت حکم ثانوی عناوینی چون ایذاء، تشبه به کفار و خطرات بهداشتی می‌تواند حکم اولی را به حرمت یا کراهت مبدل سازد.

کلیدواژه‌ها

سگ، سگ‌های نافع، نگهداری، مذاهب اسلامی.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Sh.noori@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
Sabouei.saeed@ut.ac.ir

* نوری، سیدحسین؛ سبویی جهرمی، سعید. (۱۴۰۲). واکاوی فقهی نگهداری از انواع سگ‌ها از منظر مذاهب اسلامی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۱۱۹-۱۴۸.
Doi:10.22081/jf.2023.65018.2568



مقدمه

انسان‌ها در طول تاریخ در پی رام‌ساختن و به کار گرفتن حیوانات برای بهبود شرایط زندگی خود بوده‌اند. سگ از جمله اولین حیواناتی است که از زمان‌های بسیار دیرین به استخدام انسان‌ها در آمده است. در برخی از گزارش‌های دینی آمده است که حضرت نوح علیه السلام برای حفاظت از کشتی در حال ساخت خود، به امر الهی برای اولین مرتبه از سگ‌های نگهبان کمک گرفت تا دشمنان نتوانند شبانه زحمت‌های او را هدر دهند. با صرف نظر از صحت و سقم این گزارش، قدمت به خدمت گرفتن سگ‌ها در زندگی انسان‌ها امری غیر قابل انکار است.

امروزه با پیشرفت دانش بشری، آموزش سگ‌ها و استفاده از آنها در امور گوناگون گستره بیشتری یافته است؛ به گونه‌ای که علاوه بر شکار و نگهبانی، سگ‌ها در اموری چون یافتن مواد مخدر، مواد منفجره، دستگیری اشرار، یافتن انسان‌های زیر آوار مانده، مسیریابی، تشخیص بیماری و ... نقشی بی‌بدیل دارند. علاوه بر این برخی از افراد از سگ‌ها به عنوان همدمی باوفا و بی‌آزار استفاده می‌کنند تا به نوعی خلأهای عاطفی خود را جبران کنند. با توجه به فراگیری به کارگیری سگ‌ها در زمینه‌های مذکور، پرسش‌های شرعی گوناگونی در باره سگ‌ها مطرح شده است. هدفی که این تحقیق دنبال می‌کند، یافتن حکم شرعی نگهداری از سگ‌های گوناگون است.

با وجود تلاش‌های علمی ارزنده‌ای که محققان در زمینه حکم معامله سگ‌ها داشته‌اند، پژوهش‌های معدودی در مورد حکم نگهداری از آنها ارائه شده است؛ از جمله مقاله «وضعیت فقهی نجاست و نگهداری از سگ در مذاهب اسلامی» نوشته محمد جمالی و مصطفی ذوالفقارطلب. تفاوت نوشته حاضر با مقاله یادشده این است که از سویی بخش عمده مقاله مذکور به بررسی حکم نجاست سگ‌ها پرداخته و حکم نگهداری از سگ‌ها را به طور اختصار بررسی کرده است. از سوی دیگر در مقاله مذکور حکم اولی نگهداری سگ‌ها از حکم ثانوی آن تفکیک نشده است و از جهت حکم ثانوی نیز تنها بر جهت نجاست آن تمرکز شده است؛ درحالی که عناوین ثانویه‌ای

چون ایذاء، تشبه به کفار و خطرات بهداشتی نیز می‌تواند در ایجاد حکم ثانوی دخیل باشد که در نوشته حاضر به تفصیل مورد کنکاش قرار می‌گیرد.

۱. تعریف سنگ و اقسام آن

سنگ یکی از انواع حیوانات چهارپا و از شاخه پستانداران است که زیرگونه اهلی گرگ‌ها محسوب می‌شود و از دسته حیواناتی است که به اصطلاح «سگسان» نامیده می‌شود. این حیوان از جمله اولین حیواناتی است که هزاران سال پیش به دست انسان‌ها اهلی شده است. سگ‌ها از متنوع‌ترین جانوران روی زمین هستند که انسان هزاران سال در روند جفت‌گیری و پرورش آن دخالت داشته است.

سگ‌ها دارای اقسام گوناگونی هستند، اما آن تقسیمی که در بحث فقهی حاضر دارای ثمره است عبارت است از:

الف. سگ‌هایی که دارای منافع عقلایی هستند و معامله آنها جایز است: این گروه از سگ‌ها به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱. سگ‌هایی که از زمان‌های گذشته مورد استفاده قرار می‌گرفتند و در روایت‌ها نیز به آنها اشاره شده است، مانند کلب صید (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۷، ص ۸۷)، کلب ماشیه (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۱۰۳)، کلب حائط (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۱۰)، کلب زرع (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۸) و کلب خانه (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۸).

۲. سگ‌هایی که در گذشته مورد استفاده نبوده‌اند و در روایت‌ها نامی از آنها برده نشده است، مانند سگ پلیس، سگ امداد و نجات، سگ مسیریاب و سگ بیماریاب.

ب. سگ‌هایی که دارای منافع عقلایی نیستند و معامله آنها جایز نیست، مانند کلب هراش (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۴۱۶) و کلب عقور (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۳۶۴).

در خصوص سگ‌های زینتی ذکر این نکته لازم است که بر اساس پژوهش‌های صورت گرفته، برای درمان برخی از بیماری‌ها مانند آلزایمر (Klimova, 2019, p. 5)، اضطراب (Andreas, 2009, pp. 145-148)، افسردگی (Muldoon, & et al., 2017, p. 6)، گوشه‌گیری

اجتماعی کودکان مبتلا به اوتیسم (Fung & leung, 2014, pp. 253-262) و برخی دیگر از اختلالات روانی، ارتباط با حیوانات به ویژه حیوانی چون سگ که با صاحبش پیوند عاطفی عمیقی ایجاد می‌کند، مؤثر خواهد بود؛ بنابراین به دلیل وجود جنبه درمانی می‌توان سگ‌های زینتی را نیز جزء سگ‌های نافع به حساب آورد.

۲. بررسی حکم اولی نگهداری از سگ‌ها

در این بخش حکم اولی نگهداری از سگ‌ها بررسی می‌شود به این معنا که بدون در نظر گرفتن حالات خاص، به واکاوی حکم مذکور پرداخته می‌شود؛ چون ممکن است عناوین ثانویه‌ای بر نگهداری این حیوانات عارض شود که موجب تغییر حکم اولی شود؛ به طور مثال با عروض عنوان تشبه به کفار ممکن است حکم اولی تغییر یابد؛ بنابراین ابتدا با صرف نظر از چنین عناوینی حکم نگهداری از سگ‌ها ارزیابی می‌شود.

۲-۱. حکم نگهداری از سگ‌های نافع

فقیهان مذاهب اسلامی همگی بر جواز نگهداری از سگ‌های نافع اتفاق نظر دارند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۵؛ ابن رشد، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷، ص ۲۸۸؛ نووی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۳۴) و برای اثبات مدعای خود به چند دلیل استناد کرده‌اند:

دلیل اول: قرآن

آیه چهارم از سوره مائده: «یسئلونک ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات و ما علمتم من الجوارح مکلبین تعلمونهن مما علمکم الله»؛ از تو می‌پرسند که چیزی برای آنها حلال شده است؟ بگو چیزهای پاکیزه و شکاری که حیوانات آموزش دیده برای شما صید کرده‌اند، برای شما حلال است (مائده، ۴).

درباره سبب نزول این آیه ابورافع در حدیث صحیحی نقل کرده که پیامبر ﷺ مرا به کشتن سگ‌ها امر کرد. مردم به پیامبر ﷺ عرضه داشتند: ای رسول خدا کدام نوع از

سگ‌ها برای ما حلال است؟ سپس این آیه نازل شد (ابن البیع، ۱۹۹۰م، ج ۲، ص ۳۴۰).^۱

در این آیه خداوند شکارهایی را که توسط حیوانات آموزش دیده، از جمله سگ شکاری صید می‌شود حلال اعلام کرده است. از آنجا که استفاده از سگ شکاری برای صید کردن ملازمه با نگهداری آن دارد، می‌توان نتیجه گرفت که نگهداری سگ شکاری نیز جایز است. به عبارتی دیگر معقول نیست که شارع استفاده از یک حیوان برای شکار را جایز بداند، اما نگهداری از آن را جایز نداند.

البته با این استدلال تنها جواز نگهداری از سگ‌های شکاری ثابت می‌شود و برای اثبات جواز نگهداری دیگر سگ‌های نافع باید از الغای خصوصیت استفاده کنیم. با این توضیح که در روایت‌های مرتبط با معامله سگ‌ها و همچنین با توجه به بررسی تاریخی کارکرد سگ‌ها در عصر صدور روایت‌ها، این نتیجه حاصل می‌شود که سگ‌ها در آن زمان کاربردهای محدودی داشته‌اند که به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: ۱. سگ‌هایی که در جهت عقلایی استفاده می‌شدند که عبارت‌اند از «سگ‌های نگهبان» و «شکاری»؛ ۲. سگ‌هایی که منفعت عقلایی نداشتند که شامل عنوان «کلب عقور» می‌شود.

هر چند اصل در عناوین این است که موضوعیت داشته باشند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۰)، اما زمانی که فهم عرفی خصوصیتی برای عناوین قائل نباشد، می‌توان از اصل مذکور رفع ید کرد و قائل به الغای خصوصیت شد. در بحث سگ‌ها نیز عرف خصوصیتی برای شکار یا نگهبانی قائل نیست، بلکه آنچه از مجموع ادله فهمیده می‌شود این است که موضوع جواز، اعم از سگ‌های شکاری و نگهبان است و شامل هر سگی که منفعت عقلایی داشته باشد می‌شود و موضوع حرمت نیز اعم از کلب عقور است و شامل هر سگی که منفعت عقلایی ندارد می‌شود. اما دلیل این که چرا در روایت‌ها فقط

۱. حَدَّثَنِي أَبُو بَكْرِ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ بَالَوَيْهٍ، ثنا مُحَمَّدُ بْنُ شَادَانَ الْجَوْهَرِيُّ، ثنا مَعْلَى بْنُ مَنصُورٍ، ثنا ابْنُ أَبِي زَائِدَةَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ، عَنْ أَبَانَ بْنِ صَالِحٍ، عَنِ الْقَعْقَاعِ بْنِ حَكِيمٍ، عَنْ سَلْمَى، عَنْ أَبِي رَافِعٍ، قَالَ: أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ فَقَالَ النَّاسُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا أَجَلٌ لَنَا مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ الَّتِي أَمَرْتَ بِقَتْلِهَا؟ فَأَنْزَلَ اللَّهُ: «يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُجِلَ لَهُمْ قُلْ أُجِلَ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ، وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلَّبِينَ».

به چند عنوان خاص از سگ‌های نافع اشاره شده این است که در آن عصر سگ‌ها کارکرد دیگری نداشته‌اند و طبعاً سخنان اهل بیت علیهم‌السلام و پرسش‌هایی که راویان در این زمینه مطرح می‌کردند، ناظر به همین عناوین خاص بوده است؛ بنابراین با توجه به آیه مورد بحث، نگهداری از تمام سگ‌های منفعت‌دار جایز خواهد بود.

دلیل دوم: روایت‌ها

فقیهان مذاهب اسلامی برای اثبات جواز نگهداری از سگ‌های نافع به روایت‌های متعددی تمسک کرده‌اند:

۱. در روایت صحیحی از امیرالمؤمنین علیه‌السلام نقل شده است: «هیچ خیری در سگ‌ها نیست، به جز سگ شکاری و سگ نگهبان گله» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۲).^۱

این روایت با مفهوم حصر دلالت دارد بر اینکه سگ شکاری و سگ گله دارای خیر و منفعت هستند. منفعت سگ‌های شکاری در امر صید و منفعت سگ‌های گله در امر پاسبانی از دام‌ها تبلور می‌یابد که از دیدگاه شرع نیز چنین منافعی تأیید شده‌اند. از آنجا که بهره‌بردن از این سگ‌ها جز با نگهداری آنها امکان‌پذیر نیست، روایت مذکور به دلالت التزامی بر جواز نگهداری از آنها اشاره دارد. نکته‌ای که باقی می‌ماند این است که در این روایت از میان سگ‌های نگهبان تنها به سگ گله اشاره شده است و نامی از سگ زرع و حائظ به میان نیامده است. با توجه به این نکته که لفظ «خیر» به منافع سگ‌ها اشاره دارد می‌توان این نتیجه را گرفت که تمام سگ‌های دارای منفعت عقلایی مشمول حکم جواز نگهداری می‌شوند؛ گرچه در این روایت به دلیل شرایط خاص فضای صدور، تنها به دو نوع از سگ‌های نافع اشاره شده است. بنابراین حصر موجود در روایت حصری اضافی است و دلالتی بر خیرنداشتن دیگر سگ‌ها و عدم جواز نگهداری آنها ندارد. علاوه بر این با استفاده از الغای

۱. مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ يُوْسُفَ بْنِ عَقِيلٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه‌السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه‌السلام: «لَا خَيْرَ فِي الْكِلَابِ إِلَّا كَلْبٌ صَيِّدٌ أَوْ كَلْبٌ مَأْتِيَةٌ».

خصوصیت که توضیح آن گذشت نیز می‌توان جواز نگهداری از همه سگ‌های نافع را اثبات کرد.

۲. ابوهریره از پیامبر اسلام ﷺ روایت کرده است: «کسی که سگی را نگهداری کند که برای شکار یا نگهداری از گله و زمین نباشد، هر روز یک قیراط از عمل او کاسته می‌شود» (بخاری، ۱۴۲۲ ج ۳، ص ۱۰۳).^۱

این حدیث دلالت دارد بر اینکه نگهداری از سگ‌های شکاری، نگهداری گله و زراعت جایز است؛ چون برای نگهداری از چنین سگ‌هایی نقص در عمل رخ نمی‌دهد. با ضمیمه کردن نکته پیش گفته در باره الغای خصوصیت، حکم جواز نگهداری از سگ‌ها به همه سگ‌های نافع قابل تعمیم است.

۳. در حدیثی نقل شده است: جبرئیل نزد رسول خدا ﷺ آمد و برای ورود به منزل ایشان اذن خواست و پیامبر ﷺ نیز اذن ورود داد، اما جبرئیل وارد نشد. پیامبر اسلام ﷺ با مشاهده این صحنه از خانه خارج شد و علت داخل نشدن جبرئیل را جویا شد. جبرئیل پاسخ داد که ما فرشتگان به منزلی که در آن سگ یا تصویر باشد وارد نمی‌شویم. سپس پیامبر ﷺ دستور قتل همه سگ‌های مدینه را صادر کرد. پس از این ماجرا عده‌ای از ایشان در مورد شکار توسط سگ‌ها پرسیدند و پس از مدتی سکوت، وحی نازل شد که نگهداری از سگ‌های نافع جایز است؛ بنابراین نگهداری از سگ‌های شکاری و نگهداری از حکم سابق استثنای شد (طبرسی، ۱۴۳۰ ج ۳، ص ۲۲۲؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ ج ۲، ص ۱۴۸).^۲

مضمون این روایت با اندکی اختلاف در برخی از کتب تفسیری و برخی از کتب

۱. حَدَّثَنَا مُعَاذُ بْنُ فَصَالَةَ: حَدَّثَنَا هِشَامٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَمْسَكَ كَلْبًا، فَإِنَّهُ يَنْقُصُ كُلَّ يَوْمٍ مِنْ عَمَلِهِ قِيرَاطًا، إِلَّا كَلْبَ حَرْثٍ أَوْ مَاشِيَةٍ».

۲. فِي الْحَدِيثِ أَنَّ جِبْرَائِيلَ نَزَلَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَوَقَفَ بِالْبَابِ وَاسْتَأْذَنَ فَأُذِنَ لَهُ فَلَمْ يَدْخُلْ فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ مَا لَكَ فَقَالَ إِنَّا مَعَاشِرَ الْمَلَائِكَةِ لَا نَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ وَ لَا ضُورَةٌ فَنَنْظُرُهَا فَإِذَا فِي بَعْضِ بُيُوتِهِمْ كَلْبٌ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَا أَدْعُ كَلْبًا بِالْمَدِينَةِ إِلَّا قَتَلْتُهُ فَهَرَبَتِ الْكِلَابُ حَتَّى بَلَغَتِ الْعُؤَالِي فَقِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ الصَّيْدُ بِهَا وَقَدْ أَمَرْتُ بِقَتْلِهَا فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجَاءَ الْوَحْيُ بِأَقْتِنَاءِ الْكِلَابِ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهَا فَاسْتَنْتَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ كِلَابَ الصَّيْدِ وَ كِلَابَ الْمَاشِيَةِ وَ كِلَابَ الْحَرْثِ وَ أُذِنَ فِي اتِّحَاذِهَا.

روایی گذشته تکرار شده است. هر چند دلالت این روایت بر جواز نگهداری از سگ‌های نافع روشن است، اما در هیچ یک از منابع روایی، سندی معتبر برای آن ذکر نشده، بلکه به صورت مرسل نقل گردیده است؛ بنابراین این روایت نمی‌تواند مدعی مذکور را ثابت کند و تنها به عنوان مؤید قابل استفاده است.

دلیل سوم: اجماع

برخی معتقدند که بر جواز نگهداری کلاب نافع اجماع وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۶۶)، اما این اجماع نمی‌تواند در این مسئله کارگشا باشد؛ چون اجماع در صورتی حجت است که تعبدی باشد، در حالی که این اجماع مدرکی است و مستند به ادله‌ای است که بیان شد.

دلیل چهارم: سیره

با توجه به ویژگی‌های منحصر به فردی که سگ‌ها در امر صید و نگهداری دارند، از زمان‌های بسیار دور انسان‌ها سگ‌ها را تعلیم داده و در امور گوناگون از آنها بهره می‌گرفتند. در روایتی نقل شده که اولین شخصی که از سگ برای نگهداری استفاده کرد، حضرت نوح علیه السلام بود که برای حفاظت شبانه از کشتی خود، به وحی الهی از سگ‌ها استمداد جست (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۶۲، ص ۵۲). این روش تا پس از ظهور اسلام نیز ادامه یافت؛ با این حال نهی‌ای از جانب معصومان در باره نگهداری از چنین سگ‌هایی صادر نشد (مجاهد، بی‌تا، ص ۲۷۸)، بلکه بر خلاف آن، روایت‌هایی در تأیید آن نیز صادر شد. نگهداری و تربیت سگ‌های نافع نه تنها در میان غیرمسلمانان، بلکه در میان مسلمانان نیز یک سیره مستمر بوده است؛ بنابراین می‌توان گفت هم سیره عقلا و هم سیره متشرعه بر جواز نگهداری از سگ‌های نافع دلالت دارد.

دلیل پنجم: ملازمه میان جواز معامله و جواز نگهداری

در جای خود اثبات شده که معامله همه سگ‌هایی که دارای منافع عقلایی هستند

جایز است^۱ و وقتی شارع مقدس مالیت آنها را تأیید کرده باشد، به دلالت التزامی می‌توان چنین نتیجه گرفت که نگهداری آنها نیز جایز است؛ چون در مواردی که معامله یک چیز مستلزم نگهداری آن است، معقول نیست که معامله جایز باشد، ولی نگهداری آن ممنوع باشد. به عبارت دیگر غرض معامله بسیاری از چیزها تنها با نگهداری از آنها محقق می‌شود و اگر قرار باشد نگهداری آنها ممنوع شود، معامله آنها نیز لغو و بیهوده خواهد بود. سگ‌ها نیز از مصادیق چنین مواردی هستند که خرید و فروش آنها به نیت استفاده در اموری است که ملازمه با نگهداری آن دارد؛ بنابراین میان جواز معامله سگ‌ها و جواز نگهداری آنها ملازمه برقرار است.

۲-۲. حکم نگهداری از سگ‌های غیر نافع

منظور از سگ‌های غیر نافع سگ‌هایی چون سگ ولگرد و کلب عقور است. هرچند در محل خود ثابت شده که معامله سگ‌های غیر نافع جایز نیست، اما برخلاف آنچه گفته شد مبنی بر اینکه جواز معامله سگ‌ها با جواز نگهداری آنها ملازمه دارد، از لحاظ قواعد فقهی عدم جواز معامله یک چیز ملازمه‌ای با عدم جواز نگهداری آن ندارد؛ برای مثال یک دانه گندم را نمی‌توان خرید و فروش کرد؛ چون مالیت ندارد، اما نگهداری آن جایز است؛ بنابراین کسی نمی‌تواند ادعا کند که به دلیل عدم جواز معامله سگ‌های غیر نافع، نگهداری از آنها نیز ممنوع است و باید دلیل دیگری بر این امر اقامه کند. در مورد نگهداری از سگ‌های غیر نافع سه دیدگاه در میان فقیهان مذاهب اسلامی وجود دارد: الف. حرمت، ب. جواز، ج. کراهت.

الف. بررسی قول اول: حرمت

فقیهان مالکی، شافعی، حنبلی، برخی از فقیهان حنفی (نووی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۳۴) و

۱. نویسندگان در مقاله دیگری با عنوان «واکاوی فقهی دادوستد سگ‌ها از منظر مذاهب اسلامی با تأکید بر حکم سگ‌های نافع امروزی» که در نشریه علمی-پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی منتشر شد، این مطلب را به تفصیل ثابت کرده‌اند (نوری و سبویی جهرمی، ۱۴۰۱).

مشهور فقیهان امامی (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۳۵۸) نگهداری سگ‌های غیرنافع را جایز نمی‌دانند. دلیل آنها بر این ادعا عبارت است از:

دلیل اول: روایت‌ها

۱. شیخ کلینی در کافی از امام صادق علیه السلام چنین روایت کرده است: «کراهت دارد که در خانهٔ مسلمان سگ وجود داشته باشد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۲).^۱ کراهت در روایت‌ها به معنای حرمت است؛ بنابراین روایت بر حرمت نگهداری از سگ دلالت دارد.

این روایت از جهت سندی معتبر است، اما از جهت دلالتی نمی‌توان دلالت آن را بر حرمت پذیرفت؛ چون لفظ «کراهت» در روایت‌ها هم به معنای کراهت اصطلاحی به کار رفته (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۱۶؛ ج ۳، ص ۳۶۸؛ ج ۵، ص ۴۹۸) و هم به معنای حرمت (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، صص ۱۱۵-۱۱۶، ۱۶۵) و تعیین معنای آن با کمک قرائن انجام می‌شود. از جمله روایت‌هایی که در آن کراهت به معنای حرمت به کار رفته روایت زیر است:

حلی از امام صادق علیه السلام در مورد شخصی پرسید که غذا را احتکار کرده و منتظر بالا رفتن قیمت آن می‌ماند، آیا این کار جایز است؟ امام علیه السلام فرمودند: «اگر غذا به قدری زیاد است که به همهٔ مردم می‌رسد اشکالی ندارد، اما اگر غذا کم است و همهٔ مردم را تأمین نمی‌کند، مکروه است که غذا را احتکار کند و مردم را بدون غذا رها کند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۵).^۲ در این روایت احتکار مردم در زمان قحطی مکروه دانسته شده است که به معنای حرمت است.

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن الحلبی عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «يكره أن يكون في دار الرجل المسلم الكلب».

۲. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن الحلبی عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يترئص به هل يجوز ذلك فقال: «إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به و إن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام».

در برخی از روایت‌ها نیز کراهت به معنای اصطلاحی آن به کار رفته است: حلبی از امام صادق علیه السلام در باره نماز در مساجد مسقف پرسید که آیا کراهت دارد؟ امام علیه السلام فرمودند: «آری» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۶۸).^۱

نماز خواندن در مسجد مسقف به اتفاق فقیهان حرام نیست و کراهت در این روایت به معنای اصطلاحی خود به کار رفته است.

با توجه به مطالب بالا نتیجه گرفته می‌شود که لفظ کراهت در روایت‌ها، هم به معنای حرمت آمده و هم به معنای کراهت اصطلاحی و معنای آن با کمک قرینه معین می‌شود و به صرف وجود لفظ کراهت نمی‌توان از روایت مورد بحث، حرمت نگهداری از سگ‌ها را برداشت کرد.

۲. روایت‌های عدم دخول ملائکه: در برخی از روایت‌ها وجود سگ در خانه به عنوان مانعی از ورود فرشتگان معرفی شده است. به عنوان نمونه در روایتی امام صادق علیه السلام به نقل از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله می‌فرماید: «جبرئیل نزد من آمد و گفت: ما فرشتگان در خانه‌ای که سه چیز باشد وارد نمی‌شویم: سگ، تصویر بدن و ظرفی که در آن بول می‌شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۹۳).^۲ همین مضمون در روایت‌های اهل سنت نیز آمده است (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص ۱۱۴).^۳

از جهت سندی این روایت معتبر نیست؛ چون یکی از رجال سند آن، شخصی به نام محمد بن مروان است که وثاقت او ثابت نیست، بلکه مردد میان ثقه و ضعیف است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۳۴۵، ۳۶۰). با صرف نظر از اشکال سندی، این روایت از جهت دلالتی نیز

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي قال: سئل ابي عبد الله عليه السلام عن المساجد المظلمة أ يكره الصلاة فيها قال: نعم.

۲. أبو علي الأشعري عن مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ مِشْكَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَرْوَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلی الله علیه و آله: «إِنَّ جِبْرِيئِيلَ عليه السلام أَتَانِي فَقَالَ إِنَّا مَعَاشِرُ الْمَلَائِكَةِ لَا نَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ وَلَا نَبْتٌ وَلَا جَسَدٌ وَلَا إِنَاءٌ يَبَالُ فِيهِ».

۳. حَدَّثَنَا ابْنُ مِقَاتٍ أَخْبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ أَحْبَزَنَا مَعْمَرٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُثَيْبِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا طَلْحَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلی الله علیه و آله يَقُولُ: «لَا تَدْخُلُ الْمَلَائِكَةُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ وَلَا صُورَةٌ تَمَائِيلُ».

مخدوش است؛ چون داخل نشدن ملائکه به خانه، در حقیقت سلب یک توفیق و محروم شدن از یک فضیلت است و دلالتی بر حرمت ندارد، بلکه تنها کراهت اصطلاحی را می‌رساند.

۳. روایت‌های کاسته شدن از پاداش: در برخی از روایت‌ها نگهداری از سگ عامل کاسته شدن اعمال دانسته شده است؛ به طور مثال در روایت موثقی زراره از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «هر کس سگی را نزد خود نگهداری کند، هر روز یک قیراط از پاداش اعمالش کاسته می‌شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۲).^۱ در روایت‌های اهل سنت نیز همین مضمون وجود دارد (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۷، ص ۸۷؛ مسلم بن حجاج نیشابوری، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۲۰۱؛ احمد بن حنبل، ۱۴۲۱ق، ج ۱۶، ص ۱۱۷).

برخی با استناد به این احادیث گفته‌اند نگهداری از سگ‌ها فقط در منافی چون صید و نگهداری جایز است، در غیر این صورت نگهداری از آن حرام است (ابن دقیق، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۹)؛ چون اگر کسی چنین کاری کند، بر اساس این احادیث از پاداش اعمال او کاسته می‌شود و کاسته شدن اعمال، خود یک عقوبت است و هر امری که دلالت بر عقوبت کند حرام است (خلاف، بی‌تا، ص ۱۰۷).

در پاسخ به این استدلال باید به این نکته توجه داشت که میان کاسته شدن از ثواب و از بین رفتن اعمال (حبط عمل) تفاوت وجود دارد و گویا مستشکل این دو را مساوی فرض کرده است. حبط عمل به معنای از بین رفتن ثواب یک عمل به طور کامل که نتیجه اموری چون کفر (محمد، ۸-۹)، شرک (انعام، ۸۸)، انکار قیامت (اعراف، ۱۴۷)، ارتداد (بقره، ۲۱۷) و ... است؛ در حالی که در این روایت از نقص در اجرت کلام به میان آمده است. توضیح مطلب این است که اعمال واجب و مستحب دارای مراتب گوناگونی از ثواب است. اگر عملی با تمام شرایطش انجام شود، ثواب بیشتری به همراه دارد و به هر میزان که از شرایط مذکور تخلف شود، از ثواب آن نیز کاسته

۱. عِدَّةٌ مِنْ أَضْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «مَا مِنْ أَحَدٍ يَتَّخِذُ كَلْبًا إِلَّا نَقَصَ فِي كُلِّ يَوْمٍ مِنْ عَمَلِهِ صَاحِبِهِ قِيرَاطًا».

می‌شود؛ بنابراین کسی که عمل واجب یا مستحبی را انجام می‌دهد، می‌تواند مراتب گوناگونی از ثواب را کسب کند. در این حدیث می‌فرماید اگر کسی از سگ نگهداری کند، از ثوابش کاسته می‌شود؛ یعنی اصل ثواب باقی است، اما مرتبه نازل‌تری از ثواب را دریافت می‌کند و چنین اثری با مبعوضیت خفیف سازگاری دارد و عقوبت محسوب نمی‌شود.

دلیل دوم: نجاست ذاتی

یکی از ادله حرمت نگهداری از سگ غیرنافع، نجاست ذاتی آن بیان شده است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۳۵۹). به اعتقاد این گروه نگهداری از اعیان نجاستی که منفعتی نداشته باشد حرام است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۶). در واقع ایشان نگهداری از اعیان نجس را به دو بخش تقسیم کرده‌اند: یکی به قصد منافع حلال و دیگری بدون قصد منفعت و اولی را جایز و دومی را حرام می‌دانند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت درست است که ادله‌ای برای جواز نگهداری از اعیان نجس به قصد استفاده در منافع عقلایی مانند نگهداری از خمر برای تبدیل به سرکه (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۴۲۸) وجود دارد، اما این مطلب به معنای حرمت نگهداری از اعیان نجس بدون منفعت نیست و برای اثبات آن باید دلیل دیگری ارائه شود. ممکن است گفته شود در برخی از روایت‌ها از نگهداری نجاسات منع شده است (ابن شعبه، ۱۴۰۴ق، ص ۳۳۳)^۱، اما به دلیل ضعف سندی، این روایت‌ها قابل استناد نیستند؛ بنابراین در این مورد که دلیلی بر حرمت وجود ندارد، با تمسک به اصل برائت جواز نگهداری نجاسات از جمله سگ‌های غیرنافع، ثابت می‌شود.

ب. بررسی قول دوم: اباحه به معنای اخص

از برخی فقیهان نقل شده که نگهداری از همه سگ‌ها جایز است، حتی اگر منفعتی

۱. «... أَوْ شَيْءٍ مِنْ وَجْهِ النَّجِيسِ فَهَذَا كُلُّهُ حَرَامٌ وَ مُحَرَّمٌ لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مَنْهُي عَنْ أَكْلِهِ وَ شُرْبِهِ وَ لَبْسِهِ وَ مِلْكِهِ وَ إِسْكَرِهِ وَ التَّقَلُّبِ فِيهِ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَسَادِ فَجَمِيعٌ تَقْلَبُ فِي ذَلِكَ حَرَامٌ...».

نداشته باشند (نووی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۳۴). این قول را می‌توان با ادله زیر مستند ساخت:

۱. در روایتی از صحیح مسلم آمده است: «طهارت ظروفی که سگ در آن تناول کرده است با هفت مرتبه شستن که اولین آن با خاک است، حاصل می‌شود (مسلم بن حجاج نیشابوری، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۴).^۱

با استناد به این حدیث گفته شده اینکه سگ‌ها به راحتی از ظروف انسان‌ها تناول کنند و در محل زندگی آنها رفت و آمد داشته باشند نشان می‌دهد که نگهداری از آنها جایز بوده، در غیر این صورت امکان چنین ارتباط نزدیکی میان انسان‌ها و سگ‌ها نبوده است (حسین محمد فاروق، ۱۴۴۲ق، ج ۴، ص ۳۲۵۸).

چند پاسخ به این استدلال می‌توان داد:

اولاً، اینکه سگ‌ها بتوانند از ظروف انسان‌ها تناول کنند، به این معنا نیست که سگ‌ها به وسیله انسان‌ها نگهداری می‌شده‌اند؛ چون ممکن است سگ‌های ولگرد از ظروفی که در محیط‌های غیر محصور مثل باغ و مزرعه و حتی محیط‌های محصور مثل خانه وجود دارد استفاده کنند؛ چنانکه گاهی در محیط‌های روستایی دیده می‌شود که سگ‌های ولگرد وارد خانه می‌شوند؛ بنابراین نهایت مطلبی که از این حدیث فهمیده می‌شود این است که سگ‌ها در اطراف محیط زندگی انسان‌ها رفت و آمد داشته‌اند و این ملازمه‌ای با نگهداری آنها ندارد.

ثانیاً، بر فرض که تناول سگ‌ها از ظروف انسان‌ها دلالت بر نگهداری آنها داشته باشد، اما این مطلب ملازمه‌ای ندارد با اینکه این سگ‌ها، سگ‌های غیر نافع باشند، بلکه ممکن است سگ‌های نافی چون سگ شکاری و سگ نگهبان باشند.

۲. در روایت موثقی نقل شده است: «رسول خدا ﷺ به اهل قاصیه اجازه داد تا از سگ نگهداری کنند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۳).^۲ به این روایت چنین استدلال شده که

۱. حَدَّثَنَا زُهَيْرُ بْنُ حَرْبٍ، حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هِشَامِ بْنِ حَسَّانَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَبْرِينَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «طَهِّرُوا إِنَاءَ أَحَدِكُمْ، إِذَا وَلَعَ فِيهِ الْكَلْبُ، أَنْ يُغْسِلَهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ، أَوْ لَاهَنَّ بِالْثَّرَابِ».

۲. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ لِأَهْلِ الْقَاصِيَةِ فِي كَلْبٍ يَتَّخِذُونَهُ».

ترخیص نگهداری از سگ‌ها دلالت بر جواز آن دارد، اما نمی‌توان به طور مطلق این استدلال را پذیرفت؛ چون:

اولاً، در این روایت جواز تنها برای «اهل القاصیه» بیان شده است، نه همه مردم و با توجه به استعمالات لغوی ماده (ق، ص، و)، اهل القاصیه به کسانی اطلاق می‌شود که در مناطق دورافتاده زندگی می‌کنند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۷۸؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۴۶۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۷۳).

ثانیاً، در این روایت حکم جواز با ماده «ترخیص» بیان شده که عبارت است از اذن پس از نهی (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۸۵). با توجه به این مطلب می‌توان نتیجه گرفت که از نگهداری برخی سگ‌ها نهی شده است، اما از این روایت نمی‌توان فهمید که نهی به معنای مبعوضیت شدید است یا مبعوضیت خفیف.

بنابراین می‌توان گفت هرچند در این روایت «کلب» به صورت مطلق ذکر شده است، اما با دقت در سیاق روایت و توجه به تناسب حکم و موضوع، این مطلب برداشت می‌شود که تنها سگ‌هایی را می‌توان نگهداری کرد که برای نگهداری و حفاظت به کار می‌روند؛ چون در روایت نگهداری سگ تنها برای افرادی که در مناطق دورافتاده زندگی می‌کنند جایز دانسته شده و خصوصیت این مناطق وجود خطر حیوانات درنده و انسان‌های غارتگر است که ممکن است اهالی آن را به دلیل دورافتاده بودن و نبودن کمک‌های انسانی تهدید کند. در نتیجه از این روایت تنها جواز نگهداری سگ‌های نگهدارنده برای حفاظت از ساکنان مناطق دورافتاده برداشت می‌شود.

ج. بررسی قول سوم: کراهت

با توجه به اینکه ادله قول حرمت و اباحه ناتمام بود و برخی از ادله سابق دلالت بر کراهت داشت، قول مختار کراهت است. برای اثبات این قول چنانکه توضیح آن گذشت، می‌توان به احادیثی تمسک کرد که لسان آنها کراهت است؛ مانند روایت‌هایی که نگهداری سگ را موجب عدم ورود ملائکه و یا نقص در عمل می‌داند؛ با این توضیح که تعبیر عدم ورود ملائکه و کاسته شدن اجر برای فعل حرام به

کار نمی‌رود؛ چون ترک فعل حرام لازم است و به هیچ وجه ارتکاب آن جایز نیست و برای تحقق این امر باید از تعبیری الزام آور، مانند نهی یا تهدید به عذاب استفاده شود و کاسته شدن از ثواب و عدم ورود ملائکه چنین دلالتی ندارد، بلکه تنها از دست رفتن یک فضیلت و ثواب بیشتر را می‌رساند. در نتیجه این روایت‌ها نهایتاً دلالت بر کراهت دارد.

ممکن است این اشکال وارد شود که ادله دال بر کراهت نگهداری از سگ‌ها، شامل سگ‌های نافع نیز می‌شود؛ در حالی که در مباحث گذشته بیان شد که حکم آن، اباحه بالمعنی الأخص است. اما پاسخ به این اشکال با اندکی تأمل روشن می‌شود؛ چون در برخی از روایت‌هایی که کراهت از آنها استفاده شد، سگ‌های نافع استثنا شده بود؛ برای مثال روایت‌هایی که نگهداری از سگ را موجب کاسته شدن از اعمال می‌دانست، سگ‌های شکاری و نگهبان را استثنا کرده بود (بخاری، ۱۴۲۲ق ج ۳، ص ۱۰۳). علاوه بر این از برخی از روایت‌ها دال بر جواز نگهداری از سگ‌های نافع برداشت می‌شد که این نوع از سگ‌ها دارای خیر هستند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۲) و خیر داشتن با کراهت نگهداری از آنها منافات دارد؛ بنابراین حکم کراهت تنها برای نگهداری از سگ‌های غیر نافع است و شمولی نسبت به سگ‌های دارای منفعت ندارد.

۳. عناوین ثانوی مترتب بر نگهداری از سگ

در بحث گذشته حکم اولی نگهداری از سگ‌ها مشخص شد. اما نگهداری از سگ‌ها به خصوص در محل‌های مسکونی عناوین ثانوی دیگری را نیز به همراه دارد که باید حکم آنها نیز روشن شود.

۱-۳. عنوان اول: ایذاء

یکی از عناوین ثانوی که در برخی موارد با نگهداری از سگ‌ها تلازم دارد ایذاء است. ایذاء از دو جهت ممکن است رخ دهد: الف. آزاری که سگ به دیگران می‌رساند؛ ب. آزاری که در اثر نگهداری از سگ به این حیوان می‌رسد.

الف. ایذای سگ به دیگران

نگهداری از سگ‌ها در منازل با توجه به صداهایی که ایجاد می‌کند، می‌تواند موجب آزار و اذیت همسایگان شود. علاوه بر این رفت و آمد سگ‌ها ممکن است موجب رعب و وحشت دیگران به خصوص کودکان شود و حرمت ایذاء در فقه امری مسلم است و نیازی به اثبات ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۳۵۰). خداوند متعال در قرآن کریم در مورد عقوبت آزاررساندن به مؤمنان می‌فرماید: «وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغْيًا مَا كَتَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا» و کسانی که مردان و زنان با ایمان را بی هیچ گناهی که مرتکب شده باشند، آزار می‌دهند به راستی بار بهتان و گناه آشکاری را به دوش می‌کشند» (احزاب، ۵۸). در اثبات حرمت ایذاء همین آیه کفایت می‌کند؛ زیرا ایذاء را «گناهی آشکار» نامیده است.

روایت معتبری در کافی در مورد نگهداری از سگ وجود دارد که بر اساس یک احتمال می‌توان آن را بر همین صورت حمل کرد. در این روایت سماعه از امام علیه السلام پرسش می‌کند که آیا می‌توان سگ شکاری را در خانه نگهداری کرد یا خیر؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند: «اگر در روی او ببندند، اشکالی ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۵۲).^۱

در خصوص معنای جمله «إِذَا كَانَ يَغْلُقُ ذُوْنَهُ الْبَابُ فَلَا بُأْسَ» دو احتمال وجود دارد:

۱. اگر سگ را ببندند تا برای دیگران مزاحمت ایجاد نکند، نگهداری آن اشکالی ندارد؛
۲. اگر سگ را ببندند و اجازه ندهند که در محیط خانه عبور و مرور کند و خانه و وسایل آن را نجس کند، در این صورت نگهداری آن مشکلی ندارد.

از مفهوم این جمله شرطیه به دست می‌آید که اگر سگ را نبندند و آن را رها بگذارند، نگهداری از آن با چنین وضعیتی اشکال خواهد داشت که می‌تواند اشاره به این مطلب داشته باشد که نگهداری از سگ نباید موجب آزار دیگران شود.

۱. عَنْهُ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ كَلْبِ الصَّبِيِّ يَمْسُكُ فِي الدَّارِ قَالَ ﷺ إِذَا كَانَ يَغْلُقُ ذُوْنَهُ الْبَابُ فَلَا بُأْسَ».

ب. ایذای خود سگ

برخلاف تصور کسانی که متمایل به نگهداری از سگ در منزل هستند و این کار را نوعی محبت و لطف به این حیوان می‌دانند، سگ‌ها بر اساس خلقتشان به طبیعت و محیط‌های باز تعلق دارند و محدود کردن آنها در حصار منزل و تحمیل کردن سبک زندگی انسانی بر آنها موجب دور شدنشان از خلقت طبیعی و در نتیجه آزار آنها می‌شود و حیوان آزاری به طور کلی در شرع اسلام عملی حرام و نکوهیده است. در روایت صحیحی از امام صادق علیه السلام نقل شده است: «به صورت حیوانات ضربه نزنید؛ زیرا آنها خدا را ستایش می‌کنند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۳۸).^۱ در روایت‌ها نه تنها از آزار جسمانی حیوانات نهی شده، بلکه از رساندن آسیب‌های روحی به آنها نیز نهی شده است. در روایت صحیحی از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده که خطاب به مأمورین جمع‌آوری زکات فرمودند: «بین ماده شتر و طفل او جدایی نیندازید» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۵۳۷).^۲ با توجه به این روایت‌ها می‌توان نتیجه گرفت که هرگونه آسیب‌رسانی جسمی و روحی به حیوانات حرام است و در صورتی که نگهداری از سگ در خانه یا در محیطی غیر از محیط سازگار با طبیعت او موجب آزارش شود، مشمول این حکم خواهد بود.

۳-۲. عنوان دوم: تشبه به کفار

یکی دیگر از عناوینی که ممکن است بر نگهداری از سگ‌ها عارض شود، تشبه به کفار است. فرهنگ نگهداری از سگ‌ها در منزل از جمله سنت‌هایی است که از کشورهای غربی به جوامع اسلامی سرایت کرده است؛ لذا این سبک از زندگی می‌تواند تحت عنوان تشبه به کفار قرار گیرد. از آنجا که در باره حکم تشبه به کفار اختلافاتی

۱. عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ يَحْيَى عَنْ جَدِّهِ الْحَسَنِ بْنِ زَائِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله: «لَا تَصْرَبُوا الدَّوَابَّ عَلَى وُجُوهِهَا فَإِنَّهَا تُسَبِّحُ بِحَمْدِ اللَّهِ».

۲. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ حَرِيزِ بْنِ بُرَيْدٍ عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ بَعَثَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مُصَدِّقًا مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى بَادِيَتِهَا فَقَالَ لَهُ: «... فَأَوْعِزْ إِلَيْهِ أَنْ لَا يَحُولَ بَيْنَ نَاقَةٍ وَبَيْنَ فَصِيلِهَا وَلَا يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا...».

وجود دارد (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۹، ص ۱۰۳؛ اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۱۳۵؛ سبحانی، بی تا، ص ۹۶) و بحثی جدید در فقه اسلامی به شمار می‌رود، در این بخش به طور مختصر در مورد این مسئله بحث خواهد شد. تشبه به کفار سه حالت می‌تواند داشته باشد: ۱. تشبه به کفار به نیت تبعیت از کفار و خروج از اسلام؛ ۲. تشبه به کفار تنها به نیت تبعیت از کفار؛ ۳. تشبه به کفار بدون نیت خروج از اسلام و تبعیت از کفار (جمعی از مؤلفین، بی تا، ج ۱۰، ص ۵۵). اگر تشبه به کفار از قسم اول باشد، هیچ تردیدی در حرمت آن نیست؛ چراکه از مصادیق ارتداد است و از معاصی کبیره به حساب می‌آید. برخی از آیات قرآن به این امر اشاره دارند، از جمله: «و من یشاقق الرسول من بعد ما تبین الیهدی و یتبع غیر سبیل المؤمنین نوله ما تولی و نصله جهنم و ساءت مصیراً؛ هر کس که با فرستاده خدا مخالفت کند، پس از آنکه هدایت (واقعی) برای او روشن شد و از روش غیر مؤمنین پیروی کند، ما او را به گمراهی خود وامی‌گذاریم و وارد جهنم می‌کنیم و چه بد بازگشتی است» (نساء، ۱۱۵). در این آیه به صراحت به کسانی که از روش مؤمنان اعراض کرده و به پیروی از کفار روی آورده‌اند، وعده جهنم داده شده که یکی از علامات اعمال حرام است.

در خصوص قسم دوم نیز ادله بر حرمت چنین تشبیهی دلالت می‌کنند، از جمله آیه «و لا تتبع أهوائهم و احذرهم أن یفتنوک عن بعض ما أنزل الله إلیک؛ و از امیال نفسانی کفار پیروی نکن و بترس از این که نسبت به برخی از معارف و حیاتی تو را گمراه کنند» (مائده، ۴۹). در این آیه فعل «لا تتبع» صیغه نهی است که ظهور در حرمت تبعیت از کفار دارد.

اما اگر تشبه به کفار از قسم سوم باشد، دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد، بلکه ادله ظهور در کراهت آن دارند؛ مانند روایت‌های زیر:

۱. شیخ کلینی در کافی از امام صادق علیه السلام نقل کرده: «صحن خانه‌هایتان را جارو کنید و خود را شبیه یهودیان نکنید» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۵۳۱).^۱ از این روایت چیزی

۱. الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «اَكْتَسُوا أَفْنِيَتَكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا بِالْيَهُودِ».

بیشتر از کراهت استفاده نمی‌شود؛ چون جارو کردن خانه مستحب است و ترک آن حرمتی ندارد.

۲. شیخ صدوق به نقل از پیامبر اسلام ﷺ می‌گوید: «سبیل‌ها را کوتاه کنید و محاسن را بلند بگذارید و خود را شبیه مجوسیان نکنید» (ابن بابویه، ۱۴۰۳ق، ص ۲۹۱).^۱ در این روایت نیز حکم تشبه به کفار در بلندی سبیل و کوتاهی محاسن در حد کراهت است. با این تفاسیر اگر نگهداری از سگ‌ها مصداقی از تشبه به کفار باشد، از این جهت در نهایت کراهت استفاده می‌شود و نمی‌تواند مستمسکی برای قول به حرمت باشد.

۳-۳. عنوان سوم: خطرات بهداشتی

یکی از عناوینی که می‌تواند موجب حرمت نگهداری از سگ‌ها شود، خطرانی است که این عمل از جهت بهداشتی در پی دارد. سگ‌ها در تمامی رده‌های سنی حتی در زمان تولگی، حامل میکروب‌هایی هستند که می‌تواند خاستگاه بیماری‌های گوناگونی باشد که سلامتی صاحبان خود را تهدید می‌کند (Robinson, & N Pugh, 2002, pp. 95-98). در این بخش به طور اختصار به برخی از این بیماری‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. **هاری:** بیماری ویروسی است که موجب مشکلات عصبی خطرناکی می‌شود و از طریق گزش حیواناتی چون سگ به انسان‌ها انتقال می‌یابد. سگ‌هایی که مبتلا به این بیماری هستند ممکن است به انسان‌ها حمله‌ور شوند و معمولاً پس از چند روز می‌میرند (جهانگیری، ۱۳۹۳، صص ۳۶-۳۸).

۲. **سالمونلوز:** این بیماری که از باکتری‌های سالمونلا ناشی می‌شود، به طور ویژه سلامت کودکان و سالخوردگان را تهدید می‌کند. یکی از راه‌های انتقال این بیماری، حیوانات خانگی از جمله سگ‌ها هستند.

۱. حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامِ الْمُكْتَبِ (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ قَالَ حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عِمْرَانَ النَّخَعِيُّ عَنْ عَمِّهِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ عُرَابٍ قَالَ حَدَّثَنِي خَيْرُ الْجَعْفَرِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُفُوا السَّوَارِبَ وَ اغْمُوا اللَّحَى وَ لَا تَتَشَبَّهُوا بِالْمَجُوسِ».

۳. **تب مالت:** نوعی بیماری باکتریایی است که در اثر تماس با حیوانات از جمله سگ‌ها انتشار می‌یابد. معمولاً سگ‌های مبتلا به این بیماری علائم خاصی ندارند (Miryan Margot Sánchez-Jiménez, 2020, p. 5).

۴. **کامپیلوباکتریوز:** این بیماری بیشتر از طریق مدفوع حیوانات بیمار به انسان‌ها منتقل می‌شود. این بیماری سلامتی همه افراد به ویژه افراد ضعیف را تهدید می‌کند و موجب بروز عفونت در حیوان و اسهال‌های خونی در انسان می‌شود.

۵. **سارکوپتیک:** یک نوع بیماری انگل پوستی است که از کنه‌های ریز ناشی می‌شود. سگ‌ها در اثر مجاورت با حیواناتی که مبتلا به این بیماری هستند، به این مشکل پوستی دچار می‌شوند و در صورت تماس با انسان آن را منتقل می‌کنند.

این موارد تنها بخشی از بیماری‌هایی است که می‌تواند از سگ‌ها به انسان منتقل شود. بیماری‌های دیگری نیز وجود دارد که از طریق آب دهان، مدفوع یا پوست این حیوان می‌تواند به انسان سرایت یابد؛ مانند: طاعون، لپتوسپیروز، عفونت کرم‌های قلاب‌دار، کاپنوسیتوگافا و عفونت کرم حلقوی (Robinson, & N Pugh, 2002, pp. 95-98).

از آنجاکه هر انسانی بر اساس حکم عقل و شرع موظف به حفظ جان خود می‌باشد (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۴، ص ۲۲۵)، لازم است که با دوری از این حیوانات خود را از عواقب خطرناک آن حفظ کند؛ بنابراین در صورتی که با نگهداری از سگ‌ها سلامت انسان در معرض خطر جدی قرار گیرد، می‌توان حکم به حرمت آن کرد.

نتیجه‌گیری

حکم فقهی نگهداری از سگ‌ها از دو جهت قابل ارزیابی است: یکی حکم اولی و دیگری حکم ثانوی. از جهت حکم اولی نگهداری از سگ‌هایی که دارای منافع عقلایی هستند، مانند سگ‌های شکاری، نگهبان، پلیس، امداد و نجات و ... مورد اتفاق فقیهان مذاهب گوناگون اسلامی است و برای اثبات آن به ادله‌ای چون آیه چهارم سوره مائده، روایت‌ها و سیره تمسک شده است. در مورد سگ‌هایی که منفعت عقلایی ندارند سه دیدگاه وجود دارد: حرمت، اباحه به معنای اخص و کراهت. پس از بررسی

ادله ارائه شده این نتیجه به دست آمد که بر خلاف نظریه مشهور که حرمت است، قول کراهت به صواب نزدیک تر است؛ چون در روایت‌ها نسبت به نگهداری از این سنگ‌ها از آثاری چون عدم دخول ملائکه و کاسته شدن اعمال کلام به میان آمده است که ظهور در کراهت دارد. از جهت حکم ثانوی نیز سه عنوان مورد بررسی قرار گرفت. عنوان اول ایذاء بود که در صورت عروض آن، نگهداری از سنگ‌ها حرام خواهد بود؛ چه ایذاء به دیگران باشد و چه به خود سنگ. عنوان دوم تشبه به کفار بود که نهایتاً کراهت از آن استفاده شد. عنوان آخر خطرات بهداشتی بود که در صورتی که خطری جدی سلامت انسان را تهدید کند، حکم اولی نگهداری از سنگ را به حرمت تبدیل می‌ساخت.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین. (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی العریزة فی الأحادیث الدینیة (ج ۲، چاپ اول). قم: دار سید الشهداء علیّه السلام للنشر.
۲. ابن البیع، محمد بن عبدالله. (۱۹۹۰م). المستدرک علی الصحیحین (چاپ اول). بیروت: دارالکتب العلمیة.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). معانی الأخبار (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن دقیق، محمد بن علی. (بی تا). إحکام الأحکام فی شرح عمدة الأحکام (ج ۲، چاپ اول). قاهره: بی نا.
۵. ابن رشد، محمد بن أحمد. (۱۴۰۸ق). البیان و التحصیل (ج ۱۷، چاپ دوم). بیروت: دارالغرب الإسلامی.
۶. ابن شعبه، حسن بن علی. (۱۴۰۴ق). تحف العقول عن آل الرسول ﷺ (چاپ دوم). قم: جامعة مدرسیین.
۷. أحمد بن حنبل. (۱۴۲۱ق). مسند الإمام أحمد بن حنبل (ج ۱۶، چاپ اول). بیروت: مؤسسة الرسالة.
۸. اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (ج ۷، چاپ اول). تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۹. اصفهانی، حسین بن محمد راغب. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن (چاپ اول). بیروت: دارالقلم.
۱۰. بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۲۲ق). صحیح بخاری (ج ۳، ۴ و ۷، چاپ اول). قاهره: المطبعة الکبری الأمیریة.
۱۱. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). صراط النجاة (ج ۹، چاپ اول). قم: دار الصدیقة الشهیة.

۱۲. جمعی از مؤلفین. (بی تا). مجله فقه اهل البیت علیهم السلام (ج ۱۰، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۳. جهانگیری، فرهاد. (۱۳۹۳). بهداشت سگ باوفای من سلامت خانواده مهربان من (چاپ اول). تهران: نشر فرهاد جهانگیری.
۱۴. حسین محمد فاروق، علی محمود عیسی. (۱۴۴۲ق). حکم اقتناء الکلاب فی الفقه و القانون (ج ۴). دقهلیه: مجله کلیه الشریعة و القانون بتفهننا الأشراف، ۴ (۲۳). صص ۳۲۸۹-۳۲۳۹.
۱۵. حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام (ج ۲۴، چاپ اول). قم: دار الکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. خلاف، عبدالوهاب. (بی تا). علم أصول الفقه (چاپ هشتم). قاهره: مكتبة الدعوة.
۱۸. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. سبحانی، جعفر. (بی تا). رساله فی تأثیر الزمان و المكان علی استنباط الأحکام (چاپ اول). قم: بی تا.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام (ج ۱۰، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۱. صاحب بن عباد، إسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (ج ۵، چاپ اول). بیروت: عالم الکتاب.
۲۲. طبرسی، فضل بن الحسن. (۱۴۳۰). مجمع البیان فی تفسیر القرآن (ج ۳، چاپ اول). بیروت: دار الأمیرة.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی الفقه الإمامیه (ج ۲، چاپ سوم). تهران: مكتبة المرتضوية.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.

۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸ق). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (ج ۱۵)، چاپ اول. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.

۲۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۲، چاپ اول). قم: جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

۲۸. فراهیدی، خلیل بن أحمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین (ج ۵، ۴، ۵، چاپ دوم). قم: نشر هجرت.

۲۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.

۳۰. مجاهد، سید محمد طباطبایی. (بی تا). کتاب المناهل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

۳۱. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار الجامعة لدرر الأخبار الأئمة الأطهار (ج ۶۲، چاپ دوم). بیروت: دار إحياء التراث العربي.

۳۲. مسلم بن حجاج نیشابوری. (بی تا). صحیح مسلم (ج ۱ و ۳، چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربي.

۳۳. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منية الطالب فی حاشية المكاسب (ج ۱، چاپ اول). تهران: المكتبة المحمدية.

۳۴. نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵). رجال النجاشی (چاپ ششم). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية مؤسسة النشر الإسلامي.

۳۵. نوری، سیدحسین؛ سبوی جهرمی، سعید. (۱۴۰۱). واکاوی فقهی دادوستد سگها از منظر مذاهب اسلامی با تأکید بر حکم سگهای نافع امروزی. نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۵(۱)، صص ۲۳۷-۲۵۹.

۳۶. نووی، یحیی بن شرف. (بی تا). المجموع شرح المذهب (ج ۹، چاپ اول). بیروت: دار الفکر.

37. Andreas O. M. Hoffmann. (2009). Dog-assisted intervention significantly reduces anxiety in hospitalized patients with major depression, *European Journal of Integrative Medicine*, Volume 1, Issue 3, October, pp. 145-148.
38. Fung, Sc., Leung, A. Sm. (2014). Pilot Study Investigating the Role of Therapy Dogs in Facilitating Social Interaction among Children with Autism. *J Contemp Psychother*, 44, pp. 253–262. <https://doi.org/10.1007/s10879-014-9274-z>
39. Klimova, B., Toman, J. & Kuca, K. (2019). Effectiveness of the dog therapy for patients with dementia - a systematic review. *BMC Psychiatry*, 19, 276. <https://doi.org/10.1186/s12888-019-2245-x>
40. Miryan Margot Sánchez-Jiménez, Juan Jacobo de la Cuesta Zuluaga, Gisela María García-Montoya, Neha Dabral, Juan Fernando Alzate, Ramesh Vemulapalli, Martha Olivera-Angel. (2020). Diagnosis of human and canine *Brucella canis* infection: development and evaluation of indirect enzyme-linked immunosorbent assays using recombinant *Brucella* proteins, *Heliyon*, Volume 6, Issue 7.
41. Muldoon AL, Kuhns LM, Supple J, Jacobson KC, Garofalo R. (2017). A Web-Based Study of Dog Ownership and Depression Among People Living With HIV, *JMIR Ment Health*. 4(4).
42. Robinson, R. A., & N Pugh, R. (2002). Dogs, zoonoses and immunosuppression. *Journal of the Royal Society for the Promotion of Health*, 122(2), pp. 95–98.

References

1. A group of authors. (n.d). *Journal of Ahl al-Bayt jurisprudence* (1st ed., Vol. 10). Qom: Institute of Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt.
2. Ahmad bin Hanbal. (1421 AH). *Musnad al-Imam Ahmad ibn Hanbal* (1st ed., Vol. 16). Beirut: al-Risala Institute. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1388 AH). *Tadzkirah al-Fuqaha* (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
4. Allameh Heli, H. (1412 AH). *Muntahi al-Matlab fi Tahqiq al-Mazhab* (1st ed., Vol. 15). Mashhad: Islamic Research Forum. [In Arabic]
5. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam Fi Ma'arifah al-Halal va al-haram* (1st ed., Vol. 2). Qom: Society of Teachers of Qom Islamic Seminary. [In Arabic]
6. Andreas O.M.Hoffmann. (2009). Dog-assisted intervention significantly reduces anxiety in hospitalized patients with major depression, *European Journal of Integrative Medicine*, 1(3), October, pp. 145-148.
7. Bukhari, M. (1422 AH). *Sahih Bukhari* (1st ed., Vols. 3, 4, 7). Cairo: al-Matba'ah al-Kubra al-Amiriya. [In Arabic]
8. Esfahani, H. (1412 AH). *Mufradat al-Qur'an* (1st ed.). Beirut: Dar al-Qalam. [In Arabic]
9. Eshtehardi, A. P. (1417 AH). *Madarik al-Urwat* (1st ed., Vol.7). Tehran: Dar al-Uswah le al-Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
10. Farahidi, K. (1409 AH). *Kitab al-Ain* (2nd ed., Vols. 5, 4). Qom: Hejrat Publications. [In Arabic]
11. Fung, Sc., Leung, A. Sm. (2014). Pilot Study Investigating the Role of Therapy Dogs in Facilitating Social Interaction among Children with Autism. *J Contemp Psychother*, 44, pp. 253–262. <https://doi.org/10.1007/s10879-014-9274-z>
12. Heli, I. (1410 AH). *al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawa* (2nd ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

13. Hossein Mohammad Farooq, A. M. (1442 AH). Hukm Iqtina' al-Kalab fi al-Fiqh va al-Qanoon (Vol. 4). *Daqalhiyeh: Kuliya al-Shari'a va al-Qanoon be Tafahona al-Ashraf*. 4(23). pp. 3289-3239. [In Arabic]
14. Robinson, R. A., & N. Pugh, R. (2002). Dogs, zoonoses and immunosuppression. *Journal of the Royal Society for the Promotion of Health*, 122(2), pp. 95–98.
15. Ibn Abi Jomhour, M. (1405 AH). *Awali al-La'ali al-Azeezah fi al-Ahadith al-Diniyeh* (1st ed., Vol. 2). Qom: Dar Seyyed al-Shuhada Le al-Nashr. [In Arabic]
16. Ibn al-Bai, M. (1990). *al-Mustadrak ala al-Sahihien* (1st ed.). Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiya.
17. Ibn Babewayh, M. (1403 AH). *Ma'ani al-Akhbar* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
18. Ibn Daqiq, M. (n.d.). *Ahkam al-Ahkam fi Sharh Umdah al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Cairo.
19. Ibn Rushd, M. (1408 AH). *al-Bayan va al-Tahsil* (2nd ed., Vol. 17). Beirut: Dar al-Gharb al-Islami. [In Arabic]
20. Ibn Shuba, H. (1404 AH). *Tuhaf al-Uqool an Ale al-Rasoul* (2nd ed.). Qom: Society of teachers. [In Arabic]
21. Jahangiri, F. (1393 AP). *The health of my faithful dog, the health of my loving family* (1st ed.). Tehran: Farhad Jahangiri Publications. [In Persian]
22. Khalaf, A. (n.d.). *Ilm Usul al-Fiqh* (8th ed.). Cairo: Maktabah al-Da'awah.
23. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jami al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
24. Klimova, B., Toman, J. & Kuca, K. (2019). Effectiveness of the dog therapy for patients with dementia - a systematic review. *BMC Psychiatry*, 19, 276. <https://doi.org/10.1186/s12888-019-2245-x>
25. Koleyni, M. (1407 AH). *al-Kafi* (4th ed., Vols. 7, 6, 5, 4, 3, 2). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

26. Majlesi, M. B. (1403 AH). *Bihar al-Anwar al-Jama'ah le Dorar al-Akhbar al-A'imah al-Athar* (2nd ed., Vol. 62). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
27. Miryan Margot Sánchez-Jiménez, Juan Jacobo de la Cuesta Zuluaga, Gisela María Garcia-Montoya, Neha Dabral, Juan Fernando Alzate, Ramesh Vemulapalli, Martha Olivera-Angel. (2020). Diagnosis of human and canine Brucella canis infection: development and evaluation of indirect enzyme-linked immunosorbent assays using recombinant Brucella proteins, *Heliyon*, 6(7).
28. Mojahed, S. M. T. (n.d.). *Kitab al-Manahil* (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute.
29. Muldoon AL, Kuhns LM, Supple J, Jacobson KC, Garofalo R. (2017). A Web-Based Study of Dog Ownership and Depression Among People Living With HIV, *JMIR Ment Health*. 4(4).
30. Muslim bin Hajjaj Neishaburi. (n.d.). *Sahih Muslim* (1st ed., Vols.1 & 3). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
31. Naeini, M. H. (1373 AH). *Maniya al-Talib fi Hashiyyah al-Makasib* (1st ed., Vol. 1). Tehran: al-Maktabah al-Muhammadiya. [In Arabic]
32. Najashi, A. (1365 AP). *Rijal al-Najashi* (6th ed.). Qom: Jama'at al-Mudaresin fi al-Hawza al-Ilmiya Mu'asisah al-Nashr al-Islami. [In Persian]
33. Nawawi, Y. (n.d.). *al-Majmoo Sharh al-Muhadab* (1st ed., Vol. 9). Beirut: Dar al-Fikr.
34. Nouri, S. H., & Sabouei Jahromi, S. (1401 AP). A Jurisprudential analysis of dog trade from the point of view of Islamic religions with an emphasis on the ruling of beneficial dogs today. *Journal of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Law*, 55(1), pp. 237-259. [In Persian]
35. Rouhani, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq* (1st ed., Vol. 24). Qom: Dar al-Kitab of Imam Sadiq School. [In Arabic]
36. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam fi bayan al-Halal va al-Haram* (4th ed., Vol. 10). Qom: Al Manar Institute. [In Arabic]

37. Sahib bin Ibad, I. (1414 AH). *al-Muhit Fi al-Lugha* (1st ed., Vol. 5). Beirut: Alam al-Kitab. [In Arabic]
38. Sobhani, J. (n.d.). *Risalah fi Tathir al-Zaman va al-Makan ala Istinbat al-Ahkam* (1st ed.). Qom.
39. Tabarsi, F. (1430 AH). *Majma al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an* (1st ed., Vol. 3). Beirut: Dar al-Amirah. [In Persian]
40. Tabrizi, J. (1427 AH). *Sirat al-Nijat* (1st ed., Vol. 9). Qom: Dar al-Sediqah al-Shahida. [In Arabic]
41. Tousi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah* (3rd ed., Vol. 2). Tehran: al-Mortazavi School. [In Arabic]
42. Tusi, M. (1407 AH). *Tahzeeb al-Ahkam* (4th ed., Vol. 10). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

Research Article

An Evaluation of Validity of the Transaction on the Platform of Information and Communication Technology With an Emphasis on the condition of succession in demand and acceptance

Majid Esmacili¹

Received: 05/10/2022

Accepted: 27/03/2023



Abstract

In recent years, due to the expansion of information and communication technology, making money through the transaction of goods and services on this platform has been greatly promoted, in such a way that everyday users are encouraged to do this type of transactions through the many advertisements of startups. Placing these transactions on programmed internet and telecommunication systems that lack real components and accesses has made human intervention in it to a minimum and it leads to creating a space and time distance between the elements of the transaction, including demand and acceptance. However, according to the view of some jurists, the condition of the validity of the transaction is succession in demand and acceptance. Using the descriptive-analytical method, this

1. Student of Level Four in Islamic Seminary, Qom, Iran. majidesmaeili1991@yahoo.com.

* Esmacili, M. (1402 AP). An Evaluation of the Validity of the Transaction on the Platform of Information and Communication Technology with an Emphasis on the condition of succession in demand and acceptance. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 151-181. Doi:10.22081/jf.2023.65006.2566.

● © 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..

article has analyzed the quality of its realization in the transaction on the platform of information and communication technology, while weakening the condition of succession in the contract, and has considered earning money in this way as valid.

Keywords

Internet Transactions, Condition of Validity of Contract, Succession in Transactions, Demand and Acceptance, the Condition of Succession.

مقاله پژوهشی

ارزیابی صحت معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات با تأکید بر اشتراط موالات در ایجاب و قبول

مجید اسماعیلی^۱

© Author (s)



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۳

چکیده

در سال‌های اخیر با توجه به گسترش فناوری اطلاعات و ارتباطات، کسب درآمد از طریق معامله کالا و خدمات بر این بستر، رونق فراوانی یافته است؛ به گونه‌ای که هم‌روزه کاربران از طریق تبلیغات فراوان استارت‌آپ‌ها، به انجام این دسته از معاملات تشویق می‌شوند. قرار گرفتن این معاملات بر سامانه‌های اینترنتی و مخابراتی برنامه‌ریزی شده که فاقد مؤلفه‌ها و دسترسی‌های واقعی هستند، موجب شده تا دخالت انسانی در آن به حداقل برسد که رهاورد آن، ایجاد فاصله مکانی و زمانی میان ارکان معامله و از آن جمله ایجاب و قبول است. درحالی‌که به اعتقاد بعضی از فقیهان موالات در ایجاب و قبول، شرط صحت معامله به شمار می‌رود. این نوشتار با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی، ضمن تضعیف اشتراط موالات در عقد، کیفیت تحقق آن در معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات را تحلیل کرده و حکم به صحت کسب درآمد از این طریق کرده است.

کلیدواژه‌ها

صحت، معامله، فناوری اطلاعات و ارتباطات، معامله در فناوری اطلاعات و ارتباطات، موالات.

majidesmaeilii1991@yahoo.com

۱. دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه، قم، ایران.

* اسماعیلی، مجید. (۱۴۰۲). ارزیابی صحت معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات با تأکید بر اشتراط موالات در ایجاب و قبول. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۱۵۱-۱۸۱.

Doi:10.22081/jf.2023.65006.2566

کسب درآمد از معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات و یا به اختصار فاوا، یکی از شیوه‌های نوین کسب و کار بوده که در سال‌های اخیر به‌عنوان یکی از مصادیق اقتصاد دانش‌بنیان، در سطوح گوناگون جامعه توجه زیادی را به خود جلب کرده است؛ چه این که استارت‌آپ‌ها با استفاده از ابزارهای ارتباطی مانند وبگاه‌های اینترنت و خطوط تلفن ثابت و همراه، کالا و خدمات خود را در معرض استفاده کاربران قرار داده و برای جذب مشتری، تبلیغات فراوانی را در رسانه‌های گروهی به راه انداخته‌اند. از سوی دیگر اقشار گوناگون جامعه نیز با توجه به راحتی استفاده از این شیوه‌ها، اقبال ویژه‌ای نسبت به این شیوه دریافت کالا و خدمات نشان داده‌اند و همین امر باعث شده تا این سازوکار به یکی از تجارت‌های پر سود و جنبه‌های اصلی اقتصاد دانش‌بنیان تبدیل شود. شیوع سازوکار یادشده به‌عنوان یکی از مصادیق نوپدید کسب درآمد در جامعه اسلامی باعث می‌شود تا علم فقه به‌عنوان ابزار تحقق زندگی دینی، در صدد پاسخ به پرسش‌های پیرامون این موضوع و تطبیق آن با مبانی اسلامی برآید؛ زیرا از آنجا که استارت‌آپ‌های کسب درآمد بر بستر فاوا، فرآیند مورد نظر را بر سامانه‌های خودکاری طراحی می‌کنند که از مباشرت انسانی بی‌نیاز است، ممکن است برخی شرایط معتبر در عقد و معامله در آن رعایت نشود.

«موالات در ایجاب و قبول» یکی از شرایطی است که به اعتقاد بسیاری از فقیهان، صحت معامله متوقف بر آن بوده و فقدان آن منجر به فساد معامله می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۵۸). درحالی که فرار گرفتن این دسته از معاملات بر بستر فاوا و ویژگی‌های ناشی از آن، به خصوص بُعد مکانی و زمانی محتمل میان ایجاب موجب و قبول قابل، این پرسش را به ذهن می‌آورد که صحت این معاملات با توجه به اشتراط موالات چگونه ارزیابی می‌شود؟ پاسخ به این پرسش، متوقف بر شناخت سازوکار معامله بر بستر فاوا، بررسی ادله اشتراط موالات و نسبت‌سنجی میان آنهاست.

موالات به‌عنوان شرط صحت عقد، در منابع فقهی امامیه، از قدما تا گذشتگان مورد بحث و بررسی مفصل قرار گرفته است. به‌گونه‌ای که بسیاری از ایشان به این شرط

اشاره داشته و آن را پذیرفته‌اند. درحالی که برخی دیگر شرطیت موالات را نپذیرفته و بقای موجب بر ایجاب خود را در صحت عقد کافی دانسته‌اند. باید توجه داشت که پیرامون شرطیت موالات در معاملاتی که در سال‌های اخیر بر بستر فاوا انجام می‌شود و نیز کیفیت مراعات آن، با توجه به نوپدیدبودن این دست از معاملات، تحقیق کاملی در آثار فقهی مشاهده نمی‌شود. البته برخی از محققین به این بحث پرداخته و پس از انکار شرطیت موالات، قائل به صحت معاملات الکترونیکی از این جهت شده‌اند (خادمی کوشا، ۱۳۹۷). درحالی که اولاً مبادی تصویری و مفاهیم بحث به نحو کافی تنقیح نشده و به همین جهت تصویر دقیقی از موضوع بحث ارائه نمی‌شود. ثانیاً تبیین و تحلیل سازوکار معامله بر بستر فاوا که تأثیر اساسی در مسیر بحث دارد مغفول مانده و به ماهیت آن توجهی نشده است؛ چه این که اگر این دسته از معاملات به معاطات توصیف شوند، اساساً جایی برای نزاع اشتراط موالات باقی نمی‌ماند؛ همچنین در صورتی که با بهره‌گیری از کفایت کتابت یا انشای فعلی در تحقق عقد، معاطات بودن آن انکار شود، می‌توان موالات را در آن تصویر نمود. ثالثاً ادله اشتراط موالات به طور دقیق مورد بررسی و تحلیل قرار نگرفته‌اند؛ از این رو تطبیق آن با معامله بر بستر فاوا نیز چندان دقیق نیست؛ بنابراین می‌توان نوشتار حاضر را که با روش توصیفی-تحلیلی به این بحث پرداخته، دارای نوآوری و دقت لازم در بررسی این موضوع به شمار آورد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. صحت

صحت در لغت به معنای براءت از هرگونه عیب و ریب بوده (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۴) و هر چیزی که عاری از نقص باشد را صحیح گویند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۰۸). صحت در اصطلاح فقیهان به مطابقت با اعتبارات و شرایط شارع و ترتب اثر مطلوب معنا شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص ۱۸۲-۱۸۴؛ غروی نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۴۵۶؛ حلی، ۱۴۳۲ق، ج ۴، ص ۲۴۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۵۸۸)؛ به طور مثال اگر اثر مطلوب از انجام خرید و فروش انتقال ملکیت بوده و شرایطی هم از سوی شارع برای آن در نظر گرفته

شده باشد، زمانی ببع صحیح خواهد بود که شرایط رعایت شده و در نتیجه اثر آن یا همان انتقال ملکیت صورت پذیرد؛ بنابراین منظور از فساد به‌عنوان نقطه مقابل صحت، عدم تطابق با اعتبارات و شرایط شارع و عدم ترتب اثر مطلوب خواهد بود.

۲-۱. معامله

«معامله» مصدر باب مفاعله از ماده «عمل» بوده که اهل لغت آن را به معنای فعل (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۱۴۵؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۰) و فعل اختیاری همراه با قصد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۸۷) دانسته‌اند. با توجه به این که معنای غالبی باب مفاعله مشارکت در ماده است (نظام الاعرج، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴۳)، می‌توان چنین نتیجه گرفت که معامله از نظر لغت عبارت است از فعلی که از روی قصد و اختیار، از سوی دو یا چند نفر واقع شود. هر چند فقیهان عبارات گوناگونی در تعریف فقهی معامله دارند (ن.ک: عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵؛ عاملی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۷۶۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۳۶؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۱۱۳)؛ اما می‌توان گفت معامله عملی است که غرض آن مالی بوده و تحقق آن متوقف به طرفین باشد (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۱۳). بر این اساس عقود تنها مصداق این تعریف از معامله‌اند.

۳-۱. فناوری اطلاعات و ارتباطات

واژه «فناوری» مرکب از «فن» و «آوردن» است که اهل لغت، اولی را به حال، گونه، صنعت، صنعت، علم و هنر (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۱، ص ۱۷۲۲۰) و دومی را به چیزی را از جایی به جای دیگر رساندن، پدید آوردن، ظاهر کردن، در میان نهادن و تولید معنا کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۳۷)؛ همچنین خصوص «آور» را به معنای بسیار، پر، مالک، صاحب و دارا نیز معنا کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۳۴)؛ بنابراین واژه فناوری می‌تواند بیانگر فراوانی علم و صنعت، چیز دارای علم و صنعت، چیز ابداع شده به وسیله علم و صنعت یا علم به صنایع و حرفه‌ها باشد. با توجه به همین نکات، فناوری را بر تجهیزات و روش‌های علمی مورد استفاده در حیطه‌ای خاص، اطلاق نمود. واژه «اطلاعات» نیز که

جمع مؤنث سالم از اطلاع، به معنای اشراف بر چیزی (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱)، آگاهی یافتن بر آن (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۲۳۵)، وقوف یافتن (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۶۸) و آشکارشدن (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۲۲۹) است، در فارسی به معنای دانستنی‌ها، معلومات و اخبار به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۸۷۴)؛ همچنین واژه «ارتباطات» جمع مؤنث سالم از ارتباط بوده که مصدر باب افتعال از ربط، به معنی شدت و ثبات (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۴۸۷) و بستگی چیزی به جایی (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۳۸) بوده که در فارسی به معنای چیزی را با چیز دیگر بستن (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۶۳۴) به کار می‌رود. بر این اساس فناوری اطلاعات و ارتباطات از نظر لغوی عبارت است از تجهیزات و روش‌های علمی که در حوزه آگاه‌سازی، انتقال دانستنی‌ها و اخبار و پیوند دادن افراد با یکدیگر به کار گرفته می‌شوند. می‌توان گفت که معنای اصطلاحی فناوری اطلاعات و ارتباطات از معنای لغوی آن چندان دور نیست؛ چه این که در تعریف اصطلاحی آن گفته‌اند: همه ابزارها و روش‌هایی که اطلاعات را دریافت، ذخیره، پردازش و مبادله می‌کنند و در راستای ایجاد ارتباط مورد استفاده قرار می‌دهند.

۴-۱. موالات

«موالات» مصدر باب مفاعله از ماده «ولی» به معنی نزدیکی (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۵۲۸) و عدم وجود فاصله میان دو یا چند چیز (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۸۵) است؛ بنابراین می‌توان موالات را به متابعت و دنبال‌هم‌بودن معنا نمود (حسینی زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۳۱۲). موالات در اصطلاح فقه معاملات نیز معنایی جز آنچه در لغت گفته شده ندارد. با این توضیح که از آنجا که عقد، مرکب از ایجاب و قبول بوده و امری تدریجی‌الوجود است که عرف به اتصال میان اجزای آن حکم می‌کند، به گونه‌ای که می‌توان آن را کلامی واحد تلقی نمود که بخشی از آن توسط موجب و بخش دیگر آن توسط قابل ادا می‌شود، بایستی اجزای آن بدون فاصله، در کنار هم و در ارتباط با یکدیگر قرار گیرند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، صص ۱۵۹-۱۵۸). به این ارتباط، توالی ایجاب و قبول یا موالات در عقد گفته می‌شود (مشکینی، بی‌تا، ص ۵۱۹).

۵-۱. ایجاب و قبول

«ایجاب» مصدر باب افعال از ماده «وجب» به معنی واقع شدن (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۸۹)، ثابت شدن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۵۳) و لازم شدن (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳۱) است. ایجاب را می‌توان به خواستن فعل به صورت حتمی و انجام آن معنا نمود (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۰). در اصطلاح فقهی به کلامی که یکی از طرفین معامله، ابتدائاً و به جهت انشای تصرف و ایجاد عقد بیان کند، ایجاب گفته می‌شود (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۱۱۶). «قبول» نیز مصدر ثلاثی مجرد از ماده «قبل» به معنی مواجهه چیزی با چیزی (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۵۱)، مواجهه شدن با چیزی از روی رضایت و پذیرش و به تعبیر دیگر، پذیرفتن آن است (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۹، ص ۱۸۶). در اصطلاح نیز به کلماتی گفته می‌شود که بر پذیرش تصرف انشاشده از سوی طرف دیگر معامله دلالت می‌کند (سعدی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۹۴). ایجاب و قبول، هر کدام از ارکان عقد به شمار می‌روند؛ به گونه‌ای که بدون تحقق آن دو، عقد محقق نمی‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۷۴۴).

۲. سازوکار معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات

بیشتر افراد فناوری اطلاعات و ارتباطات را مترادف با رایانه می‌دانند. این تلقی از آنجاکه رکن این فناوری رایانه است، چندان دور از واقعیت نیست؛ اما به دلیل این که تنها بیانگر گوشه‌ای از موضوع است، با واقعیت تفاوت دارد؛ زیرا ابزارهای مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات، مشخصاً رایانه‌ای نیستند. توضیح آنکه پس از اختراع رایانه و رشد شبکه‌های رایانه‌ای، از پیوند قدرت محاسباتی رایانه و امکان پردازش اطلاعات، فناوری اطلاعات متولد شد. سپس از هم‌گرایی آن با سامانه‌های مخابراتی و اضافه شدن بسترهای ارتباطی جدید، فناوری اطلاعات و ارتباطات خلق شد؛ بنابراین شاخصه اصلی میان تمام کاربردهای گوناگون فناوری اطلاعات و ارتباطات، جریان و پردازش اطلاعات در راستای ایجاد ارتباط است.

فناوری یادشده در سال‌های اخیر به‌عنوان بستری برای کسب درآمد و معامله تبدیل شده است. اضلاع اصلی کسب درآمد از معامله بر بستر فاوا، اپراتورهای آی سی تی و استارت‌آپ‌های ارائه‌دهنده هستند. به این صورت که اپراتور آی سی تی در مقابل دریافت هزینه، یک سامانه بر خط به‌عنوان «پایگاه اینترنتی» یا سامانه مخابراتی «تماس صوتی» یا «ارسال و دریافت پیامک» را که متصل به یک یا چند شماره تلفنی مخصوص است، بنا بر درخواست استارت‌آپ در اختیار او می‌گذارد. استارت‌آپ نیز با طراحی معامله مدّ نظر خود، اعم از ارائه کالا یا خدمات و قرارداد آن بر روی سامانه، از کاربران می‌خواهد تا با مراجعه به پایگاه اینترنتی یا اپلیکیشن تلفن همراه یا اتصال به شماره‌های مخابراتی مذکور، به سامانه متصل شده و از آن استفاده کنند. زمانی که کاربر به سامانه متصل شود، بر اساس معیار تعریف شده در سامانه، هزینه‌هایی به صورت پرداخت اینترنتی یا حضوری یا به وسیله اعمال بر روی قبض تلفن ثابت یا همراه یا در صورت استفاده از خطوط اعتباری با کسر از اعتبار وی از او دریافت می‌کنند؛ بنابراین سامانه‌های مذکور با توجه به نحوه عملکرد بر سه گونه‌اند: برخی از آنها کالا یا خدمات را بر بستر پایگاه متصل به شبکه اینترنت، اعم از سایت‌ها یا اپلیکیشن‌های تلفن همراه ارائه می‌کنند؛ به نحوی که کاربر با ورود به سایت یا اپلیکیشن می‌تواند کالا یا خدمات مورد نظر را سفارش داده و یا در مواردی به طور مستقیم از خدمات استفاده نماید. برخی دیگر از آنها بر پایه تماس صوتی خدماتی را ارائه می‌دهند که کاربر با استفاده از تلفن ثابت و همراه می‌تواند از آن استفاده کند؛ به این صورت که وقتی کاربر شماره مخصوص را گرفته و به سامانه متصل می‌شود، با تلفنی گویا مواجه خواهد شد که سفارش کالا یا خدمات را ثبت کرده و یا خدمات مورد نظر را به صورت صوتی ارائه می‌نماید. برخی دیگر از سامانه‌ها خدمات خود را بر پایه پیام کوتاه ارائه می‌دهند که مخصوص کاربرانی است که تلفن همراه دارند؛ به این صورت که کاربر با ارسال پیامک به شماره مخصوص و درخواست کالا یا خدمات، به سامانه متصل شده و سفارش خود را ثبت کرده و یا خدمات مورد نظر خود را در قالب پیامک دریافت می‌کند.

توجه به مطالب یادشده، چند نکته مهم پیرامون معامله بر بستر فاوا به دست می‌دهد: اولاً، از آنجا که استارت‌آپ‌ها نسبت به ارائه کالا یا خدمات و کاربران نسبت به پرداخت هزینه آن متعهد هستند، سازوکار مورد بحث از سنخ عقود معاوضی بوده و با توجه به این که مفاد آن تبادل ملکیت عوضین است، عقد تملیکی به شمار می‌رود؛ بنابراین معامله‌ای که در این بین واقع می‌شود، ایقاع نیست تا در تحقق آن، ایجاب کفایت کرده و از قبول مستغنی باشیم؛ چه این که در صورت بی‌نیازی از قبول، بحث از اشتراط موالات بی‌معناست.

ثانیاً، نظر به این که استارت‌آپ‌ها ابتدائاً به ارائه کالا یا خدمات خود بر سامانه‌های فاوا اقدام می‌کنند، ایجاب عقد از سوی آنها محقق شده و کاربران با اتصال به سامانه و استفاده از کالا یا خدمات، قبول‌کننده آن هستند.

ثالثاً، سامانه‌های ارائه کالا یا خدمات، بر اساس برنامه‌های از پیش طراحی شده عمل کرده و بسیاری از مراحل آن، بدون دخالت انسان انجام می‌شود؛ از این رو زمانی که کاربران به سامانه متصل می‌شوند، در حال قبول کردن ایجابی هستند که مدتی قبل انشاء شده است؛ بنابراین با توجه به این که انجام فرآیند معامله در بازه زمانی موسعی انجام می‌شود، شاید بتوان این سازوکار را از جمله عقود مستمر دانست، نه آنی. هرچند که عقود معاوضی بیشتر آنی هستند.

رابعاً، با توجه به این که انجام معامله در این سازوکار فاقد ایراد لفظ است، بایستی آن را معاطات بدانیم؛ مگر آن که به کفایت انشای فعلی در تحقق عقد حکم کنیم. لازم به ذکر است که در صورت حکم به معاطات، از آن جهت که لفظ ایجاب و قبول در آن معتبر نیست، نوبت به اشتراط موالات نمی‌رسد.

۳. بررسی اشتراط موالات در عقد

پس از آن که چگونگی سازوکار معامله بر بستر فاوا را دانستیم، بایستی اشتراط موالات در عقد را به منظور اثبات مدخلیت آن در صحت معامله و نیز ارزیابی تحقق آن در

موضوع بحث مورد بررسی قرار دهیم. در این راستا ابتدا باید ادله اشتراط موالات را باز شمرده و سپس به تحلیل آن پردازیم:

۳-۱. ادله اشتراط موالات

چنانچه اشتراط موالات در عقد از منابعی چون آیات و روایت‌ها استنباط شود و به تعبیر دیگر، از جمله شروط شرعی بوده که خارج از مفهوم عرفی عقد به شمار می‌روند، اثبات آن در گروهی یک دلیل زائد است. اما چنانچه مرجع استنباط آن نگاه عرف به لزوم اتصال ایجاب و قبول برای تحقق مفهوم عقد باشد، از شروط مقوم مفهوم عرفی عقد محسوب می‌شود. در این صورت در فرض عدم تحقق موالات، به عدم تحقق عقد و عدم ترتب آثار آن حکم می‌شود. در حالی که در فرض پیشین، اصل بر عدم اشتراط موالات است. در هر صورت ادله اشتراط موالات عبارت‌اند از:

۳-۱-۱. انصراف عمومات و اطلاعات

ادله امضای عقود، به معاملات متعارف انصراف دارند و متعارف در عقود آن است که میان ایجاب و قبول فاصله نیفتاده و موالات رعایت شود؛ بنابراین عقد فاقد موالات مورد امضای شارع نیست (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۶۱۲؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق، ج ۲، ص ۹۵)؛ چه این که شارع عقود متعارف را امضا کرده است (مجاهد، بی‌تا، ص ۲۷۲). به تعبیر دیگر عقلاً موالات را در عقد معتبر می‌دانند؛ به نحوی که اگر امروز موجب و قابل در یک مجلس باشند و موجب عقد را انشا نماید، اما قابل سکوت کرده و از مجلس خارج شود و پس از چند روز اقدام به قبول کند، عقلاً این قبول را مربوط به آن ایجاب به حساب نمی‌آورند؛ بنابراین متعارف از معامله آن است که موالات در آن مراعات شود.

این استدلال نه از جهت صغری و نه از جهت کبری قابل قبول نیست؛ زیرا اولاً تعارف موالات در عقود ثابت نیست و حتی برخی عدم تعارف آن را سیره قطعی دانسته‌اند (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۵۳). حتی اگر موالات را مورد ارتکاز عرف هم بدانیم، می‌توان چنین ارتکازی را ناشی از حضور متعاملین در غالب معاملات دانست؛ نه

این که عرف موالات را شرط صحت معامله بداند؛ بنابراین طبیعی است در مواردی که معامله بدون حضور طرفین در کنار یکدیگر حاصل شود، موالات نیز اتفاق نخواهد افتاد؛ به طور مثال در معاملاتی که در گذشته میان دو کشور انجام می‌شده، به هیچ عنوان امکان رعایت موالات نبوده و بلکه انجام معامله گاهی چند ماه به طول می‌انجامیده است. البته می‌توان گفت چنین مواردی به متعارف بودن موالات خدشه وارد نمی‌کند؛ چه این که مواردی از این دست، استثنائاتی خارج از قواعد عمومی هستند. از طرف دیگر حتی در این موارد نیز می‌توان موالات را رعایت نمود؛ چه اینکه موالات در هر موردی به حسب آن خواهد بود. ثانیاً زمانی می‌توان از انحصار امضای شارع نسبت به صورت موالات سخن گفت که ثابت شود شارع مقدس تنها اموری را که میان مردم متعارف بوده و تبدیل به سیره عقلاییه یا متشرعه شده امضا کرده است؛ درحالی که ادله امضا، عموماً و اطلاعاتی هستند که چنین انحصاری از آنها فهمیده نمی‌شود. از سوی دیگر متعارف بودن بعضی از مصادیق از آنجا که کثرت وجودی است، نمی‌تواند خاستگاه انصراف استعمالات شده و مطلق را مقید سازد (حسین روحانی قمی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۲۲۶). در واقع انصراف تنها در صورتی می‌تواند مانع اطلاق شود که مربوط به کثرت استعمال باشد. البته در صورتی که نسبت به افراد و مصادیق غالب، تناسب عرفی میان حکم و موضوع وجود داشته باشد و یا انصراف ناشی از مناسبات عرفی و عقلایی باشد، غلبه وجودی نیز می‌تواند خاستگاه انصراف گردد (غروی نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۵۳۲؛ صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۳۹؛ مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۱۸۳-۱۸۲؛ محمدی، ۱۴۰۰، ص ۱۲۹؛ جزایری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۷۲۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۲۵۲)؛ به شرط آنکه میزان افراد و مصادیق غالب، قابل توجه باشد؛ بنابراین عمده اشکال در تمسک به انصراف عموماً و اطلاعات، اشکال صغروی است؛ درحالی که آن نیز با بیان گذشته قابل دفع است.

۳-۱-۲. صدق عرفی مفهوم عقد

اگر ایجاب و قبول با هم و بدون فاصله انجام نگیرند، عقد در نظر عرف محقق نخواهد شد. چه این که اگر ایجاب حاصل شود، ولی طرف دیگر بدون قبول آن از

موجب جدا گردد، عقدی حاصل نشده است (موسوی شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۶۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۶۵؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق، ج ۲، ص ۲۵۲). در حالی که ادله امضایی در صورتی شامل یک مصداق می‌شوند که مفهوم عرفی عقد بر آن صدق کند.

در اشکال به این دلیل می‌توان گفت: اولاً، از آنجا که لفظ «بیع» که بیانگر عقدی کامل است، در مقام ایجاب استعمال شده و نیز اینکه استعمال مجازی در مقام ایجاب، موجب بطلان آن است؛ چنانچه عقد بر ایجاب صرف صادق نباشد، لازم آید که استعمال «بعث» در مقام ایجاب، استعمال حقیقی نباشد؛ بنابراین مفهوم عقد با ایجاب موجب به تنهایی حاصل ایجاد می‌شود و قبول قابل شرط تأثیر آن است، نه شرط تحقق (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، صص ۱۳۵، ۲۸۴). ثانیاً، اگر صدق مفهوم عرفی عقد متوقف بر موالات بود، باید هیچ از یک عقود جائز را عقد به شمار نیاورد؛ زیرا موالات تنها در عقود لازم معتبر است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۵۴). ثالثاً، در صورتی استدلال تام خواهد بود که در فرض فقدان موالات، هیئت معامله به گونه‌ای تغییر کند که از نگاه عرفی، سلب عنوان معامله از آن صحیح باشد. در حالی که می‌بینیم عرف، عنوان معامله را بر معاملات باطل نیز اطلاق می‌کند.

البته در پاسخ به اشکال اول می‌توان گفت که مفهوم «بیع» تنها در صورتی معنا می‌یابد که «شراء» نیز صورت گیرد. پس اینکه این لفظ در مقام ایجاب به کار برده شود، به معنی تحقق عقد به صرف ایجاب نیست. از سوی دیگر بطلان ایجاب در صورت حقیقی نبودن استعمال امر مسلمی نیست؛ چه این که بنا بر نظر برخی از اهل لغت، معنای حقیقی «نکاح»، وطی یا بضع بوده و استعمال آن در مورد زواج مجازی است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۶۳؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۱۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۷۵؛ حمیری، ۱۴۲۰ق؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۲۶؛ حسینی زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴۰). برخی از فقیهان عامه و خاصه نیز همین معنا را اختیار کرده (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، صص ۱۷۵، ۴۰۶؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۳، ص ۱۸۰؛ عمیره، ۱۴۱۹ق، ج ۸، صص ۴-۶؛ ابن حجر، ۲۰۰۵م، ج ۲۹، ص ۱۶۱؛ مرداوی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، صص ۴-۶؛ ابن قدامة، ۱۹۹۷م، ج ۷، ص ۳۳۳؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۴۹۱؛ حلی اسدی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷، ص ۵۲۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶) و حتی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (حلی اسدی،

۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷، ص ۵۲۳). در مورد اشکال دوم هم باید در نظر داشت که برخی از فقیهان عقود جایز را تنها نوعی اذن به حساب آورده و اطلاق عقد بر آن را نوعی تسامح می‌دانند (غروی نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۹۰؛ ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۱۲).

به نظر می‌رسد اشکال سوم نیز به این بیان قابل دفع باشد که بگوییم صحت سلب عرفی، در مواردی که عدم رعایت موالات به نحو فاحشی ظاهر شود جریان دارد؛ به طور مثال در صورتی که موجب امروز معامله‌ای را انشاء نماید و قابل بدون رد یا پذیرش آن از مجلس معامله خارج شده و پس از شش ماه آن را بپذیرد، به شهادت عرف عنوان معامله صادق نیست.

۳-۱-۳. رعایت هیئت اتصالی کلام

همان‌گونه که مستثنی جزء تکمیلی کلام در هیئت استثنا به شمار می‌رود و نباید با مستثنی منه فاصله داشته باشد، قبول نیز که جزء تکمیلی عقد است، باید بدون فاصله ذکر شود (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۲۳۴؛ حلی سیوری؛ ۱۴۰۳ق، ص ۱۶۵)؛ زیرا اموری که تدریجی بوده و به لحاظ عرفی نحوه‌ای از اتصال داشته باشند، برای آنکه حکم شرعی بر آن بار شود، بایستی اتصال عرفی در آن رعایت گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، صص ۱۵۹-۱۵۸). در واقع در عقد که مرکب از ایجاب و قبول بوده و امری تدریجی الوجود و به منزله کلامی واحد است که بخشی از آن توسط موجب و بخش دیگر آن توسط قابل ادا می‌شود، باید موالات رعایت شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، صص ۱۵۹-۱۵۸).

اشکال این مطلب این است که مقایسه کردن ایجاب و قبول با هیئت استثنا صحیح نیست؛ زیرا هر کدام از ایجاب و قبول، کلام تامی به شمار می‌رود که سکوت بر آن صحیح است؛ در حالی که مستثنی و مستثنی منه کلام تام یصح السکوت علیهما نیستند و فهم معنای کلام در هیئت استثنا، متوقف بر همراهی مستثنی و مستثنی منه است (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۶۱۱)؛ بنابراین قواعد لفظی و اغراض معنوی موجود در هیئت استثنا یا دیگر عبارات‌ها و ترکیباتی که سکوت بر آن صحیح نباشد، ربطی به ایجاب و قبول ندارد. خصوصاً که عرف به صرف ایراد لفظ ایجاب و قبول، عقد اطلاق نمی‌کند، بلکه

مفهوم «عهد مشدد» که از قصد متعاملین حکایت دارد را در آن دخیل می‌داند (نجفی ابروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۹۰).

۳-۱-۴. لزوم تطابق بین ایجاب و قبول

عقد امری واحد و در عین حال مرکب از دو انشاء و التزام جداگانه، یعنی ایجاب و قبول بوده و اگر این دو با یکدیگر تطابق نداشته باشند، نمی‌توانند آن امر واحد را تشکیل دهند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۷۵؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۲۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۷۳). در فرض عدم رعایت موالات، مفاد ایجاب انتقال ملکیت از یک زمان و مفاد قبول، انتقال ملکیت از زمانی دیگر خواهد بود؛ بنابراین تطابق بین ایجاب و قبول حاصل نمی‌شود. البته واضح است که ملاک در سنجش زمان ایجاب و قبول نگاه عرفی است، نه دقت عقلی (نجفی ابروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۹۰).

اشکال استدلال فوق این است که اولاً زمان در مفاد ایجاب و قبول داخل نیست؛ ثانیاً تطابق در ایجاب و قبول، بر اساس عبارات فقیهان در موارد خاصی مانند عنوان معامله، عوضین و اجزای آن‌ها، متعاملین و شروط مذکور در عقد مطرح بوده و از آنجاکه ایشان نسبت به مقوله تطابق در زمان بحث نکرده‌اند، شامل آن نمی‌شود (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۳۵۰).

۳-۱-۵. حکم عقل

عقود در بردارنده دو مفهوم نقل و انتقال و ایجاد یک علقه هستند. به همین دلیل باید هم‌زمان با نقل و خلع ملکیت از موجب، انتقال و لبس ملکیت به قابل واقع شود تا علقه حاصل شود؛ چه این که نقل و انتقال دو امر متضایف هستند که محال است یکی بدون دیگری حاصل شود. از همین رو لازم است موالات میان ایجاب و قبول رعایت شود (غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۱۱؛ ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۹۱).

لازمه این مطلب آن است که هیچ عقدی در عالم واقع به طور صحیح صورت نگیرد؛ زیرا اضافه بدون مضاف‌الیه محال است؛ خواه فاصله مضاف‌الیه با مضاف،

لحظه‌ای کوتاه باشد یا یک زمان طولانی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۴۲؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۵۵). به تعبیر دیگر چنانچه با نظر عقلی به نقل و انتقال نگاه کنیم، حتی در صورتی که موالات رعایت شود نیز باز هم فاصله‌ای هرچند اندک میان ایجاب و قبول وجود داشته و میان دو طرف اضافه جدایی خواهد افتاد؛ بنابراین امر محالی که در استدلال به آن اشاره شده، در فرض تحقق و عدم تحقق موالات واقع می‌شود. البته چنانچه مانند برخی از فقیهان تحقق معامله را به صرف ایجاب بدانیم، دیگر نه استدلال عقلی یادشده تام بوده و نه این اشکال وارد خواهد بود؛ زیرا خلع و لبس، هر دو در آن واحد و توسط موجب انجام می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۴۲)، هرچند معلق بر قبول قابل باشد (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۵۵). اشکال مهم‌تر به این استدلال آن است که تملیک و تملک در معاملات، از جمله امور عرفی و اعتباری محسوب می‌شود که امور مربوط به آن از جمله اسباب و اجزاء آن نیز با لحاظ نگاه عرفی در شرع مقدس اعتبار شده‌اند. از همین رو بررسی و مقایسه آن با مبانی و روش‌های عقلی صحیح به نظر نمی‌رسد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۴۲).

۳-۲. تحلیل ادله اشتراط موالات

بررسی‌ها نشان می‌دهد که اشتراط موالات در صحت عقد، دلیل روشنی در منابع روایی ندارد؛ درحالی که یکی از مباحث پر ابتلا در معاملات به شمار می‌رود. بلکه بر اساس صحیحۀ سهل ساعدی، می‌توان عدم لزوم رعایت موالات را استنباط نمود. در این روایت زنی به محضر نبی گرامی اسلام ﷺ آمد و گفت: مرا به ازدواج [کسی] درآور. پیامبر ﷺ پرسید: چه کسی با این زن ازدواج می‌کند؟ مردی برخاست و گفت: او را به ازدواج من درآور. پیامبر ﷺ پرسید: آیا چیزی داری که مهریه او قرار دهی؟ مرد گفت: چیزی ندارم. پیامبر ﷺ امتناع کرد. زن دوباره درخواست کرد و مرد دوباره اعلام آمادگی نمود. در مرتبه سوم پیامبر ﷺ فرمودند: «آیا قرآن بلدی؟» مرد گفت: آری! پیامبر ﷺ فرمودند: «او را در ازای تعلیم قرآن به ازدواج تو درآوردم» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۰، ص ۷۲۰). چنانچه مشاهده می‌شود، میان ایجاب و قبولی که میان آن مرد و پیامبر ﷺ منعقد

کرده‌اند، گفتگوهای در مورد مهریه فاصله انداخته است. شیه همین مضمون، به صورت مرسل نیز روایت شده که عدم رعایت موالات در آن مشهودتر است (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۶۳)؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که موالات در ایجاب و قبول معتبر نیست.

از سوی دیگر ادله‌ای که برای اثبات آن اقامه شده، به جز مورد دوم که قابل دفاع است، پذیرفتنی نیستند. مورد دوم نیز با توجه به اینکه دلیل لبی بوده و روایت سهل ساعدی مخالف آن است، قابل پذیرش نیست. از همین رو آرای فقیهان پیرامون آن گوناگون است؛ چنانکه عده‌ای آن را پذیرفته‌اند (موسوی شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۶۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۶۵؛ حلی اسدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۱۱؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۴؛ حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳۸۲؛ حلی سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۱۹؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۸۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۵۱) و عده‌ای دیگر از آن سخنی به میان نیاورده‌اند (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۵۰؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۰۷) و یا انکار کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۲۲۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۲۵؛ آل‌عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۱۳؛ مجاهد، بی‌تا، ص ۲۷۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۸۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۳۷۹؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۵۸-۵۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۴۱). به اعتقاد برخی از فقیهان آنچه در مورد موالات در عقد به‌عنوان شرط اعتبار شده، نبود فاصله زمانی نیست؛ بلکه مهم آن است که موجب بر التزامی که در هنگام ایجاب ابراز کرده باقی باشد؛ بنابراین چنانچه ابراز قبول از سوی طرف دیگر پس از تخلل فاصله زمانی انجام شود، در صورتی که التزام از سوی طرف ایجاب باقی باشد، برای انعقاد عقد و حکم به صحت آن کافیت. بر اساس این نظریه که با روایت سهل ساعدی نیز قابل جمع است، مهم عدم اعراض موجب از ایجاب است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۸۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۳۷۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۴۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق، ج ۲، ص ۱۹۵؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۵۸-۵۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۲). به همین خاطر می‌توان فقیهانی را که به اشتراط موالات تصریح کرده‌اند، اما ملاک آن را عدم فصل به میزانی که موجب از ایجاب خود اعراض کند قرار داده‌اند، از قائلین به همین نظر اخیر دانست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۰؛ تبریزی،

۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۸). با توجه به مطالب بیان شده به نظر می‌رسد قول به عدم اشتراط موالات خالی از قوت نبوده و بلکه متعین است. در هر صورت، از تحلیل موالات و ادله آن نکات زیر به دست می‌آید:

اولاً، معیار عدم فاصله در مفهوم موالات، صدق عرفی است، نه دقت عقلی. به همین دلیل فاصله اندکی که عرف آن را نادیده بگیرد، مخلّ به موالات نیست (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۹۳).

ثانیاً، ملاک تحقق موالات در عقد وجود ارتباط، اتصال و پیوستگی میان ایجاب و قبول است؛ به صورتی که عرف، قبول را جزء تمام کننده عقد و پاسخی برای ایجاب محسوب کند، نه سخنی جداگانه و مستقل از ایجاب (حلی اسدی، ۱۴۱۳ق «الف»، ج ۲، ص ۴۰۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۱۹).

ثالثاً، بر اساس دو نکته اخیر این نتیجه به دست می‌آید که مقدار فاصله مورد نظر امر مشخصی نیست، بلکه امری نسبی است که بر اساس موارد و شرایط گوناگون متفاوت خواهد بود (غروی نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۸۹).

۴. بررسی تحقق موالات در معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات

همان گونه که گفته شد در کسب درآمد از معاملاتی که بر بستر فاوا انجام شده، از آنجا که در یک سوی معامله استارت‌آپ‌هایی قرار دارند که فعالیت مالی‌شان بر سامانه‌های خودکار و خالی از مباشرت انسانی قرار گرفته است، این شبهه ایجاد می‌شود که موالات در معامله رعایت نمی‌شود؛ چه این که بنگاه‌ها به عنوان موجب، خدمات خود را بر بستر سامانه‌ها و در معرض دسترسی کاربران قرار داده و به این وسیله ایجاب را به صورت فعلی انشاء کرده‌اند. کاربران نیز پس از گذشت زمان از چند دقیقه تا چند ماه، با اتصال به سامانه‌ها ایجاب یاد شده را به صورت فعلی قبول می‌کنند. اگر صحت معامله منوط به رعایت موالات باشد، حکم چنین معاملاتی چه خواهد بود؟ در پاسخ باید گفت: از آنجا که در سازوکار مورد بحث، موجب و قابل لفظی ایراد نمی‌کنند، ارائه خدمات و کالا در قالب معاطات اتفاق می‌افتد که در آن، از آن جهت که لفظی ادا

نمی‌شود، موالات نیز معتبر نخواهد بود؛ زیرا موالات از جمله شروطی است که فقیهان در ادامه الفاظ معامله به آن اشاره کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۵۸). در حالی که می‌دانیم برای تحقق معاطات، قبض و تصرف در یکی از عوضین همراه با رضایت طرفین به آن کافی است. چنانکه فقیهان در مورد قرارداد اجرت استحمام یا قیمت آب، سبزی و مانند آن در ظروفی که برای آن تدارک دیده شده است، در زمانی که صاحبان آنها حضور ندارند، حکم به تحقق معاطات کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۱۳).

از سوی دیگر، اگر انشای فعلی ایجاب و قبول را در تحقق عقد پذیریم (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۱۴۴، ۱۶۱)، با توجه به این که استارتاپ‌ها و کاربران برای انجام مبادلات خود اقدام به انجام افعال مخصوصی مانند فشردن کلید مخصوصی در رایانه یا تلفن همراه می‌کنند؛ همچنین اگر کتابت را با توجه به این که منظور متعاملین را به خوبی منتقل کرده و منجر به ایجاد نزاع نیز نمی‌شود، در انشای لفظی ایجاب و قبول پذیرفته و اجماع بر خلاف آن را مردود دانستیم (سبحانی، ۱۳۹۶) یا با توجه به عجز عرفی از تکلم در سازوکار مورد بحث، کتابت را تنها در حال عجز از تکلم تجویز نمودیم (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۷۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۵۶؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۱۳)، با توجه به اینکه در سامانه‌های طراحی شده توسط استارتاپ‌ها، بیشتر از سخنان و الفاظ مکتوب استفاده می‌شود، صدق معاطات منتفی بوده و آنچه در مورد دیگر عقود جاری است، در این موارد هم جاری خواهد بود. به این صورت که اگر اشتراط موالات را انکار کرده و یا ملاک تحقق آن را «عدم فصل به میزانی که موجب از ایجاب خود اعراض کند» قرار دهیم، معامله بر بستر فاوا باطل نخواهد بود؛ زیرا حتی در مواردی که ماه‌ها از ایجاب فعلی استارتاپ‌ها بگذرد، ایشان از ایجاب خود اعراض نمی‌کنند. شاهد این مطلب نیز استمرار امکان دسترسی کاربران به سامانه‌هاست؛ چه این که اگر استارتاپ‌ها از ایجاب خود منصرف شده بودند، سامانه‌ها را از دسترس کاربران خارج می‌نمودند. اما اگر دیدگاه آن دسته از فقیهان را مدنظر قرار دادیم که رعایت موالات عرفی را شرط صحت عقد می‌دانند، باز هم می‌توان به عدم بطلان معامله حکم نمود؛ زیرا اولاً، ملاک صدق توالی متفاهم عرفی است؛ ثانیاً، تحقق توالی در نگاه عرف نسبت به اقسام

گوناگون عقود متفاوت است؛ چه این که عرف بر این باور است که شرایط عقود گوناگون باعث گوناگونی کیفیت بافت اتصالی آنها می‌گردد. از همین رو کیفیت اتصال میان ایجاب و قبول در معامله بر بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات که فاقد ویژگی حضور طرفین در مجلس واحد است، با کیفیت آن در معاملات عادی فرق دارد؛ به گونه‌ای که تحقق اتصال در این گونه معاملات، تنها متوقف بر وقوع ایجاب و قبول بر بستر یک سامانه واحد است؛ ولو زمان بین آن دو طولانی باشد. به تعبیر دیگر بقای سامانه‌ای که ایجاب بر آن واقع شده تا زمان قبول قابل، موجب اتصال بافت ایجاب و قبول می‌گردد. در عین حال چنانچه بر عدم صدق موالات بر سازوکار مورد بحث پافشاری شود، تحلیل دیگری از تحقق ایجاب و قبول در مورد این سازوکار قابل بیان است که بر اساس آن، موالات بدون اشکال صادق است. در معامله بر بستر فاوا، یک فراخوان عام وجود دارد و آن زمانی است که بنگاه‌ها سامانه خود را در معرض دسترسی کاربران قرار داده و به تبلیغ آن در رسانه‌های گروهی اقدام می‌کنند. ممکن است با دقت در سازوکار این گونه از معاملات به این نتیجه برسیم که اولاً، بر فراخوان عام، ایجاب صدق نمی‌کند؛ ثانیاً، در صورت صدق ایجاب بر آن، فاصله زمانی میان آن با قبول کاربران منجر به اخلال به موالات می‌شود. پس از این فراخوان عام، یک فراخوان خاص وجود دارد و آن زمانی است که کاربر درخواست اتصال به سامانه کرده و سامانه نیز آن را تأیید می‌کند. امکانی که استارت‌آپ در این فراخوان برای کاربر ایجاد کرده و اتصال او به سامانه را تأیید می‌کند، ایجاب محسوب می‌شود. در این صورت از آنجا که فاصله زمانی میان ایجاب استارت‌آپ و قبول کاربر، بیش از حد متعارف حتی نسبت به معاملات عادی نیست، موالات محقق شده و اشکالی در صحت عقد نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

یکی از مسائل مهم پیرامون معامله بر بستر فاوا، رعایت موالات در عقد است. به اعتقاد گروهی از فقیهان مانند سید مرتضی، شیخ طوسی، علامه حلی، فخرالمحققین، شهید اول، شهید ثانی، محقق کرکی، فاضل مقداد، محقق بحرانی، محقق عاملی و شیخ

انصاری موالات شرط صحت عقد است. درحالی که برخی دیگر مانند ابن براج، ابن زهره، محقق اردبیلی، محقق سبزواری، سید مجاهد، محقق اصفهانی، سید حکیم، محقق خوئی و امام خمینی، یا از اشتراط آن سخنی نگفته یا آن را انکار کرده‌اند.

بررسی ادله اشتراط موالات نشان می‌دهد که نه تنها دلیل روایی قرآنی یا روایی خاصی در مورد آن وجود نداشته، بلکه روایت سهل ساعدی بر عدم لزوم رعایت آن دلالت دارد. دیگر ادله‌ای نیز که در مورد اشتراط موالات اقامه شده قابل اشکال‌اند؛ بنابراین می‌توان به عدم اشتراط موالات حکم نمود. در واقع در صحت عقد، بُعد مکانی یا زمانی مدخلیت ندارد و مهم باقی‌ماندن موجب بر التزامی است که در هنگام ایجاب ابراز کرده است؛ بنابراین تخلل فاصله میان ایجاب و قبول، در فرضی که التزام از سوی طرف ایجاب باقی باشد، مخل به صحت عقد نیست.

معامله بر بستر فاوا معاطاتی بوده و اساساً ایجاب و قبول لفظی وجود ندارد تا موالات در آن معتبر باشد. حتی در صورتی که بتوان ایجاب و قبول لفظی را تصویر نمود و یا انشای فعلی را در تحقق عقد کافی دانست، باز هم صحت معامله از ناحیه موالات مخدوش نخواهد شد. چه این که به اعتقاد صحیح‌تر، موالات شرط نبوده و حتی در فرض اشتراط آن، با توجه به اینکه مرجع تحقق آن عرف است و عرف نیز در هر معامله‌ای موالات را به حسب اقتضائات آن ارزیابی می‌کند، با نظر به شرایط حاکم بر معامله بر بستر فاوا، موالات را جاری می‌داند. حتی شاید بتوان با در نظر گرفتن سازوکار این دست از معاملات، بدون لحاظ اقتضائات یادشده و در مقایسه با معاملات عادی نیز موالات را محقق دانست.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزيز. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳. ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد. (۲۰۰۵م). تحفة المحتاج فی شرح المنهاج (ج ۲۹). بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴. ابن زهره، حمزة بن علی حسینی حلبی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵. ابن فارس، ابوالحسین احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة (ج ۲، ۴، ۵، ۶). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامي حوزه علمیه.
۶. ابن قدامة، عبدالله بن احمد. (۱۹۹۷م). المغنی (ج ۷). ریاض: عالم الکتب.
۷. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۲، ۸). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۸. احسائی، ابن ابی جمهور محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی العزیزیه (ج ۲). قم: دار سید الشهداء للنشر.
۹. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان (ج ۱۰). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب (ج ۱). قم: انوار الهدی.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ج ۳). قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری علیه السلام.
۱۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: طبع آل البيت علیهم السلام.

۱۳. آل‌عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (ج ۲۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۴. بجنوردی، سید حسن. (۱۳۸۰). منتهی الاصول (ج ۱). تهران: مؤسسه عروج.
۱۵. بدالرحمان، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية (ج ۱). بی جا: بی نا.
۱۶. تبریزی، میرزا جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین (ج ۲). قم: مجمع الامام المهدي علیه السلام.
۱۷. جزائری، محمد جعفر. (۱۴۱۵ق). منتهی الدراية فی توضیح الکفایة (ج ۳). قم: مؤسسه دار الكتاب.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية (ج ۱، ۲، ۶). بیروت: دار العلم للملايين.
۱۹. حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (ج ۱۵). قم: دار الكتاب الاسلامی.
۲۰. حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهة (ج ۳). قم: دار الهدی.
۲۱. حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۲۶ق). الوصول الى کفایة الاصول (ج ۳). قم: دار الحکمه.
۲۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ج ۱۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۳. حسینی مراغی، عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین (ج ۲). بی جا: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۴. حسینی زبیدی واسطی، محب‌الدین سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۴، ۲۰). بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۵. حلّی اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق «الف»). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۶. حلّی اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق «ب»). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (ج ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۷. حلّی اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ج ۱۷). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۲۸. حلی اسدی، فخر المحققین محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ابضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (ج ۳). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. حلی سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق). نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۳۰. حلی سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائج لمختصر الشرائع (ج ۲). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۳۱. حلی، حسین. (۱۴۳۲ق). اصول الفقه (ج ۴). قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصة.
۳۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۳. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دار الفکر المعاصر.
۳۴. خادمی کوشا، محمدعلی. (۱۳۹۷). شرط توالی در قراردادهای الکترونیکی. پژوهش‌های فقهی، ۱۴ (۳). صص ۷۰۷-۷۳۰.
۳۵. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغتنامه دهخدا (ج ۱، ۲، ۱۱). تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۳۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم.
۳۷. زیلعی، عثمان بن علی. (۱۳۱۳ق). تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق (ج ۳). قاهره: دار الکتب الاسلامی.
۳۸. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۶). درس خارج فقه، قم:
- <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/feqh/961109>
۳۹. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۰. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴ق). المبسوط (ج ۶). بیروت: دار المعرفه.
۴۱. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق) القاموس الفقهی لغةً و اصطلاحاً. دمشق: انتشارات دار الفکر.

۴۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتح. (۱۳۷۵ق). هدایة الطالب الی اسرار المکاسب (ج ۲). تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۴۳. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الاصول (ج ۱). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۴. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۴). قم: مؤسسه دار التفسیر.
۴۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب (ج ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین (ج ۴). تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۴۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۴). تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۴۸. عاملی کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۱، ۵، ۸). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۹. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۲۱ق). رسائل الشهد الثاني (ج ۲). قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه.
۵۰. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (ج ۴). قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۵۱. عاملی، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد (ج ۱). قم: کتاب فروشی مفید.
۵۲. عمیره، احمد برلسی. (۱۴۱۹ق). حاشیة عمیره (ج ۸). بیروت: دار الفکر.
۵۳. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۵۲). اجود التقریرات (ج ۱). قم: مطبعة العرفان.
۵۴. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (ج ۱). تهران: المكتبة المحمدية.
۵۵. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۷۶). فوائد الاصول (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵۶. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

۵۷. فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵۸. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (تصحیح: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، ج ۲، ۳). قم: هجرت.
۵۹. فیومی، احمد بن محمد مقری. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (ج ۲). قم: منشورات دار الرضی.
۶۰. قرشی، سید علی اکبر. (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن (ج ۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (ج ۱۰). قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۶۲. مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله. (۱۳۱۶ق). غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب (ج ۲). قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۶۳. مجاهد، سید محمد طباطبایی حائری. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۶۴. محمدی، ابوالحسن. (۱۴۰۰). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۶۵. مرداوی، علی بن سلیمان. (۱۴۱۹ق). الانصاف فی معرفة الراجع من الخلاف (ج ۸). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶۶. مروج جزائری، سید محمدجعفر. (۱۴۱۶ق). هدی الطالب فی شرح المکاسب (ج ۲). قم: مؤسسه دار الکتب.
۶۷. مشکینی، علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. بی جا: بی نا.
۶۸. مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (ج ۹). تهران: مرکز الکتب للترجمة و النشر.
۶۹. مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). اصول الفقه (ج ۱). قم: مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۷۰. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (ج ۱، ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۳ق). تهذیب الاصول (ج ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

۷۲. موسوی خمینی، سید مصطفی. (بی تا). مستند تحریر الوسيلة (ج ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۷۳. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهة (ج ۳). قم: انصاریان.
۷۴. موسوی شریف مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۷ق). المسائل الناصریات. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیة.
۷۵. موسوی قزوینی، سید علی. (۱۴۲۴ق). ینابیع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۷۶. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (ج ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷۷. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة (ج ۱). نجف اشرف: المكتبة الرضویة.
۷۸. نظام الاعرج، حسن بن محمد. (بی تا). شرح النظام علی الشافیة. قم: دارالحجة الثقافة.
۷۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

References

1. Aamily, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharae al-Islam* (Vol. 4). Qom: Institute of Islamic Education. [In Arabic]
2. Akhund Khorasani, M. (1409 AH). *Kifayat al-Usul*. Qom: Alulbat Institute. [In Arabic]
3. al-Asfour Bahrani, Y. (1405 AH). *al-Hadaiq al-Nazirah fi Ahkam Itrat al-Tahira* (Vol. 21). Qom: Islamic Publication Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
4. Ameli Karaki, A. (1414 AH). *Jami al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (Vols. 1, 5 & 8). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
5. Ameli, M. (n.d.). *al-Qawa'id va al-Fawa'id* (Vol. 1). Qom: Mofid Bookstore.
6. Ameli, Z. (1421 AH). *Rasa'il al-Shahid al-Thani* (Vol. 2). Qom: Publications of the Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]
7. Amira, A. (1419 AH). *Hashieh Amira* (Vol. 8). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
8. Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (Vol. 3). Qom: Sheikh Ansari Commemoration Congress. [In Arabic]
9. Ardebili, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 10). Qom: Islamic Publication Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary.
10. Bad al-Rahman, M. (n.d.). *Mujam al-Mustalahat va al-Alfaz al-Fiqhiya* (Vol. 1).
11. Bojnourdi, S. H. (1380 AP). *Muntahi al-Usul* (Vol. 1). Tehran: Orouj Institute. [In Persian]
12. Dehkhoda, A. A. (1377 AP). *Dehkhoda dictionary* (Vols. 1, 2 & 11). Tehran: Publishing and Printing Institute of Tehran University. [In Persian]
13. Ehsa'ei, I. A. (1405 AH). *Awali al-La'ali al-Azizia* (Vol. 2). Qom: Dar Seyyed al-Shuhada le al-Nashr. [In Arabic]
14. Esfahani, M. H. (1418 AH). *Hashiya Kitab al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Anwar al-Hoda. [In Arabic]
15. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab al-Ain* (Makhzoumi, M., & Sameraei, E, Ed., Vols. 2 & 3). Qom: Hejrat. [In Arabic]

16. Fayoumi, A. (n.d.). *al-Masbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabir le al-Rafe'ei* (Vol. 2). Qom: Dar al-Razi Publications.
17. Fazel Hendi Esfahani, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Abham an Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic] From: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/feqh/96/961109> [In Persian]
18. Gharavi Naeini, M. M. H. (1352 AP). *Ajwad al-Taqrirat* (Vol. 1). Qom: al-Irfan Press. [In Persian]
19. Gharavi Naeini, M. M. H. (1373 AH). *Maniya al-Talib fi Hashiya al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: Maktabah al-Mohammadiya. [In Arabic]
20. Gharavi Naeini, M. M. H. (1376 AP). *Fawa'id al-Asul* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Persian]
21. Gharavi Naeini, M. M. H. (1413 AH). *al-Makasib va al-Ba'i* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
22. Hashemi Shahroudi, S. M. (1426 AH). *The dictionary of fiqh according to the religion of Ahl al-Bayt* (Vol. 1). Qom: Institute of Islamic jurisprudence encyclopedia on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
23. Heli Asadi, F. (1387 AH). *Izah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (Vol. 3). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
24. Heli Asadi, H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Sharia* (Vol. 7). Qom: Islamic Publication Office affiliated the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
25. Heli Asadi, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram* (Vol. 2). Qom: Islamic Publication Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
26. Heli Asadi, H. (1414 AH). *Tadzkirah al-Fuqaha* (Vol. 17). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]

27. Heli Seivari, M. (1403 AH). *Nazd al-Qawa'id al-Fiqhiya ala Madhab al-Imamiyah*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
28. Heli Seivari, M. (1404 AH). *al-Tanqih al-Ra'e le Mukhtasar al-Shari'a* (Vol. 2). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
29. Helli, H. (1432 AH). *Usul al-Fiqh* (Vol. 4). Qom: Maktabah al-Fiqh va al-Usul al-Mukhtasa. [In Arabic]
30. Helli, N. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (Vol. 2). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
31. Himyari, N. (1420 AH). *Shams al-Uloom va Dawa' Kalam al-Arab Min al-Kalum*. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
32. Hosseini Ameli, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qawa'id al-Allama* (Vol. 16). Qom: Islamic Publication Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
33. Hosseini Maraghi, A. (1417 AH). *al-Anawin* (Vol. 2). al-Nashr al-Islami Institute. [In Arabic]
34. Hosseini Rohani Qomi, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq* (Vol. 15). Qom: Dar al-Kitab al-Islami. [In Arabic]
35. Hosseini Rohani Qomi, S. S. (1429 AH). *Minhaj al-Fiqahah* (Vol. 3). Qom: Dar al-Huda. [In Arabic]
36. Hosseini Shirazi, S. M. (1426 AH). *al-Vosul ila Kifaya al-Usul* (Vol. 3). Qom: Dar al-Hikma. [In Arabic]
37. Hosseini Zubeydi Vaseti, M. S. M. M. (1414 AH). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamoos* (Vol. 20, 4). Beirut: Dar al-Fikr le Taba'ah va al-Nashr va al-Tawzi'. [In Arabic]
38. Ibn Baraj Terablosi, Q. (1406 AH). *al-Muhadab* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Islamic Seminary Teachers Association. [In Arabic]
39. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqqaees al-Lugha* (Vols. 2, 4, 5 & 6). Qom: Publications of the Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]

40. Ibn Hajar Heitami, A. (2005). *Tuhfa al-Muhtaj fi Sharh al-Minhaj* (Vol. 29). Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiya.
41. Ibn Idris Helli, M. (1410 AH). *al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawi* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Islamic Seminary Teachers Association. [In Arabic]
42. Ibn Manzoor, J. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (Vols. 2 & 8). Beirut: Dar al-Fikr le Tab'a'ah va al-Nashr va al-Tawzi'. [In Arabic]
43. Ibn Qudama, A. (1997). *al-Mughni* (Vol. 7). Riyadh: Alam al-Kotob.
44. Ibn Zohreh, H. (1417 AH). *Ghaniya al-Nozoo ila Ilmi al-Usul va al-Faroo*. Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
45. Jaz'eri, M. J. (1415 AH). *Muntahi al-Diraya fi Tawzih al-Kifaya* (Vol. 3). Qom: Dar al-Kitab Institute. [In Arabic]
46. Johari, I. (1410 AH). *al-Sahaha Taj al-Lugha va Sahah al-Arabiya* (Vols. 1, 2 & 6). Beirut: Dar al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
47. Khademi Kousha, M. A. (1397 AP). Sequence condition in electronic contracts. *Jurisprudential Research*, 14(3). pp. 707-730. [In Persian]
48. Koleyni, M. (1429 AH). *al-Kafi* (Vol. 10). Qom: Dar al-Hadith le Tab'a'ah va al-Nashr. [In Arabic]
49. Mamqani, M. (1316 AH). *Ghayat al-Amal fi Sharh Kitab al-Makasib* (Vol. 2). Qom: Majma al-Dakha'er al-Islamiya. [In Arabic]
50. Mardawi, A. (1419 AH). *al-Insaf Fi Marafah al-Rajeh Min al-Khilaf* (Vol. 8) Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi.
51. Meshkini, A. (n.d.). *Fiqh terms*.
52. Mohammadi, A. (1400 AP). *Basics of inferring Islamic law*. Tehran: Tehran University Press.
53. Mojahed, S. M. T. (n.d.). *Kitab al-Manahil*. Qom: Alulbayt Institute.
54. Moravej Jazayer, S. M. J. (1416 AH). *Huda al-Talib fi Sharh al-Makasib* (Vol. 2). Qom: Dar al-Kitab Institute. [In Arabic]
55. Mostafavi, H. (1402 AH). *al-Tahqiq fi Kalamat al-Qur'an al-Karim* (Vol. 9). Tehran: Markaz al-Kitab le Tarjomah va al-Nashr. [In Arabic]

56. Mousavi Khoi, S. A. (1417 AH). *Misbah al-Fiqahah* (Vol. 3). Qom: Ansarian. [In Arabic]
57. Mousavi Khomeini, S. M. (n.d.). *Mustand Tahrir al-Wasila* (Vol. 2). Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works.
58. Mousavi Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Ba'i* (Vols. 1 & 2). Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
59. Mousavi Khomeini, S. R. (1423 AH). *Tahdib al-Usul* (Vol. 1). Tehran: The Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
60. Mousavi Qazvini, S. A. (1424 AH). *Yanbi al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
61. Mousavi Sharif Morteza, A. (1417 AH). *al-Masa'il al-Nasiriyat*. Tehran: Islamic Culture and Relations Association. [In Arabic]
62. Muzaffar, M. R. (1430 AH). *Usul al-Fiqh* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Institute affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
63. Najafi Irwani, A. (1406 AH). *Hashiya al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
64. Najafi Kashif al-Ghita, M. H. (1359 AH). *Tahrir al-Majala* (Vol. 1). Najaf: al-Maktab al-Razawiyyah. [In Arabic]
65. Nizam al-Araj, H. (n.d.). *Sharh al-Nizam ala al-Shafiyyah*. Qom: Dar al-Hajjah al-Thaqafah.
66. Qureshi, S. A. A. (1412 AH). *Qamous Qur'an* (Vol. 4). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]
67. Ragheb Esfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Alfaz al-Qur'an*. Beirut: Dar al-Ilm. [In Arabic]
68. Saadi, A. (1408 AH) *al-Qamoos al-Fiqhi, Lugha va Istilaha*. Damascus: Dar al-Fikr Publications. [In Arabic]

69. Sabzevari, M. B. (1423 AH). *Kifayat al-Ahkam* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of Qom Seminary. [In Arabic]
70. Sadr, S. M. B. (1418 AH). *Dorous fi Ilm al-Usul* (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
71. Sarakhsi, M. (1414 AH). *al-Mabsut* (Vol. 6). Beirut: Dar al-Ma'arifah. [In Arabic]
72. Shahidi Tabrizi, M. F. (1375 AH). *Hidaya al-Talib ila Asrar al-Makasib* (Vol. 2). Tabriz: Information Printing House. [In Arabic]
73. Sobhani, J. (1396 AP). *Kharij Fiqh Course*, Qom:
74. Tabatabaei Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsek al-Urwah al-Wosqa* (Vol. 14). Qom: Dar al-Tafseer Institute. [In Arabic]
75. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1421 AH). *Hashiya al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
76. Tabrizi, M. J. (1426 AH). *Minhaj al-Salehin* (Vol. 2). Qom: Imam al-Mahdi Assembly. [In Arabic]
77. Tareehi, F. (1416 AH). *Majma' al-Bahrain* (Vol. 4). Tehran: Mortazavi Bookstore. [In Arabic]
78. Tusi, A. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiya* (Vol. 4). Tehran: al-Maktabah al-Mortazawiyya, Le Ihyal-Athar al-Jafariya. [In Arabic]
79. Zilaei, O. (1313 AH). *Tab'een al-Haqa'iq Sharh Kanz al-Daqa'eq* (Vol. 3). Cairo: Dar al-Kitab al-Islami. [In Arabic]

Research Article
**A Jurisprudential Examination of the
Permissibility of Making Medicine from the
Amputated Body Organ of a Muslim Dead Body**

Reza Poorsedghi¹

Marzieh Heydarzadeh²

Received: 02/08/2022

Accepted: 27/03/2023

Abstract



With the advancement of medical science, especially the production of some new drugs from dead body organs, the jurisprudential ruling of making medicine from the remaining donated and unused body organs for medical purposes, both necessary and unnecessary, is ambiguous. Understanding the necessity of the treatment issue, especially in the state of embargo and the lack of advanced products in the field of treatment, as well as Iran's need to discover and produce new drugs, made the authors make an effort to analyze the issue. The present article has evaluated the problem with an analytical-critical approach of library resources. In this

1. Researcher of the Jurisprudential Studies Office of Forensic Medicine, Director of the Usul Department of Jurisprudence Center of Pure Imams, Qom, Iran (corresponding author). rezapoorsedghi@gmail.com.

2. Student of Level Four in family jurisprudence at al-Zahra University and researcher at Al-Zahra University Research Institute, professor at Qom seminary, Qom, Iran. heydarzade.m.1357@gmail.com.

* Poorsadeghi, R., & Heydarzadeh, M. (1402 AP). A Jurisprudential Examination of the Permissibility of Making Medicine from the Amputated Body Organ of a Muslim Dead Body. *Journal of Fiqh*, 30(113), pp. 184-211. Doi:10.22081/jf.2023.64599.2538.

● © 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..

regard, there are two theories in the medicinal use of the remaining organs of the Muslim dead body. The major obstacle for permissibility of using these organs is most jurists' viewpoint on the necessity of burying the amputated organs of the dead body, which has made this issue a challenge. By examining the arguments of different aspects of the problem, the present research considers the arguments of the impermissibility of using these organs to be insufficient, and finally, referring to the principle of exemption, it considers the manufacture of medicine from these organs to be harmless.

Keywords

Muslim Dead Body, Severed Body Parts, Medicine, Medicinal Use, Making Medicine, The Obligation to Bury, Respect For the Dead.

مقاله پژوهشی

بررسی فقهی جواز ساخت دارو از اعضای قطع شده میت مسلمان

رضا پورصدقی^۱ مرضیه حیدرزاده^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

© Author (s)



چکیده

با پیشرفت علوم پزشکی به ویژه تولید برخی از داروهای نو ترکیب از اعضای میت، حکم فقهی ساخت دارو از باقیمانده اعضای اهداشده و بلااستفاده میت در مصارف پزشکی اعم از ضروری و غیر ضروری مورد ابهام است. درک ضرورت مسئله درمان به خصوص در وضعیت تحریم و کمبود فرآورده‌های پیشرفته حوزه درمان و همچنین نیاز کشور به کشف و تولید داروهای جدید و نو ترکیب، نگارندگان را واداشت تا تلاش درخوری در واکاوی موضوع داشته باشند. نگاهی حاضر با رویکرد تحلیلی انتقادی از منابع کتابخانه‌ای، مسئله را مورد ارزیابی قرار داده است. در این مسئله دو نظریه در استفاده دارویی از اعضای باقیمانده میت مسلمان متصور است. اصلی‌ترین مانع برای جواز استفاده از این اعضا، شهرت نزدیک به اجماع در لزوم دفن اعضای قطع شده میت است که این مسئله را با چالش روبه‌رو کرده است. پژوهش حاضر با بررسی ادله وجوه گوناگون مسئله، ادله عدم جواز استفاده از این اعضا را ناکافی می‌داند و در نهایت با رجوع به اصل برائت ساخت دارو از این اعضا را بی‌اشکال می‌داند.

کلیدواژه‌ها

میت مسلمان، اعضای قطع شده میت، دارو، استفاده دارویی، ساخت دارو، وجوب دفن، حرمت میت.

۱. پژوهشگر دفتر مطالعات فقهی پزشکی قانونی، مدیر گروه اصول مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، قم، ایران (نویسنده مسئول).
rezapoorsedghi@gmail.com

۲. دانش‌پژوه سطح چهار رشته فقه خانواده از جامعه الزهراء (عج) و پژوهشگر پژوهشگاه جامعه الزهراء (عج)، استاد حوزه علمیه قم، قم، ایران.
heydarzade.m.1357@gmail.com

* پورصدقی، رضا؛ حیدرزاده، مرضیه. (۱۴۰۲). بررسی فقهی جواز ساخت دارو از اعضای قطع شده میت مسلمان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۳)، صص ۱۸۴-۲۱۱.
Doi:10.22081/jf.2023.64599.2538

امروزه از جسد انسان به منظور آموزش و پژوهش در حوزه درمان، اهدای عضو و دیگر موارد بهره‌برداری می‌شود. نوع بهره‌برداری و تشریحاتی که رخ می‌دهد دارای اهمیت بوده و در موارد زیادی سلامتی افراد و حتی زندگی افراد، وابسته به چنین تشریحاتی است. گسترش علوم نیز به دامنه مسائل در این حوزه افزوده است. از مسائل موجود جواز استفاده از اعضای قطعه شده و بلااستفاده میت مسلمان در مصارف دارویی است؛ بدین بیان که در صورت وصیت میت یا رضایت اولیای میت پس از جداسازی عضو و پیوند آن، باقیمانده عضو میت بدون استفاده می‌ماند. مسئله‌ای که برای نهادهایی مانند سازمان پزشکی قانونی که در اعطای مجوز برای چنین فعالیت‌هایی نقش دارند ایجاد شده این است که آیا می‌توان این اعضای باقیمانده را در مصارف دارویی ضروری و غیر ضروری مورد استفاده قرار داد؟

بنابراین اولیه، تشریح و برداشت عضو میت مؤمن که هتک حرمت او را در پی دارد، حرام بوده و در نتیجه شکافتن پیکر میت مسلمان جایز نیست (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۵۸۸؛ ج ۲۹، ص ۳۲۸)، ولی در موارد ضرورت، فقیهان بسیاری برداشت اعضا میت را مجاز دانسته‌اند (نک: خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۶). به نوعی عضو برداشت‌شده میت پس از رفع نیاز زوئادی به همراه دارد که قابلیت بهره‌برداری دارویی دارد؛ برای مثال در پیوند استخوان، به نوعی بخشی از استخوان، استفاده شده و بخش معظمی از آن بلااستفاده باقی می‌ماند و یا در پیوند قرنیه، کل حدقه چشم میت خارج می‌گردد و پس از جداسازی قرنیه، مابقی چشم بدون استفاده است.

بنابراین پرسش پژوهش حاضر مربوط به اجزای باقیمانده بلااستفاده از اعضای میت پس از برداشت و پیوند است و پیش‌فرض آن، برداشت در موارد ضروری و غیر ضروری می‌باشد. چالش اصلی پیش‌روی این مسئله، حکم و جوب دفن اعضای قطع شده میت است که باید مورد مذاقه فقهی قرار گیرد. آنچه که مسئله را با دشواری بیشتری روبه‌رو می‌سازد، استفاده از برخی مواد به‌دست آمده در این فرایند در موارد غیر اضطرار و غیر حرجی است که بهره‌گیری از عناوین ثانویه را با مانع همراه می‌سازد؛

بنابراین مقاله حاضر در پی بررسی حکم جواز از راه‌هایی غیر از عناوین ثانویه است تا در صورت همراهی ادله، حکم موارد غیر ضروری نیز به دست آید.

این مسئله از سوی هیچ پژوهشگری مورد تحقیق قرار نگرفته و پژوهش‌های حاضر به طور عمده در گستره موضوعی پیوند اعضای میت و مرگ مغزی برای نجات جان است؛^۱ درحالی که تحقیق حاضر، خاص استفاده از عضو بلااستفاده میت در داروهایی است که مورد نیاز سلامتی انسان‌هاست.

این نگاشته با روش تحلیلی - انتقادی در پی بررسی فقهی این مسئله از طریق مطالعه منابع کتابخانه‌ای در حوزه مربوط به این موضوع است و ادله‌ای که می‌تواند در رد یا اثبات مدعی دخیل باشد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در این راستا ابتدا به بررسی موارد استفاده‌های دارویی از زوائد اعضای بدن و سپس ادله عدم جواز و در نهایت ادله جواز در دستور کار قرار می‌گیرد.

۱. محصولات پزشکی حاصل از بافت میت

امروزه با بررسی‌های پزشکی‌ای که انجام شده است، اعضای میت در مصارف دارویی بسیار پر کاربرد هستند؛ برای مثال از استخوان میت، «پودرهای استخوانی» (DFDBA) تهیه می‌شود که کاربرد این پودرها در بازسازی استخوان‌ها می‌باشد و نیز از بافت‌های میت «پوتی» (DBM) در تجهیزات پزشکی و دندان پزشکی و محصولات بیوایمپلنت‌ها^۲ و

۱. مقالات: «بررسی فقهی حقوقی پیوند اعضا» از سید علی مستجاب الدعوه، همایش‌های علمی پژوهشی علوم تربیتی و روان‌شناسی، ۱۳۹۷؛ «پیوند اعضا در آئینه فقه و حقوق» از محمدرضا رحمت، دوره ۶، شماره ۲۰، ۱۳۹۱؛ کتاب نگرشی جامع بر پیوند اعضا از آقای لاریجانی، بنیاد امور بیماری‌های خاص، ۱۳۷۹؛ قطع و پیوند اعضا از دیدگاه امام خمینی از سجاد ایزدهی، نشر عروج، ۱۳۹۲؛ این مقالات و کتب بیشتر به مباحث پیوند پرداخته‌اند.

۲. کاربرد محصولات PHA در بیوایمپلنت: بخیه و محصولات نساجی پزشکی؛ لوله‌های تناسلی؛ استفاده به‌عنوان بافت‌های قلبی، عروقی، عصبی؛ داربست مغز استخوان؛ سلول‌های بنیادی مزانشیم و ماهیچه‌ای نرم؛ محکم کردن شکستگی؛ ایمپلنت چشمی؛ صفحات استخوان و ...

ویژگی‌های ایمپلنت‌های بیولوژیکی: این مواد شبیه به ماکرومولکولی بدن می‌باشند. سازگار با محیط زیست و زیست تخریب‌پذیر هستند. مشکلات سمیت، التهاب مزمن و عدم شناخت توسط سلول‌های بدن که به طور عمده با مواد مصنوعی رخ می‌دهد در این مواد دیده نمی‌شود (Standish, 1985).

جراحی استفاده می‌شود. چندین شرکت همبند در ایران در صدد استفاده از بافت‌های جسد، تولیدات بیوایمپلنت‌های آلوگرافی^۱ که مورد نیاز مصارف ضروری پزشکی است می‌باشند. آلوگرافت، استخوانی است که از اجساد انسانی گرفته می‌شود (Tuominen, 2001, pp. 6478-6479). آلوگرافت‌ها به صورت منجمد شده، خشک شده و معدنی زدایی شده با کاهش خاصیت ایمنی‌زایی در بانک استخوان موجودند (به نقل از آقازاده، ۱۳۸۹، صص ۸۶-۹۴). آلوگرافت‌ها برخلاف اتوگرافت‌ها^۲ قادر به تحریک سریع رشد استخوان نیستند، ولی سبب کوتاه شدن جراحی و کاهش درد بیمار پس از آن می‌شوند (Faiella, 2007, pp. 18-20). آلوگرافت‌های متعددی نظیر (Bone Dried-Freeze Demineralized Freeze-Dried)؛ (DFDBA) (Allograft Bone Allograft (FDBA)) در این راستا تولید شده‌اند. محصولات تولید شده از منابع آلوژنیک به دلیل سازگاری زیستی و قابلیت (remodeling) در استخوان خود بیماران در فرآیندهای متعدد جراحی کاربرد دارند (Lindhe, 2008, p. 551; Urist, 1970, pp. 271-278).

۱. بیوایمپلنت‌ها به عنوان یکی از دستاوردهای اخیر دانشمندان از جمله تجهیزات پزشکی محسوب می‌شوند که خاستگاه بیولوژیک (موجود زنده) دارند. این مواد با استفاده از مهندسی بافت طوری تغییر داده می‌شوند که با رسیدن به شرایط مناسب، جذب بدن شوند و برای ترمیم قسمت‌های آسیب دیده مورد استفاده قرار گیرند. بیوایمپلنت‌ها ۴۵ نوع گوناگون دارند، ولی به طور کلی سه دسته محصول وجود دارد:
 - دسته اول محصولات: Musculoskeletal انواع استخوان‌ها چه در فک به کار روند، چه در ستون فقرات یا هر استخوان دیگر و تاندون‌ها و لیگامان‌ها.
 - دسته دوم محصولات قلبی عروقی می‌باشند. انواع عروق، دریچه‌های قلبی و چسب‌های بافتی از جنس بیولوژیک که جلوی خونریزی را می‌گیرند.
 - دسته سوم، محصولات پوششی هستند مثل پوست، Membranes، مجاری ادراری و قرنیه که در پیوند پوست، سوختگی‌ها، زخم‌ها، جراحی‌های چشم، گوش، حلق و بینی مورد استفاده واقع می‌شود (Standish, 1985).
۲. اتوگرافت، پیوند‌های (گرفت‌های) استخوانی است که از بدن خود بیمار گرفته می‌شود. پیوند استخوانی اتوژن همواره نخستین انتخاب دندانپزشکان است؛ چون پیوند‌های گرفته شده از بدن خود بیمار بهترین نتایج را از بین مواد مخصوص پیوند استخوان به دست می‌دهد. دلیل موفقیت بالای این نوع پیوند این است که مغز استخوان بدن خود بیمار حاوی سلول‌هایی زنده است که به رشد مستمر استخوان و تسریع فرایند التیام کمک می‌کند. اما نقطه ضعف اتوگرافت این است که برای گرفتن پیوند استخوان باید جراحی دومی نیز بر روی نقطه دیگری از بدن انجام شود (Larcher & Jenkins, 2015).

از طرفی CenoBone بیوماتریالی است که به صورت یک بیوایمپلنت استخوانی با خاستگاه آلوگرافت طراحی شده است. مواد پیوندی مانند CenoBone، بافت همبندی غیرزنده با ماهیت انسانی هستند که پس از فرآوری، ماتریکس خارج سلولی آنها حفظ می‌گردد. این ماتریکس مانند داربست عمل کرده، باعث تجمع مجدد فیبروبلاست‌ها، عروق خونی و اپیتلیوم از بافت‌های مجاور میزبان می‌شود (Sarkarat & et al., 2010, 7, pp. 1-6).

از محصولات به دست آمده در مصارف دندان پزشکی نیز استفاده می‌شود؛ از جمله: ممبرین درم^۱ (پوست آسلولار درمیس انسانی (Acellular Dermis) که به آن ممبرین گفته می‌شود، از نسوج آلوگرافت انسانی تهیه شده و جهت مصارف پرودنتولوژی به عنوان فیلر (پرکننده) درم در لثه بیمار به کار می‌رود) (William; et. al, 2005, pp. 2-3).

ممبرین کلاژنی^۲ (ممبرین کلاژنی - همانندساز دارای ویژگی‌ها و مشخصاتی است که به عنوان یک ترمیم کننده بافت پریو و لثه، فلپ اکستنشن، GBR و GTR کاربرد دارد و مورد استفاده قرار می‌گیرد).

پوتی دمنرال^۳ (برای جراحی‌های فک و صورت مناسب است، از سوکت و حفرة دندان‌های کشیده شده محافظت می‌کند، جایگاه تومور برداشته شده را ترمیم و بازسازی می‌کند).

پودر استخوان DFDBA که در جراحی‌های مربوط به دهان و به خصوص ایمپلنت کارایی بسیار زیادی دارد. ایمپلنت دندان روش بسیار مناسبی برای جایگزین کردن دندان ازدست‌رفته است. طی چند سال گذشته مواد و تکنیک‌های مورد استفاده در ایمپلنت دندان پیشرفت قابل توجهی کرده است و مزایای ایمپلنت‌های دندانی نیز غیرقابل انکار هستند. فناوری کاشت ایمپلنت نیاز به استخوان فک مستحکم با تراکم

1. ITP & Regen. memberan.

2. Ceno. Memberan.

3. Poti.diminral

کافی دارد. به همین علت در شرایطی که استخوان فرد تحلیل رفته باشد یا تراکم کافی نداشته باشد و یا ارتفاع آن برای کاشت پایه ایمپلنت مناسب نباشد، معمولاً از پودر استخوان برای پیوند استخوان فک استفاده می‌شود (شرکت همبند بافت کیش/ <https://trcir.com>).
پودر استخوان FDDBA، پودر استخوان سرنگی، پودر استخوان مخلوط، چپیس استخوان، کورتیکال استارت دیمینرال^۱ (محصولات دندان پزشکی).

کورتیکوکنسلوس استریپ از مواد پرکاربرد است که برای بازسازی حجم استخوان‌ها و زمانی که آتروفی استخوان در جایگاه ایمپلنت به ثبات اولیه احتیاج دارد بسیار کاربرد دارد.

گرانول DFDBA، موادی در جهت بازسازی کمک به بافت استخوان می‌باشد (Mullins, 1974).

با توجه به تحول عظیمی که در دانش پزشکی رخ داده و نیاز مبرم داروهایی که حفظ سلامتی بیماران در گرو آنهاست، شاید بتوان در آینده نزدیک در ایران به تولید داروهای غیر خوردنی یا تزریقی همت گماشت که از اعضای قطع شده میت جهت مصارف پزشکی قابل بهره‌برداری باشد.

۲. ادله عدم جواز استفاده دارویی از اعضای میت

در مکتب اسلام، زنده و مرده مؤمن به یک اندازه احترام دارد و احترام به جنازه مؤمن نیز تعمیم می‌یابد؛ از این رو فقیهان بر این باورند که تشریح جنازه مؤمن که هتک حرمت مؤمن را در پی داشته باشد، حرام بوده و اصل اولی در این خصوص با توجه به استناد ادله (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۲۸) و اطلاق اخبار بر حرمت اهانت به مؤمن (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۵۸۸) و با عنایت به اجماع فقیهان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۶، ص ۴۲۴)، عدم جواز شکافتن پیکر میت مسلمانان است و مبادرت به چنین عملی موجب تعلق دیه می‌گردد

1. Cortical.astart.diminral

(حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۳۲۹). چه بسا گستره ادله مذکور شامل اعضای جداشده میت نیز گردد و هرگونه بهره‌برداری خارج از ضرورت را با مانع همراه سازد؛ بر این اساس لازم است مفاد این ادله مورد بررسی قرار گیرد. علاوه بر این ادله وجوب دفن میت و اعضای جداشده آن (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۷۱؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۰۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۳۹) - که چه بسا اصلی‌ترین دلیل عدم جواز می‌باشد - به‌عنوان دلیل دیگر عدم جواز قابل طرح است.

۲-۱. دلیل اول: ممنوعیت هتک حرمت میت

روایت‌ها بر همانندی احترام زنده و مرده مؤمن تصریح کرده و برخی جداسازی عضو میت را به مانند جداکردن آن عضو در زمان حیات وی دانسته‌اند؛ بنابراین اطلاق این روایت‌ها نسبت به اعضای میت به خصوص اعضای جداشده میت نیازمند بررسی است؛ چراکه این احتمال وجود دارد که به واسطه اطلاق این روایت‌ها تصرف در اعضای منفصل میت در موارد غیر ضروری ممنوع محسوب گردد و لازم است مفاد آنها مورد مذاقه فقهی قرار گیرد.

۲-۱-۱. روایت اول

از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که سر میتی را جدا کرده بود پرسش شد؛ حضرت فرمودند: «بر او دیه واجب است؛ زیرا حرمت میت بسان حرمت او در حال حیات است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۷۳، ح ۱۵).

در این روایت صحیح و معتبر (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۵۱۹)، حضرت امام صادق علیه السلام حرمت میت را بسان حرمت زنده می‌دانند. واژه «حرمت» اسم مصدر احترام به معنای چیزی است که هتک آن جایز نباشد (فیومی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۱). مقصود از حرمت در این روایت با توجه به اضافه میت، همان احترام است و معنای روایت این است که بریدن سر، همان‌گونه که پیش از مرگ حرام است، پس از آن نیز حرام است؛ چراکه احترام میت همانند احترام او در حال حیات، لازم است.

۲-۱-۲. روایت دوم

صفوان بن یحیی در سند معتبری (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۱۷۱) از امام صادق علیه السلام نقل می کند که حضرت فرمودند: «شکستن استخوان او [مؤمن] در حال حیات و پس از مرگ برابر است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۷۲).

۲-۱-۳. تحلیل و بررسی

به استناد این روایت ها که از باب نمونه دو مورد نقل شد (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۷۲) آشکار می گردد که هر گونه بی احترامی به بدن میت مسلمان حرام است؛ زیرا احترام مؤمن پس از مرگ بسان حیات او بوده و واجب است. بر این اساس هر نوع بی احترامی به جسد میت مسلمان اعم از شکستن اعضای بدن، مجروح ساختن، بریدن، سوزاندن و غیره جایز نیست.

تبیین استدلال اینکه طبق این روایت ها، میت مؤمن محترم دانسته شده و در نگاه عرف احترام به اعضای میت مانند کل میت است و تفاوتی میان عضو متصل به اعضای دیگر میت یا منقطع از او ندارد؛ بنابراین هر گونه بی حرمتی به اعضای قطع شده میت جایز نیست و باید دفن شود. قرینه هایی نیز برای چنین برداشتی از عرف قابل طرح است؛ به عنوان نمونه احترام به اموال شخص، احترام به خود وی و بی احترامی به آنها بی احترامی به وی محسوب می گردد. به طور یقین رتبه اعضای منفصل پایین تر از اموال شخص نیست. آیت الله خویی نیز با تمسک به احترام میت، حتی گوشت بدون استخوان را نیز واجب الدفن می داند و می نویسد: «یقیناً دفن قطعات میت به دلیل احترام میت واجب است ولو این که آن عضو، گوشت بدون استخوان باشد» (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۲). البته همان گونه که بیان خواهد شد ایشان در کتاب های دیگر خود، دفن را از باب احتیاط واجب دانسته است.

موضوع روایت دوم، اهانت به عضو، یعنی شکستن استخوان است و بر این اساس دلالت مناسب تری بر مسئله دارد؛ چه بسا با استناد به این روایت، حرمت آسیب به مطلق عضو جدا شده میت اثبات گردد؛ به این بیان که در این روایت اولاً، شکستن به عنوان

یک نمونه بوده و هرگونه آسیب به استخوان را شامل می‌شود؛ ثانیاً، خود استخوان نیز برای مثال بوده و دارای خصوصیت نیست؛ به اصطلاح احتمال خصوصیت در استخوان و شکستگی وجود ندارد؛ ثالثاً، مفاد روایت حالت اتصال و حالت انفصال عضو را شامل می‌شود. با این بیان در حرام بودن آسیب به اعضای میت فرقی میان اعضای متصل و منفصل نخواهد بود.

۲-۲. نقد دلیل اول

در روایت اول کلیت میت، محترم دانسته شده و روایت دوم نیز منصرف به شکستن استخوان میت در حال اتصال است؛ بنابراین در هیچ کدام به اعضای جداشده از بدن میت اشاره‌ای نشده است؛ با این وجود دلالت روایت‌های ذکر شده بر حرمت چنین اعضای متنفی است. با عنایت به این نکته، استدلال مذکور در صورتی قابل پذیرش خواهد بود که لازمه حرمت میت، حرمت اعضای قطع شده باشد؛ ولی در دید عرف چنین ملازمه‌ای قطعی نیست؛ چراکه به صورت قطعی نمی‌توان احترام کل را ملازم با احترام اجزا به خصوص اجزای منفصل دانست؛ شاهد این مدعا اینکه در اعضای منفصل انسان زنده، بی‌حرمتی به اعضای جداشده وی توهین به صاحب آن عضو محسوب نمی‌گردد، درحالی که بی‌حرمتی به اعضای شخص در حالت اتصال توهین به اوست. مؤید این نقد اینکه هیچ فقیهی غیر از آیت‌الله خویی دلیل وجوب دفن را لزوم احترام به اعضای جداشده میت محسوب نکرده (نک: حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۱۲؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۶، ص ۳۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۵۱) و خود آیت‌الله خویی نیز در برخی از کتب خویش وجوب دفن را از باب احتیاط مطرح کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۹۱) که نشان از تردید ایشان در وجود حرمت و وجوب دفن این اعضا دارد.

صرف نظر از اشکال فوق، پذیرش حرمت اعضای منفصل برای استدلال در مسئله کافی نیست؛ زیرا هتک حرمت در فرضی صادق است که عضو میت در معرض فساد یا در معرض طعمه حیوانات قرار گیرد، ولی صدق اهانت به میت در مورد استفاده دارویی از اعضای قطع شده محل تردید است.

۲-۳. دلیل دوم: وجوب دفن اعضای منفصل میت

تجهیز میت اعم از تغسیل، تکفین و دفن میت از واجبات شرعی است. حال در موضوع مورد بحث، این پرسش مطرح است که آیا اعضای قطع شده انسان به خصوص اعضای قطع شده میت، وجوب دفن دارد؟ در صورت وجوب دفن، اعضای باقی مانده از اعضای میت باید دفن شود و امکان استفاده دارویی نخواهد داشت.

دفن اعضای قطع شده میت در نگاه بسیاری از فقیهان واجب است. البته این حکم نسبت به اعضای قطع شده دارای استخوان از قطعیت بیشتری برخوردار است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۷۱؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۰۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۳۹). اما برخی دفن را بنا بر احتیاط، واجب دانسته‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۹۹؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۹۱) که به خوبی دال بر ناکافی بودن ادله وجوب دفن میت در نزد آنهاست. آیت الله قمی نیز از کلام «لا یبعد» در وجوب دفن استفاده کرده (قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۰۰) که حاکی از عدم قطعیت دلیل در نزد اوست و ارزیابی ادله وجوب دفن را ضرورت می‌بخشد.

۲-۳-۱. اجماع

دلیل اجماع به عنوان یکی از ادله وجوب دفن اعضای قطع شده میت در سخنان برخی از بزرگان مورد استناد قرار گرفته است (نک: سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۵۱). آیت الله خویی اجماع را «غیر بعید» می‌داند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۶). آیت الله حکیم نیز این اجماع را از کتب متعددی مانند غنیه و خلاف نقل کرده است (نک: حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۱۲).

۲-۳-۲. نقد دلیل اجماع

اجماع ادعا شده به دلیل اینکه محصل نیست و در اصطلاح بر آن اجماع منقول اطلاق می‌گردد، مورد نقد برخی قرار گرفته است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۱۲؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۹).

نقد دوم اینکه وجود ادله شرعی موافق با دیدگاه اجماع کنندگان موجب سلب اعتبار از اجماع است (نک: انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۹۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۷۲). بر

این اساس که اجماع معتبر ناشی از ذهنیت و مذاق فقیهان است، نه اجتهاد و برداشت آنها؛ چون اجتهاد هیچ فقهی بر دیگری حجت نیست و از آنجا که روایت‌ها و ادله موجب شکل‌گیری چنین دیدگاهی در نزد اجماع‌کنندگان است، در نتیجه اجماع مذکور از نوع مدرکی است یا لااقل مدرکی بودن آن در بوتۀ تردید است؛ بنابراین دلیل اجماع نمی‌تواند به‌عنوان یک دلیل مستقل در این مسئله مورد استدلال قرار گیرد.

۲-۳-۳. روایت‌های وجوب دفن عضو جداشده از میت مسلمان

روایت‌هایی در باره دفن اعضای جداشده از میت مسلمان وجود دارد که اطلاق آنها نیازمند بررسی است.

روایت اول

علی بن جعفر از برادر خود حضرت موسی بن جعفر رضی الله عنه دربارهٔ مردی پرسید که درندگان یا پرندگان او را خورده و فقط استخوان‌هایش باقی مانده، چه باید کرد؟ حضرت فرمودند: «غسل داده و کفن می‌شود و بر او نماز خوانده و دفن می‌گردد» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۳۵، ح ۱).

این روایت که شیخ صدوق به سند خود از علی بن جعفر ذکر کرده، معتبر و صحیح است (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۱۳۸؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۱۳). افعال مضارعی که حضرت در این روایت به کار برده‌اند در مقام انشاء است و تأکید بر امر دارد و از آن وجوب استفاده می‌شود. بر اساس ظاهر این روایت، حضرت نسبت به اعضای منفصل میت مسلمان علاوه بر غسل و نماز، دستور به دفن داده‌اند.

روایت دوم

اسحاق بن عمار در حدیث معتبری (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۴) نقل می‌کند: حضرت

علی علیه السلام قطعه‌هایی از میت را یافت، قطعه‌ها یک‌جا جمع شد، سپس حضرت امیر علیه السلام بر آنها نماز خواند، سپس دفن شد (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۶۷، ح ۴۸۳).

این روایت که به سند آیت‌الله صدوق به اسحاق، پدر وی^۱ از عبد الله بن جعفر الحمیری،^۲ از علی بن اسماعیل،^۳ از صفوان بن یحیی،^۴ از اسحاق بن عمار^۵ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۲۳) می‌رسد که همه از بزرگان و معتمدین می‌باشند.

طبق این روایت حضرت بر قطعه‌هایی از میت جداشده نماز خوانده و سپس این قطعه‌ها دفن شده است. ظاهر روایت این است که حضرت پس از اقامه نماز آنها را دفن کرده یا دستور به دفن داده است.

روایت سوم

امام صادق علیه السلام فرمودند: «اگر مرد کشته‌ای یافت شد، در صورت وجود عضو کامل برای وی، باید بر آن نماز خوانده و دفن شود و در صورتی که عضو کاملی برای وی یافت نشد، بر او نماز خوانده نشده و فقط دفن شود» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱۲، ح ۳). این روایت به دلیل مجهول بودن برخی از روایت، از نظر سندی ناتمام است. بر اساس مفاد آن اگر عضو قطع شده، کامل و تام بود، نماز بر آن واجب، و گرنه فقط دفن کافی است. در هر صورت بر اساس این روایت دفن اعضای میت مسلمان امر لازمی است.

۱. بیانش گذشت.

۲. عبد الله بن جعفر الحمیری القمی یکنی أبا العباس ثقة (طوسی، بی تا، ص ۱۰۲).

۳. آیت‌الله خویی وی را علی بن اسماعیل بن عیسی می‌داند (خویی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۰۱) و در این که وی علی بن اسماعیل السندی باشد تردید داشته، رد می‌کند (خویی، بی تا، ج ۱۳، ص ۵۱). اگر چه نسبت به وی توثیق صریح وجود ندارد، ولی از باب کثرت نقل اجلا می‌توان وثاقت وی را پذیرفت؛ همان‌گونه که نزد بزرگانی مانند آیت‌الله شبیری توثیق شده است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳، ص ۷۲۴۱).

۴. صفوان بن یحیی أبو محمد البجلي بیاع السابری، کوفی، ثقة ثقة، عین (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۹۷).

۵. اسحاق بن عمار بن حیان مولی بنی تغلب أبو یعقوب الصیرفی شیخ من أصحابنا، ثقة (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۷۱).

۲-۳-۴. نقد استدلال به روایت‌ها

روایت‌های بیان‌شده از حیث ظهور و احتمالات در آن، مورد مناقشه است:

۲-۳-۴-۱. نقد استدلال به روایت اول

استدلال به روایت اول که موضوع آن مردی است که اعضای آن توسط درندگان خورده شده دچار مناقشاتی است:

اولاً، ظاهر روایت این است که همه استخوان‌های میت یا بخش عمده‌ای از آنها موجود و شکل کلی جسد انسانی در قالب استخوان‌ها محفوظ بوده است؛ به این قرینه که راوی می‌گوید: استخوان‌های او بدون گوشت مانده است و حضرت نسبت به چنین جسدی دستور به دفن داده‌اند که به دلیل احتمال خصوصیت در چنین وضعیتی قابل تسری بر یک عضو ناقص نیست.

ثانیاً، این روایت‌ها مربوط به اعضای است که در کناری افتاده، بی‌خاصیت و بلااستفاده است و منصرف از مسئله مورد گفتگوی تحقیق است.

علاوه بر این چون در آن روزگار استفاده عقلایی از عضو میت متصور نبوده، در نتیجه تقیید آن به کاربردهای امروزی عقلایی نبوده و چون رابطه اطلاق و تقیید ملکه و عدم ملکه است، در نتیجه عدم امکان تقیید موجب خدشه در اعتبار اطلاق می‌گردد. بر این اساس استناد به اطلاق این روایت‌ها در مسئله استفاده دارویی از اعضای قطع‌شده فاقد وجهت عرفی است.

۲-۳-۴-۲. نقد استدلال به روایت دوم

استدلال به روایت دوم که بر اساس آن امیرالمؤمنین علیه السلام مقداری از اعضای میت را یافتند و بر آن نماز خوانده و دفن کردند یا دستور به دفن دادند، مورد نقد برخی از بزرگان فقه قرار گرفته است. آیت‌الله خوئی در مقام اشکال به استدلال به این روایت می‌گوید: «در اعضای یافت‌شده میت دو احتمال وجود دارد: اعضای یافت‌شده، یا معظم اعضا میت هست یا نیست. اگر این روایت شامل حال هر دو صورت شود، یعنی در هر

دو مورد باید غسل داده شده و نماز خوانده شود، این خلاف قاعده است؛ چون حضرت بر مقدار جمع شده استخوان نماز خواندند، در حالی که عنوان میت بر استخوان‌های جمع شده صادق نیست و این در حالی است که نماز بر میت جعل شده است نه بر غیر میت» (خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۸). بر این اساس مورد روایت، معظم استخوان‌های میت بوده است و قابل تسری بر مسئله مورد گفتگوی این تحقیق نیست.

اشکال دیگر این که این روایت در مقام بیان فعل امام علیه السلام است و فعل، دلیل لبی (غیر لفظی) است و وجه فعل حضرت - اعم از احتیاط، استحباب یا وجوب - مشخص نیست؛ در نتیجه اثبات حکم وجوب با مناقشه همراه خواهد بود. و بر فرض پذیرش اطلاق، استفاده بهینه از زوائد اعضای اهداشده از مورد روایت منصرف است و یا تقیید به دلیل عدم امکان عقلایی با خدشه اعتبار مواجه است.

۲-۳-۴. نقد استدلال به روایت سوم

اولین اشکال روایت سوم ضعف سندی آن است. اشکالی که از دید آیت‌الله خوبیی پنهان نمانده و از نظر ایشان حتی ضعف سند با عمل اصحاب هم جبران نمی‌شود؛ زیرا در نزد اصحاب، نماز بر اعضا واجب نیست؛ بنابراین از نظر وی روایت‌ها حمل بر استحباب می‌گردد (خوبیی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۷). مؤید برداشت وی کلام محقق کرکی است که می‌نویسد: «بر عضو واحد نماز خوانده نمی‌شود، هر چند تام باشد؛ غیر آن چه که در شهر اخبار ذکر شده است و علامه در کتاب تذکره گفته بر رأس نماز خوانده نمی‌شود و مخالفی از اصحاب بر آن نمی‌شناسم» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۰۴). البته اشکال دیگری مبنی بر تعارض روایت مذکور با روایت طلحه بن زید^۱ مطرح شده (خوبیی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۷)، اما تعارض ادعایی به لحاظ نماز بر عضو بوده و در وجوب دفن مطرح نیست.

۱. عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: لَا يَصَلَّى عَلَى غُضْوِ رَجُلٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ يَدٍ أَوْ رَأْسٍ مُنْفَرِدًا فَإِذَا كَانَ الْبَدَنُ فَضْلًا عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا مِنَ الرَّأْسِ وَالْيَدِ وَالرَّجْلِ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۲۹).

علاوه بر این ظاهر تعبیر «مردی یافت شد»، نشان‌دهنده این است که از اعضای میت، مقدار قابل توجهی باقی بوده است؛ زیرا برای یافت شدن یک یا دو جزء از اعضای بدن چنین تعبیری به کار نمی‌رود؛ بلکه گفته می‌شود مثلاً پای مردی یافت شد. و نکته آخر که در روایت‌های سابق بازگو شد در این روایت نیز قابل طرح است؛ همان نکته انصراف و عدم امکان اطلاق در روایت‌ها نسبت به مسئله ساخت دارو می‌باشد.

۲-۳-۵. سیره و ارتکاز متشرعه

سیره متشرعه می‌تواند دلیل دیگری بر وجوب دفن عضو منقطع از میت باشد. محقق سبزواری می‌نویسد: علاوه بر اجماع، سیره متشرعه در گذشته و حال حاضر بر همین نظر است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۵۱).

در سخنان بیشتر فقیهان دفن این اعضا، امر بدیهی تلقی شده است؛ چراکه بیشتر بدون استناد و استدلال ذکر شده (نک: حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۶۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۴۱؛ محقق سبزواری، ۱۲۴۷ق، ج ۱، ص ۹۱) و این یعنی این دیدگاه نزد آنان نیازمند استدلال خاصی نبوده و می‌تواند ناشی از ارتکاز فقیهان بر وجوب دفن باشد.

۲-۳-۶. نقد دلیل سیره و ارتکاز متشرعه

اعتبار سیره یا ارتکاز متشرعه در مواردی که سیره مدرکی است یا احتمال مدرکی بودن آن وجود دارد در هاله‌ای از ابهام است؛ زیرا استناد به مدرک، سیره را از تعبدی بودن خارج ساخته و در نتیجه اعتبار آن را مخدوش می‌سازد. در واقع ابهام از این ناحیه است که سیره‌ای مورد اعتماد است که متصل به عصر معصومین علیهم‌السلام باشد. به طور یقین سیره متشرعه متصل به عصر معصوم که ارتکازات آن به صورت سینه‌به‌سینه تا عصر کنونی منتقل شده ملاک است و با وجود ادعایی بر وجوب دفن اعضای قطع شده میت، اتصال چنین سیره‌ای به زمان معصوم غیر قطعی خواهد بود؛ چراکه بعید نیست این سیره و ارتکازات ناشی از برداشت‌هایی است که از روایت‌ها و ادله موجود شکل گرفته است.

ممکن است این اشکال مطرح شود که از باب فقدان ردع رضایت معصومین علیهم السلام به چنین سیره‌ای قابل احراز است. پاسخ اینکه آنچه برای ما محرز است سیره دوره متأخر از معصومین علیهم السلام است که به واسطه کتب فقهی احراز شده، نه سیره جاری در زمان معصومین علیهم السلام.

۲-۳-۷. صدق میت

در کلام برخی از فقیهان آمده است دفن اعضای منفصل انسان چه در حالت حیات و چه در حال ممات واجب است. دلیل ذکر شده این است که قطعاً میت، صدق کل میت می‌کند (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۷۱)؛ بنابراین دیدگاه حکم کل بر جزء تعمیم می‌یابد.

۲-۳-۸. نقد دلیل صدق میت

صدق میت بر قطعه‌ای از آن محل تردید است؛ زیرا نزد عرف، عضو جدا شده از میت مثل دست، سینه یا ... میت نامیده نمی‌شود، بلکه به طور مثال عنوان دست میت یا سینه میت به کار می‌رود و مضاف نمی‌تواند عنوان مضاف‌الیه را به یدک بکشد. در اجسام مرکب دیگر نیز به خوبی این مسئله پیدا است؛ برای مثال، کسی قطعات خودرو را خود ماشین تلقی نمی‌کند.

البته برخی از فقیهان حکم میت را بر سینه یا اعضای آن تعمیم داده و غسل، نماز و دفن آن را واجب دانسته‌اند (نک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۸۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۵۳؛ حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۶۷؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۷۱۶؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۶۳؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۱۶). ابن بابویه معتقد است که اگر بعضی اعضای میت مانند سینه یافت شود، حکم میت دارد و باید دفن گردد (ابن بابویه، بی‌تا، ص ۳۲). ولی باید توجه داشت که این حکم اختصاص به سینه و مانند آن دارد و تسری آن نسبت به اعضای دیگر بدن صحیح نیست. در نتیجه اعضایی که فاقد دلیل اختصاصی بر وجوب دفن‌اند و از طرفی عنوان میت نیز

بر آنها صادق نیست، مشمول ادله وجوب دفن میت نیستند.
البته تأکید بزرگان در وجوب دفن سینه و مانند آن و چه بسا در اعضای تام دارای استخوان ایجاب می‌کند حتی المقدور در این موارد احتیاط شود. البته چنین موردی در فرض اهدای اعضای میت مطرح نیست یا بسیار نادر و اتفاقی است.

۲-۳-۹. استصحاب

استصحاب از ادله قابل طرح برای وجوب دفن است؛ توضیح اینکه دفن عضو قطع شده قبل از انفصال واجب بود و پس از انفصال نسبت به آن تردید شکل می‌گیرد، در نتیجه می‌توان به حکم استصحاب وجوب سابق را بر آن اثبات کرد.
آیت‌الله حکیم دلیل استصحاب را در وجوب دفن پذیرفته، ولی نسبت به جریان استصحاب در وجوب غسل و نماز عضو منقطع بدون استخوان اشکال می‌کند و معتقد است مقتضی این دلیل، محافظت از خصوصیات معتبره در دفن است، نه غسل و نماز (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۱۲).

۲-۳-۱۰. نقد دلیل استصحاب

جریان استصحاب وجوب دفن در اعضای میت نیازمند اجتماع همه شرایط استصحاب است؛ از جمله شرایط وحدت موضوع استصحاب است و در استصحاب مذکور، موضوع واحد نیست؛ زیرا در حالت سابق و یقینی، عضو در ضمن کلیت میت دارای وجوب دفن است، در حالی که در فرض مسئله، عضو از کلیت میت جدا بوده و در ضمن آن نیست؛ بنابراین استصحاب به دلیل عدم بقای موضوع جاری نیست. صاحب جواهر می‌نویسد: در این مسئله، موضوع بر حال خودش باقی نیست؛ زیرا موضوع وجوب دفن میت است، در حالی که بر عضو منقطع عنوان میت صدق نمی‌کند؛ پس استصحاب جاری نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۱۰۱). آقای خوئی نیز بر باور صاحب جواهر است. البته وی از باب استصحاب احکام نیز بر این استصحاب اشکال وارد می‌سازد که اشکالی مبنایی است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۴۰۲). اشکال صاحب جواهر

به گونه دیگری قابل طرح است؛ به این بیان که شک در بقاء و جوب دفن پس از انقطاع عضو به طور یقین منتفی است؛ زیرا و جوب دفن عضو سابق انضمامی بود و با انفصال عضو از بین رفته و و جوب استقلالی نیز فاقد حالت سابقه برای استصحاب است.

۳. ادله جواز استفاده دارویی از اعضای قطع شده میت

پس از بررسی و مناقشات صورت گرفته بر ادله عدم جواز استفاده دارویی از اعضای قطع شده میت، نوبت به بررسی دلیل جواز می‌رسد که اثبات آن نیازمند بیش از اصل براءت نیست. البته اقتضای اذن برداشت از میت نیز جواز استفاده از این اعضا در جهت ساخت دارو است.

۱-۳. اصل براءت

اصل براءت در فرض فقدان دلیل معتبر برای اثبات تکلیف الزامی قابل استناد است؛ بنابراین می‌توان در مسئله مورد گفتگوی تحقیق که در آن هیچ‌یک از ادله و جوب دفن از اتقان و اعتبار کافی برخوردار نیست به اصل براءت استناد کرد. در بحث نماز بر اعضای قطع شده، برخی از فقیهان با تکیه بر عدم وجود دلیل معتبر بر و جوب، با استدلال به اصل براءت حکم به عدم و جوب نماز داده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۲۰۶). این استدلال در بحث دفن نیز قابل طرح است؛ بنابراین با اصل براءت می‌توان عدم و جوب دفن را نیز اثبات نمود.

۲-۳. اقتضای اذن برداشت

بعید نیست بتوان با ادعای حرمت اعضای قطع شده، لزوم استفاده دارویی را به اثبات رساند؛ توضیح آنکه اذن میت یا بازماندگان برای برداشت عضو شامل استفاده از باقیمانده آن عضو نیز می‌گردد؛ زیرا به لحاظ مناط تفاوتی میان استفاده‌های موجود برای سلامتی افراد وجود ندارد و عدم استفاده کامل از عضو جدا شده در فرایند سلامتی افراد جامعه، موجب هدررفت بخشی از عضوی است که از دید بازماندگان محترم شمرده

می‌شود و منافعی اذن داده‌شده در استفاده از عضو در راستای سلامتی دیگران است. حاصل اینکه برای حفظ احترام اعضای جداشده میت و رعایت اذن صاحبان اذن، نه تنها ساخت دارو محل اشکال نیست، بلکه باید در استفاده درمانی حداکثری از اعضای اهداشده میت کوشید.

نتیجه‌گیری

با توجه به گستره دانش پزشکی و ضرورت وجود محصولات حاصل از آن، تولید داروهای مورد نیاز از بافت میت انسانی شکل گرفته است که به‌عنوان نمونه می‌توان به مواد آلوگرافتی (استخوان‌های حاصل از اجساد انسانی) در بازسازی و ترمیم استخوان، مصارف دندان پزشکی، نخ بخیه، بافت قلبی عروقی، داربست مغزی و ترمیم زخم‌ها ... اشاره نمود.

در ساخت دارو از بافت میت دو نظریه بر جواز و عدم جواز قابل شکل‌گیری است که دیدگاه عدم جواز، بر دو دلیل عمده استوار است:

۱. ممنوعیت هتک حرمت میت برگرفته از روایت‌ها و این در حالی است که مستفاد از روایت‌های موجود، لزوم احترام کلیت میت است، نه اعضای جداشده میت. علاوه بر این، بر فرض پذیرش صدق ممنوعیت هتک حرمت بر بعض میت، اختصاص به موارد اهانت دارد؛ مانند اینکه رهاشدن آن سبب فساد یا طعمه حیوانات گردد؛ اما استفاده دارویی از اعضای بلااستفاده پس از پیوند هرگز مصداق اهانت نیست.

۲. وجوب دفن اعضای منفصل میت است که بر چند دلیل استوار است؛ اما اجماع به دلیل مدرکی و منقول‌بودن، فاقد حجیت است. اطلاق روایت‌های حاصل از وجوب دفن نیز دچار خدشه بوده و شامل اعضای قطع‌شده دارای استفاده نمی‌شود. سیره متشرعه بر وجوب دفن به لحاظ اتصال به زمان معصوم علیه السلام در هاله‌ای از ابهام است. وجوب احترام به کل میت هم ملازمه‌ای با احترام به بعض میت نداشته و همچنین صدق کل میت بر بعض میت نیز دچار خدشه است. ارکان استصحاب وجوب دفن نیز تام نیست.

پس از مناقشات و خدشه در اعتبار ادله مذکور، وجوب دفن اعضای قطع‌شده میت

محل تردید و مورد جریان اصل برائت است. اقتضای اذن به استفاده از اعضای اهداشده میت نیز استفاده تام و حداکثری از آنهاست؛ بنابراین احترام به اعضای میت از موجبات تأکید بر جواز استفاده از اعضای قطع شده میت در جهت سلامتی افراد است. در نتیجه استفاده دارویی از اعضای منفصل میت بی اشکال است. البته باید اعضای تام دارای استخوان میت احتیاطاً دفن شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آقازاده، سمانه؛ عظیمی لیسار، حمیدرضا؛ آشوری، مهدی و خرازی فرد، محمدجواد. (۱۳۸۹). تأثیر ماتریکس استخوان دمنرالیزه گاو بر ترمیم نقایص استخوان پاریتال خرگوش. مجله دندانپزشکی دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی، درمانی تهران، ۲۳(۲)، صص ۸۶-۹۴.
۲. ابن بابویه (صدوق اول). (بی تا). مجموعه فتاوی ابن بابویه (چاپ دوم). قم: بی نا.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (ج ۶، چاپ اول). قم: مؤلف.
۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فوائد الاصول (ج ۱، چاپ پنجم). بی جا: مؤسسه نشر اسلامی.
۶. بصری بحرانی، زین الدین محمد امین. (۱۴۱۳ق). کلمة التقوی (ج ۱، چاپ سوم). قم: سید جواد وداعی.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (ج ۲، ۳، ۸ و ۲۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۸. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۴، چاپ اول). قم: مؤسسه دار التفسیر.
۹. حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ق). المعبر فی شرح المختصر (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء علیه السلام.
۱۰. حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۱۱. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (ج ۱، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (ج ۱، چاپ اول). مشهد: البحوث الاسلامیه.
۱۳. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه (ج ۱، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقها (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۱). قم: نشر مدینه العلم.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخوئی (ج ۸، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال (ج ۱۲ و ۱۳). بی جا: بی نا.
۱۹. سبزواری (محقق)، محمد باقر بن محمد مؤمن. (۱۲۴۷ق). ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۰. سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام (للسبزواری) (ج ۳ و ۴، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.
۲۱. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (ج ۲۳، چاپ اول). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۲۲. شرکت همبند بافت کیش (مدیرعامل: انوشه کاظمیان) (<https://trcir.com/>)
۲۳. صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۱ و ۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۴. طوسی، ابن حمزه محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (ج ۱، ۳، ۱۰، چاپ اول). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست (چاپ اول). نجف اشرف: المكتبة الرضوية.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۱، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء آلائار جعفریه.
۲۸. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۹. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۳۰ق). دراسات فی الأصول (ج ۳، چاپ اول). قم.
۳۰. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر لرافعی (ج ۱، چاپ اول). قم: منشورات دارالراضی.
۳۱. قمی، سید تقی طباطبایی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین (ج ۲، چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۳۲. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۳، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۳. کیدری، محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق). إصباح الشیعة بمصباح الشریعة (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۴. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سدیة فی مسائل جدیدة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۳۶ و ۳۷، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۷. همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه (ج ۵، چاپ اول). قم: مؤسسه الجغرفیه لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.

38. Faiella, R. A. (2007). Is human bone graft safe for the management of alveolar defect A primer for patient consent. *J Mass Dent Soc*, 56(3), pp. 18-20.
39. Lindhe, J., Lang, NP., Karring, T. (2008). *Clinical Periodontology and Implant Dentistry*. (5th Ed.). Blackwell Publishing Ltd; chap. 551.
40. M. Larcher, J. T. Jenkins. (2015). The evolution of segregation in dense inclined flows of binary mixtures of spheres, *J. Fluid Mech*, (782), pp. 405–429.
41. Mullins, W. (1974). Experimental evidence for the stochastic theory of particle flow under gravity, *Powder Technol*, 9(1), pp. 29–37.
42. Sarkarat F., Sadri, D., Bohlooli, B., Lozani, S. (2010). Ridge preservation with OSSEO to Cenobone for implant site development. A clinical and histologic study in humans. *J Res Dent Sci*, 7(3), pp 1-6.
43. Standish, N. (1985). Studies of size segregation in filling and emptying a hopper, *Powder Technol. Powder Technol*, 45(1), pp, 43–56.
44. Tuominen T.k. (2003). Native bovine bone morphogenetic protein in the healing of segmental long bone defects. *Journal of Veterinary Science & Technology*.
45. Urist M. R, Strates B. S. (1970). Bone formation in implants of partially and wholly demineralized bone matrix Including observations on acetone-fixed intra and extracellular proteins. *Clin Orthop Relat Res*. (71), pp. 271-278.
46. William D. James; Timothy G. Berger; Dirk M. Elston, Richard B. Odom. (2005). *Andrews' Diseases of the Skin. Clinical Dermatology*, pp. 2-3.

References

* The Holy Quran

1. Aghazadeh, S., & Azimi Lisar, H., & Ashouri, M., & Kharazifard, M. J. (1389 AP). The Effect of bovine demineralized bone matrix on the repair of rabbit parietal bone defects. *Journal of Dental Medicine, Tehran University of Medical Sciences*, 23(2), pp. 86-94.
2. Ameli Karaki (Mohaqq Thani), A. (1414 AH). *Jami al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
3. Amoli, M. M. T. (1380 AH). *Misbah al-Huda fi Sharh al-Urwat al-Wosqa* (1st ed., Vol. 6). Qom: Mo'alef. [In Arabic]
4. Ansari, M. (1416 AH), *Faraeed al-Usul* (5th ed., Vol. 1). Islamic Publications Institute. [In Arabic]
5. Ardebili, A. (1403 AH). *Majma al-Faidah va al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (1st ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
6. Basari Bahrani, Z. (1413 AH). *Kalimah al-Taqwa* (3rd ed., Vol. 1). Qom: Seyyed Javad Vedaei. [In Arabic]
7. Faiella RA. (2007). Is human bone graft safe for the management of alveolar defect A primer for patient consent. *J Mass Dent Soc*, 56(3), pp.18-20.
8. Fayoumi, A. (n.d.). *Misbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabeer le Rafe'ei* (1st ed., Vol. 1). Qom: Dar al-Razi Publications.
9. Fazel Lankarani, M. (1430 AH). *Derasat fi al-Usul* (1st ed., Vol. 3). Qom. [In Arabic]
10. Hakim, S. M. T. (1416 AH). *Mustamsik al-Urwat al-Wosqa* (1st ed., Vol. 4). Qom: Dar al-Tafseer Institute. [In Arabic]
11. Hamband Baft Kish Company (CEO: Anoushe Kazhmian). From: <https://trcir.com>.
12. Hamedani, A. R. (1416 AH). *Misbah al-Faqih* (1st ed., Vol. 5). Qom: Mu'asisah al-Jafariya le Ihya al-Torath va Mu'asisah al-Nashr al-Islami. [In Arabic]

13. Heli (Allameh), H. (1412 AH). *Muntahi al-Matlab fi Tahqiq al-Madhab* (1st ed., Vol. 1). Mashhad: al-Bohouth al-Islamiya. [In Arabic]
14. Heli (Allameh), H. (1413 AH). *Mukhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Sharia* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
15. Heli (Allameh), H. (1414 AH). *Tazkira al-Fuqaha* (1st ed., Vol. 1). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
16. Heli (Ibn Idris), M. (1410 AH). *al-Sara'er al-Hawi le Tahrir al-Fatawi* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
17. Heli (Mohaqeq), N. (1407 AH). *al-Mutabar fi Sharh al-Mukhatsar* (1st ed., Vol. 1). Qom: Seyyed al-Shohada Institute. [In Arabic]
18. Heli (Mohaqeq), N. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
19. Hor Ameli, M. (1409 AH). *al-Wasa'il al-Shia* (1st ed., Vols. 2, 3, 8 & 29). Qom: Alulbait Institute. [In Arabic]
20. Ibn Babewayh (Sadouq I). (n.d.). *Collection of fatwas of Ibn Babewayh* (2nd ed.). Qom.
21. William D. James; Timothy G. Berger; Dirk M. Elston, Richard B. Odom. (2005). *Andrews' Diseases of the Skin. Clinical Dermatology*, pp. 2-3.
22. Keidari, M. (1416 AH). *Isbah al-Shi'a be Misbah al-Shari'a* (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
23. Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj al-Salehin* (Vol. 1). Qom: Madina al-Ilm Publication. [In Arabic]
24. Khoei, S. A. (1418 AH). *al-Imam al-Khoei Encyclopedia* (1st ed., Vol.8). Qom: Institute for Revival of Imam al-Khoei's Works. [In Arabic]
25. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj* (1st ed., Vol. 2). Qom: Institute for Revival of Imam al-Khoei's Works. [In Arabic]
26. Khoei, S. A. (n.d.). *Mujam al-Rijal al-Hadith va Tafsil Tabaghat al-Rijal* (Vols. 12 & 13).
27. Koleyni, M. (1407 AH). *al-Kafi* (4th ed., Vol.3). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

28. Lindhe, J., Lang, NP., Karring, T. (2008). *Clinical Periodontology and Implant Dentistry*. (5th Ed.). Blackwell Publishing Ltd; chap. 551.
29. M. Larcher, J., & T. Jenkins. (2015). The evolution of segregation in dense inclined flows of binary mixtures of spheres, *J. Fluid Mech*, (782), pp. 405–429
30. Momen Qommi, M. (1415 AH). *Kalamt Sadidah fi Masa'il Jadidah* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
31. Mullins, W. (1974). Experimental evidence for the stochastic theory of particle flow under gravity, *Powder Technol.* 9(1), pp. 29–37.
32. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam* (7th ed., Vols. 4 & 36). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
33. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi – Fihrist Asma' Musnafi al-Shia*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
34. Qommi, S. T. T. (1426 AH). *Mabani Minhaj al-Salehin* (1st ed., Vol. 2). Qom: Qalam al-Sharq Publications. [In Arabic]
35. Sabzevari (Mohaqeq), M. (1247 AH). *Zakhirat al-Ma'ad fi Sharh al-Irshad* (1st ed., Vol. 1). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
36. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Muhadab al-Ahkam (Sabevari)* (4th ed., Vols. 3 & 4). Qom: al-Minar Institute - Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
37. Sadouq, M. (1413 AH). *Man La Yahzoroh al-Faqih* (2nd ed., Vols. 1 & 4). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
38. Sarkarat F., Sadri, D., Bohlooli, B., Lozani, S. (2010). Ridge preservation with OSSEO compared to Cenobone for implant site development. A clinical and histologic study in humans. *J Res Dent Sci*, 7(3), pp 1-6.
39. Shabiri Zanjani, S. M. (1419 AH). *Kitab Nikah* (1st ed., Vol. 23). Qom: Rai Pardaz Research Institute. [In Arabic]
40. Standish, N. (1985). Studies of size segregation in filling and emptying a hopper, *Powder Technol.* 45(1), pp. 43–56.
41. Tousi, M. (1407 AH). *Tahzeeb al-Ahkam* (1st ed., Vols.1, 3 & 10). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya. [In Arabic]

42. Tousi, M. (n.d.). *al-Fihrist* (1st ed.). Najaf: al-Maktab al-Razawiyah.
43. Tuominen T. k. (2003). Native bovine bone morphogenetic protein in the healing of segmental long bone defects. *Journal of Veterinary Science & Technology*.
44. Tusi, I. H. (1408 AH). *al-Wasila ila Nile al-Fazilah* (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
45. Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyah* (3rd ed., Vol. 1). Tehran: al-Maktabeh al-Mortazawiyah le Ihya al-Athar al-Jafariya. [In Arabic]
46. Urist M. R., & Strates B. S. (1970). Bone formation in implants of partially and fully demineralized bone matrix including observations on acetone-fixed intra and extracellular proteins. *Clin Orthop Relat Res*, (71), pp. 271-278.

Editorial Board

Abdorreza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hosseini

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

Mohammad Zarvandi Rahmani

Associate Professor, al-Mustafa International University

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Sayyed Ziya Mortazavi

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Mohammad Sadegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy



Reviewers of this Volume

Reza Esfandiari (Islami), Seyyed Mohammad Hassan Hakim, Mohammad Ali Khademi Kusha, Ahmad Deylami, Asadollah Rezaei, Mahdi Rahbar, Taha Zargarian, Mohammad Jafar Sadeghpour, Mohammad Salehi Mazandarani, Seifollah Sarrami, Hassan Ali Ali Akbarian, Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific Research Journal

Vol. 30, No. 1, Spring 2023

113

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:	کد اشتراک قبل:
خیابان:	خیابان:	پیش شماره:
کوچه:	کوچه:	تلفن ثابت:
پلاک:	پلاک:	تلفن همراه:
		رایانامه:

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

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹
تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷
شماره پیامک: ۳۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰
رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی