



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال سی و دوم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

۱۲۳

صاحب امتیاز: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی)

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سرمدیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)

مدیر اجرایی: عبدالصمد علی آبادی



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

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noomags.ir)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ پایگاه (Google Scholar) نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

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



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

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

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۸۰۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

سید محمدرضی آصف آگاه

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

اسماعیل آقابابائی بنی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

محمدعلی خادمی کوشا

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید عباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

محمد حسن نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

اسماعیل آقابابائی بنی، مهدی درگاهی، اسداله رضایی، مهدی رهبر، محمدجعفر صادق پور،

محمد صالحی مازندرانی، سیف الله صرامی، ماشاله کریمی، محسن ملک افضلی اردکانی.

فراخوان دعوت به همکاری

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

اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

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

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی فقه

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

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

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت یابی می شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

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

- نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله ای که نشریه متوجه عدم اطلاع رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می کند:
- **پایان نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- *** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می باشد.
- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
- **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

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

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

قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته های جدید است را می پذیرد.
- نشریه فقه از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

۱. **عنوان؛**

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

۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل 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 نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛
منابع (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش **فهرست منابع**، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناددهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

فهرست مقالات

- ۷ دیه جنایت ناقبه از منظر فقه و قانون مجازات اسلامی
محمدجواد محمدی
- ۳۱ امکان سنجی فقهی و حقوقی اهلیت تملک کافر حربی
در باب استنقاذ
زهره بقیعی
- ۶۲ امکان سنجی انتقال حق وثیقه‌ای به تبع انتقال حق مورد توثیق
در فقه امامیه و حقوق ایران
محمدعلی سعیدی - مهدی میری - حسن اردمه
- ۸۵ تحلیل فقهی - حقوقی مفهوم رشد
و توسعه آن به امور غیرمائی در حقوق ایران
سیدمهدی دادمرزی - محمد مهدی عزیزالهی - جعفر علیزاده
- ۱۱۱ قرارداد باز خرید مشروط؛ حيله ربوی یا معامله شرعی؟
نقلی بر ادله بطلان در فقه امامیه
سیدمبین ساجد
- ۱۳۶ تحلیل حکم فقهی حجاب استایل و تفاوت آن با زینت و تبرج
هادی خوشنودی
- ۱۶۳ مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیر مسلمان در فقه
و قانون مجازات اسلامی (نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۴۷۱ ق.ا.م.ا)
محمد معظمی گودرزی - فرید محسنی - ناصر قاسمی

The Blood Money for the Injury of Naqibah from the Perspective of Islamic Jurisprudence and the Islamic Penal Code

Mohammad Javad Mohammadi¹ 

Received: 2025/02/08 • Revised: 2025/04/30 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09



Abstract

One type of injury inflicted on a bone is the creation of a cavity within it. This occurs when a sharp and narrow object—such as a screw or a small bullet—penetrates the bone without causing it to fracture. Several narrations specify the amount of diyah (blood money) for this type of injury in different parts of the body. Imamiyyah jurists, following these narrations, have discussed the diyah for this type of injury in certain cases. However, these discussions are scattered and have not been formulated into a general rule. Article 569 of the Islamic Penal Code addresses the general rules concerning bone injuries and, in paragraph (t), specifically refers to this type of injury and its compensation. This study, using a descriptive-analytical method, aims to discover and extract a general principle regarding the amount of diyah for creating a cavity in the bone. It investigates the relevant evidence and sources for diyah of naqibah and evaluates the validity and accuracy of paragraph (t) of Article 569. The

1. Instructor of advanced levels and member of the Criminal Jurisprudence Department, Research Center of the Institute of Advanced Fiqh and Islamic Sciences, Qom, Iran.
mjmmohammadi62@gmail.com

* Mohammadi, M. J. (2025). The blood money for the injury of naqibah from the perspective of fiqh and the Islamic Penal Code. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 7-30.
<https://doi.org/10.22081/jf.2025.71021.2894>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

authors retain the copyright and full publishing rights



findings indicate that, according to reliable narrations, the amount of diyah for the naqibah injury—except in exceptional cases—is systematically and consistently set at one-fourth of the diyah for the fracture of the same bone.

Keywords

Bone cavity compensation, Diah of Naqibah, amount of diyah, bone diyah, diyah law.

دیه جنایت ناقبه از منظر فقه و قانون مجازات اسلامی

محمدجواد محمدی^۱ 



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۰ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۲/۱۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

چکیده

یکی از آسیب‌های وارد بر استخوان، ایجاد حفره در استخوان است. ایجاد حفره در استخوان در اثر فرو رفتن جسم تیز و باریک - مانند پیچ یا گلوله ریز- در استخوان واقع شود، بی‌آنکه استخوان دچار شکستگی شود. در روایات متعدد میزان دیه این جنایت در اعضای مختلف بدن تعیین شده است. فقیهان امامی نیز به تبعیت از روایات در برخی فروعات، حکم دیه این جنایت را بیان کرده‌اند. با این حال موارد یاد شده به شکل پراکنده بوده و به شکل قاعده کلی مطرح نشده است. قانون مجازات اسلامی در ماده ۵۶۹، به قواعد عمومی صدمات استخوان پرداخته و در بند «ت» به این جنایت و میزان آن اشاره کرده است. این پژوهش با هدف کشف و استخراج ضابطه کلی میزان دیه ایجاد حفره در بدن، با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی، به جستجو در ادله و مستندات مربوط به دیه ناقبه پرداخته و تلاش کرده تا با ارزیابی ادله یاد شده، مفاد بند «ت» ماده ۵۶۹ را مورد ارزیابی و صحت‌سنجی قرار دهد. یافته‌های این پژوهش حاکی از این است که بر اساس روایات معتبر میزان دیه جنایت ناقبه - جز در موارد استثناء - به‌طور قاعده‌مند و منضبط یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است.

کلیدواژه‌ها

دیه فرو رفتگی استخوان، دیه ناقبه، میزان دیه، دیه استخوان، قانون دیه.

۱. مدرس سطوح عالی و عضو گروه فقه جزا مرکز پژوهشی مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی. قم. ایران.
mjmohammadi62@gmail.com

* محمدی، محمدجواد. (۱۴۰۴). دیه جنایت ناقبه از منظر فقه و قانون مجازات اسلامی. فقه، ۳۲(۳)، صص ۷-۳۰.
<https://doi.org/10.22081/jf.2025.71021.2894>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



مقدمه

یکی از آسیب‌های وارد بر استخوان، ایجاد حفره در استخوان است. ایجاد حفره در استخوان در اثر ایراد نیروی خارجی و فرو رفتن جسم تیز و باریک در استخوان اتفاق می‌افتد، مانند اینکه گلوله کوچک، میخ یا پیچ وارد استخوان شود و سبب ایجاد حفره در استخوان آن شود.

میزان دیه این جنایت در اعضای مختلف بدن در روایات متعدد بیان شده است و به نظر می‌رسد می‌توان از میان این روایات به یک قاعده کلی در این زمینه دست یافت. در قانون مجازات اسلامی به دنبال بیان قاعده‌مند دیه شکستن، خرد شدن و ترک برداشتن استخوان، دیه جراحی که به استخوان نفوذ کند نیز به شکل کلی و قاعده‌مند مطرح شده است.

در کتب فقهی نیز اگرچه به تبعیت از روایات متعدد مرتبط با دیه ناقبه، در فروع متعدد میزان دیه ناقبه اعضای مختلف بیان شده است، در عین حال موارد یاد شده پراکنده بوده و به طور مستقل و قاعده‌مند اشاره‌ای به معیار کلی تعیین مقدار دیه ناقبه نشده است. این در حالی است که روایات مرتبط با دیه ناقبه نیز همانند روایات مرتبط با دیه شکستن، خرد شدن و ترک برداشتن استخوان، دارای فراوانی و تنوع قابل توجهی هستند و حتی از جهت انسجام و عدم تعارض در مرتبه قوی‌تری نسبت به روایات قاعده دیه شکستن و خرد شدن استخوان قرار دارند.

در پژوهش‌های فقهی معاصر نیز اثری پیرامون این موضوع دیده نمی‌شود. هر چند در رابطه با موضوع دیه «نافذه» مقالات متعددی نگاشته شده است، اما جنایت «نافذه» مغایر با جنایت «ناقبه» بوده و به لحاظ میزان دیه نیز با یکدیگر متفاوت هستند. در هر صورت این خلأ فقهی نسبت به بیان میزان دیه جنایت ناقبه دلیل آشکاری بر ضرورت تحقیق پیرامون این موضوع است.

مقاله پیش‌رو برای نیل به هدف یاد شده، ابتدا به سراغ مفهوم‌شناسی واژه ناقبه و بیان هم‌گرایی و واگرایی آن از عناوین مشابه مانند نافذه، ناقبه و جائفه رفته و پس از آن به ارزیابی روایات مرتبط با موضوع پرداخته و تلاش می‌کند تا با ارزیابی و تحلیل روایات،

ضوابط تعیین مقدار دیه این جنایت را از لابلای فقرات بیان گر دیه ناقبه در اعضای مختلف بدن استخراج و میزان دیه را حتی الامکان قاعده مند گرداند.

دیه جنایت ناقبه در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی در ضمن دو ماده دیه جنایت نفوذ و ایجاد حفره در استخوان مشاهده می شود:

ماده ۵۶۹، بند ت- ت- دیه جراحی که به استخوان نفوذ کند بدون آنکه موجب شکستگی آن گردد و نیز دیه موضعه آن، یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است.

ماده ۶۵۷- دیه ترك خوردن هریك از استخوان های ترقوه، سی و دو هزارم، دیه موضعه آن، بیست و پنج هزارم، دیه در رفتگی آن، بیست هزارم و دیه ایجاد حفره در استخوان آن، ده هزارم دیه کامل است.

در بند ت ماده ۵۶۹، هر گونه صدمه و جنایتی که سبب فرو رفتن و نفوذ در استخوان شود، موجب یک چهارم دیه شکستن آن عضو مقرر شده است. حکم مذکور به شکل یک ضابطه کلی برای کلیه اعضای بدن بوده و فارغ از اینکه این جنایت در کدام یک از اعضاء واقع شود، جاری است. تنها شرط حکم آن است که ضربه وارد شده منتهی به شکستن استخوان نشود.

با وجود آنکه در ماده ۵۶۹، میزان دیه نفوذ به استخوان به شکل کلی مطرح شده است، قانون گذار درباره استخوان ترقوه، به طور جداگانه میزان دیه نفوذ در استخوان را بیان کرده و میزان آن را ده هزارم دیه کامل، معادل یک درصد دیه کامل اعلام کرده است. البته دیه یاد شده مختص به استخوان ترقوه است و قابل تعمیم به سایر اعضاء نیست.

دیه جنایت ناقبه در متون روایی و فقهی

هر چند در روایات و عبارات فقها دیه ایجاد حفره در استخوان نسبت به برخی از اعضاء بیان شده است، اما در رابطه با دیه ایجاد حفره در استخوان مهره های ستون

فقرات، نصی یافت نشد. از این رو برای کشف حکم شرعی لازم است در ابتدا متون فقهی مرتبط با ایجاد حفره در استخوان در سایر اعضاء مورد مطالعه قرار گرفته و بررسی شود که آیا می‌توان از خلال این نصوص به یک قاعده عمومی درباره صدمه ایجاد حفره در استخوان دست یافت یا خیر؟

۱. مفهوم‌شناسی و تفکیک عناوین مشابه

در متون روایی و فقهی، در رابطه با ایراد جنایاتی که سنخ آنها فرو رفتن در بدن است، چهار عنوان مشاهده می‌شود: ناقبه، ثاقبه، نافذه، جائفه. پیش از ورود به بحث اصلی مناسب است ابتدا عناوین مذکور به لحاظ لغوی و سپس فقهی تعریف شده و از یکدیگر تفکیک شود.

ناقبه: ناقبه، از ریشه نقب است که در کتب لغت به معنای رخنه کردن، شکافتن، نفوذ کردن و سوراخ کردن و به‌طور کلی هرگونه تأثیری که دارای عمق و دخول باشد، آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۷۹؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۹، ص ۱۵۹؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۴۴۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۶۵). ابن فارس می‌گوید: ریشه این واژه به معنای گشودن در چیزی است، مانند سوراخ کردن دیوار، یا سوراخ کردن ناف حیوان تا آب آن خارج شود (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۶۵). بسیاری از لغت دانان، ناقبه را به معنای جراحتی می‌دانند که بر اثر خوابیدن زیاد در بستر (زخم بستر) در پهلوی انسان پدید می‌آید و به سمت درون نفوذ می‌کند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۷۹؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۹، ص ۱۶۰؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۲۷؛ زمخشری، ۱۹۷۹م، ص ۶۴۹).

جنایت ناقبه در روایات باب دیات، به‌طور مکرر به کار رفته است. مرحوم مجلسی اول، ناقبه را در سر به معنای این می‌داند که چیزی مانند تیر در استخوان سر فرو رود و حفره و سوراخی در آن ایجاد شود (مجلسی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۲۴۶). ایشان در جای دیگر می‌گوید: ناقبه، رخنه و سوراخی است که در استخوان داخل می‌شود ولی از طرف دیگر آن خارج نمی‌شود (مجلسی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۲۵۹). البته ایشان این سخن را در مقام فرق میان ناقبه و نافذه، ذیل جنایت بر کف دست بیان کرده است، آنجا که برای نافذه

کف در فرض بسته نشدن آن، یک‌صد دینار و برای ناقبه، بیست و پنج دینار تعیین شده است. از این رو ممکن است شرط بودن اینکه رخنه از سوی دیگر استخوان بیرون نزنند، اختصاص به موارد تقابل با نافذه داشته باشد. از سوی دیگر از روایات استفاده می‌شود که نافذه اختصاص به اطراف (دست و پا و سر) دارد.

طریحی نیز می‌گوید: ناقبه در روایت شجاج به معنای چیزی است که گوشت یا استخوان یا هر دو فرو رود (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۷۶). آیت‌الله سید محمد سعید حکیم نیز در تعریف ناقبه می‌نویسد: مقصود از نقب، ایجاد حفره در استخوان است، هر چند به قدری عمیق نباشد که از سوی دیگر استخوان نیز خارج شود (حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۰۷). نتیجه اینکه «ناقبه» در روایات باب دیات به معنای جنایتی است که سبب ایجاد حفره و فرو رفتگی در استخوان شود، بی‌آنکه از سوی دیگر آن خارج شود. سخن مرحوم مجلسی، تقابل میان ناقبه و نافذه در روایات و میزان دیه تعیین شده برای ناقبه - که کمتر از میزان دیه نافذه است - و نیز آنچه در ادامه در بیان معنای نافذه خواهد آمد، این ادعا را تأیید می‌کنند.

ناقبه: از ریشه ثقب به معنای نفوذ کردن و فرو رفتن است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۳۹؛ ابن درید، ۱۹۸۸م، ج ۱، ص ۲۶۱؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۳۸۲). طریحی می‌گوید: ثقب، به شکاف و رخنه‌ای می‌گویند که عمیق نباشد، نقب نیز همین معنا را دارد (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۸).

عنوان «ناقبه» در روایات دیات - که در ادامه این بحث مطرح خواهد شد - بسیار کم به کار رفته است. علاوه بر اینکه در این موارد نیز اختلاف نقل دیده می‌شود، مثلاً درباره جنایت بر کف دست در کتاب وسائل الشیعه روایت معروف ظریف را به نقل از کتاب کافی، عبارت «ثقبها» آمده است، در حالی که همین روایت در نقل شیخ صدوق و شیخ طوسی، با عبارت «ثقبها» آمده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، صص ۲۹۵، ۳۰۳؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۲، ۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۹۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۹). نسخ کتاب کافی نیز مختلف است و مطابق برخی نسخ، عبارت «ثقبها» است نه «ثقبها» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۰۳؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۴، ص ۴۴۷؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۵؛ طوسی،

۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۲. افزون بر اینکه میزان دیه‌ای که در اینجا تعیین شده مطابق با میزان دیه ناقبه یعنی یک چهارم شکستگی است.

در دو مورد دیگر نیز که در کتاب وسائل الشیعه عبارت «ثاقبه» و «ثقبها» آمده است، به همین شکل اختلاف در نقل وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۰۳؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۶؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۹).

با توجه به این قرائن می‌توان نتیجه گرفت ثاقبه، همان ناقبه است و جنایت مستقلی در عرض سایر عناوین نیست.

نافذه: از ریشه نفذ به معنای عبور کردن، فرو رفتن و از چیزی گذشتن است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۱۸۹؛ ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۱۴، ص ۳۱۴؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۵۸). راغب می‌گوید: «نفذ المِثْقَبُ فی الخشب» وقتی گفته می‌شود که مثقب (میخ یا مته و مانند آن) چوب را بشکافد و از طرف دیگر خارج شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۸۱۷).

فیومی می‌نویسد: «نفذ السهم» به معنای آن است که تیر هدفش را دریده و از آن خارج شده است (فیومی، بی تا، ص ۶۱۶).

ابن جنید می‌گوید: نافذه همان جائفه است در فرضی که به سمت دیگر بدن نیز عبور کند (اسکافی، ۱۴۱۶ق، ص ۶۲). آیت الله فاضل لنکرانی نیز نظیر همین تفسیر را بیان کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۵۲). مرحوم مجلسی اول در بیان فرق میان ناقبه و نافذه می‌گوید: ناقبه، رخنه و حفره‌ای است که در استخوان داخل می‌شود ولی از طرف دیگر آن خارج نمی‌شود. اما نافذه حفره‌ای است که از طرف دیگر استخوان نیز بیرون بیاید (مجلسی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۲۵۹).

در روایات نیز - که پس از این بیان خواهد شد - دیه نافذه بسیار بیشتر از ناقبه در نظر گرفته شده است. افزونی دیه نافذه نسبت به ناقبه نیز قرینه دیگری است که حاکی از این است که جنایت نافذه شدیدتر از جنایت ناقبه است.

جائفه: از ریشه جوف است. جوف به معنای درون، بطن و قعر یک چیز است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۳۳۹؛ ابن درید، ۱۹۸۸م، ج ۱، ص ۴۸۹). جائفة به معنای فرو رونده در بطن و داخل شیء است، «طعنة جائفه» وقتی گفته می‌شود که نیزه به درون بطن

و شکم برسد (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۹۵؛ فراهیدی، ج ۶، ص ۱۸۹).

در روایتی که کلینی نقل کرده است جنایت جائفه - در میان جنایات سر و صورت - چنین معنا شده است: «هِيَ الَّتِي قَدْ بَلَغَتْ جَوْفَ الدِّمَاغِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۸)، این تعریف موافق با معنای لغوی این عنوان است. اما جنایت جائفه مختص به سر نیست، شیخ طوسی در معنای جنایت جائفه می گوید: جائفه جنایتی است که شکم، پشت، سینه، گودی زیر گلو یا پهلوی را سوراخ می کند، اینها همگی دارای جوف و بطن است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۲۵). محقق حلی می گوید: جائفه زخمی است که به درون جوف (فضای داخلی خالی) فرو رود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۶۱)؛ بنابراین جائفه مختص به اعضای خاصی از بدن است که دارای عمق و فضای خالی (نسبی) است، مثل سینه، پهلوی، شکم و همچنین سر که در روایت کافی به آن تصریح شده است.

۲. مستندات روایی ایجاد حفره در استخوان

درباره جنایاتی که موجب ایجاد حفره و شکاف در بدن شود، در روایات تعبیر مختلفی دیده می شود؛ در برخی تعبیر به نقب و مشتقات آن شده و در برخی نیز عنوان ثقب به کار رفته است. در برخی دیگر نیز از عنوان نافذه استفاده شده است. از آنجا که دیه جنایت نافذه در سایر مقالات و پژوهش ها بررسی و مطرح شده است در ادامه تنها فقرات مرتبط با جنایات ناقبه تحلیل و ارزیابی می شود.

دیه ناقبه (ایجاد حفره در استخوان) در روایت معروف ظریف (صحیح یونس) در ضمن فقرات متعددی بیان شده است، این روایت مهمترین و مفصل ترین روایت باب دیات است. کلینی با چهار سند، شیخ صدوق با یک سند و شیخ طوسی با هفت سند این روایت را نقل کرده اند. برخی از اسناد یادشده صحیح و برخی موثق است. به عنوان نمونه:

- علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۴).
- علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن فضال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۴).

• علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن الرضا علیه السلام (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۹۵).

همچنین بخش‌های مختلف این روایت در مسائل دیات، فراوان مورد استناد فقها قرار گرفته است. از این رو از جهت سند جای تردید و بحث نیست و حدیث معتبر است.

الف) روایات دیه ناقبه

۱- فِي التَّرْقُوتِ إِذَا انْكَسَرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ أَرْبَعُونَ دِينَارًا... فَإِنْ نُقِبَتْ فَدِيَّتُهَا رُبْعُ دِيَةِ كَسْرِهَا عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۰)؛ اگر استخوان ترقوه بشکند و بهبودی کامل پیدا کند، دیه آن چهل دینار است... و اگر فرو رفته شود، دیه آن یک چهارم دیه شکستگی یعنی ده دینار است.

۲- فِي الْأَضْلَاعِ فِيمَا خَالَطَ الْقَلْبَ مِنَ الْأَضْلَاعِ إِذَا كُسِرَ مِنْهَا ضِلْعٌ فَدِيَّتُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِينَارًا... مُوضِحَتُهُ عَلَى رُبْعِ دِيَةِ كَسْرِهِ وَدِيَةُ نَقْبِهِ مِثْلُ ذَلِكَ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۴)؛ دنده‌های محیط به قلب اگر بشکند دیه آن بیست و پنج دینار است... و دیه ایجاد فرورفتگی در آن مانند دیه موضحه آن یعنی یک چهارم دیه شکستگی است.

۳- فِي الْأَضْلَاعِ مِمَّا يَلِي الْعِضْدَيْنِ دِيَةُ كُلِّ ضِلْعٍ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ إِذَا كُسِرَ... وَإِنْ نُقِبَ ضِلْعٌ مِنْهَا فَدِيَّتُهُ دِينَارَانِ وَنِصْفُ دِينَارٍ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۸)؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۷)؛ اگر دنده‌های منتهی به بازوها بشکند، دیه آن ده دینار است... و دیه ایجاد حفره در استخوان آن دو دینار و نصف است.

۴- دِيَةُ قَصَبَةِ الْإِبْهَامِ الَّتِي فِي الْكَفِّ تُجَبَّرُ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ خُمُسُ دِيَةِ الْإِبْهَامِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ إِذَا اسْتَوَى جَبْرُهَا وَ ثَبَّتَ... وَ دِيَةُ نَقْبِهَا ثَمَانِيَةُ دَنَانِيرٍ وَ ثُلُثُ دِينَارٍ نِصْفُ دِيَةِ نَقْلِ عِظَامِهَا (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۲)؛ دیه شکستگی بند سوم شست دست (بند استخوانی شست که در کف دست قرار دارد) اگر کاملاً بهبودی پیدا کند، سی و سه دینار و یک سوم دینار است... دیه ایجاد حفره در

استخوان آن، هشت دینار و یک سوم دینار است که معادل نصف دیه جابجایی استخوان آن (بر اثر شکستگی) است.

۵- دِيَّةُ الْمَفْصِلِ الثَّانِي مِنْ أَعْلَى الْإِبْهَامِ (دست) إِنْ كُسِرَ فَجَبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ سِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثَا دِينَارٍ وَ دِيَّةُ الْمُوضَحَةِ إِذَا كَانَتْ فِيهَا أَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ وَ سُدُسُ دِينَارٍ وَ دِيَّةُ نَقَبِهِ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ وَ سُدُسُ دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۲)؛ دیه بند دوم شست دست اگر بشکند و کاملاً درمان شود، شانزده دینار و دو سوم دینار است... و دیه ایجاد حفره در استخوان آن چهار دینار و یک ششم دینار است.

۶- فِي الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ... وَ فِي كَسْرِهِ خَمْسَةُ دَنَانِيرٍ وَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ دِينَارٍ وَ فِي نَقَبِهِ دِينَارٌ وَ ثُلُثُ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۳). دیه شکستگی بند ناخنی انگشتان چهار گانه، پنج دینار و چهارپنجم دینار و دیه سوارخ شدن آن یک دینار و یک سوم است.

۷- دِيَّةُ الْمَفْصِلِ الْأَوْسَطِ مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ... وَ فِي كَسْرِهِ أَحَدَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ... وَ فِي نَقَبِهِ دِينَارَانِ وَ ثُلُثَا دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۳)؛ دیه شکستگی بند وسط انگشتان چهار گانه دست، یازده دینار و یک سوم دینار است... و دیه نقب آن دو دینار و دوسوم دینار است.

۸- دِيَّةُ كَسْرِ كُلِّ مَفْصِلٍ مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ الَّتِي تَلِي الْكَفَّ سِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا وَ ثُلُثَا دِينَارٍ... وَ فِي نَقَبِهَا أَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ وَ سُدُسُ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۳)؛ دیه شکستگی بند آخر انگشتان چهار گانه که متصل به کف دست است، شانزده دینار و دوسوم دینار است... و دیه نقب آن چهار دینار و یک ششم است.

۹- فِي الْقَدَمِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلَيْنِ مِائَتَا دِينَارٍ... وَ فِي نَاقَبَةِ فِيهَا رُبْعُ دِيَةِ كَسْرِهَا خَمْسُونَ دِينَارًا (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۶)؛ هرگاه قسمت روی پا (پایین مچ پا) بشکند و بهبودی پیدا کند، دیه آن یک پنجم دیه دو پا یعنی دویست دینار است و دیه نقب آن، یک چهارم دیه شکستگی یعنی دویست دینار است.

همچنان که علامه مجلسی نیز تصریح کرده، به نظر می‌رسد مقصود هر دو پاست (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۶۶۴).

۱۰- دِيَّةُ كَسْرِ الْإِبْهَامِ الْقَصْبَةِ الَّتِي تَلِي الْقَدَمَ خُمُسُ دِيَّةِ الْإِبْهَامِ سِتَّةٌ وَ سِتُّونَ دِينَاراً وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ وَ فِي نَقَبِهَا ثَمَانِيَةُ دَنَانِيرٍ وَ ثَلَاثُ دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۶)؛ ديه شکستگی بند دوم شست پا که متصل به کف پاست، یک پنجم ديه کامل آن يعني شصت و شش دینار و دوسوم دینار است و ديه نقب آن هشت دینار و یک سوم دینار است.

علامه مجلسی نیز در اینجا تصریح دارد که مقصود شکستگی بند هردو پاست (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۶۶۵)، قهراً اگر تنها بند یکی از دو پا شکسته شود، ديه آن سی و سه دینار و یک سوم است، بنابراین ديه نقب نیز در اینجا یک چهارم ديه شکستگی آن است.

۱۱- دِيَّةُ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى مِنَ الْإِبْهَامِ (پا) وَ هُوَ الثَّانِي الَّذِي فِيهِ الظُّفْرُ سِتَّةٌ عَشَرَ دِينَاراً وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ ... وَ فِي نَاقِبَتِهِ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ وَ شُدُّسُ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۶). ديه شکستگی بند ناخنی شست پا که مشتمل بر ناخن است، شانزده دینار و دوسوم دینار است... و ديه نقب آن چهار دینار و یک ششم است.

۱۲- دِيَّةُ كَسْرِ الْمَفْصِلِ الَّذِي يَلِي الْقَدَمَ مِنَ الْأَصَابِعِ سِتَّةٌ عَشَرَ دِينَاراً وَ ثَلَاثُ ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهَا أَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ وَ شُدُّسُ دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۷). ديه بند آخر انگشتان چهارگانه که متصل به کف پاست در صورت شکستگی شانزده دینار و یک سوم است... و ديه نقب آن چهار دینار و یک ششم است.

۱۳- فِي الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ (پا) الَّتِي فِيهَا الظُّفْرُ إِذَا قُطِعَ فَدِيَّتُهُ سَبْعَةٌ وَ عِشْرُونَ دِينَاراً وَ أَرْبَعَةُ أَحْمَاسٍ دِينَارٍ وَ دِيَّةُ كَسْرِ حَمْسَةِ دَنَانِيرٍ وَ أَرْبَعَةُ أَحْمَاسٍ دِينَارٍ ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهِ دِينَارٌ وَ ثَلَاثُ دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۷). ديه بند ناخنی انگشتان چهارگانه پا در صورت شکستگی پنج دینار و چهارپنجم دینار است... و ديه نقب آن یک دینار و یک سوم دینار است (دیه نقب در اینجا اندکی بیشتر از یک چهارم ديه شکستگی است).

۱۴- المَفْصِلُ الْأَوْسَطُ مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ (پا) إِذَا قُطِعَ فَلَدَيْتُهُ خَمْسَةٌ وَ خَمْسُونَ دِينَاراً وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ وَ دِيَّةُ كَسْرِهِ أَحَدُ عَشَرَ دِينَاراً وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ ... وَ دِيَّةُ نَقْبِهِ دِينَارَانِ وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۷)؛ دیه شکستگی بند وسط انگشتان چهارگانه پا یازده دینار و دوسوم است... و دیه نقب آن دو دینار و دو سوم دینار است (میزان تعیین شده برای نقب در اینجا مقداری بیشتر از یک چهارم از دیه شکستگی است)

۱۵- دِيَّةُ قَصَبَةِ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ سَوَى الْإِبْهَامِ (پا) دِيَّةُ كَسْرِ كُلِّ قَصَبَةٍ مِنْهَا سِتَّةَ عَشَرَ دِينَاراً وَ ثَلَاثًا دِينَارٍ ... وَ دِيَّةُ نَقْبِ كُلِّ قَصَبَةٍ مِنْهُنَّ أَرْبَعَةٌ دَنَانِيرٌ وَ سُدُسٌ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۷)؛ دیه شکستگی استخوان‌های متصل به انگشتان چهارگانه پا، شانزده دینار و دوسوم... و دیه نقب هر یک چهار دینار و یک ششم است.

مقصود از «قصبه الاصابع»، استخوان‌های موجود در قدم است که متصل به انگشتان پاست (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ۱۵۰).

۱۶- وَ فِي الْعُضْدِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عِثْمٍ وَ لَا عَيْبٍ فَلَدَيْتُهَا خُمُسُ دِيَّةِ الْيَدِ مِائَةٌ دِينَارٍ وَ ... وَ دِيَّةُ نَقْبِهَا رُبْعُ دِيَّةِ كَسْرِهَا خَمْسَةٌ وَ عِشْرُونَ دِينَاراً (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۱)؛ شکستگی بازو اگر بهبودی پیدا کند، دیه آن یکصد دینار است... و دیه ایجاد حفره در استخوان آن یک چهارم دیه شکستگی آن، یعنی بیست و پنج دینار است.

۱۷- فَإِنْ كُسِرَ إِحْدَى الْقَصَبَتَيْنِ مِنَ السَّاعِدَيْنِ فَلَدَيْتُهَا خُمُسُ دِيَّةِ الْيَدِ مِائَةٌ دِينَارٍ وَ فِي إِحْدَاهُمَا أَيْضاً فِي الْكَسْرِ لِأَحَدِ الرَّنْدَيْنِ خَمْسُونَ دِينَاراً ... وَ دِيَّةُ نَقْبِهَا نِصْفُ دِيَّةِ مُوَضِّحَتِهَا اثْنَا عَشَرَ دِينَاراً وَ نِصْفُ (طوسی، ۱۴۰۷ق، صص ۳۰۱-۳۰۲)؛ اگر یکی از دو استخوان ساعد بشکند، دیه آن پنجاه دینار است... و دیه نقب آن، نصف دیه موضحه آن یعنی دوازده دینار و نصف است.

۱۸- فِي الْفَخِذِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عِثْمٍ وَ لَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَّةِ الرَّجْلَيْنِ مِائَتًا

دینار ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهَا رُبْعُ دِيَّةِ كَسْرِهَا خَمْسُونَ دِينَاراً (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۵)؛ اگر استخوان (هر دو) ران بشکند و بدون عیب و نقص بهبودی پیدا کند، دیه آن دوپست دینار است... و دیه نقب آن یک چهارم دیه شکستگی آن یعنی پنجاه دینار است.

۱۹- فِي الرُّكْبَةِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَّةِ الرَّجُلَيْنِ مِائَتَا دِينَارٍ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهَا رُبْعُ دِيَّةِ كَسْرِهَا خَمْسُونَ دِينَاراً (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۵). اگر (هر دو) زانو بشکند و بدون عیب و نقص، درمان شود، دیه آن یک پنجم دیه باها یعنی دوپست دینار است و دیه نقب آن پنجاه دینار است.

۲۰- فِي السَّاقِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَّةِ الرَّجُلَيْنِ مِائَتَا دِينَارٍ... وَ فِي نَقَبِهَا نِصْفُ دِيَّةِ مُوضِحَتِهَا خَمْسَةٌ وَ عِشْرُونَ دِينَاراً (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۶). اگر (هر دو) ساق پا بشکند و بدون نقص بهبودی پیدا کند، دیه آن (هر دو پا) دوپست دینار است و دیه نقب آن نصف دیه موضحه آن، یعنی بیست و پنج دینار است.

۲۱- الْكَفُّ تُجَبِّرُ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ خُمُسُ دِيَّةِ الْإِبْهَامِ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَاراً وَ ثُلُثُ دِينَارٍ إِذَا اسْتَوَى جَبْرُهَا وَ ثَبَّتَ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهَا ثَمَانِيَةُ دَنَانِيرَ وَ ثُلُثُ دِينَارٍ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۶؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۹). اگر شکستگی استخوان کف دست بدون عیب و کجی استخوان، جوش بخورد، دیه آن یک پنجم دیه قطع ابهام یعنی سی و سه دینار و یک سوم است... دیه نقب آن نیز هشت دینار و یک سوم دینار است.

۲۲- دِيَّةُ الْمَفْصِلِ الثَّانِي مِنْ أَعْلَى الْإِبْهَامِ إِنْ كُسِرَ فَجَبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ وَلَا عَيْبٍ سِتَّةٌ عَشَرَ دِينَاراً وَ ثُلُثَا دِينَارٍ... وَ دِيَّةُ نَقَبِهَا أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ وَ شُدُّسُ دِينَارٍ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۶؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۹)؛ اگر بند دوم انگشت شست شکسته شود و بدون عیب التیام پیدا کند، دیه آن شانزده دینار و دو سوم دینار است، جنایت ثاقبه در آن نیز موجب چهار دینار و یک ششم دینار است.

جدول روایات دیه ناقبه

ردیف	عضو آسیب دیده	دیه جنایت ناقبه	دیه شکستن
۱	ترقوه	ده دینار	چهل دینار
۲	دنده‌های محیط به قلب	شش دینار و ربع	بیست و پنج دینار
۳	دنده‌های کنار بازو	دو دینار و نصف	ده دینار
۴	بازو	بیست و پنج دینار	یکصد دینار
۵	استخوان ساعد (زندین)	دوازده دینار و نصف	پنجاه دینار
۶	بند دوم شست دست	چهار دینار و سدس	شانزده دینار و دوثلث
۷	بند سوم شست دست	هشت دینار و ثلث	سی و سه دینار و ثلث
۸	بند ناخنی انگشتان چهارگانه	یک دینار و ثلث	پنج دینار و ربع
۹	بند وسطی انگشتان چهارگانه	دو دینار و دو ثلث	یازده دینار و ثلث
۱۰	بند آخر انگشتان چهارگانه	چهار و یک ششم	شانزده و دوثلث
۱۱	ران (هر دو)	پنجاه دینار	دویست دینار
۱۲	زانو (هر دو)	پنجاه دینار	دویست دینار
۱۳	ساق	بیست و پنج دینار	دویست دینار
۱۴	قدم (روی پا- پایین تر از مچ)	پنجاه دینار	دویست دینار
۱۵	بند ناخنی شست پا	چهار دینار و سدس	شانزده دینار و دوثلث
۱۶	بند دوم شست پا	هشت دینار و ثلث	سی و سه دینار و ثلث
۱۷	بند ناخنی انگشتان چهارگانه پا	یک دینار و ثلث	پنج دینار و چهارپنجم
۱۸	بند وسط انگشتان چهارگانه پا	دو دینار و دوثلث	یازده دینار و دوثلث
۱۹	بند آخر انگشتان چهارگانه پا	چهار دینار و سدس	شانزده دینار و دوثلث
۲۰	استخوان‌های متصل به انگشتان چهارگانه پا	چهار دینار و سدس	شانزده دینار و دوثلث
۲۱	استخوان کف دست	هشت دینار و یک ثلث	سی و سه دینار و دو ثلث
۲۲	استخوان بند دوم انگشت شست	چهار دینار و یک سدس	شانزده دینار و دوثلث

ب) جمع‌بندی روایات دیه ناقبه

آنچه در فقرات متعدد روایات این بخش مشهود است این است که دیه ناقبه به صورت کلی و قاعده‌مند یک چهارم دیه شکستگی عضو است. در نوزده فقره از فقرات بیست و دوگانه مرتبط با دیه ناقبه، میزان دیه ناقبه یک چهارم دیه شکستگی تعیین شده است. در برخی فقرات نیز - مثل ترقوه و دنده‌ها- تصریح به این نسبت (یک چهارم) شده است.

بر اساس آنچه در معنای نقب گذشت، دیه تعیین شده اختصاص به فرضی دارد که استخوان دچار فرو رفتگی و حفره شود، اما در صورتی که حفره به قدری امتداد یابد که از سوی دیگر استخوان بیرون بزند، در این صورت ارش نیز به میزان دیه افزوده می‌شود، همچنین ممکن است گفته شود که در اینجا فقط ارش ثابت است و قهرا میزان ارش بیشتر از میزان جنایت ناقبه تعیین خواهد بود.

نسبت به میزان دیه نقب در ساق که دیه شکستگی آن دویست دینار و دیه نقب آن بیست و پنج دینار تعیین شده است. به نظر می‌رسد میزان تعیین شده برای شکستگی اشاره به شکستگی هر دو ساق داشته ولی میزان تعیین شده برای نقب، اشاره به جنایت ناقبه در یکی از دو ساق پا دارد. همچنان که برخی فقیهان مانند مجلسی اول، مجلسی دوم و دیگران در موارد مشابه این فقره مانند جابجایی استخوان در ساق، استخوان باسن. از موارد پیش گفته در دو موضع میزان تعیین شده با نسبت یاد شده هماهنگ نیست. نخست در بند ناخنی انگشتان چهارگانه پا که دیه شکستگی پنج دینار و چهارپنجم تعیین شده است، بنابراین مطابق قاعده باید دیه نقب آن یک دینار و نه بیستم باشد، در حالی که دیه ناقبه آن یک دینار و یک سوم تعیین شده که اندکی کمتر از میزان قاعده است. دوم در بند وسط انگشتان چهارگانه پا که دیه شکستگی یازده دینار و دو سوم تعیین شده و مطابق قاعده باید دیه نقب آن دو دینار و سه چهارم باشد، در حالی که دیه آن دو دینار و دو سوم تعیین شده است.

موارد یادشده نیز ضرری به قاعده کلی نمی‌زند؛ زیرا دیه نقب در تعدادی از فقرات یادشده تنها به شکل بیان مقدار دیه نبوده، بلکه به شکل قاعده‌مند «یک چهارم دیه

شکستگی» مطرح شده و سپس تطبیق بر مورد شده است، در حالی که در دو مورد اخیر، چون موضوع و میزان دیه آن به شکل جزئی مطرح شده است، ضرری به قاعده کلی نمی‌زند و باید آن را از استثنائات قاعده به شمار آورد. به بیان دیگر اگر میزان دیه ناقبه، قاعده‌مند و دارای ضابطه کلی نبود، نیازی نبود امام علیه السلام علاوه بر اینکه میزان دیه را تعیین کرده‌اند تصریح کنند که این مقدار، یک چهارم دیه شکستگی است. بیان نسبت میزان ناقبه با میزان دیه شکستگی در حقیقت اشاره شیوه محاسبه دیه ناقبه است. نظیر آنچه در دیه شکستگی، در رفتگی، جابجایی استخوان و ... دیده می‌شود.

نکته قابل توجه دیگر در دو مورد اخیر این است که با توجه به اینکه مطابق نظر مشهور که دیه شکستگی یک پنجم دیه کامل عضو است و نیز اینکه دیه ناقبه یک چهارم دیه شکستگی است، نتیجه این می‌شود که دیه نقب، یک بیستم (۵ درصد) دیه عضو است، در این دو مورد اخیر میزان دیه تعیین شده برای شکستگی اندکی متفاوت از یک پنجم دیه عضو است و در ادامه دیه نقب نیز اندکی با میزان قاعده اختلاف دارد. اما با لحاظ اینکه دیه نقب باید یک بیستم دیه عضو باشد، میزان دیه تعیین شده برای ناقبه در این دو، بسیار نزدیک به یک بیستم دیه عضو است. برخی فقیهان مانند آیت‌الله خوئی در فروعاتی مشابه اینجا میزان دیه مقدار اندکی متفاوت از قاعده است، معتقدند این مقدار تفاوت ناچیز در هنگام تعیین میزان دیه، مضرّ نیست (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۴۲، ص ۳۸۰).

همچنین در خصوص جنایت بر صورت، مطابق روایت صحیحه ظریف اگر جنایت ناقبه در صورت اتفاق بیفتد، دیه آن یکصد دینار است: «فَإِنْ كَانَتْ (فِي الْحَدِّ) نَاقِبَةً وَ لَمْ تَنْفُذْ فِيهَا فَلَدَيْتُهَا مِائَةُ دِينَارٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۲؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۹۹). اگر در گونه، جنایت ناقبه واقع شود ولی به حد نفوذ نرسد، دیه آن یکصد دینار است. با این حال روشن نیست که مقصود ناقبه در این روایت نیز ایجاد نقب و حفره در استخوان گونه است یا مقصود جنایت دیگری است؛ زیرا روشن نیست که مقصود از «لم تنفذ» عدم نفوذ در استخوان گونه است یا عدم نفوذ در حنک که در جملات پیشین این فقره بیان شده است.

بنابراین، فقره اخیر دچار ابهام است. با فرض اینکه مقصود از ناقبه در این روایت، همان ناقبه مصطلح در سایر اعضا باشد، این مورد (یعنی وقوع جنایت ناقبه در صورت) نیز از استثنائات قاعده کلی به شمار می‌رود.

نتیجه اینکه از فقرات متعددی که پیرامون دیه «ناقبه» وارد شده است، استفاده می‌شود که میزان دیه در اینجا به شکل عام و قاعده‌مند -جز در موارد استثناء- یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است.

۳. میزان جنایت ناقبه در ستون فقرات

ستون فقرات در میان استخوان‌های بدن از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. از این رو در فرض شکستگی مشمول قاعده عمومی شکستگی استخوان‌ها نبوده و در روایات باب دیات میزان متفاوتی از دیه برای آن در نظر گرفته شده است. به طوری که برای شکستن آن در فرضی که التیام پیدا نشود، حکم به دیه کامل انسان شده است. همچنین در فرض التیام کامل شکستگی، میزان دیه آن یک‌کصد دینار تعیین شده است.

در متون روایی که پیش از این گذشت، دلیل روایی که به طور خاص درباره ستون فقرات وارد شده باشد، یافت نشد. بر اساس آنچه در بررسی روایات گفته شد، می‌توان در اینجا میزان دیه ناقبه ستون فقرات را تعیین کرد. با ملاحظه اینکه اطلاق روایات گذشته که در آن دیه کسر العظم و سپس دیه نقب العظم بیان شده بود، انصراف به شکستگی قابل بهبودی دارد یا حداقل اینکه شامل آن نیز می‌شود، در اینجا نیز دیه ناقبه نسبت به دیه شکستگی ستون فقرات در فرضی که قابل التیام یابد، محاسبه می‌شود. مطابق روایات، شکستگی ستون فقرات در فرض التیام، موجب یک‌کصد دینار است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۴). با لحاظ اینکه دیه ناقبه یک چهارم دیه شکستگی است، بنابراین دیه ناقبه ستون فقرات بیست و پنج دینار خواهد بود.

قانون‌گذار نیز در ماده ۶۴۷، به دیه صدمات ستون فقرات پرداخته و میزان دیه شکستن ستون فقرات را در بند «الف» و «ت» ماده مذکور به ترتیب در فرض عدم درمان، دیه کامل و در فرض درمان بدون عیب یک‌کصد دینار تعیین کرده است.

از آنجا که در ماده ۶۴۷، اشاره‌ای به دیه جنایت ناقبه در ستون فقرات نشده است، برای کشف میزان دیه آن به قواعد عمومی دیه اعضاء رجوع می‌شود. بر اساس بند «ت» ماده ۵۶۹، دیه جراحاتی که به استخوان نفوذ کند بدون آنکه موجب شکستگی آن گردد، یک‌چهارم دیه شکستگی آن عضو است؛ بنابراین از نظر قوانین موضوعه نیز دیه ناقبه در ستون فقرات بیست و پنج دینار تعیین می‌گردد.

۴. بررسی و نقد قانون مجازات اسلامی

همچنان که پیش از این نیز اشاره شد، در ماده ۵۶۹، برخی از قواعد عمومی دیه استخوان‌ها بیان شده است. در بند «ت» این ماده آمده است: «دیه جراحاتی که به استخوان نفوذ کند بدون آنکه موجب شکستگی آن گردد و نیز دیه موضعه آن، یک‌چهارم دیه شکستگی آن عضو است».

علاوه بر این، در ماده ۶۵۷، دیه جنایت ناقبه در خصوص استخوان ترقوه بیان شده و میزان آن ده‌هزارم دیه کامل تعیین شده که معادل یک درصد دیه کامل است. این میزان، یک‌چهارم دیه شکستن استخوان ترقوه است، زیرا بر اساس ماده ۶۵۶، دیه شکستن استخوان ترقوه در صورتی که بدون عیب درمان شود، چهار درصد دیه کامل تعیین شده است.

بنابراین آنچه در ماده ۶۵۷، به‌عنوان تعیین دیه جنایت ناقبه در خصوص ترقوه آمده است، دقیقاً منطبق بر قاعده عمومی دیه جنایت ناقبه است که در بند «ت» ماده ۵۶۹ بیان شده است. معلوم نیست قانون‌گذار از تکرار مقدار دیه در خصوص ترقوه چه منظوری داشته است. شاید قانون‌گذار در صدد بوده در دو ماده مذکور تمامی صدمات استخوانی ترقوه را بیان کند و از این جهت متعرض میزان جنایت ناقبه نیز شده است. در این صورت این پرسش مطرح می‌شود که چرا در موارد مشابه چنین رویه‌ای عملی نشده است؟ مثلاً در ماده ۶۵۳ و ۶۵۴ نیز به صدمات استخوانی دنده‌ها پرداخته شده ولی اشاره‌ای به دیه جنایت ناقبه نشده است.

شیوه بیان قاعده دیه جنایت ناقبه در بند «ت» ماده ۶۵۹ نیز قابل تأمل است: «دیه

جراحی که به استخوان نفوذ کند بدون آنکه موجب شکستگی آن گردد و نیز دیه موضعه آن، یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است». بر اساس این بند، تعیین یک چهارم دیه شکستگی، مشروط به آن شده نفوذ در استخوان منجر به شکستگی استخوان نشود.

پرسشی که مطرح می شود این است که دلیل تقیید میزان دیه به این شرط چیست؟ شرط مذکور در روایات باب دیات نیامده است و به نظر می رسد دلیل درج این شرط آن است که جنایت ناقبه جنایتی کمتر از جنایت شکستن است. از این رو در صورتی که نفوذ در استخوان منجر به شکستن شود، بر اساس قاعده تداخل، دیه شکستن ثابت می شود نه دیه ناقبه.

در ماده ۵۴۶ به صراحت بیان شده که هرگاه به سبب ایراد ضربه یا جراحت صدمه بزرگتری به وجود آید، به گونه ای که صدمه بزرگتر لازمه ضربه یا جراحت باشد، دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می کند. در اینجا نیز هرگاه نفوذ در استخوان به گونه ای باشد که سبب شکستن استخوان شود، به طور قهری دیه شکستن که بیشتر از دیه نفوذ در استخوان است، ثابت می شود.

ایرادی که در اینجا به نظر می رسد این است که دلیل تقیید به خصوص اینکه موجب شکستگی نشود، روشن نیست. چه فرقی است میان اینکه نفوذ در استخوان موجب شکستگی شود یا اینکه موجب خرد شدن یا ترک برداشتن استخوان شود؟ مطابق قانون دیه جنایت شکستن، بیست درصد دیه عضو است، همچنین دیه خرد شدن استخوان موجب یک سوم معادل تقریبی سی و سه درصد دیه عضو است و دیه ترک برداشتن استخوان شانزده درصد دیه عضو است. این در حالی است که میزان دیه ناقبه و نفوذ در استخوان تنها پنج درصد دیه عضو است. بنابراین شکستن در بند «ت» ماده ۵۶۹، خصوصیتی ندارد و در همه موارد حکم یکسان است. یعنی دیه نفوذ در استخوان در صورتی ثابت می شود که سبب شکستن یا خرد شدن یا ترک برداشتن استخوان نشود، در غیر این صورت تنها دیه بیشتر ثابت می شود.

همچنین با لحاظ اینکه هر یک از بندهای ماده ۵۶۹، ناظر به یکی از صدمات

استخوانی بوده و میزان دیه آن را به صورت قاعده‌مند مطرح کرده است، مناسب است در بند «ت» نیز تنها به صدمه ناقبه و نفوذ در استخوان بسنده شده و دیه موضحه - در فرض لزوم طرح در بخش صدمات استخوان و عدم کفایت آنچه در ماده ۷۰۹ و ۷۱۰ مطرح شده است - در ماده یا بند مستقل دیگری بیان شود.

نتیجه‌گیری

ناقبه در ادبیات روایی باب دیات اشاره به یکی از صدمات استخوانی دارد که عبارت است از جنایتی که در اثر فرو رفتن جسم سخت و تیز در استخوان اتفاق می‌افتد، به گونه‌ای که سبب نفوذ و فرو رفتگی در استخوان می‌شود، با قطع نظر از اینکه از سوی دیگر آن خارج گردد.

جنایت ثاقبه در ادبیات روایی همان جنایت ناقبه است و جنایت مستقلی در عرض آن نیست.

دیه جنایت ناقبه به استناد روایات متعدد - جز در موارد استثناء - به‌طور قاعده‌مند و منضبط یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است.

دیه نفوذ در استخوان و ایجاد فرو رفتگی در ستون فقرات یک چهارم دیه شکستگی آن در فرض بهبودی کامل، یعنی بیست و پنج دینار است.

در صورتی که فرو رفتگی حفره به قدری عمیق باشد که از سوی دیگر استخوان بیرون بزند، ارش نیز به دیه مذکور افزوده شده و یا اینکه دیه منتفی بوده و از ابتدا حکم به ارش می‌شود، طبیعی است که میزان ارش در اینجا بیشتر از میزان دیه ناقبه است.

قانون مجازات اسلامی در بخش دیات در رابطه با بیان میزان دیه ناقبه، نیازمند بانویسی است. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار شرط مذکور ذیل بند «ت» (بدون آنکه موجب شکستگی آن گردد) را حذف کند. در مقابل عدم نفوذ به سوی دیگر استخوان را به‌عنوان شرط تعیین دیه درج کند. از این رو این متن با متنی که موافق با این محتوا باشد پیشنهاد می‌شود: «دیه جنایتی که سبب نفوذ و فرو رفتگی در استخوان شود، در صورتی که از سوی دیگر استخوان بیرون نزند، یک چهارم دیه شکستگی آن عضو است.

همچنین پیشنهاد می‌شود، ادامه بند «ت» ماده ۵۶۹، پیرامون میزان دیه موضعه - در صورت لزوم و عدم کفایت ماده ۷۱۰- در ماده یا بند مستقل دیگری مطرح شود. تعیین دیه جنایت ناقبه در خصوص ترقوه - افزون بر بیان قاعده کلی در ماده ۵۶۹- نیز وجهی نداشته و پیشنهاد می‌شود حذف شود.

فهرست منابع

ابن بابويه قمی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن جنید. قم: دفتر انتشارات
اسلامی.

ابن درید، محمد بن حسن. (۱۹۸۸م). جمهرة اللغة (ج ۱). بیروت: دار العلم.

ابن عباد، صاحب. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (ج ۵). بیروت: عالم الكتاب.

ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقایس اللغة (ج ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة (ج ۹). قم: دار احیاء التراث العربی.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). صحاح اللغة (ج ۴، ۱). بیروت: دار العلم.

حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۲۹). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء
التراث.

حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (ج ۳). بیروت: دار الصفوة.

حلی، محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۴).
قم: مؤسسه اسماعیلیان.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن (ج ۱). بیروت: دار العلم.

زمخشري، محمود بن عمر. (۱۹۷۹م). اساس البلاغة. بیروت: دار صادر.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين (ج ۲). تهران: کتابفروشی مرتضوی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۷). قم: المكتبة المرتضوية.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (ج ۱۰). تهران: دار الکتب الاسلامیه.

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۸ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة (کتاب الديات). قم:

مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.

- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (ج ۵، ۶، ۸). قم: نشر هجرت.
- فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر. قم: دار الرضی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹). الکافی (ج ۱۵). قم: دار الحديث.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۷). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول (ج ۲۴). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۶ق). ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار (ج ۱۶). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- مجلسی، محمد تقی. (۱۴۱۶ق). روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه (ج ۱۰). قم: موسسه فرهنگي کوشانپور.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). موسوعة الامام الخویی (ج ۴۲). قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخویی.

A Jurisprudential and Legal Feasibility Study of the Ownership Eligibility of a Hostile Non-Muslim in the Context of Istinqaz

Zohreh Baqiei¹ 

Received: 2025/06/18 • Revised: 2025/08/13 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09



Abstract

Ownership eligibility refers to the legal capacity and qualification of an individual to acquire property and rights. This eligibility inherently exists in all individuals; however, Islam imposes strict limitations on a hostile non-Muslim (*kafir harbi*), to the extent that their life and property are considered devoid of sanctity, and transactions with them are deemed prohibited (*haram*). In Islamic jurisprudence, there are numerous instances where jurists, while still regarding the hostile non-Muslim as lacking ownership eligibility, have issued rulings permitting transactions with them by invoking the term *istinqaz*—as a means to save Muslim property from loss—thereby converting the original prohibition into permissibility. The central question is whether, in cases where a transaction with a hostile non-Muslim is permitted under the principle of *istinqaz*, the hostile non-Muslim possesses ownership eligibility in such a transaction. Accordingly, given ownership eligibility and considering the

1. Faculty of Jurisprudence and Law, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran.
z.baghiee03@umail.umz.ac.ir

* Baqiei, Z. (2025). A Jurisprudential and Legal Feasibility Study of the Ownership Eligibility of a Hostile Non-Muslim in the Context of Istinqaz. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 31-61.
<https://doi.org/10.22081/jf.2025.72146.2938>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

authors retain the copyright and full publishing rights



initial prohibition, does the transaction with them occur merely in form (*formal sale*), or is it considered a genuine transaction? This study, conducted through a library-based, analytical-descriptive approach, found that the majority of jurists consider this type of sale, specific to hostile non-Muslims, to be a formal sale. They argue that due to the disbelief of the hostile non-Muslim and the active state of war (*harb*), their property is considered *fai'* (spoils) of the Muslims; therefore, they lack ownership eligibility, and their sale is formal. Conversely, some jurists argue that hostile non-Muslims possess ownership eligibility. According to this view, the *fai'* status of the hostile non-Muslim's property, even during active war, is secondary to their initial ownership. Hence, transactions with Muslims, owing to the initial ownership and the completeness of the elements of a sale—including genuine intent—are considered real transactions. From the author's perspective, this latter view is closer to reality, and their sales under the principle of *istinqaz* are also considered genuine.

Keywords

Property recovery (*istinqaz*), ownership eligibility, hostile non-Muslim (*kafir harbi*), formal sale (*bi'a surri*), impossible sale (*bi'a mustahil*).

امکان سنجی فقهی و حقوقی اهلیت تملک کافر حربی در باب استنقاذ

زهرة بقیعی^۱ ID

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۲۸ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۵/۲۲ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸



چکیده

اهلیت تملک به معنای قابلیت و شایستگی قانونی هر فرد برای مالک شدن اموال و حقوق است. این اهلیت به طور ذاتی در همه افراد وجود دارد اما اسلام نسبت به کافر حربی محدودیت‌های شدیدی قائل شده است تا حدی که جان و مال او را فاقد حرمت می‌داند و معاملات با وی را حرام اعلام کرده است. در فقه اسلامی، موارد بسیاری وجود دارد که فقها اگرچه همچنان کافر حربی را فاقد اهلیت تملک می‌دانند اما با استناد به واژه «استنقاذ» به عنوان راه نجات مال مسلمان از تلف، به جواز معامله با وی، فتوا صادر کرده‌اند و حرمت اولیه در معامله با کافر حربی را به اباحه تغییر داده‌اند. آنچه به عنوان پرسش اساسی مطرح است این است که آیا در فرض جواز معامله با کافر حربی در باب استنقاذ، کافر حربی اهلیت تملک در معامله دارد یا خیر؟ به تبع اهلیت تملک و با توجه به حرمت اولیه، معامله با وی، با عنوان صوری تحقق پیدا می‌کند یا جزء معاملات حقیقی محسوب می‌شوند؟ در این نوشتار به شیوه کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی توصیفی معلوم شد که مشهور فقها این نوع از

۱. دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

z.baghiee03@umail.umz.ac.ir

* بقیعی، زهرة. (۱۴۰۴). امکان سنجی فقهی و حقوقی اهلیت تملک کافر حربی در باب استنقاذ. فقه، ۳۶(۳)، صص ۳۱-۶۱.

<https://Doi.org/10.22081/jf.2025.72146.2938>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



فروش که مختص کافر حربی است را بیع صوری می‌دانند زیرا براین امر قائلند که کافر حربی به جهت کفر و همچنین به جهت فعلیت داشتن حرب، اموال آنها «فیء» یا غنیمت مسلمین محسوب می‌شود، بنابراین اهلیت تملک ندارند و بیع آنها صوری خواهد بود. در مقابل با توجه به دیدگاه برخی از فقها که قائل بر اهلیت تملک کافر حربی هستند، فیء بودن مال کافر حربی را حتی در صورت فعلیت حرب، فرع بر مالکیت آنها دانسته و لذا معاملات آنها را با مسلمانان به جهت داشتن مالکیت ابتدایی بر مال و کامل بودن ارکان معامله از جمله قصد واقعی، حقیقی می‌پندارند که از دیدگاه نگارنده این نظر به واقعیت نزدیک‌تر بوده و بیع آنها در باب استنقاذ نیز بیع حقیقی محسوب می‌شود.

کلیدواژه‌ها

استنقاذ مال، اهلیت تملک، کافر حربی، بیع صوری، بیع مستحیل.

۱. طرح مسئله

در ک عمیق از مبانی فقهی در مواجهه با شرایط بحرانی، این امکان را فراهم می‌سازد که با نگاهی فرصت‌محور، از دل تهدیدها مسیرهایی برای رشد و سامان‌دهی امور استخراج شود. این تحلیل در سیره عقلا بر پایه اصولی همچون تدبیر، شجاعت در مواجهه با مشکلات و استفاده از فرصت‌ها جهت پیشرفت و خیر بیشتر استوار است. «استنقاذ» یکی از این موارد است.

در فقه اسلامی موارد متعددی وجود دارد که فقها با استناد به واژه «استنقاذ» به عنوان راه نجات مال مسلمان از تلف، فتوا صادر کرده‌اند و به استناد آن حرمت اولیه را به اباحه در حکم جدید تغییر داده‌اند.

به طور مثال، چنانچه گوشت مذکی با میتة به گونه‌ای در هم آمیخته گردند که قابل تفکیک نباشند، استعمال آنها چه به صورت منفرد چه با ضمیمه، نه تنها جایز نیست بلکه به جهت شبهه‌دار شدن و وجوب اجتناب در شبهات موضوعیه محصوره، حرمت نیز دارد اما برخی فقها مانند شیخ طوسی، علامه حلی و شیخ انصاری، فروش آن را به کافر حربی از باب استنقاذ مال، جایز می‌دانند این در حالی است که معامله با کفار حربی را به جهت عدم اهلیت تملک آنها، صوری دانسته و احکام معامله حقیقی از جمله حق خیار، ضمان و... را در مورد وی منتفی می‌دانند.

ضرورت مسئله آنجایی مطرح می‌شود که بسیاری از کشورها در زمره کافر حربی قرار می‌گیرند. چنانچه آنها را فاقد اهلیت تملک بدانیم و فقط به جهت غنیمت بودن، مالکیت آنها بر اموالشان نادیده گرفته شود، می‌تواند حرب بالقوه را به حرب بالفعل تبدیل کرده و سبب خسارات گسترده‌ای به نظام اسلامی شود که با همزیستی مسالمت‌آمیز در تناقض است.

با بررسی در تحقیقات گذشته معلوم شد پژوهش مستقلی در خصوص دانستن وضعیت اهلیت تملک کافر حربی و نوع معامله مسلمانان با آنها، انجام نگرفته و همین امر، سبب نوآوری و جدید بودن این موضوع شده است.

در این راستا پرسش‌هایی مطرح می‌شود از جمله: آیا در فرض جواز معامله با کافر حربی در باب استنقاذ، کافر حربی نسبت به اموال خود اهلیت تملک دارد یا خیر؟ آیا معاملات مسلمان با کافر حربی در فرض مذکور، صوری و غیرواقعی بوده و یا معاملاتشان حقیقی محسوب می‌شوند؟ در جستار حاضر مسائل فوق‌الذکر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم بنیادی

۱-۱. استنقاذ

قرشی در قاموس قرآن، نقد و انقاذ و استنقاذ را در یک معنا به کار برده (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۱۰۴) که معنای نجات از آن فهمیده می‌شود (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۴۶۲). استنقاذ مانند بیع به مستحیل یکی از ابزارهای نجات مال مسلمان از تلف شرعی آن است با این تفاوت که بیع به مستحیل، معامله مسلمان با کافر (اعم از ذمی و حربی) را در بر می‌گیرد اما استنقاذ تنها به معامله مسلمان با کافر حربی اختصاص دارد. برای استنقاذ معنای اصطلاحی در فقه تعریف نشده است اما از روی کاربرد آن در کلام فقها می‌توان حدود و ویژگی‌های آن را استخراج کرد. استنقاذ نسبت به کافر حربی استعمال می‌شود نه مطلق کافر و بحث جواز فروش نیز مقید به زمانی است که مال به صورت شرعی در معرض نابودی قرار گرفته و منفعت عقلایی برای بایع مسلمان وجود ندارد، لذا می‌تواند از باب استنقاذ برای نجات مال خود، با کافر حربی وارد معامله شود. بر خلاف مستحیل که نسبت به کافر اطلاق دارد و کافر ذمی را نیز در بر می‌گیرد. فقها استنقاذ مال را در خصوص مسلمان غاصب نیز به کار برده‌اند (عراقی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۳۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۵۳۵؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۲۹). نسبت بین مستحیل میته و استنقاذ (کسی که جایز است اموالش را از مالکیتش بیرون آورد)، عام و خاص من وجه است، ماده افتراق اول، کافر ذمی و ماده افتراق دوم مسلمان غاصب یا سارق و ماده اجتماع آنها، کافر حربی است. درواقع مستحیل را نسبت به کافر اعم از حربی و ذمی می‌دانند به این معنا که برخی از مستحیلین وجود دارند که استنقاذ مال آنها جایز نیست

مانند ذمی که جز با اسباب شرعی نمی‌توان بر اموالشان تملک یافت و برخی از غیر مستحلین هستند که می‌توان مالشان را استنقاذا تملک نمود (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۰۰) مانند غاصبین. آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته ماده اجتماع آن دو یعنی استنقاذ مال کافر حربی است.

۱-۲. فیه

«فیه» در لغت مترادف غنیمت به کار رفته است (ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص ۲۹۱) و در اصطلاح به هر چیزی از اموال کافر که بدون جنگ و جهاد به دست آید فیه می‌گویند (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۸۲) و برخی آنچه از اموال کفار پس از پایان جنگ گرفته می‌شود را فیه نامیده‌اند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۲). از این رو می‌توانند از هر طریقی که شده به آن دست پیدا کنند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۸۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق، ج ۳، ص ۴۳۴؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۹۶). تلف کردن مال کافر حربی نیز ضمانت ندارد و بر آن ادعای اجماع نیز شده است (حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۳۷۹). مشهور فقها اموال و اولاد کبار کافر حربی را در صورتی که اسلام نیاورده باشند فیه مسلمانان می‌دانند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۳۹۷؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۷۸).

۱-۳. کافر حربی

تعاریف فقها در بیان کافر حربی متفاوت است. برخی کافر حربی را کسی می‌دانند که در حال جنگ با مسلمانان هستند و جنگ آنها فعلیت دارد (نجفی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۰۸؛ خمینی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۶۰؛ مکارم، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۸۲؛ لکرنانی، ۱۴۲۶ق، ص ۵۳۸؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق، ج ۱، ص ۲۴). معین و یاری کننده در حرب را نیز محارب می‌دانند طبق این نظر هر حکومت و دولتی که با سلاح و قدرت اقتصادی در جهت مبارزه با اسلام برآید با این هدف که موجب تقویت و شوکت کفار شود کافر حربی محسوب می‌گردد (منتظری، بی‌تا، ج ۱، ص ۹۸). برخی نیز معتقدند کافر حربی کسی است که در دارالحرب زندگی می‌کند و مابینت و مقاطعت اختیار نموده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۵). برخی غیر اهل کتابی را

حربی می‌دانند که مجوس و یهودی و مسیحی جزء آن نیست اعم از اینکه اعتقادی به معبودی غیر خدا مثل خورشید و ستاره و بت داشته باشند یا نداشته باشند مانند دهریان (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۸۰). برخی نیز معتقدند کافر حربی کسی است که در شمار ذمی، معاهد و مستأمن نباشد (خویی، ۱۴۱۶ق، ص ۵۵۴). به‌طور کلی کافر حربی را می‌توان در دودسته قرار داد: الف) کسانی که در حرب بالفعل هستند مانند اسرائیل و امریکا؛ ب) کسانی که در حرب به‌صورت بالقوه هستند مانند غیر ذمی، غیر معاهد و غیر مستأمن. منظور از کافر حربی در نوشتار حاضر، کافر حربی بالفعل است. چنانچه اهلیت تملک در کافر حربی بالفعل ثابت گردد به‌طریق اولی در حرب بالقوه نیز اثبات می‌شود. در صورتی که این افراد را مالک اموال خود بدانیم معامله با آنها حقیقی خواهد بود.

۱-۴. اهلیت تملک

معامله با تراضی دو شخص درباره موضوع خاصی واقع می‌شود و در صورتی اعتبار دارد که در دیدگاه حقوق طرفین معامله، صلاحیت انجام عمل حقوقی را داشته باشند. در اصطلاح آن را «اهلیت» می‌نامند که با شخصیت و تکامل قوای دماغی و شعور اشخاص ارتباط کامل دارد و شرط وجود و سلامت اراده نیز هست. این صلاحیت دو نوع است: ۱- اهلیت دارا شدن حق یا استعدادی که به‌موجب آن شخص از حقوق خصوصی بهره‌مند می‌شود و می‌تواند صاحب حق و تکلیف باشد. در حقوق مدنی از آن به «اهلیت تمتع» تعبیر می‌کنند. ۲- اهلیت اجرای حق یا صلاحیتی که شخص به حکم قانون درباره‌ی اعمال حق خویش می‌یابد. برای مثال مالک می‌تواند برای گرفتن اجاره یا بیرون راندن غاصب طرح دعوی کند یا حق خود را انتقال دهد. این چهاره اهلیت را «اهلیت استیفاء» نامیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱). درواقع اهلیت تمتع، شایستگی برخورداری از حقوق است که یکی از موارد آن حق داشتن مالکیت و اهلیت تملک است و برخی مراد از اهلیت را اهلیت معامله ذکر کرده‌اند (صافی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۴؛ عمران، ۲۰۰۲م، ص ۱۴۱).

۲. نظریه اهلیت تملک کافر حربی و تحلیل آن

یکی از مغالطه‌هایی که در مباحث مالی برای کافر حربی رخ داده خلط مفهوم «اباحه اموال آنها برای مسلمین» و «فیء بودن آن» با مفهوم «اهلیت تملک» آنهاست تا جایی که برخی از فقها دو مفهوم مذکور را دلیل بر عدم اهلیت قرار داده‌اند. در نتیجه معاملات آنها را صوری به‌شمار آورده‌اند. در مقابل برخی از فقها در موارد متعددی قائل به اهلیت تملک برای کفار حربی شده‌اند. در ادامه ضمن بیان نظر برخی از فقها فرضیه مذکور مورد استدلال قرار می‌گیرد که نظریه مختار نیز همین است. روش بحث در ادامه به این صورت است که نظرات موافق به‌عنوان موید و نظرات مخالف جهت نقد و بررسی ذکر می‌شود و پس از تحلیل نظرات، نظر مختار ثابت می‌گردد.

۲-۱. عدم اهلیت تملک مستلزم بردگی

صاحب جواهر از جمله فقهای است که قائل به اهلیت تملک برای کافر حربی شده و چنین استدلال می‌کند که عدم مالکیت او بر اموال مستلزم برده شدن او است در حالی که احکام برده در مورد این افراد به‌صورت حقیقی صدق نخواهد کرد تا آنها را از مالکیت بر اموالشان محروم نماییم. ایشان وصیت بر کافر حربی را نافذ دانسته که منافاتی با اباحه اموال آنها نمی‌بیند. همچنین منع وصیت بر کافر حربی را خلاف صریح ادله می‌داند و اضطراب در عبارات برخی از فقها را از مفاسد فقه بیان می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۶۷)؛ زیرا شیخ طوسی قائل به عدم جواز وصیت برای کافر حربی نزد امامیه است و ضمن اینکه دلیل خود را اجماع معرفی می‌کند در ادامه قائل به وجود نظر مخالف شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۱).

۲-۲. خرید و فروش کافر حربی

از کلام علامه می‌توان وجود مفهوم اهلیت تملک در کافر حربی را به‌خوبی استنباط کرد. ایشان بیان می‌دارد: «چنانچه کافر حربی بر حربی دیگری چیره شود و او را عبد خود سازد، می‌تواند او را بفروشد در چنین حالتی بیع او صحیح خواهد بود» (حلی،

۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۹. پرواضح است که علامه درواقع به دو مفهوم ضمنی اشاره می‌کند: ۱- مالک شدن یک کافر حربی؛ ۲- مملوک شدن کافر حربی دیگر، که در صورت نخست نه تنها می‌تواند به واسطه تسلط و چیره شدن، کافر حربی دیگری را در ملکیت خود وارد کند بلکه می‌تواند او را به واسطه بیع به ملکیت دیگری نیز انتقال دهد و همین نقل و انتقال صراحتاً به اهلیت تملک وی و حقیقی بودن بیع او اشاره دارد که به موجب آن می‌تواند در ملک خود تصرف نماید. درواقع علت مباح بودن اموال او برای مسلمان، اعتبار شارع است و اعتبار شارع بر کفر و حربی بودن او تعلق گرفته و نه بر اهلیت وی در تملکاتش، لذا عناوین مذکور و اباحه اموال فرع بر اهلیت تملک است و نمی‌تواند اهلیت را بر هم بزند.

۲-۳. وقف نسبت به کافر حربی

شهید اول می‌نویسد: «وقف بر کافر حربی به دلیل اباحه مال جایز نیست اما وقف کردن کافر حربی صحیح است» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۷۵). درواقع به تعبیر ایشان کافر حربی نمی‌تواند جزء موقوف علیهم باشد اما می‌تواند واقف قرار بگیرد. این حقیقت بر کسی پوشیده نیست که کسی می‌تواند مالی را وقف کند که آن مال در ملکیت او باشد و درواقع مالکیت او بر آن مال صحیح باشد؛ بنابراین شهید اول نیز قائل به اهلیت تملک برای کافر حربی شده است.

در مقابل برخی قائل به جواز وقف برای کافر حربی هستند یعنی کافر حربی افزون بر واقف بودن می‌تواند جزء موقوف علیهم نیز قرار گیرد. به طور مثال برخی وقف مسلمان بر کافر حربی را خالی از اشکال می‌دانند، دلیل آن را نیز جواز صدقه بر کافر و عموم دو آیه «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ» (ممتحنه، ۸) و «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ» (مجادله، ۲۲) می‌داند. ایشان جواز صدقه بر کافر را شامل حربی نیز دانسته و از اطلاق آیه، کافر حربی را شامل در حکم آیه می‌داند. خوانساری بین مودت و وقف ملازمه‌ای نمی‌بیند که منعی داشته

باشد؛ زیرا آنچه در آیات نهی شده، مودت و دوست داشتن کافر حربی است و نه صدقه و وقف. بنابراین آیات شریفه را فاقد از تخصیص دانسته و اشکالی در جواز اکرام مهمان کافر و احسان به او نمی‌بیند و شاهد مثال ایشان روایتی است از عیادت معصوم علیه السلام از یهودی بیمار که آن را ذکر نموده است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۱۶).

این در حالی است که برخی وقف را ناشی از مودت به حساب می‌آورند و قائل به بطلان وقف برای کافر حربی هستند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۱۹۴). بنا به نظر مشهور فقها وصیت برای کافر حربی، صحیح نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۳)، اما این مسئله اجماع طبرسی را نقض می‌کند. طبرسی در مجمع‌البیان آیه «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ» را مختص کافر حربی دانسته و ذیل تفسیر آن قائل به نیکی با کافر حربی شده است و بر آن ادعای اجماع نموده است که نیکی کردن با اهل حرب و پیکار خواه از نزدیکان و خویشان باشد و یا بیگانه و غریبه، حرام نیست (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۹، ص ۴۰۸). مطابق با اجماع مطرح شده، انجام هرگونه نیکی و بر از جمله وقف، وصیت، معامله و... نسبت به کافر حربی، جایز بوده و حرمت تکلیفی ندارد.

صاحب ریاض، وقف را تملیک عین یا منفعت می‌داند و از این جهت معتقد است کافر حربی نمی‌تواند مالک شود زیرا معنا ندارد که از طرفی به وسیله وقف، مال را به تملیک او درآوریم و از طرفی بنا بر اباحه مال، بخواهیم مال را از او اخذ کنیم. چنانچه وقف تمام باشد، وجوب وفاء به آن را در پی دارد و تغییر در آن ایجاد حرمت می‌کند. البته صاحب ریاض، کافر حربی را دارای مالکیت متزلزل می‌داند که چنانچه مسلمان بر مال او دست یابد از ملکیت او خارج شده اما اگر مسلمان بر مال او استیلایی نیابد مال همچنان در ید و مالکیت او باقی خواهد بود (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲۲، ص ۱۹۵)؛ بنابراین اگر وقف را تملیک بدانیم مطابق با نظر فقها مبنی بر جواز وقف بر کافر حربی، باید ضرورتاً اهلیت تملک کافر حربی را نیز بپذیریم اعم از اینکه برای او مالکیت ثابت یا مالکیت متزلزل قائل باشیم. برخی بین مباح بودن مال کافر حربی با مالکیت وی بر اموالش منافاتی نمی‌بینند و ممنوعیت تصرف کافر حربی در اموالش را مستند به ادله‌ای می‌دانند که وجود ندارد (عاملی، بی‌تا، ج ۹، ص ۴۰۸).

۴-۲. خرید عبد کافر تازه مسلمان از مولای کافر حربی

یکی دیگر از مواردی که فقها، بیع با کافر حربی را صوری و غیر حقیقی عنوان کرده‌اند، در صورت معامله بین مسلمان و کافر حربی است. به این نحو که مسلمانی عبد تازه مسلمان شده‌ای را که مولای او کافر است، خریداری می‌کند. در این مسئله خریدار مسلمان بوده و فروشنده کافر حربی است. پس از انعقاد و اتمام معامله وضعیت خیار مجلس به چه صورت خواهد بود؟ در رابطه با وضعیت خیار مجلس در معامله مذکور دو نظریه وجود دارد:

الف) نظریه عدم وجود خیار مجلس برای بایع و مشتری: طبق این نظریه، نه نسبت به بایع خیار مجلس است و نه نسبت به مشتری، نه در عین (عبد تازه مسلمان) و نه در قیمتش. مرحوم فقیه عاملی در مفتاح الکرامه همین نظریه را اختیار کرده است که در این معامله نه برای بایع و نه برای مشتری نه نسبت به عین و نه نسبت به قیمت خیار مجلس وجود ندارد (عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۱۸۰).

ب) نظریه دوم عدم وجود خیار مجلس برای بایع و ثبوت آن برای مشتری: صاحب مفتاح الکرامه احتمال دومی را بیان می‌کنند که با نظر فخرالمحققین موافق است. درجایی که بایع عبد مسلمان را می‌فروشد در اینجا دو حقیقت وجود دارد از یک طرف استنقاذ و استیفا ثمن است اما از طرف مشتری حقیقتاً بیع است، حال از آنجا که خیار مجلس در بیع مطرح است و در این معامله که بایع کافر عبد مسلمان را به مشتری می‌فروشد فخرالمحققین قائل است از طرف مشتری فقط بیع منعقد است پس مشتری خیار دارد اما از طرف بایع چون صدق بیع نمی‌کند و می‌خواهد پولش را بگیرد و یا نسبت به بایع می‌خواهیم عبد را از دست او نجات بدهیم واقعاً بیع نیست لذا خیار مجلس هم ندارد؛ بنابراین مولای کافر، مالک عبد مسلمان نمی‌شود، زیرا ملکیت سبیل و سلطنت می‌آورد و برای کافر تنها حق استیفای ثمن از فروش عبد ممکن است و این استیفاء می‌تواند مؤیدی باشد بر اینکه استنقاذ همان استیفا باشد (حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۴۱۴).

سوالی که اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا می‌شود یک عمل نسبت به یک

نفر هم بیع باشد و هم بیع نباشد؟ مگر بیع مبتنی بر قصد طرفین معامله نیست؟ و آیا می شود یک نفر به دو اعتبار هم مالک باشد و هم مالک نباشد؟ اگر بایع کافر، مالک مالش باشد پس بیع او چه از طرف مشتری و چه از طرف بایع، بیع حقیقی خواهد بود و هر دو طرف خیار مجلس خواهند داشت. شیخ انصاری، استدلال فخرالمحققین را دور از انصاف دانسته و ضرورتاً خیار مجلس را درجایی قابل اجرا می داند که معامله نسبت به هر دو طرف بیع باشد و اگر معامله ای از یک طرف بیع باشد، خیار مجلس جریان ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۴۴).

به نظر می رسد مراد فخرالمحققین از استنفاذ غیر حقیقی بودن معامله و یا صوری بودن آن نیست بلکه مبنای معامله و جهت معامله را بیان می کند که استنفاذ بوده است و واضح است که جهت معامله فرع بر مالکیت فرد است. لذا برخی از فقها احتمال داده اند حتی مواردی که فیء و غنیمت مسلمین به شمار می روند، چنانچه استیفا بر مبنای استنفاذ باشد، ملزم به پرداخت عوض می باشند؛ مانند نظر صاحب جامع المقاصد در بحث تملک کنیز کافر حربی به سبب کفر چنین می نویسد: «آیا می توان بر کنیز حربی صرف استیلا بر آن به جهت غنیمت بودنش، مالک وی شد؟ براساس روایات و تعابیر فقها احتمال پرداخت عوض در مقابل غنیمت نیز وجود دارد زیرا اگرچه ظاهراً در ید و استیلاء مسلمان است اما ناچار است در مقابل آن عوضی را پرداخت نماید که در این صورت استنفاذ محقق می گردد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۳۱).

۲-۵. تمام بودن ارکان معامله در باب استنفاذ

پرداخت عوض در مقابل مال درواقع معنای دیگری از بیع حقیقی است که مبتنی بر نقل و انتقال مالکیت است چنانچه هر جا بیانی نسبت به انتقال مال باشد قبل از آن مالکیت آن مطرح خواهد بود. چنانچه کافر حربی را مالک مال ندانیم باید قائل به انتقال مال مسلمان از ملکیت خودش به خودش شویم که لغویت را در پی دارد، به ناچار باید برای کافر حربی نیز مالکیتی قائل باشیم و اهلیت تملکات وی را بپذیریم تا انتقال مال و بذل عوض در مقابل آن شبهه لغویت را در پی نداشته باشد.

لازمه حقیقی بودن یک بیع وجود شرایط صحت معامله است. با توجه به مواردی که خصوص اهلیت تملک کافر حربی بیان شد چنانچه سایر شرایط صحت معامله کامل باشد معامله با کافر حربی جز معاملات حقیقی محسوب شده و نمی‌توان عنوان بیع صوری و یا حیازت مباحات به آن داد. به لحاظ حقوقی، قانون‌گذار محدوده صحت معاملات را در ماده ۱۹۰ قانون مدنی منحصر در چهار شرط اساسی می‌داند و این گونه بیان می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله».

هر عمل حقوقی از دو عنصر اساسی قصد و رضا تشکیل می‌شود. در ادامه هر دو عنصر مورد بررسی قرار می‌گیرد: عناوین شامل دو نوع قصدیه و غیر قصدیه هستند. عناوین قصدیه تنها با قصد تحقق می‌یابد (مکارم، ۱۴۲۶ق، ص ۱۱۰) مانند تعظیم و توهین که قصد فاعل در ایجاد آن شرط است، بنابراین اگر کسی برای احترام به دیگری کلاهش را از سر برمی‌دارد، این عمل قصد و ترتیب خاصی دارد و الا هر کلاه از سر برداشتن و هر خم شدن نشانه احترام و تعظیم نیست (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۷۰؛ آملی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۵۱۳) و همچنین هبه، تا قصد هبه نباشد، هبه محقق نمی‌شود (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۸۱). به تعبیر دیگر، قصد عنوان در عناوین قصدیه محقق خود عنوان است و ضرورتاً احراز عنوان به منزله احراز موضوع و عقد الوضیع قاعده است (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۵۴). در عناوین قصدیه، علم و قصد و اراده خاصی در تحقق عنوان فعل و فاعل لازم است که با انتفاء قصد منتفی می‌گردد و حقیقتی غیر از قصد ندارد (علوی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۷۲). عناوین غیر قصدیه مانند ضرب، زنا، قتل نفس (مکارم، ۱۴۲۶ق، ص ۱۱۰) ملاقات با نجاست نیز از عناوین غیر قصدیه محسوب می‌شود و وقتی که ملاقات با نجس صورت گیرد، نجاست تحقق می‌یابد (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۸۱).

مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی معاملات از عناوین قصدیه هستند و قصد از شرایط تحقق آن به شمار می‌رود. اگر این چهار شرط در معاملات به نحو مشروع و قانونی

وجود داشت، آن معامله صحیح بوده و دارای آثار قانونی است اما چنانچه در هر یک از ارکان عقد، اعم از قصد و رضا، اهلیت، تعیین موضوع و جهت معامله خللی وارد شود صحت عقد را نیز با مشکل مواجه می‌کند. در لسان فقها استنقاذ نیز از عناوین قصديه به شمار می‌رود. آیت‌الله تبریزی، فروش اعیان نجس مانند مشروبات الکلی و خوک به کفار را به قصد استنقاذ خالی از اشکال می‌داند (تبریزی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۴۶). آیت‌الله سیستانی نیز فتوا داده‌اند که می‌توان به قصد استنقاذ از بانک‌های غیر مسلمین وام با بهره گرفت. (https://www.sistani.org/persian/book/53/235) با توجه به اینکه مال کافر حربی محترم نیست، استنقاذ آن جایز است اما قصد استنقاذ لازم است؛ بنابراین اگر کسی مال کافر حربی را با قصد قرض بگیرد شرعاً بدهکار است اما اگر با قصد استنقاذ، مال را اخذ کند بدهکار نخواهد بود (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۳۴۴).

در واقع اگر معامله با کافر حربی با قصد استنقاذ انجام نگیرد اساساً جواز معامله با وی منتفی می‌گردد و باطل خواهد بود پس تحقق معامله با وی منوط به وجود قصد استنقاذ است. پرواضح است که نظر آیت‌الله تبریزی مبتنی بر اهلیت تملک برای کافر حربی در مواردی غیر استنقاذ مانند قرض است و این با قول مشهور که تملک اموال کافر حربی به هر نحوی را به جهت استنقاذ جایز می‌داند منافات دارد؛ زیرا مشهور اموال کافر حربی را مباح می‌داند و آنها را ملک مسلمین قلمداد می‌کند، از این رو برای کافر حربی اهلیتی در تملکاتش قائل نیست پس قرض کردن از کافر و بدهکار شدن به او مطابق قول مشهور معنایی نخواهد داشت چرا که می‌توان به وسیله قرض کردن به قصد استنقاذ اموال وی را تملک کرد.

برخی از مفسران نیز قائل به وجوب رد امانت به کافر حربی شده‌اند (نهاوندی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۷). آیت‌الله جوادی آملی، ودیعه کافر نزد مسلمان را نیز از قبیل امانت به حساب می‌آورند و اجازه تصرف در آن را نیز نمی‌دهند چه رسد به تملک آن، زیرا مصداق خیانت در امانت می‌داند که حرام است (http://eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/tafsir/69/690802). در واقع علما تعهدات طرفینی بین مسلمان و کافر حربی را دارای وجاهت شرعی و قانونی دانسته و طبق عموم ادله وفای به عهد، مسلمان را ملزم به تعهدات خود می‌نماید.

اهلیت تملک لازمه الزامات مبتنی بر توافق‌های مالی است؛ زیرا معنای عرفی در بیع نقل و انتقال است و چنانچه اهلیتی بر تملک نباشد، نقل و انتقال معنا نخواهد داشت.

رضا که به عنوان یکی از شروط صحت معاملات بیان شد؛ همان میل و شوق است که در اثر تصدیق به فایده آن کار ایجاد می‌گردد و قصد بعد از رضا محقق می‌شود، لذا ممکن است انسان نسبت به کاری رضایت داشته باشد، ولی قصد ایجاد آن را نداشته باشد و یا به عکس، ممکن است انسان قصد انجام کاری را داشته باشد، اما رضای باطنی (که از آن در فقه به طیب نفس یا طیب خاطر یاد می‌کنند) نداشته باشد، مثل عقد مکره (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۷).

علامه در مقام تبیین جواز بیع با کافر حربی، معامله با آنها را به دو عنصر قصد استنقاذ و رضایت کافر مقید نموده است و تأکید نموده قصد استنقاذ در خصوص کافر ذمی که مالش محترم است، جاری نمی‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۳۷). با تأمل در نظر علامه این نکته به ذهن متبادر می‌شود که اخذ مال از کافر حربی با عنوان بیع صورت گرفته که متوقف بر رضایت وی شده است. چنانچه بخواهیم بیع بودن را مخدوش نماییم به تبع آن رضایت نیز منتفی خواهد بود (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۰۱)؛ چرا که رضایت از عناصر اصلی تجارت است و نسبت به کسی که اسلام اموالش را مباح می‌داند و تملک اموالش را از قبیل حیازت مباحات به شمار می‌آورد، جایگاهی برای بحث ندارد مگر اینکه آن را حمل بر بیع حقیقی کنیم که دارای قصد معامله به جهت استنقاذ و رضایت طرفین معامله است که درواقع مصداق حقیقی آیه است «... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء، ۲۹) که هرگونه تجارت مسلمان را مقید به کسب رضایت متعاملین می‌کند.

در باب اختلاط گوشت مذکی و میته‌ای که دچار شبهه شده و قابل تفکیک هم نیست، دو دسته روایت وجود دارد. دسته اول سه روایت صحیح حلبی و حسنه حلبی و صحیح علی بن جعفر است^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۶۰) که هر سه بیان می‌کنند: بیع

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَقَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام «أَنَّ شَيْئًا مِنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ عَنَمٌ وَ بَقَرٌ وَ كَانَ يَذْرُكُ الذَّكِيَّ مِنْهَا فَيَعْرِزُ لَهُ وَ يَعْرِزُ الْمَيْتَةَ ثُمَّ إِنَّ الْمَيْتَةَ وَ الذَّكِيَّ اخْتَلَطَا فَكَيْفَ يَضَعُ بِهِ فَقَالَ يَبِيعُهُ مِمَّنْ يَسْتَجِلُّ الْمَيْتَةَ وَ يَأْكُلُ لَمَنَّهُ فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ».

مذکی مشته به میده، به کافر (مستحل المیده) جایز است. دسته دوم روایت امیرالمومنین علیه السلام است^۱ که حضرت می فرماید اگر مذکی با میده مشته شد، آنها را به سگ بدهید (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۷۳). شیخ طوسی در ادامه می فرماید که این سه روایت با روایت امیرالمومنین علیه السلام معارض است و چون روایت امیرالمومنین علیه السلام با قاعده تنجیز علم اجمالی موافق است، بر سه روایت مذکور تقدم دارد. افزون بر این، روایات دسته اول با قاعده تنجیز علم اجمالی (تکلیف فعلی به اجتناب از اطراف به واسطه علم اجمالی) منافات دارد، لذا نمی توان به آنها عمل کرد.

برای رفع این تناقض علامه، بین روایات اینگونه جمع می کند که منظور دسته اول که بیع مذکی مشته به مستحل را جایز می داند، بیع صوری است تا اموال فرد مقابل (کافر حربی) از اختیارش خارج شود و منظور از دسته ای که می گوید بیع مذکی مشته حرام است، بیع واقعی است. در این مقام علامه از تعبیر استنفاذ برای جواز بیع به کافر حربی استفاده نموده است و معامله با کفر حربی را به قصد استنفاذ جایز می داند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۳۷).

شیخ طوسی نظر علامه را با دو استدلال رد می کند: ۱- اگر جمع ایشان را قبول کنیم، لازمه اش این است که هر کس خوردن میده را جایز می داند اعم از کافر حربی و ذمی، بیرون آوردن اموال او از مالکیتش، جایز باشد. (زیرا در روایات دسته دوم، مستحل میده، مطلق آمده است) ۲- و از طرفی می دانیم که بیرون آوردن اموال بعضی از مستحلین مثل ذمی، بدون اسباب شرعی، جایز نیست. سپس بین روایات معارض اینگونه جمع می کند که: روایات دسته اول که قائل به عدم جواز فروش است، به اجزاء روح دار اختصاص دارد اما دسته دوم که قائل به جواز فروش به مستحل است، اجزاء بی روح را قصد می کند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۸). از احتجاج شیخ طوسی و علامه به خوبی استفاده می شود که توجیه شیخ مبتنی بر جواز فروش اجزاء

۱. الْجَعْفَرِيَّاتُ، بِالإِشْنَادِ الْمُتَقَدِّمِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ عليه السلام: أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ شَاةٍ مَشْلُوحَةٍ وَأُخْرَى مَذْبُوحَةٍ غَمَّى عَلَى الرَّاعِي أَوْ عَلَى صَاحِبِهَا فَلَا يَدْرِي الذَّكِيَّةَ مِنَ الْمَيْتَةِ قَالَ يَزِيهِ بِهَا جَمِيعاً إِلَى الْكِلَابِ.

ظاهر و غیر ظاهر در مسئله، تأثیری در اصل وجود معامله ندارد. به عبارتی تفصیل ایشان به جواز فروش در اجزاء روح دار و عدم جواز در اجزاء بی روح، اعترافی ضمنی به وجود بیع حقیقی بوده و قویاً این فرضیه را اثبات می نماید. مرحوم منتظری معتقد است ظاهراً منظور شیخ، توافق فروشنده و خریدار بر انعقاد قرارداد است، هرچند انگیزه خریدار کلی تر از آن بوده باشد و به جهت استنفاد، مال را خریده باشد. در غیر این صورت، قصد فروشنده به تنهایی معامله را معتبر نمی سازد، مگر اینکه دو طرف معامله بر این قصد توافق کنند (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۰۱) و این همان معنای بیع حقیقی است.

۲-۵-۲. کافر حربی در حکم میت

ممکن است چنین تصور شود که کافر حربی به جهت مهدور الدم بودن در حکم مرده است لذا اهلیت تملک ندارد اما در پاسخ باید گفت، اگرچه جان کافر حربی احترامی ندارد اما کسی که مهدور الدم شده هنوز زنده است و احکام زنده بر او بار می شود به عنوان شاهد مثال در موردی که فردی ابتدا اقدام به خودکشی نموده و سپس اقدام به وصیت می کند دو فرض مطرح می شود یا فرد بعد از وصیت می میرد و یا اقدام او منجر به مرگ نمی گردد. قانون گذار در ماده ۸۳۶ قانون مدنی یکی از شرایط بطلان وصیت را اقدام به خودکشی معرفی می کند و چنین بیان می کند: «هرگاه کسی به قصد خودکشی، خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است، مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به موت نشد، وصیت نافذ خواهد بود».

هرگاه نتوان انگیزه موصی را از اقدام به انجام فعل خطرناک به درستی تعیین کرد، اقدام به اعمالی که عادتاً منتهی به مرگ می شود، اماره ای بر وجود قصد خودکشی خواهد بود و چنانچه اقدام به خودکشی بعد از وصیت رخ دهد، در اعتبار و نفوذ آن تأثیری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۵۱۵). برخی از فقها قائل به عدم حیات مستقر در شخصی هستند که اقدام به خودکشی نموده و او را در حکم مرده می دانند و چون مرده توانایی تصرف در اموال خود را ندارد، بنابراین چنین فردی را ناتوان در تصرف اموال خود

می‌دانند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۳۶۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۷۵).

در مقابل برخی مطلقاً قائل به صحت چنین وصیتی هستند؛ زیرا عدم اقدام به خودکشی را از شرایط اهلیت در وصیت به‌شمار نمی‌آورند و وصیت او را با رعایت سایر شروط صحت و علم به رشد وی، صحیح و نافذ می‌دانند. ابن ادریس چنین بطلانی را فاقد دلیل می‌داند و معتقد است هرکس که ابتدا وصیت کند و سپس خودکشی نماید وصیت وی صحیح خواهد بود و چنانچه جراحتهی که غالباً و عادتاً منجر به مرگ می‌شود در خود ایجاد کند و سپس وصیت نماید، وصیت او بنابر روایتی که برخی از فقهای امامیه ذکر کرده‌اند، مردود است و عمل به آن جایز نیست که خلاف مقتضای اصول و ادله صحت است؛ زیرا اصول و ادله صحت تا زمانی که عقل پایدار باشد به‌جهت فقدان مانع، چنین وصیتی را صحیح می‌دانند و آیه شریفه «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» (بقره، ۱۸۱)، نیز صحت آن را تأیید می‌نماید از طرفی هیچ‌گونه دلیلی از کتاب و سنت قطعی و اجماع بر بطلان چنین وصیتی وارد نشده است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۹۷).

علامه حلی نیز پس از نقل نظر ابن ادریس با عبارت «لا بأس به» آن را تأیید می‌کند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۳۶۸). ابن طی چنین می‌نویسد: «اگر فردی خود را مجروح کند و سپس وصیت نماید، در صورت علم به رشد بودن وی، وصیت او صحیح خواهد بود و در صورتی که ابتدا وصیت کند و پس از آن خود را مجروح سازد وصیت وی مطلقاً صحیح خواهد بود» (فقهانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۸۳)؛ بنابراین نمی‌توان فردی که حتی در حکم مرده است را مرده بالفعل تصور نمود و احکام میت بر آن بار کرد، از این رو کفار حربی به‌جهت حیات مستقر و بالفعل دارای اهلیت تملک می‌باشند.

۳. نظریه عدم اهلیت تملک کافر حربی و نقد آن

مطابق آیات قرآن کریم، خداوند احکام اسلامی را مبتنی بر یسر و آسانی (بقره، ۱۸۵) و سلم و تعامل با سایر ملت‌ها (حجرات، ۱۳) قرار داده و همین امر موجب گسترش و جهان‌شمولی اسلام شده است. اگرچه تأکید اسلام بر ارتباط با پیروان سایر ادیان و کافران بوده و برای نحوه ارتباط با آنها نیز احکام خاصی را مقرر فرموده اما نسبت به

کافر حربی بسیار سخت گیرانه عمل کرده و مال و جان آنها را هدر اعلام می کند. این مسئله می تواند به عنوان یک چالش در هم زیستی مسالمت آمیز تلقی شود. بسیاری از فقها نسبت به کافر حربی موضعی مشابه داشته و جان و مال او را فاقد احترام می دانند. مشهور فقها قائل به عدم حرمت مال کافر حربی و عدم اهلیت تملک او هستند و لذا معاملات مسلمان با کافر حربی را باطل می دانند و تنها به جهت استنقاذ مال، قائل به جواز معامله با آنها شده اند که از آن نیز به معامله صوری تعبیر می کنند.

۴-۱. عبد دانستن کافر حربی

علامه در قواعد احکام مربوط به کافر حربی را در فصل بیع حیوان ذکر می کند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۹). ظاهراً ایشان هیچ گونه مالکیتی برای کافر حربی قائل نیست. به نظر می رسد مراد علامه از چنین تقسیمی، عبد دانستن کافر حربی بوده باشد؛ زیرا تنها از این جهت است که انسان می تواند او را مالک شود. در هر صورت با توجه به عصر حاضر که احکام برده داری منسوخ شده چنین فرضی قابلیت اجرا نخواهد داشت اگرچه همان گونه که قبلاً اشاره شد برخی از فقها نیز احکام برده داری را در خصوص کافر حربی صحیح نمی دانند. لازم به ذکر است که برده گیری از احکام تأسیسی اسلام نیست و تنها به جهت واقعیت موجود عبد و کنیز در جامعه، به موضوع عبد و امه تصریح کرده و احکامی برای آن وضع نموده است.

افزون بر این «حق تسلط آدمی بر نفس خویش» یکی از حقوق فطری بشر و مورد پذیرش و تأکید شریعت اسلامی است. به همین دلیل در بحث های مربوط به «حکومت و ولایت» اصل اولی عقلی، عدم ولایت هر انسانی بر دیگری است؛ بنابراین، اثبات تسلط و ولایت بر غیر، محتاج به دلایل اطمینان آوری است که پس از آن ولایت بر دیگری پذیرفته می شود. بدون شک برده داری، مستلزم ولایت بسیاری از آدمیان بر بسیاری از هموعان خویش است و از این جهت، امری برخلاف قاعده سلطه و استثنایی است و برخلاف حق طبیعی و فطری آنانی است که به بردگی گرفته می شوند. پذیرش موارد برده گیری و برده داری که خلاف قاعده می باشد مبتنی بر «ضرورت» است. در

این امر نیز تردیدی نیست که «الضرورات تتقدر بقدرها»؛ ضرورت‌ها به اندازه‌ای که ضروری باشند، مجاز شمرده می‌شوند. به عبارت دیگر اگر مورد اضطراری پیش نمی‌آمد، آن موارد اقتضای ممنوعیت را داشتند و تنها عاملی که موجب عدم ممانعت شده است، ضرورت خاصی است که بهره‌گیری از آن را مجاز شمرده است (منتظری، ۱۴۲۹ق، ص ۱۰۶). در قرآن کریم نیز تأییدی بر امضای برده‌گیری اسیران جنگ و افراد دارالحرب ذکر نشده است و جواز برده‌داری در عصر پیامبر ﷺ منوط به حکم رسول خدا به عنوان حاکم جامعه اسلامی بوده که رعایت مصالح جامعه اسلامی به ایشان سپرده شده بود. به همین جهت برده‌گیری اسیران مهاجم کافر و مشرک را باید از احکام حکومتی دانست که در هر زمان تابع مصلحت سنجی امام ﷺ و یا نائب امام است (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۲۱).

۲-۴. عدم ضمان و اتلاف مال کافر حربی

برخی تلف کردن مال کافر حربی را فاقد ضمان می‌دانند زیرا او را مالک اموالش نمی‌دانند و بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۳۷۹). به نظر می‌رسد عدم ضمان در فرض بیان شده مختص ضمان مثلی باشد آن‌هم در مواردی که مال مورد تلف در اسلام مالیتی نداشته باشد مانند خوک و شراب و صنم و صلیب و طنبور و ... که از نظر شرع، مالیتی ندارند و چیزی بر ذمه مسلمان قرار نمی‌گیرد، از این رو ضمان مثلی در چنین مواردی معنا ندارد که مسلمان در فرض تلف بخواهد مثل آن را به کافر بدهد اما به جهت جبران خسارتی که وارد نموده باید ملتزم به ضمان قیمی گردد.

البته در مواردی فرض ضمان مثلی کافر نیز مشکل به نظر می‌رسد به طور مثال فرض ضمان کافر در مواردی مانند فروش گوشت مذکی و میتة مختلط به نحوی که قابل تفکیک نباشد که شیخ در باب مکاسب محرمه فروش آن را از باب استنفاذ جایز دانسته (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۸) و یا جواز فروش ماهی بدون فلس و شراب به کافر حربی از باب استنفاذ که برخی فقها مطابق آن فتوا داده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۳۰۲). در صورت تلف مشتری که کافر حربی است بهتر است قائل به ضمان قیمی شد،

زیرا این اموال در اسلام مالیت شرعی ندارند که در صورت اتلاف دوباره به ملکیت مسلمان درآید.

همچنین وجود ضمان مثلی و قیمی نسبت به اموالی که در اسلام مالیت دارند مانند مرکب، پول نقد و... در فرض تلف عمدی خالی از اشکال نیست. در موارد مذکور که جزء اموال کافر حربی محسوب شده و جزء تملکات اوست اگر در صورت تلف عمدی قائل به عدم ضمان شویم با مبانی فقهی ما ناسازگار خواهد بود زیرا طبق اطلاق ادله ضمان «من ألتف مال الغير فهو له ضامن» که متلف مال غیر، ضامن می‌باشد شامل فرض مذکور که مالک، کافر حربی است نیز می‌گردد زیرا زمانی که مال او غنیمت مسلمین محسوب شده نیز جز به واسطه استنقاذ - یعنی بذل عوض همراه رضایت کافر حربی - نمی‌توان بر اموال او استیلا یافت و این استیلا همان گونه که ثابت شد از طریق بیع حقیقی تحقق می‌یابد و چون بیع الزام طرفینی دارد، بر مسلمان واجب است که بر تعهدات خود وفا نماید بنابراین چنانچه مال را تلف کند ضامن خواهد بود.

۴-۳. جواز فروش مال به کافر حربی استطرادا

محقق کرکی در بحث احکام تطهیر خمیر نجس شده، روایتی صحیح را از امام صادق (ع) ذکر می‌کنند: «خمیر نجس به واسطه پخته شدن پاک نمی‌شود بلکه باید با تبدیل شدن به خاکستر استحاله رخ دهد یا دفن شود و یا به کسی که بیع میته را حلال می‌داند فروخته شود. طبق این روایت یکی از روش‌های تطهیر خمیر متنجس فروش آن به مستحیل المیته هست. با توجه به اینکه امام (ع) در ادامه دستور دفن آن را می‌دهد می‌توان روایت را نسبت به مسلمان تخصیص زد که مسلمان نمی‌تواند مانند خمیر حلال از آن بهره‌برد. مرحوم محقق کرکی در تأیید فرمایش علامه بیان می‌دارد: لفظ بیع از معنای حقیقی خود دور می‌شود به استنقاذ مال تعبیر می‌شود زیرا مال کافر حربی برای ما مسلمانان غنیمت به شمار می‌رود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۵۹).

۱. «و لا يطهر العجين النجس بخبزه، بل باستحاله رمادا و روي بيعه على مستحل الميته أو دفنه».

همان گونه که قبلاً بیان شد رابطه منطقی میان بیع به مستحیل و استنقاذ، عموم خصوص من وجه است و نقطه اجتماع در هر دو کافر حربی است طبق روایت مذکور امام صادق علیه السلام استطرادا فروش مال به کافر حربی را جایز می‌شمارد با توجه به اینکه الفاظ معصوم در معنای حقیقی خودش استعمال می‌گردد لفظ بیع در کلام معصوم انصراف به بیع حقیقی داشته لذا نمی‌توان از آن معنای مجاز یا صوری بودن را برداشت کرد مگر اینکه قرینه‌ای بر مجاز بودن آن وجود داشته باشد. ممکن است برخی ادله ناظر بر عدم حرمت مال کفار را به عنوان قرینه لحاظ کرده معنای بیع را بر بیع صوری حمل کنند اما حرمت معامله با کافر زمانی است که اضطراری در مسئله وجود نداشته باشد اما در مواردی که اموال مسلمین در معرض نابودی قرار می‌گیرند مانند مثال مذکور فروش آن از باب استنقاذ و احیاء مال مسلمان حرمت تکلیفی را تبدیل به جواز می‌نماید؛ بنابراین با رفع مانع می‌توان لفظ بیع را در معنای حقیقی خود حمل نمود.

۴-۴. جواز ربا در معامله بین مسلمان و کافر حربی

یکی از استثنائات حرمت ربا، جواز ربا بین مسلمان و کافر حربی است درواقع علما معتقدند بین کافر حربی و مسلمان ربا رخ نمی‌دهد مرحوم کاشف الغطاء معتقدند که ربا بین مسلم و کافر از مقوله ربا بین مولا و عبد است؛ زیرا کفار حربی و اموالشان، ملک مسلمین هستند و اخذ ربا از آنها توسط مسلمانان درواقع اخذ مال خود مسلمان است که از این طریق آن را استنقاذ می‌کند لذا عقد و معامله میان آنها صوری است و از قبیل حیازت مباحات است و در صدق این مطلب کافر حربی شأنی کفایت می‌کند و نیازی به کفر فعلی نیست (نجفی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۸۶). گرفتن ربا از کافر حربی پس از انجام معامله، از باب استنقاذ جایز است (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۵۸). به این معنی که چون کافر حربی خود و آنچه در ملک اوست مال مسلمانان است، آن مقداری که به عنوان فایده پول از او می‌گیرد، از باب حق خود از او استنقاذ می‌کند (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۸۴۸). اما اگر همین مسئله میان مسلمان و کافر ذمی رخ دهد جواز اخذ ربا از باب

قاعده الزام خواهد بود (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۵۸). در این مورد استنقاذ کاربردی نخواهد داشت زیرا مال کافر ذمی محترم است و جواز اخذ ربا به جهت صحت آن نزد کافر ذمی است.

تطبیق دادن رابطه بین مسلمان و کافر حربی به مولا و عبد قبلاً به طور مفصل مورد بحث قرار گرفت و معلوم شد این مطابقت فقط ظاهری بوده و حقیقی نیست؛ اما با توجه به اینکه فقها ربا را متوقف بر وقوع معامله می دانند درواقع اعترافی ضمنی به صحت و وقوع یک معامله حقیقی دارند که مثبت ادعای اهلیت تملک کافر حربی و صحت معامله با وی است.

امام خمینی علیه السلام در باب معامله ربوی بانکها، امور بانکی را دارای دو وجه می دانند، وجه اول مربوط به معاملات ربوی است که داخل شدن در آن معاملات و شرکت در آنها جایز نیست و کارمندی که در این نوع کارها مشغول است در مقابل آن نمی تواند اجرت و حق العمل بگیرد و وجه دوم که ارتباطی با معاملات ربادار ندارد و وارد شدن در آن و اجرت گرفتن بر آن کار را جایز می دانند. در حرمت معاملات ربادار بانکها معتقدند، فرقی میان بانک دولتی اسلامی و دولت غیر اسلامی وجود ندارد و تنها تفاوت این است اموالی که در اختیار بانکهای دولتی اسلامی قرار می گیرد مجهول المالک محسوب شده و تصرف در آنها بدون اجازه حاکم شرع و یا وکیل او جایز نیست و اما بانکهای دولتی غیر اسلامی، چنین نیستند و گرفتن پول از آنها بدون اجازه حاکم شرع و یا وکیل او از باب استنقاذ جایز است چون آنچه در دست آنها است مال اسلام و مسلمانان است (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۸۵۸).

به نظر می رسد استنقاذ در حرب بالفعل به این صورت قابلیت طرح و اجرا نداشته باشد؛ اما در حرب بالقوه با توجه به آنچه در ارتباط با صحت تملک کافر حربی بحث شد اموال کافر حربی در بانکهای اسلامی، مال آنها محسوب شده و معامله با آنها صحیح است اما می توان اموال آنها را از باب استنقاذ مشروعیت بخشید. لازم به ذکر است کافر حربی اعم از اینکه شخصیت حقیقی داشته باشد یا حقوقی، معامله مسلمان با وی صحیح خواهد بود.

۴-۵. جواز قرض ربوی بین مسلمان و کافر حربی

قرض ربوی به فرد یا افرادی که مالشان از نظر شرع محترم نیست، مانند کافر حربی بنا بر نظر مشهور جایز است. مطابق حدیث نبوی می‌توان یک درهم به کافر حربی قرض داد و در مقابل آن هزار درهم از او گرفت و مابقی آن را به او نداد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۴۷). درواقع گرفتن سود از کافر حربی را از باب استنقاذ حق، بدون اشکال دانسته‌اند؛ بدین معنا که اموال چنین کافرانی به‌عنوان غنیمت به مسلمانان تعلق دارد؛ ازاین‌رو در صورتی که به دست مسلمانی بیفتد می‌تواند آن را به‌عنوان غنیمت تملک کند (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۶۰).

در مسئله قرض ربوی مطابق با حدیث یک درهم در مقابل یک درهم قرار گرفته و مابقی به‌عنوان ربا و زیادی مال تحت عنوان غنیمت به ملکیت مسلمان در می‌آید. چنانچه قائل شویم تمام اموال کافر حربی متعلق به مسلمان است و او اهلیتی بر تملک ندارد، قرض دادن به خود اعتبار عقلایی ندارد و کاری لغو خواهد بود به‌ناچار باید ملکیت کافر حربی را پذیرفت اما به‌جهت استنقاذ مال، به‌وسیله قرض ربوی باید مال را از ملکیت او خارج نموده و به ملکیت مسلمان انتقال داد.

نتیجه‌گیری

لازمه تحقق یک پدیده فقهی یا حقوقی وجود مقتضی و مفقود بودن مانع است. وجود مقتضی را از پیوستن سبب و شرط به یکدیگر، می‌توان احراز نمود (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲؛ تبریزی، ۱۳۶۹، ص ۵۶۷). ماده ۱۹۰ قانون مدنی، شروط صحت معامله یا به عبارتی شروط تحقق مقتضی را احصاء نموده چنانچه هر یک از شرایط مذکور محقق شود و مانعی نیز مانند فسخ، حجر و... وجود نداشته باشد، معامله به نحو حقیقی ایجاد می‌شود. با توجه به آنچه بیان شد، قصد طرفین در معامله‌ی میان مسلمان و کافر حربی، قصد انشائی برای تحقق مفهوم بیع محرز بوده و طرفین معامله بر انتقال مالکیت میع و ثمن به یکدیگر، قصد جدی نموده‌اند و با توجه به رضایت کافر حربی بر انتقال میع و تملک ثمن و همچنین رضایت مسلمان برای استنقاذ مال و نجات میع، معامله شرط رضایت که

بنا به گفته فقها شرط ضروری معامله با کافر حربی است را دارا است و با قبض و اقباض فعلیت می‌یابد؛ بنابراین معامله اولین شرط صحت و اولین شرط وجود مقتضی که قصد و رضا هست را به نحو کامل دربردارد

شرط دوم صحت و یا شرط وجود مقتضی، اهلیت کافر حربی است که با استدلال‌هایی که گذشت ثابت شد کافر حربی نسبت به اموال خود اهلیت تملک دارد و موانع قانونی اهلیت سه گانه صغر، جنون و سفه که به تعبیر قانون مجبورین نامیده شده‌اند در فرض مذکور تخصصاً از موضوع بحث خارج‌اند، زیرا مفروض کافر حربی بالغ و عاقل هست که از سلامت اراده برخوردار است.

شرط سوم جهت مشروع معامله است که استنفاذ به‌عنوان جهت عقلایی و مشروع در معامله با کافر حربی مطرح می‌شود و همین انتفاع و غرض عقلایی، سبب جواز تکلیفی معامله با کفار حربی شده است. به‌موجب بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشروع بودن جهت، به‌عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معامله بیان شده و مطابق ماده ۲۱۷ قانون مدنی، معامله با جهت نامشروع را باطل اعلام نموده است. در کلام فقها استنفاذ به‌عنوان یک جهت عقلایی برای مشروعیت بخشیدن معامله با کافر حربی مطرح شده است، به تعبیری استنفاذ جعل مصلحت می‌کند و مصلحت جدید، مفسده موجود را از میان برمی‌دارد و با توجه به اینکه احکام تابع مصالح و مفاسدند حکم حرمت به اباحه تغییر می‌کند. بنای عقلا نیز بر انجام معاملات با حفظ مصالح عمومی و اجتماعی تأکید دارد؛ در نتیجه بنا بر قاعده «کلما حکم به العقل حکم به الشرع» غرض‌های عقلایی، جهت مشروع نیز محسوب می‌شود.

آخرین شرط، تعیین موضوع معامله است که جزء بدیهیات فرض مذکور است. همان‌طور که معلوم شد تمام ارکان صحت یک معامله حقیقی تحقق یافته و به تعبیری مقتضی موجود است و از طرفی مانعی که سبب بطلان شود نیز مفقود است. پس معامله با کافر حربی به نحو حقیقی منعقد می‌شود، اگرچه به جهت کافر حربی بودن می‌توان از باب استنفاذ اموال او را از ملکیت او خارج نمود. این مسئله منافاتی با اهلیت تملک و حقیقی بودن معاملات او نخواهد داشت.

لازم به ذکر است در کلام فقها تنها عاملی که به عنوان مانع برای اهلیت تملک ذکر شده همان فیء و یا غنیمت بودن مال کافر حربی است. نگارنده ضمن پذیرش جواز معامله با کافر حربی در فرض استنقاذ و غنیمت بودن اموال او برای مسلمین، همراه برخی از فقها قائل به اهلیت تملک برای کافر حربی است و آن را فرع بر فیء بودن اموال آنها می داند. درواقع کافر حربی به جهت اهلیت تملک صاحب اموالی شده است که اکنون به سبب کفر و حربی بودن، تصرف در آن برای مسلمان جایز شده و این مطلب منافاتی با اهلیت وی و تملکات قبلی و بعدی او نخواهد داشت.

«از آستان قدس رضوی مخصوصا تالار محققان نهایت تشکر و قدردانی می شود که امکانات و فضای مناسب جهت پژوهش محققان فراهم نموده اند».

فهرست منابع

- آملی، میرزا محمدتقی. (۱۳۸۰). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (ج ۳). تهران: مؤلف.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- ابو جیب، سعدی. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا. دمشق: دار الفکر.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (مصحح: گروه پژوهش در کنگره، ج ۱، ۵). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه (ج ۱، چاپ سوم). تهران: مؤسسه عروج.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- بهبهانی، سید علی. (۱۴۰۵ق). الفوائد العلیة (ج ۱). اهواز: مکتبه دار العلم.
- بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر معظم له.
- تبریزی، موسی بن جعفر. (۱۳۶۹). اوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: انتشارات کتبی نجفی.
- تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). استفتاءات جدید (ج ۲). قم: بی نا.
- تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). صراط النجاة (ج ۲، ۶). قم: دار الصدیقة الشهيدة.
- حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. (مصحح: عبدالحسین محمدعلی بقال، ج ۳، ۱۳). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۴۰۴ق). زبدة الأحکام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- خوانساری، احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۶ق). صراط النجاة (المحشی للخوائي). قم: مکتب نشر المنتخب.
- شاهرودی و جمعی از همکاران، 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.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية في فقه الإمامية (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- صاحب الجواهر، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام (ج ۲۱، ۲۸). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
- صافی، علی عبدالحکیم. (۱۳۸۹). الضمان في الفقه الإسلامي. تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی، سید علی بن محمد. (بی تا). ریاض المسائل (ج ۲۲). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲). مجمع البیان في تفسیر القرآن (ج ۹). تهران: ناصر خسرو.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الإمامية (ج ۴، ۷). تهران: المکتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بیروت: دار الكتاب العربي.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، سید جواد بن محمد. (بی تا). مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة (مصحح: محمد باقر حسینی شهیدی، ج ۴، ۹). بیروت: دار احیاء التراث العربي.
- عاملی، یاسین عیسی. (۱۴۱۳ق). الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية. بیروت: دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع.
- عراقی، آقا ضیاء الدین علی کزازی. (۱۴۲۱ق). کتاب القضاء (تقریر میرزا ابوالفضل نجم آبادی) قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.

- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد (مصحح: سيد حسين موسوی کرمانی؛ علی پناه اشتهااردی؛ عبدالرحیم بروجردي، ج ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة (ج ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- علوی، سيد عادل بن علی بن الحسين. (۱۴۲۱ق). القول الرشید في الاجتهاد و التقليد (ج ۲). قم: انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- عمران، محمد. (۲۰۰۲م). الاسس العامة في القانون. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- فقعانی، علی بن علی. (۱۴۱۸ق). الدر المنضود في معرفة صیغ النيات و الإیفاعات و العقود. قم: مكتبة إمام العصر علیه السلام العلمية.
- قرشی، سيد علی اکبر. (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن (ج ۷). تهران: دار الكتب الإسلامية.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) (ج ۲). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافي (مصحح: علی اکبر غفاری، ج ۵، ۶). تهران: دار الكتب الإسلامية.
- لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۶ق). رساله توضیح المسائل. قم: بی نا.
- مامقانی، محمد حسن بن الملا عبد الله. (۱۳۱۶ق). غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب (ج ۱، ۲، ۳). قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
- محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (ج ۱۳). بيروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (ج ۱، ۳، ۴). چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه المعاملات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). الفتاوی الجديدة (ج ۱). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (ج ۲). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۶ق). أنوار الفقاهة - کتاب التجارة. قم: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام.

منتظری، حسین علی. (۱۴۱۵ق). دراسات في المكاسب المحرمة (ج ۱). قم: نشر تفکر.

منتظری، حسین علی. (۱۴۲۹ق). حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش.

منتظری، حسین علی. (بی تا). رساله استفتاءات (ج ۱). قم: بی نا.

نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۱۳ق). المكاسب و البيع (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۲۲ق). رسائل و مسائل (ج ۱). قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد.

نهایندی، محمد. (۱۳۸۶). نفحات الرحمن فی تفسیر القرآن (ج ۲). قم: مرکز الطباعة و النشر.

یزدی، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (ج ۱، چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

<http://eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/tafsir/69/690802>

<https://www.sistani.org/persian/book/53/235>

A Feasibility Study of Transferring a Collateral Right Following the Transfer of the Secured Right in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law



Mohammad Ali Saeedi¹ 

Mahdi Miri² 

Hassan Ardameh³ 

Received: 2025/01/17 • Revised: 2025/02/22 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09

Abstract

Among the issues related to collateral that are disputed among jurists and legal scholars is the transfer of a collateral right following the transfer of the secured right. In other words, when the debt of the principal debtor is transferred, do the collateral guarantees remain in effect or are they extinguished? In response to this question, three perspectives—validity, nullity, and a nuanced view—can be observed among jurists, and legal scholars also hold differing opinions. The Iranian legislator, in Article 411 of the Commercial Code, recognizes the transfer of collateral following the transfer of the secured right, whereas the Civil Code does not explicitly

1. Faculty of Jurisprudence and Law, Razavi Islamic Sciences University, Mashhad, Iran.
saeedi.mha@gmail.com

2. Faculty of Jurisprudence and Law, Razavi Islamic Sciences University, Mashhad, Iran.
mirimahdi276@gmail.com

3. Faculty of Jurisprudence and Law, Razavi Islamic Sciences University, Mashhad, Iran
(Corresponding Author).
hasanardameh727@gmail.com

* Saeedi, M. A., Miri, M., & Ardameh, H. (2025). A Feasibility Study of Transferring a Collateral Right Following the Transfer of the Secured Right in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp.62-84. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.70861.2882>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

authors retain the copyright and full publishing rights



address the acceptance or rejection of this issue. The present study, based on a descriptive-analytical method and using library and documentary sources to collect and analyze information, found that the approach affirming the validity of transferring collateral rights is more consistent with jurisprudential and legal principles. This view can be supported by reasons such as the principle of presumptive validity, the principle of *istishhab* (presumption of the continuation) of the collateral right, the preservation of the nature of the contract, the independence between the debt and the collateral, the absence of legislative prohibition, the practice of rational actors, and compatibility with the objectives of law in maintaining legal order and security in society. Additionally, since the condition of the debt residing in the principal debtor does not make the collateral dependent on the debt as a foundational contract, the collateral is not extinguished upon the transfer of the debt to a third party.

Keywords

Collateral right, transfer of right, collateral guarantees, debt transfer, extinguishment of collateral.

امکان‌سنجی انتقال حق وثیقه‌ای به تبع انتقال حق مورد توثیق در فقه امامیه و حقوق ایران

محمدعلی سعیدی^۱ مهدی میری^۲ حسن اردمه^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۲/۰۴ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸



چکیده

از جمله مسائل مرتبط با وثیقه که مورد اختلاف میان فقها و حقوقدانان است، انتقال حق وثیقه به تبع انتقال حق مورد توثیق است. به تعبیر دیگر، آیا با انتقال دین از ذمه مدیون اصلی، تضمینات وثیقه نیز باقی است یا زایل می‌شود؟ در پاسخ به این پرسش میان فقها سه نگرش صحت، بطلان و تفصیل دیده می‌شود همچنان که حقوقدانان نیز اختلاف نظر دارند. قانون‌گذار ایران در ماده ۴۱۱ قانون تجارت، به انتقال وثیقه به تبع انتقال حق مورد توثیق اعتبار می‌بخشد در حالی که قانون مدنی صراحتی نسبت به پذیرش یا رد این مسئله ندارد. بررسی‌های پژوهش حاضر که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی، به گردآوری و تحلیل اطلاعات پرداخته نشان داد رویکرد صحت

۱. دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد مقدس، ایران.

saeedi.mha@gmail.com

۲. دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد مقدس، ایران.

mirimahdi276@gmail.com

۳. دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد مقدس، ایران (نویسنده مسئول).

hasanardameh727@gmail.com

* سعیدی، محمدعلی؛ میری، مهدی؛ اردمه، حسن. (۱۴۰۴). امکان‌سنجی انتقال حق وثیقه‌ای به تبع انتقال حق

مورد توثیق در فقه امامیه و حقوق ایران. فقه، ۳۶(۳)، صص ۶۲-۸۴.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.70861.2882>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



انتقال حق وثیقه، با مبانی فقهی و حقوقی، موافقت بیشتر دارد. این نگاه را می‌توان با تکیه بر دلایلی مانند وجود دلایلی اصل صحت، استصحاب بقای حق توثیقی، حفظ ماهیت قرارداد، استقلال میان دین و وثیقه، عدم ردع شارع، سیره عقلا و سازگاری با هدف علم حقوق در حفظ نظم و امنیت حقوقی در جامعه تقویت نمود. همچنین با توجه به اینکه شرط استقرار دین در ذمه مدیون، ارتباط داشتن وثیقه با دین به عنوان عقد پایه نیست؛ از این رو با انتقال دین به شخص ثالث، وثیقه زایل نمی‌شود.

کلیدواژه‌ها

حق وثیقه‌ای، انتقال حق، تضمینات وثیقه، انتقال دین، زوال وثیقه.

مقدمه

وثیقه عینی را می‌توان جزء مقومات و توابع حق مورد توثیق دانست که وجود و بقای آن وابسته به وجود و بقای طلب دائن از مدیون است؛ بنابراین با عنایت به الصاق وثایق مزبور به حقوق و اینکه موضوع توثیق عینی نیز حقوق مزبور می‌باشد، پرسشی که محل تأمل و مورد پژوهش است این است که انتقال حق را باید موجب انتقال حق وثیقه عینی تلقی نمود یا خیر؟ قانون‌گذار ایران در ماده ۴۱۱ قانون تجارت به انتقال وثیقه به تبع انتقال حق مورد توثیق مهر تأیید می‌زند در حالی که قانون مدنی صراحتی نسبت به پذیرش یا رد این مسئله ندارد. بررسی متون فقهی امامیه در ابواب حواله و ضمان و مباحث مربوط به حقوق قابل نقل و انتقال، رویکردهای متفاوتی دیده می‌شود. همچنان که حقوقدانان نیز با توجه به سکوت قانون‌گذار مدنی، آراء متفاوتی دارند. اهمیت پرداختن به این مسئله افزون بر اطمینان بخشی متقابل و افزایش اعتماد و کاهش خطر در روابط مالی و تجاری می‌تواند در تأمین مالی پروژه‌های کلان و اطمینان از بازگشت سرمایه نقش مؤثری داشته باشد. وجود چالش‌های فراوان مربوط به فقدان اعتبار و نفوذ قراردادهای مزبور، آثار سوئی در تبادلات تجاری و اقتصادی در پی دارد. امری که موجب می‌شود، ناکارآمدی نظام وثیقه‌گذاری و وجود اشکالات متعدد که ناشی از عدم انعطاف در وثیقه‌گذاری اموال منقول در جهت دریافت تسهیلات و عدم امکان انتقال وثیقه عینی به تبع انتقال حق توثیقی است، مانعی بزرگ در مسیر افزایش تولید و رشد اقتصاد شمرده شود. این پژوهش که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی است در پی آن است که با احصاء نگرش‌های مربوطه در فقه اسلامی و حقوق ایران و تحلیل و بررسی دلایل و مبانی هر کدام، نگرشی صحیح و جامع را در این باره ارائه نماید که هم پاسخ‌گوی ابهامات و چالش‌های این مسئله بوده و هم در جهت وضع قانونی جامع و کاربردی مورد استفاده قانون‌گذار قرار گرفته و در مقام تحقیق و قضاوت نیز مرجعی مجزی برای پژوهشگران و قضات محاکم قرار گیرد. بررسی پیشینه این پژوهش، وجود پژوهش مستقلی را در این باره نشان نمی‌دهد جز اینکه برخی موارد به صورت مختصر به این موضوع ورود کرده‌اند. رساله دکتری با عنوان

نظریه وثیقه عینی در فقه امامیه و حقوق ایران (سال ۱۳۹۶) توسط محمد محلی، به صورت مختصر و فقط در حد ۴ صفحه، مقاله «واکاوی ادله انتقال وثیقه از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، توسط جلیل قنواتی و دیگران (۱۴۰۲) به چاپ رسیده و همچنین مقاله «وضعیت تضمینات پس از انتقال طلب یا انتقال دین»، محمدهادی ساعی (۱۳۸۶) که به صورت مختصر به این موضوع پرداخته‌اند. در پژوهش‌های مزبور مانند مقاله «واکاوی ادله انتقال وثیقه از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران» مسئله اصلی امکان انتقال وثیقه توسط مرتهن است در حالی که پژوهش حاضر، به بررسی امکان بقای تضمینات وثیقه با انتقال دین از ذمه مدیون اصلی می‌پردازد؛ بنابراین از لحاظ موضوعی با یکدیگر متفاوت بوده و به مسیر متفاوتی رفته‌اند. این پژوهش با رویکردی تحلیلی و تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران به صورت مقارنه‌ای به ارائه نگرشی منطبق بر نیازهای روز و مقرره‌ای جامع در حل و فصل اختلافات و پاسخ به نیاز تقنینی پرداخته است.

۱. دیدگاه فقهای امامیه

در فقه امامیه، پیرامون انتقال دین و تضمینات آن در قالب عقود حواله و ضمان، مباحثی ظریف و گسترده مطرح شده است. فقهای امامیه با بررسی دقیق این عقود، تفاوت میان انتقال جنبه منفی حق (دین) و جنبه مثبت آن (طلب) را مورد تحلیل قرار داده‌اند. یکی از پرسش‌های مهم در این زمینه، انتقال تضمینات دین از مدیون اولیه به ضامن یا محال علیه است. به عبارت دیگر، آیا تضمیناتی که مدیون اولیه برای تضمین دین خود به طلبکار ارائه داده، پس از انتقال دین به شخص ثالث همچنان قابل مطالبه است یا اینکه طلبکار تنها می‌تواند از ضامن یا محال علیه مطالبه دین را نماید؟ باید توجه داشته که فروض مطرح شده در صورتی است که انتقال دین به صورت مطلق واقع شده باشد و الا اگر اراده طرفین حاکی از بقا یا سقوط تضامین سابق دین باشد، همان اراده مشترک مطاع است. بررسی این موضوع در میان فقها نشانگر رویکردهای مختلفی در این باره است.

۱-۱. نظریه عدم صحت انتقال حق وثیقه

مشهور فقهای امامیه معتقدند که تلازمی میان انتقال دین و انتقال تضمینات آن وجود ندارد؛ بدین معنی که با انتقال دین به ثالث تضمینات آن دین منتقل نمی‌شود و بلکه از بین می‌رود، زیرا با انتقال دین، در حقیقت دین پرداخت شده است، لذا دین وجود ندارد تا بخواهد تضامین آن باقی باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۷۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۵۰؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۰۸).

بررسی دلایل دیدگاه عدم صحت انتقال وثیقه

۱. انتقال دین مساوی با اداء دین: عقود حواله و ضمان به‌عنوان ابزارهایی برای ایفای دین محسوب می‌شوند. معرفی ضامن یا حواله دین به طلبکار، عملاً به منزله ادای دین تلقی شده و منجر به سقوط وثایق عینی مرتبط با آن دین می‌شود؛ لذا دینی باقی نمی‌ماند تا اینکه نیازمند تضمین وثیقه باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص ۱۵۰، ۱۸۶؛ میرزاقاسی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۴۷۰؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۱۷۳؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۴۶؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۳۵).

در تحلیل این مبنا باید گفت، عدم دلالت عقد توثیقی بر این مبنا که وثیقه عینی فقط برای تضمین پرداخت دین است و به شخص خاص مدیون مقید نشده موجب می‌شود که گفته شود با عنایت به اینکه در برخی عقود مانند حواله و ضمان، مدیون با انتقال دین خود به شخص ثالث، خود را خلاص از مسئولیت اولیه خویش می‌نماید، به منزله یک نوع ادای دین غیر مستقیم دین تلقی شود. بدین معنی که مدیون مستقیماً دین خود را به دائن پرداخت نمی‌کند، بلکه با انتقال دین به ذمه شخص ثالث، وی را واسطه و مسئول پرداخت قرار می‌دهد. در این فرض علت اصلی سقوط دین در این موارد، انتقال دین به ذمه شخص ثالث است نه پرداخت مستقیم دین توسط مدیون اولیه، ازاین‌رو با انتقال دین، تعهد اولیه مدیون نسبت به داین اصلی منتفی می‌شود اما تعهد ثانویه او نسبت به وثیقه به حال خود باقی است؛ بنابراین نمی‌توان گفت که چون مدیون دین خود را پرداخت کرده است، دین ساقط شده و وثیقه بدون موضوع و محل باقی می‌ماند. بلکه با

انتقال دین به ثالث وثایق از بین نمی‌رود و به همراه دین منتقل می‌شود. این رویکرد را می‌توان با پیروی از نگاه برخی فقها تقویت نمود که وجود تضمینات دین پس از انعقاد ضمان که نوعی انتقال دین است را خالی از اشکال شمرده است. از نگاه ایشان: «[راجع به اینکه] اگر برای دینی که بر ذمه مضمون عنه است، رهنی باشد، آیا [رهن‌با] انعقاد عقد [ضمان] ناقل ذمه [منفک می‌شود یا خیر از مسالك و جواهر مستظهر است که رهن منفک می‌شود زیرا عقد ضمان به منزله وفا است اما این نظر خالی از اشکال نیست این نظر در فرض اطلاق است و اما در صورت اشتراط بقا یا زوال آن [یعنی رهن] همان متبع خواهد بود».^۱ شاید گفته شود که ضمان به منزله اداء دین است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۰۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۷۲) در پاسخ باید گفت: اتفاقاً ادائی رخ نداده است؛ زیرا فائده ضمان صرفاً اشتغال ذمه ضامن و فراغ ذمه مضمون عنه با عقد است؛ بنابراین دین با عقد از یک ذمه به دیگری انتقال یافته است بدون اینکه ادائی رخ دهد؛ رهن نیز به همین صورت چون هنوز وفاء نگردیده باید باقی بوده و صورت گیرد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۰۸).

۲. مبنای دیگری که می‌توان در تقویت این نگاه به آن تکیه کرد اینکه؛ از نظر عرف هنگام توثیق، شخصیت مدیون اصلی (مضمون عنه) مورد توجه قرار می‌گیرد. با توجه به اینکه دین بر ذمه مضمون عنه استوار است، هر گونه توثیقی به صورت مستقیم به او مرتبط خواهد بود. به عبارت دیگر، متعلق وثیقه، دین مطلق نیست، بلکه دین مستقر بر ذمه مضمون عنه است؛ بنابراین دین و ذمه مضمون عنه به عنوان یک کل واحد، متعلق وثیقه قرار می‌گیرد. با توجه به اینکه بعد از انعقاد عقد ضمان، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود، بخشی از متعلق وثیقه یعنی ذمه تغییر می‌یابد. در نتیجه، با انعقاد عقد ضمان، وثیقه تضمینی به دلیل تغییر یکی از ارکان اصلی دین (انتقال ذمه) ساقط می‌شود؛ بنابراین، این دو دین، با وجود شباهت در ماهیت، از نظر حقوقی دو دین

۱. «إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء لكنه لا يخلو عن إشكال هذا مع الإطلاق وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۷۰-۷۷۱).

مجزا محسوب می‌شوند زیرا به ذمه‌های مختلف تعلق دارند.

در نتیجه علت اصلی سقوط وثیقه پس از انعقاد عقد ضمان، این است که وثیقه برای تضمین ذمه مضمون عنه ایجاد شده است و با ساقط شدن ذمه مضمون عنه، دلیلی برای بقای وثیقه بر آن وجود ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۵۹)؛ بنابراین برخی معتقدند که در عقد ضمان دین نه تنها منتقل می‌شود بلکه تکثر می‌یابد. دینی که بر ذمه ضامن قرار دارد آن چیزی نیست که در ذمه مدیون اول قرار داشت، از این رو این پدیده نشان می‌دهد که عبارات «انتقال ذمه» در حقوق، غالباً به صورت تسامحی به کار می‌رود و در واقع، ایجاد یک دین جدید در ذمه شخص ثالث است که به دنبال سقوط دین اولیه ایجاد شده است، بنابراین وثایق دین نخستین به آن تعلق نمی‌گیرد (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۶۳).

این دلیل مردود است زیرا عقد ضمان ناقل ذمه تبدیل تعهد محسوس نمی‌شود بلکه باید آن را صرفاً مستلزم انتقال و جابجایی دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن شمرد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۰۸)، بنابراین دینی که متعاقب ضمان و حواله بر ذمه شخص ثالث استقرار می‌یابد، از جنس دین نخستین است و تنها مدیون آن تغییر یافته است، و از طرفی هم ذمه صرفاً ظرف اعتباری است که دین در آن قرار می‌گیرد و مشخص می‌کند چه کسی مدیون است اما قوام و ماهیت دین به وجود ذمه شخص خاصی وابسته نیست.

۲-۱. نظریه صحت انتقال حق وثیقه

در مقابل مشهور، برخی از فقها نظیر سید محمد کاظم طباطبایی یزدی صاحب عروه و برخی از شاگردان ایشان معتقدند که مقتضای ادله، بقای تضمینات تا زمان ادای کامل دین را ایجاب می‌کند. به نظر ایشان صرف انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن باعث زوال حق وثیقه نمی‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۷۰؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۴۰۴).

بررسی دلایل صحت انتقال وثیقه

۱-۲-۱. دین به عنوان یک مال مستقل تلقی می‌شود و وثیقه به منظور تأمین و تضمین

پرداخت آن اخذ می‌شود که عموماً از دین اصلی تبعیت می‌کند نه به دلیل عدم اطمینان به شخص مدیون؛ از این رو هرگونه تغییری در دین نظیر انتقال آن به شخص ثالث به‌طور طبیعی هیچ‌گونه تأثیری بر تعلق وثیقه به دین ندارد؛ بنابراین در صورت انتقال دین وثیقه هم منتقل می‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص ۱۲۲-۱۲۳).

۱-۲-۲. ارتباط وثیقه با دین به شرط اسقرار دین در ذمه مدیون نیست، به‌طوری که با انتقال دین به شخص ثالث، وثیقه به خاطر رفع شرط، منحل شود؛ بنابراین با انتقال دین به دیگری وثایق از بین نمی‌رود و منتقل می‌شود. مگر آنکه وثیقه به دلیل عدم اطمینان به توانایی مدیون در انجام تعهدات مالی اخذ شده باشد و نه صرفاً برای تضمین دین، که در این حالت، با انتقال دین به دیگری، وثیقه منفسک می‌شود و الا وثیقه به حال خود باقی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۷۰؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۴۰۴).

۱-۲-۳. با ایجاد حق توثیقی، طلبکار افزون بر حق مطالبه دین اصلی، حق دیگری نیز بر مال وثیقه گذاشته دارد و آن حق، تضمین دین از طریق نگهداری مال وثیقه است. هر چند انتقال دین اصلی از طریق ضمان یا حواله به شخص ثالث، موجب سقوط دین از ذمه مدیون می‌شود، اما این امر به معنای ساقط شدن حق توثیقی نیست؛ بنابراین استصحاب بقای حق توثیقی تا زمانی که دلایل دیگری بر سقوط آن وجود نداشته باشد امری معقول می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص ۱۲۲-۱۲۳).

۱-۲-۴. پذیرش رویکرد بقای تضامین و صحت انتقال آن می‌تواند در راستای تحقق هدف علم حقوق، یعنی حفظ نظم و امنیت حقوقی در جامعه که بر پایه عدالت و انصاف استوار شده است بازتعریف گردد. توضیح اینکه حقوق برای اینکه بتواند موجبات حفظ نظم و زمینه پیشرفت در جامعه را فراهم آورد، باید هماهنگ با ضرورت‌های اجتماعی و واقعیت امروزی رایج در بازار باشد و از انعطاف لازم در جهت تسهیل امور مالی تجار در چارچوب قواعد عمومی قراردادها برخوردار شود. از جمله ابزارهایی که می‌تواند در این مسیر مفید و مؤثر باشد، صحت انتقال حق توثیقی است که تأثیر بسیار زیادی در تسهیل سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه‌های سنگین دارد. نتیجه اینکه این هدف بزرگ یعنی حفظ نظم و امنیت در روابط معاملی مبتنی بر

عدالت و انصاف در جهت رشد سرمایه گذاری و اقتصاد با انعطاف‌های هدفمند در زمینه مباحث وثیقه گذاری حاصل خواهد شد

۵-۲-۱. هر قراردادی دارای عناصر مختلفی از جمله موضوع، طرفین و شرایط است. تضمینات نیز جزئی جدایی‌ناپذیر از بسیاری از قراردادها هستند و به‌عنوان یک شرط ضمنی یا صریح در قرارداد گنجانده می‌شوند. به علاوه وثایق و تضامین مزبور رابطه‌ای تبعی و فرعی نسبت به اصل دین دارند و با انتقال دین اصلی به انضمام آن انتقال می‌یابند؛ بویژه با عنایت به اینکه ماهیت برخی عقود مانند عقد ضمان به‌عنوان یک عقد وثیقه‌ای اقتضای تضمین و تسهیل وصول دین است؛ در نتیجه مضمون له (مرتهن) در راستای وصول مطالبات خویش امکان بهره‌مندی از تضامین تعلق گرفته به دین پایه را خواهد داشت (پیری و همکاران، بهار ۱۴۰۱).

۶-۲-۱. سیره عقلا در روابط تجاری اینگونه است: هنگامی که فردی متعهد به تعهداتی می‌شود، باید تمهیداتی در جهت تضمین اجرای آن اندیشیده شود تا برای متعهدله اجرای تعهد تضمین شود. تضامین به‌عنوان ابزارهایی برای تأمین اجرای تعهدات، نقش کلیدی ایفا می‌کنند. انتقال دین، اگرچه ممکن است موجب تغییر در طرفین تعهد شود، اما نباید به معنای سلب حق طلبکار از تضمینی باشد که برای تأمین مطالبات خود در نظر گرفته است، در غیر این صورت تجار با چه اعتماد و اطمینانی در روابط تجاری خویش ورود کنند بویژه با توجه به روابط تجاری الکترونیک در کشورهای مختلف که گاهی دو طرف قرارداد یکدیگر را نمی‌بینند و آشنایی با یکدیگر ندارند؛ بنابراین بقای تضامین در انتقال دین، نه تنها یک اصل حقوقی، بلکه سیره عقلا نیز بر همین چارچوب حرکت می‌کند. مبتنی بر همین سیره می‌توان گفت، انتقال تضامین و عدم سقوط آن می‌تواند سبب تقویت اعتماد و اطمینان در روابط تجاری شده، به رشد اقتصادی، توسعه بازار سرمایه و تحقق اهداف نظام حقوقی کمک شایانی نماید.

۷-۲-۱. دلیل دیگری که می‌توان در اعتبار بخشی به نگرش صحت، مورد توجه قرار

داد، عدم ردع شارع و عدم نیاز به تداول این عقود در زمان شارع خواهد بود. در توضیح این مبنا باید گفت آیا اساساً می‌تواند عدم ردع شارع نسبت به مشروعیت یک عمل حقوقی را مؤثر در اثبات صحت آن ارزیابی کرد؟ آیا اینکه احکامی توسط شارع تشریع شده، مختص به قراردادهای متداول زمان شارع بوده یا از حیث ارتکار می‌تواند شامل موارد دیگر در آن نیز شود. رجوع به اصول و عمومات کلی شریعت مانند «اوفوا بالعقود»، «المسلمون عند شروطهم» و «تجارة عن تراض» مبین آن است که شارع، اراده ماندگاری قوانین و مقررات شریعت و اعتبار بخشی به توافقات طرفین قرارداد را دارد به همین جهت با بیان اصولی کلی مزبور، به نحوی برنامه ریزی کرده که بتواند پاسخ چالش‌ها و مسائل مستحدثه را تا ابد بدهد؛ بویژه که دسترسی بشر نیز به وحی قطع شده است. حال با عنایت به این مسئله، می‌توان گفت: اصول کلی حاکم بر عقود مانند «المسلمون عند شروطهم» شامل قراردادهایی که در زمان شارع یا شبه‌اش یا ارتکازش در آن زمان وجود داشته است نیز می‌شود و در صحت انتساب همین کفایت می‌کند که شارع ردع نکرده است (صانعی، ۱۳۹۹/۱۰/۲۰)؛ پس از ذکر این مقدمه این نتیجه حاصل می‌شود که نیازی به تداول عقود مانند انتقال تضامین و حقوق توثیقی در زمان شارع نیست و صرف اینکه قراردادی مبتنی بر عمومات و ضوابط کلی فقه اسلامی باشد، معتبر است. در فرض حاضر نیز انتقال حقوق توثیقی با عنایت به توضیحاتی که در این دلیل و سایر دلایل گذشت، با توجه به اینکه منطبق بر عمومات و اطلاعات وجوب وفای به عهد بوده و ردعی از جانب شارع نسبت به آن وارد نگردیده است و بلکه به عکس ابزاری مهم در جهت رونق تولید و رشد سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه‌های کلان است، لذا بایستی معتبر شمرده شود. نتیجه اینکه تفسیر مضیق از روایات و توقف در عقود زمان شارع نمی‌تواند با پویایی فقه اهل بیت (علیهم‌السلام) در پاسخ‌گویی به تمامی مسائل با ملاحظه توضیحاتی که گذشت سازگاری داشته باشد.

۸-۲-۱. اصل صحت، دلیل دیگری است که می‌تواند به صحت انتقال حق وثیقه و عدم زوال آن کمک کند؛ زیرا نسبت به عدم صحت این مسئله نص خاصی از آیات و

روایات وارد نشده است؛ از این رو، نسبت به صحت انتقال حق وثیقه تردید حاصل می‌شود که آیا عمل حقوقی صحیح است یا خیر؟ با توجه به اصل صحت که یکی از اصول بنیادین و منطبق بر قواعد و مقررات عمومی است بایستی این قرارداد تا زمانی که خلاف صریح قانون نباشد، صحیح و معتبر است؛ زیرا اصل مزبور مبتنی بر اجماع، سیره عقلا و ظهور حال مسلمانان است.^۱

۲. دیدگاه حقوق ایران

قانون مدنی ایران به طور صریح به موضوع انتقال پذیری وثیقه به تبع دین نپرداخته است، اما تبدیل تعهد را به عنوان یکی از عوامل سقوط تضمینات و وثایق برشمرده است. در نتیجه، حقوقدانان در مواجهه با سکوت قانون، نظرات متفاوتی را در این خصوص بیان کرده‌اند.

۲-۱. دیدگاه سقوط وثایق

برخی از حقوقدان معتقدند نسبت به بقای وثایق یا عدم آن باید دید که اطلاق عقد ضمان چه اقتضایی دارد، اگر مقتضای عقد ضمان این است که این عقد به خودی خود اقتضای انتقال تضمینات را ندارد و به طور طبیعی وثایق باید آزاد شود در این صورت باقی گذاشتن این تضامین و وثایق هم جز با رضای آنان امکان ندارد. اما اگر ضمان مقتضای بقای این وثایق را داشته باشد در این صورت در صورت شرط عدم بقا، وثایق مزبور از بین می‌رود و الا به حال خود باقی‌اند. با توجه به اینکه مقتضای عقد ضمان به خودی خود اقتضای انتقال تضامین را ندارد و از طرفی هم در انتقال حق مورد توثیق نوعی تبدیل تعهد واقع می‌شود (انتقال طلب نوعی تبدیل تعهد است) که به منزله پرداخت آن دین می‌باشد و این امر باعث سقوط دین سابق و پیدایش دین جدید می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۳۳۲).

۱. جهت آشنایی با مبانی و دلایل اصل صحت به مفهوم وضعی (ر. ک: محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۹).

۱-۱-۲. تحلیل و بررسی دلایل

این دیدگاه در اثبات رویکرد خویش به دلایل ذیل استدلال می‌کند:

۱-۱-۱-۲. ماده ۲۹۲ قانون مدنی، سه حالت را برای تبدیل تعهد برمی‌شمارد. بند دوم این ماده، تبدیل تعهد را زمانی مصداق تبدیل تعهد می‌داند که شخص ثالث با رضایت متعهدله، تعهد به ایفاء دین متعهد را بپذیرد. ظاهراً این بند، انتقال دین و تغییر مدیون را به عنوان یکی از مصادیق تبدیل تعهد معرفی می‌کند.

از سوی دیگر، ماده ۶۸۴ قانون مدنی، عقد ضمان را عقدی تعریف می‌کند که براساس آن، شخص ثالث مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده می‌گیرد. با تطبیق این دو ماده، می‌توان نتیجه گرفت که عقد ضمان، مطابق بند دوم ماده ۲۹۲، مصداق تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون است (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۳۳۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۶۹). در نتیجه بنا به نص صریح ماده مذکور، با انعقاد عقد ضمان علی الاطلاق، تضامین تعلق گرفته به دین پایه ساقط می‌شود زیرا تضامین نسبت به دین جنبه فرعی و تبعی دارند و وجود و بقای آن منوط به وجود و بقای تعهد اصلی است. حال به دلیل از بین رفتن دین اصلی در تبدیل تعهد، تضامین آن نیز ساقط می‌شود (توکل‌کرمانی، ۱۳۷۶، ص ۸۸).

در نقد این دلیل باید گفت: بر خلاف نظر برخی، عقد ضمان به منزله تبدیل تعهد نیست. بلکه در عقد ضمان، دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و رابطه حقوقی بین مضمون‌له و ضامن، همان رابطه قبلی بین مضمون‌له و مدیون است (شهیدی، ۱۳۸۱، صص ۱۲۸-۱۲۹؛ صفایی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۶۱). به عبارت دیگر، مسئولیت پرداخت دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود، اما ماهیت دین و رابطه حقوقی بین طلبکار و بدهکار تغییری نمی‌کند.

مفاد ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز بر این امر دلالت دارد که ضمان به معنای بر عهده گرفتن دینی است که قبلاً در ذمه دیگری بوده است. در حالی که در تبدیل تعهد یک تعهد جدید به جای تعهد سابق است به گونه‌ای که تعهد قبلی به طور کامل از بین می‌رود و تعهد جدید جایگزین آن می‌شود؛ لذا برخی از نویسندگان معتقدند که « طرز تعبیر و

بیان بند ۲ ماده ۲۹۲ ق م خالی از اشکال نیست زیرا در این قسمت از ماده چنین بیان شده است که شخص ثالث با رضایت متعهدله تأدیه دین مدیون را قبول میکند و این عبارت در بیان تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون نارسا است و انتقال دین را نیز میتوان از آن استفاده کرد. در صورتی که ماهیت حقوقی انتقال دین و تبدیل تعهد با هم متفاوت است». (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۶).

۲-۱-۱-۲. یکی از مهمترین آثار عقد ضمان، با توجه به ماده (۶۹۸) قانون مدنی انتقال ذمه مدیون به ضامن و در نتیجه برائت ذمه مدیون اصلی است. حال در فرض بقای یکی از اموال مدیون در نزد طلبکار به عنوان وثیقه، در تحلیل اینکه ادعای برائت مدیون صحیح است باید گفت: بین برائت مدیون و حق طلبکار برای استیفای طلب از طریق فروش وثیقه تضاد ظاهری وجود دارد. در مواردی هم که شخص ثالثی مال خود را به عنوان وثیقه دین مدیون قرارداد داده یا به او وکالت یا عاریه داده تا آن را به رهن بگذارد، معمولاً فرض بر این است که این شخص به خاطر رابطه شخصی با مدیون حاضر به به تضمین دین او شده است. در این گونه موارد انحلال وثیقه (رهن) با سقوط دین اصلی، منطقی تر به نظر می رسد، زیرا با توجه به قصد اولیه وثیقه گذار، ادامه وجود رهن پس از برائت مدیون توجیه پذیر نیست. همچنین در مورد کفیل و ضامن تعهد آنان معمولاً مقید به بقای دین اصلی است. همان طور که بند ۳ ماده ۷۴۶ قانون مدنی مقرر می دارد که کفیل در صورتی بری می شود که ذمه مکفول (مدیون اصلی) به نحوی از انحاء از حق مکفول له (طلبکار) بری شود. بند ۵ همین ماده هم حتی در مورد انتقال طلب برائت مکفول را مقرر کرده و حکم ماده ۲۹۳ را در مورد سقوط تضمینات در فرض انتقال دین و طلب، تایید کرده است (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۴، صص ۳۳۲-۳۳۳).

نسبت به این دلیل باید گفت: اعتقاد به شمول مطلق ماده مذکور و تسری حکم آن به وثایق دین، با توجه به مبانی علم اصول فقه قابل تأمل است؛ زیرا با توجه به مبانی علم اصول فقه و اطلاق ماده، می توان گفت که تمسک به شمول مطلق این ماده و تسری حکم آن به تضامین دین، نیازمند احراز مقدماتی خاص است. یکی از این مقدمات، این است که مقدمات حکمت وجود داشته باشد. بدین بیان که قصد روشن و واضح

قانون‌گذار در مقام بیان بودن باشد. لذا اگر متکلم در صدد اهمال‌گویی یا بیان حکم دیگری باشد، در این صورت کلام مورد نظر دیگر ظهوری در اطلاق نخواهد داشت (مظفر، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۶۹). حال با بررسی ماده ۶۹۸، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با صراحت به اثر عقد ضمان بر اصل دین پرداخته و در خصوص تضامین دین ساکت مانده است. این امر نشان می‌دهد که قصد قانون‌گذار محدود به اصل دین بوده و اطلاق کلام در این مورد قابل پذیرش نیست؛ بنابراین، با توجه به دلایل مذکور، می‌توان نتیجه گرفت که عقد ضمان تنها اصل دین را منتفی کرده و تضامین دین همچنان به قوت خود باقی است. این نتیجه‌گیری از اهمیت عملی بالایی برخوردار است، زیرا تضامین دین به عنوان یکی از ابزارهای مهم تامین مطالبات طلبکاران، نقش بسزایی در امنیت معاملات ایفا می‌کند.

۳-۱-۱-۲. ادعای بقای تضمین‌ها در انتقال دین و طلب در احکام ضمان و کفالت، افزون بر تضاد با نگرش مشهور فقها و بلکه مورد اتفاق ایشان، در تضاد با منطق حقوقی است؛ زیرا مشهور فقهای امامیه قائل به آزاد شدن وثیقه دین و لزوم فک رهن در صورت انتقال دین از ذمه مدیون می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۲۷).

۴-۱-۱-۲. در صورتی که شخص ثالث مالی را به عنوان وثیقه دین دیگری قرار داده باشد، توافق صرف طلبکار و بدهکار (ضامن جدید) برای تغییر یا ادامه دار بودن وثیقه کافی نمی‌باشد؛ زیرا با سقوط تعهد اصلی، رهن نیز که تابع آن است از بین می‌رود و برای تداوم رهن پس از انتقال دین یا طلب، رضایت مالک عین مرهونه الزامی است و باید مجددا رضایت او اخذ گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۲۹). به علاوه اینکه عقد ضمان منجر به ادا و ایفای دین می‌شود و در نتیجه سقوط تضامین دین پایه را در پی دارد، می‌توان این دیدگاه را از مبنی قانون‌گذار در عقد ضمان که به عنوان نوعی ایفا، دین تبیین کرد بدست آورد زیرا در ماده ۴۰۸ قانون مدنی، با بیان اینکه در صورت ضمان مشتری برای ثمن، خیار تأخیر ثمن از فروشنده سلب می‌شود، به این دیدگاه قوت بخشیده است. ماده ۴۰۲ قانون مدنی، یکی از شرایط تحقق خیار تأخیر ثمن را عدم پرداخت کامل ثمن دانسته است. لذا سلب خیار تأخیر ثمن در صورت ضمان،

حاکمی از آن است که قانون‌گذار ضمان را نوعی پرداخت تلقی کرده است. در نتیجه با انعقاد عقد ضمان، تضامین تعلق گرفته به دین اصلی نیز ساقط می‌شود؛ زیرا با پرداخت دین اصلی (هر چند به صورت ضمان)، تضمین‌ها که تابع دین اصلی هستند، زایل می‌شوند.

در نقد این دلیل باید گفت: با فرض پذیرش این دیدگاه که عقد ضمان ناقل ذمه به مثابه ادا و ایفا است، می‌توان گفت که مطلق بودن این قاعده محل اشکال است زیرا با وجود اشاره برخی از حقوق‌دانان به قابلیت تعبیر عقد ضمان به عنوان ایفا، این تعبیر در همه موارد قابل قبول نیست زیرا با وجود انعقاد عقد ضمان، وصف دائن همچنان نسبت به مضمون‌له برقرار است. به علاوه «در ضمان، اگرچه باعتبار مدیون اصلی که ذمه او بری شده مانند وفاء دین می‌باشد ولی باعتبار دائن دین باقی است و محل خود را از ذمه مدیون اصلی بدمه ضامن تغییر داده است و نمی‌توان ضمان را من جمیع الجهات بمنزله وفاء دین دانست، و الا سبب جدیدی برای مدیونیت ضامن حادث نشده است تا مضمون‌له از او طلبکار گردد. بنابراین با انتقال دین تضمینات باقی می‌ماند. این امر یکی از فرق‌های موجود بین تبدیل تعهد و انتقال دین است» (امامی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۲۷۰).

۲-۲. دیدگاه بقای وثایق

در نقطه مقابل برخی معتقدند که مقتضای عقد ضمان بقای این تضمین‌ها است مگر اینکه شرط عدم بقای تضامین شود. حال در انتقال حق مورد توثیق نوعی انتقال دین یا طلب می‌باشد به عبارت دیگر عقد ضمان یکی از عقود معینه می‌باشد که مبتنی بر انتقال دین استوار شده است (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۳۸)؛ بنابراین همان‌طور که در انتقال طلب همه عوارض و طواری من جمله تضمینات باقی می‌ماند در اینجا هم تمامی تضامین در زمان انتقال حق مورد توثیق باقی می‌باشد لذا اگر دین اصلی رهن داشته باشد، در اثر ضمان رهن فک نمی‌شود مگر آنکه در ضمان تصریح به عدم بقاء رهن صورت گرفته باشد (امامی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۲۷۰).

۲-۱. تحلیل و بررسی دلایل

در تأیید نگرش رویکرد بقا تضمینات در دکترین حقوقی باید افزود: در فرض نقل طلب، نقل ملکیت طلب به همراه جمیع اوصاف، توابع و تضمینات مزبور می‌تواند در چارچوب تراضی طرفین صورت پذیرد و نسبت به اصل مطلب جنبه فرعی و تبعی دارند و در وجود و بقا تابع اصل یعنی طلب می‌باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۷، ص ۲۲۶) و قابلیت تفکیک به چند نوع را دارند: از جمله وثایق عینی طلب، وثایق شخصی دیگر مانند ضمان اشخاص و همچنین بهره، اقساط یا امتیازات دیگری که به طلب تعلق گرفته است. حال در فرض عدم توافق و تراضی طرفین بر انتقال توابع از جمله حقوق توثیقی، افزون بر اینکه این امر می‌تواند با تکیه بر اصول عقلی استنتاج شود، مستند به مقررات ذیل نیز قابلیت استنباط دارد:

ماده ۲۲۰ قانون مدنی که منطبق بر آن، متعاملین ملزم به کلیه نتایج عرفی و قانونی عقد می‌باشند و انتقال توابع تعهد همراه آن، نتیجه‌ای است که به موجب منطبق بر عرف و عادت و قانون حاصل می‌شود.

همچنین منطبق بر ماده ۲۲۵ ق.م ایران «متعارف بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است»؛ بنابراین می‌توان اینگونه استنباط کرد که چون غالباً در عرف تجاری انتقال طلب به همراه وثایق و تضمینات مربوط به آن انجام می‌گیرد، حتی در فرض عدم ذکر با تکیه بر چنین عرفی می‌توان اعتقاد به انتقال وثایق و تضمینات به همراه طلب داشت.

مستند بعدی ماده ۳۲ ق.م است که به موجب آن: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقول و غیرمنقوله که طبعاً در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع مال مالک اموال مزبور است». به این جهت با عنایت به اینکه طلب در زمره اموال قرار می‌گیرد و حتی از حیث صلاحیت محاکم در حکم اموال منقول است، متعلقاتی دارد که عبارت از وثایق و تضمینات مرتبط با آن است و با تبعیت از انتقال طلب به ملکیت شخصی که مالک طلب هستند وارد می‌شود.

ماده ۳۶۵ قانون مدنی نیز می‌تواند در تکمیل نگرش منتخب یعنی بقای تضمینات مفید واقع شود؛ زیرا منطبق بر آن «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در بیع نماید، داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند». با عنایت به ماده اخیر، انتقال توابع حق از جمله وثایق و تضمینات به همراه انتقال اصل طلب، می‌تواند استنباط شود. این مسئله در مواردی که انتقال طلب گاهی در قالب عقد بیع صورت می‌پذیرد، ظهور بیشتری دارد.

نتیجه‌گیری

بررسی رویکردهای موجود در میان فقها، سه نگرش عمده را در این باره نشان می‌دهد؛ مشهور فقهای امامیه معتقدند که تلازمی میان انتقال دین و انتقال تضمینات آن وجود ندارد. در نقطه مقابل عده‌ای بر این انتقال مهر تأیید زده و برخی نیز رویکرد تفصیل را برگزیدند. پژوهش حاضر پس از بررسی‌های انجام گرفته به این نتیجه دست یافته است که نگرش صحت انتقال حق وثیقه با مبانی فقهی، اصول حقوقی و نیازهای روز بازار و مبادلات تجاری، سازگاری بیشتری دارد. این نگرش را وجود دلایلی اصل صحت، استصحاب بقای حق توثیقی، حفظ ماهیت قرارداد، استقلال میان دین و وثیقه، عدم ردع شارع، سیره عقلا و سازگاری با هدف علم حقوق در حفظ نظم و امنیت حقوقی در جامعه تقویت می‌کند. به علاوه ارتباط وثیقه با دین به شرط استقرار دین در ذمه مدیون نیست، به نحوی که با انتقال دین به شخص ثالث، وثیقه به خاطر رفع شرط، منحل شود به علاوه با توجه به اینکه دین مالی مستقل بوده و وثیقه نیز در جهت تضمین پرداخت آن اخذ می‌شود، عموماً تابع دین اصلی است نه عدم اطمینان به شخص مدیون؛ لذا هرگونه تغییر در دین مانند انتقال به شخص ثالث تغییری بر وضعیت حقوقی وثیقه نسبت به دین نداشته و با انتقال دین، وثیقه هم منتقل می‌شود.

حال با عنایت به ادله فقهی حقوقی و در جهت نقش قانون‌گذار در وضع مقررات

تضمین کننده و اطمینان بخش دین طلبکاران، رشد سرمایه گذاری و افزایش انگیزه سرمایه گذاران، مقررره ذیل به قانون گذار پیشنهاد می شود: «وثیقه تابع دین اصلی است و تا زمان ادای کامل دین، تضمینات مرتبط با آن نیز باقی است؛ لذا انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه دیگری، باعث زوال حق وثیقه نمی شود».

فهرست منابع

- اشتهاردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروه (ج ۲۸). تهران: دار اسوه للطباعة والنشر.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۶۸). حقوق مدنی (ج ۱). تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۰). حقوق مدنی (ج ۲، چاپ ششم). تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- بجنوردی، سیدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (ج ۶). قم: نشر الهادی.
- پیری، جواد؛ سیفی زیناب، غلامعلی؛ کاوسی، فائزه. (۱۴۰۱). تأثیر عقود وثیقه‌های ناقل ذمه بر تضامین دین، فصلنامه تعالی حقوق، سال سیزدهم، شماره ۱، صص ۱۵۳-۱۷۳.
- تبریزی، جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین (ج ۲). قم: مجمع الامام المهدی.
- توکل‌کرمانی، سعید. (۱۳۷۶). «اثر عقد ضمان تبدیل تعهد است یا انتقال دین؟»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۳۷ (۱۰۶۳). صص ۸۳-۱۱۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۲). عقد ضمان. تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۳۷). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
- حکیم، سیدمحسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی (ج ۱۳). قم: موسسه دار التفسیر.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه (ج ۵، چاپ دوم). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۴۰۹ق). مبانی العروه الوثقی (ج ۲). قم: منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی.

ساعی، محمدهادی. (۱۳۸۶). «وضعیت تضمینات پس از انتقال طلب یا انتقال دین»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۸(۲۶)، صص ۱۵۱-۱۸۶.

سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام (ج ۲۰، چاپ چهارم). قم: موسسه المنار.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (ج ۴). قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱). سقوط تعهدات (چاپ دوم). تهران: انتشارات مجد.

صفایی، سیدحسن. (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها (ج ۲، چاپ دهم). تهران: نشر میزان.

طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (ج ۲). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه (ج ۱۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین (ج ۲). بی جا: بی نا.

داودآبادی فراهانی، محمدابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ قیوم زاده، محمود. (۱۴۰۲). «واکاوی ادله انتقال وثیقه از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، دوفصلنامه فقه مقارن، ۱۱(۲۱)، صص ۱۱۱-۱۳۵.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۴). حقوق مدنی عقود اذنی - وثیقه‌های دین (ج ۴). تهران: انتشارات به نشر.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات (چاپ اول). تهران: موسسه نشر یلدا.

کاشف الغطاء، احمد بن علی نجفی. (۱۴۲۳ق). سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادت (ج ۳). نجف: موسسه کاشف الغطاء.

میرزای قمی (گیلانی)، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی اجوبه السوالات (ج ۳). تهران: موسسه کیهان.

محلی، محمد. (۱۳۹۶). «نظریه وثیقه عینی در فقه امامیه و حقوق ایران» (رساله دکتری). تهران: دانشگاه تهران.

مظفر، محمدرضا. (۱۴۱۲ق). اصول الفقه (ج ۱، چاپ چهارم). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۶، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبائی (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (ج ۲، چاپ دوم). بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

A Jurisprudential and Legal Analysis of the Concept of *Roshd* and Its Extension to Non-Financial Matters in Iranian Law

Seyed Mahdi Dadmarzi¹ 

Mohammad Mahdi Azizollahi² 

Jafar Alizadeh³ 



Received: 2024/11/15 • Revised: 2025/03/18 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09

Abstract

Rational control over property and financial rights has traditionally been recognized in jurisprudence and law as the concept of *roshd* (maturity/competence). This dominant view is also reflected in Article 1208 of the Iranian Civil Code. Contrary to this mainstream view in jurisprudence and the Civil Code, another perspective in jurisprudence and legal doctrine recognizes that *roshd* is not limited to financial matters. This article aims to present and substantiate the view that *roshd* extends to non-financial matters. Using a descriptive-analytical approach and library-based research tools, the article proposes the development of the

1. Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran (Corresponding Author).

M.dadmarzi@qom.ac.ir

2. Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

m.azizollahi@qom.ac.ir

3. Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

alizadeh.jafar1359@gmail.com

* Dadmarzi, S. M., Azizollahi, M. M., & Alizadeh, J. (2025). A Jurisprudential and legal analysis of the concept of *roshd* and its extension to non-financial matters in Iranian law. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 85-110. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.70299.2857>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

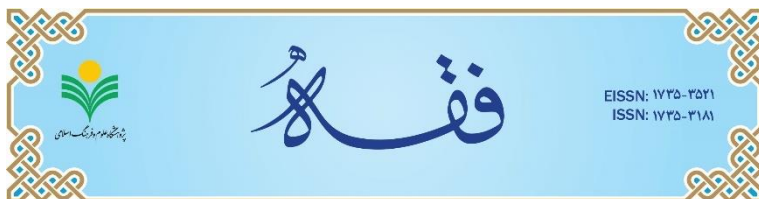
authors retain the copyright and full publishing rights



concept of *roshd* to include non-financial matters and provides supporting evidence from the Holy Quran, narrations of the Imams, customary practices, analogical reasoning (*qiyas*), the formation of will, and legislative necessities. Extending the concept of *roshd* to non-financial matters results in the requirement of *roshd*, alongside maturity and sanity, for lifting legal incapacity (*hajr*) from an adult of sound mind. Without this requirement, a person's non-financial acts, like their financial acts, would be considered legally ineffective. The proposed amendments to the Civil Code in this article align with existing regulations in which, in practice, a higher age than the statutory age of maturity has been applied in non-financial matters governing citizens' legal relations.

Keywords

Concept of *roshd*, financial *roshd*, lifting of legal incapacity (*hajr*), ineffective acts, eligibility requirement, extension of the concept of *roshd*.



تحلیل فقهی - حقوقی مفهوم رشد و توسعه آن به امور غیرمالی در حقوق ایران



جعفر علیزاده^۳

محمد مهدی عزیزاللهی^۲

سید مهدی دادمرزی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۵ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۲/۲۸ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۵ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

چکیده

تصرف عقلایی در اموال و حقوق مالی به عنوان مفهوم سنتی رشد در فقه و حقوق شهرت یافته است. این نظر مشهور در ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی نیز منعکس شده است. بر خلاف نظر مشهور در فقه و مذکور در قانون مدنی، نظر دیگری در فقه و دکتترین حقوقی قابل شناسایی است که رشد را منحصر در امور مالی نمی کند. این مقاله درصدد است تا دیدگاه عدم اختصاص رشد به امور مالی را به گونه ای مستدل معرفی و اثبات نماید. در این راستا به روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از ابزارهای کتابخانه ای، نظریه توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی را مطرح و دلایل آن شامل قرآن کریم، روایات معصومین (علیهم السلام)، عرف، قیاس اولویت، شکل گیری اراده و ضرورت های تقنینی را ذکر کرده ایم.

۱. دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

M.dadmarzi@qom.ac.ir

۲. دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

m.azizollahi@qom.ac.ir

۳. دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

alizadeh.jafar1359@gmail.com

* دادمرزی، سید مهدی؛ عزیزاللهی، محمد مهدی؛ علیزاده، جعفر. (۱۴۰۴). تحلیل فقهی - حقوقی مفهوم رشد و توسعه آن به امور غیرمالی در حقوق ایران. فقه، ۳۲(۳)، صص ۸۵-۱۱۰.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.70299.2857>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی، منجر به اشتراط رشد در کنار بلوغ و عقل، جهت رفع حجر از بالغ عاقل می‌شود که بدون آن، تصرفات غیرمالی شخص مانند تصرفات مالی او غیرنافذ تلقی می‌شود. اصلاح قانون مدنی مطابق پیشنهاد عرضه شده در مقاله همسو با مقرراتی است که در امور غیرمالی، سنی بالاتر از سن بلوغ در قانون مدنی را در عمل بر روابط شهروندان حاکم ساخته‌اند.

کلیدواژه‌ها

مفهوم رشد، رشد مالی، رفع حجر، تصرفات غیرنافذ، شرط اهلیت، توسعه مفهوم رشد.

مقدمه

حق غیر مالی، امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. موضوع آن روابط غیر مالی اشخاص می باشد؛ ارزش دادوستد ندارد و قابل ارزیابی به پول نیست؛ مانند حق زوجیت، حق ابوت، بنوّت و حضانت (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۶). افزون بر حقوق مذکور، تکالیفی نیز به عهده اشخاص شناسایی شده است، که این تکالیف نیز به مالی و غیر مالی تقسیم می شود و امور شامل تکالیف و حقوقی می شود.

تردیدی نیست اجرای امور غیر مالی نیز به مانند امور مالی از مجرای اهلیت خواهد بود. هر چند ماده ۲۱۱ قانون مدنی عقل، بلوغ و رشد را به عنوان عناصر اهلیت مورد شناسایی قرار داده است؛ لکن تعریفی از رشد در قانون مدنی ارائه نشده است. به موجب تعریف ارائه شده از غیر رشید، در ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی، همچنین ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره دو آن و رأی وحدت رویه به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۰۳ مفهوم رشد، مختص امور مالی است و شامل امور غیر مالی نمی شود. در دکتین حقوقی نیز به طور سنتی، رشد به تصرف عقلایی در اموال و حقوق مالی اختصاص یافته، هر چند انتقادهایی نیز در این خصوص ارائه شده است (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۶؛ ساکت، ۱۳۷۲، ص ۲۳۳؛ شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۴۴؛ صفایی و قاسم زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۳۴؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۳) احتمال دارد گفته شود به جهت تعریف رشد در کتاب حجر و اختصاص کتاب حجر به امور مالی، بنابراین رشد در امور مالی تعریف شده است؛ این امر دلالتی بر اختصاص رشد به امور مالی ندارد و رشد شامل امور غیر مالی نیز است. این در حالی است که احکام مصادیق مختلف، از امور غیر مالی به صورت پراکنده در قانون بیان شده است؛ با بررسی این احکام، این نتیجه حاصل می شود که در اهلیت امور غیر مالی، رشد به عنوان شرطی مستقل مد نظر نبوده است. برای مثال ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی رشد را در طلاق دهند شرط ندانسته است.

علی رغم مراتب فوق، ضرورت های تقنینی و نیازهای عرفی، ما را به سوی بازنگری در مفهوم سنتی رشد از منظر توسعه آن به امور غیر مالی رهنمون می نماید. آنچه ضرورت بازنگری مذکور را تأیید و تقویت می نماید، این واقعیت اساسی است که

قوانین باید از اصول و قواعد یکسانی تبعیت نمایند؛ این در حالی است که برخلاف ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و رأی وحدت رویه مذکور که بلوغ و عقل را جهت رفع حجر در امور غیرمالی کافی دانسته، از یک سو در سایر مواد قانون مدنی و از سوی دیگر در سایر قوانین همچون قانون کار و قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴ در برخی از مصادیق امور غیرمالی مانند تغییر نام و نام خانوادگی، تعیین اقامتگاه، تغییر تابعیت، انعقاد عقد نکاح، حق رأی در انتخابات، مقنن سنی بالاتر از سن بلوغ را بر روابط شهروندان حاکم کرده است. این امر دلالت بر این می کند که تنها بلوغ و عقل نمی تواند ملاک مناسبی برای رفع حجر از شخص در امور غیرمالی تلقی شود.

همچنین از دیدگاه عرفی نیز رشد از جمله شرایط استقلال شخص در اعتبار تصمیم ها نسبت به امور غیرمالی است؛ برای مثال هیچ دختر ۹ ساله ای که دارای شرایط عقل و بلوغ است؛ بدون احراز رشد، مستقلاً زندگی نمی کند و در خصوص تحصیل، رفتارهای اجتماعی به طور مستقل تصمیم نمی گیرد. با در نظر گرفتن ضرورت های تقنینی و عرفی، این مقاله در صدد توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی از طریق نقد دلایل اختصاص مفهوم رشد به امور مالی و ارائه دلایل توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی است.

در نوآوری این نوشته همین بس که پژوهشگران، ناکارآمدی قوانین موجود در اجرای امور غیرمالی را یافته اند و در صدد ترمیم آن بوده اند؛ در جستجوی سوابق پژوهشی مرتبط، مقاله با عنوان «تأمل فقهی درباره اعتبار رشد از نظر ازدواج در عقد نکاح» (پارساپور، ۱۳۹۰، صص ۸۹-۱۰۹) در فصلنامه علمی - پژوهشی حقوق اسلام با موضوع نکاح سفیه منتشر شده است. همچنین مقاله با عنوان «پایان حضانت با بلوغ است یا بلوغ و رشد؟» (انصاری پور، ۱۳۹۹، صص ۶۴۷-۶۶۳) در فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی انتشار یافته است؛ در دو مقاله پیش گفته اعتبار رشد در مصادیقی از مصادیق امور غیرمالی بررسی شده است؛ اما در مقاله حاضر اعتبار رشد در کلیه مصادیق امور غیرمالی مد نظر است.

برخی از محققین ضمن مفروض دانستن اعتبار رشد در امور غیرمالی، ناکارآمدی

قوانین در مواجهه با امور غیرمالی را ناشی از اماره بودن بلوغ در رشد امور غیرمالی اعلام و در صدد تغییر این اماره بوده‌اند؛ مقاله با عنوان «از بلوغ جسمانی تا رشد عقلانی: بازخوانی اماره رشد در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه» (کاظمی و برزویی، ۱۳۹۴، صص ۱۱۹-۱۴۵) در فصلنامه پژوهش‌های حقوق خصوصی، چاپ شده است. همچنین مقاله «بررسی سن رشد در امور غیرمالی» (پوراسماعیلی و پورعابدی، ۱۳۹۸، صص ۶۸-۸۹) در فصلنامه پژوهش‌های حقوق اسلامی با موضوع سن رشد در امور غیرمالی منتشر شده است. در صدد اثبات سن رشد متفاوت از سن بلوغ مبتنی بر قانون رشد متعاملین مصوب سال ۱۳۱۳ می‌باشد؛ همان‌طور که در دو مقاله نخستین بررسی شده است ناکارآمدی موجود ناشی از عدم اعتبار رشد در امور غیرمالی می‌باشد؛ راهکار رفع ناکارآمدی با توجه به ضرورت‌های تقنینی و عرفی، توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی است.

تحلیل و ارزیابی این مسئله که ابعاد، دلایل و مستندات توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی چیست و چه آثاری دارد؛ بیش از هر چیز در گرو تحلیل مفهوم سنتی رشد در فقه و حقوق، نقد ادله دیدگاه مشهور و سپس توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی و تحلیل و ارزیابی دلایل آن است. بر این اساس در پژوهش حاضر مفهوم سنتی رشد در فقه و حقوق در بخش نخست، دلایلی اختصاص مفهوم رشد به امور مالی و نقد آن در بخش دوم و شناسایی توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی در فقه و حقوق در بخش سوم و دلایل آن در بخش پایانی مورد بحث واقع می‌شود.

۱. مفهوم سنتی رشد

در این قسمت به ترتیب به تبیین مفهوم سنتی رشد در فقه و همچنین تبیین مفهوم سنتی رشد در حقوق می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم سنتی رشد در فقه

حجر صغیر شامل امور مالی و غیرمالی می‌باشد؛ اختلافی در این نیست که رشد از

جمله شرایط رفع حجر از صغیر در مطلق امور است (کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۵، ص ۱۸۶)؛ لکن در مفهوم آن اختلاف وجود دارد. (جمع من المحققین، ۱۴۲۸ق، ج ۶، ص ۲۲۵). توانایی اصلاح مال، توانایی حفظ مال و جلوگیری از افساد مال، از جمله مفاهیم به کار رفته در فقه برای رشد است.

در نظر برخی از فقها، رشد کیفیت نفسانی است که شخص را از افساد مال و صرف آن در طریق غیرعقلایی منع می کند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۳۴؛ کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۵، ص ۱۸۳) برخی از فقها، رشد را به توانایی حفظ مال تعریف نموده اند (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۵۰). با توجه به اینکه هدف از حجر نیز حفظ مال است (السیوری حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۰۳ق، ص ۳۷۷)، با دو استدلال نظر فوق تقویت می شود. اولاً اصل بر این است که اشخاص مسلط بر اموال می باشند و بدون دلیل نمی توان تسلط اشخاص بر اموال را محدود کرد. ثانیاً هدف از حجر، حفظ مال می باشد. اگر شخص توانایی حفظ مال را داشته باشد مقصود حاصل می باشد و نیازی به شرط اضافه تر وجود ندارد (اردیلی (مقدس)، بی تا، ص ۴۸۱).

نظر مشهور بر این است که منظور از رشد توانایی اصلاح مال است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۸۴؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۳۵؛ السیوری حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۱؛ جعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۶ق، ج ۴، ص ۱۰۲؛ اردیلی (مقدس)، بی تا، ج ۹، ص ۱۹۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۵، ص ۳۵۱؛ طباطبایی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۳۶). اصلاح مال به خوب خرج نمودن مال ترجمه شده است (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۴۴).

علامه حلی، بدون اینکه اشاره به اصلاح مال یا جلوگیری از افساد مال نماید؛ رشد را صرف مال در طریق عقلا تعریف می کند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۳۴).

هر چند ملاک های متفاوتی در شناسایی رشد در تعاریف فوق به کار رفته است، اما با توجه به اینکه توانایی ذکر شده در تعاریف مذکور با محک عرف سنجیده می شود، به نظر می رسد بازگشت همه تعاریف به تصرف عقلایی در اموال و حقوق مالی می باشد. هر چند این تعاریف رشد در کتاب حجر ذکر شده است؛ لکن در سایر ابواب فقهی از همین تعریف تبعیت و در اهلیت امور غیرمالی مانند طلاق و قصاص رشد شرط نیست.

۲-۱. مفهوم سنتی رشد در حقوق

به موجب ماده ۲۱۱ قانون مدنی، رشد یکی از عناصر سه گانه تشکیل دهنده اهلیت در کنار بلوغ و عقل است. واژه رشد همانند دیگر عناصر اهلیت، در قانون مدنی تعریف نشده است. حقوقدانان به تأسی از ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی، رشد را مختص امور مالی تعریف کرده‌اند. از مفاد ماده مذکور که مفهوم «غیررشید» را بیان می‌کند؛ چنین بر می‌آید که رشد چهره‌ای از عقل است که شخص را از تباه کردن اموال خود باز می‌دارد و به اصلاح آن را هدایت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۳۴). بدین گونه رشید کسی است که از نظر عقل معاش و اقتصادی، شایستگی اداره اموال و بهره‌وری از حقوق مالی خود را دارد (ساکت، ۱۳۷۲، ص ۲۳۳).

به تعبیر دیگر، رشد درجه‌ای از کمال عقل است که شخص را از تباه ساختن مال خویش و تصرف بیهوده در آن باز می‌دارد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۳). اگر شخص عملاً مال خود را از بین نبرد، ولی نسبت به اصلاح و بهره‌برداری عقلایی از آن تمایل نشان ندهد، رشید شناخته نمی‌شود. مقصود از رشد این است که شخص توانایی اداره اموالش را به نحو عقلایی داشته باشد (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۸۳).

به تعبیر دیگر، رشد عبارت است از توان بالایی از اندیشه که شخص به کمک آن می‌تواند به طور متعارف، امور مالی خود را در جهت مصلحت خویش اداره کند و رشید کسی است که از چنین توان اندیشه‌ای برخوردار باشد (شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۴۴). البته روشن است که مراد از توانایی بالا در عبارت این حقوقدان برجسته، نه اوج عقل مندی، بلکه حدی از توانایی، متناسب با تشخیص مصلحت یاد شده است؛ بنابراین، رشد، حالت شخصی است که از حیث دانایی و توانایی عقلایی به درجه‌ای رسیده است که می‌تواند، تصرفات معقول و متعارفی را در اموال خود به عمل آورد (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۶).

هر چند در تعریف رشد اختلاف‌هایی وجود دارد؛ لکن واضح است که موضوع رشد به امور مالی اختصاص یافته است. با در نظر گرفتن احکام اجرای مصادیقی از امور غیرمالی در قانون مانند پایان حضانت و طلاق چنین استنباط می‌شود جهت اجرای امور

غیرمالی، شخص نیاز به رشد ندارد و صرف بلوغ و عقل جهت اجرای امور غیرمالی کفایت می‌نماید.

۲. دلایل اثبات اختصاص مفهوم سنتی رشد به امور مالی و نقد آن

مطابق مطالب پیش گفته، تصرف عقلایی در اموال و حقوق مالی به‌عنوان مفهوم سنتی رشد در فقه مشهور شده است. آیه ۶ سوره نساء، احادیث معصومین علیهم‌السلام، اجماع فقها و مفهوم عرفی رشد، به‌عنوان دلایل اختصاص رشد به امور مالی مورد استناد واقع شده است. در ادامه هر یک از این دلایل و نقد آن آورده می‌شود.

۲-۱. آیه ۶ سوره نساء

به آیه ۶ سوره مبارکه نساء «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» به‌عنوان دلیل اختصاص مفهوم رشد به امور مالی، استناد شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۲۸۴). این در حالی است که کلمه رشد در صیغه‌های مختلف، ۱۹ بار در قرآن کریم در مفهوم موسع‌تری از امور مالی به کار رفته است. بیان مفهومی موسع‌تر از امور مالی نسبت به رشد در سایر آیات قرآن کریم که در ادامه ذکر خواهد شد (بند ۱-۶)، ادعای اختصاص مفهوم رشد به امور مالی را نقض می‌کند و از طرفی دلالت بر پیوند مفهوم رشد با معنای توسعه یافته از رشد به امور غیرمالی می‌نماید.

۲-۲. روایات معصومین

در ذیل آیه ۶ سوره نساء، به روایاتی که در مقام بیان مفهوم رشد آمده است، جهت اثبات اختصاص مفهوم رشد به امور مالی استناد شده است؛ از جمله این روایات، حدیثی از امام باقر علیه‌السلام می‌باشد: «والأقوی أن يحمل علی أن المراد به العقل و إصلاح المال ... علی ما قاله ابن عباس، والحسن و هو المروي عن الباقر» (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۰). و همچنین حدیثی از امام صادق علیه‌السلام «ایناس الرشید، حفظ المال» و نیز آنچه از تفسیر عیاشی از یونس بن یعقوب نقل شده است: «قلت لأبي عبد الله علیه‌السلام، قول الله: «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ

رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» أي شيء الرشد الذي يؤنس منه؟ قال: «حفظ ماله» (جمع من المحققين، ۱۴۲۸ق، ج ۶، ص ۲۲۵). نظر به اینکه روایت ذیل آیه ابتلاء است و آیه ابتلاء نیز در مقام بیان امور مالی است، بالتبع مفهوم مالی رشد در روایات ذکر شده است. اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند؛ آیه مذکور مفهوم غیر مالی رشد را نفی نمی نماید. از طرفی عقل به عنوان مفهوم دیگر برای رشد کنار حفظ مال ذکر شده است که شامل امور مالی و غیر مالی است.

مضاف بر روایاتی که در مقام تفسیر آیه، مفهوم رشد را بیان کرده اند؛ در برخی از روایات دیگر نیز مفهوم رشد مختص امور مالی بیان شده است. از جمله آنچه از عیص بن قاسم از اباعبدالله علیه السلام روایت شده است: «قال: سألت عن اليتيمة، متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۱). از این روایت چنین استفاده شده است که مفهوم رشد، عدم افساد و از بین بردن مال می باشد (جمع من المحققين، ۱۴۲۸ق، ج ۶، ص ۲۲۵). نظر به اینکه پرسش در خصوص مال بوده است، پاسخ نیز در خصوص مال داده شده است و دلیل اختصاص مفهوم رشد به امور مالی نمی باشد.

همچنین در روایتی دیگر از امام صادق علیه السلام به صورت ضمنی با اختصاص حجر به مال، چنین استفاده شده است که مفهوم رشد نیز مختص امور مالی می باشد. قال الإمام الصادق علیه السلام: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، وهو رشد، وإن احتلم، ولم يؤنس منه رشد، و كان سفيفا، أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله» (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۹۰). تردیدی نیست که ولایت ولی شامل امور مالی و غیر مالی می باشد؛ به جهت اینکه امساک مال غلبه دارد و همچنین واضح ترین موضوع حجر، امور مالی است؛ از جهت سهولت بیان، لفظ مال به کار رفته است. حدیث در مقام بیان اختصاص مفهوم رشد به امور مالی نمی باشد. مضاف بر مطالب گفته شده، کلمه رشد در سایر روایات معصومین علیهم السلام در مفهومی موسع تر از امور مالی به کار رفته است؛ (بند ۶-۲) که ادعای اختصاص رشد به امور مالی را نقض می نماید.

۲-۳. اجماع

دلیل دیگر اختصاص مفهوم رشد به امور مالی اجماع فقها است (جمع من المحققین، ۱۴۲۸ق، ج ۶، ص ۲۲۱). به چند جهت این دلیل متزلزل است؛ نزد امامیه اجماع دلیل مستقل نمی‌باشد. در صورتی که اجماع کاشف از سنت باشد معتبر است. ارزش ذاتی ندارد. با توجه به اینکه در احادیث مفهوم رشد در امور غیرمالی به کار رفته است، (بند ۲-۶) بنابراین اجماع نمی‌تواند دلیل اختصاص مفهوم رشد به امور مالی باشد. همچنین نظر به اینکه اختلاف فقها در تعریف رشد بوده است؛ در اثبات مدلول کلمه به اجماع استناد نمی‌شود (جمع من المحققین، ۱۴۲۸ق، ج ۶، ص ۲۲۱)، بلکه به عرف مراجعه می‌شود. مضاف بر دلایل فوق با مراجعه به متون فقهی مشخص می‌شود، اجماعی که در رشد مورد استناد واقع شده جهت اثبات اختصاص مفهوم رشد به امور مالی نیست؛ بلکه برای اثبات شرط بودن رشد جهت رفع حجر از صغیر می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴۸؛ حلی (ابن زهره)، ۱۴۱۷ق، ص ۲۵۲). نظر به اینکه حجر صغیر نسبت به امور غیرمالی نیز می‌باشد و رشد شرط رفع حجر از صغیر در مطلق امور است؛ بنابراین توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی به این جهت نیز ثابت می‌باشد.

۲-۴. مفهوم عرفی رشد

فقها قائل به این هستند که رشد حقیقت شرعی ندارد؛ جهت فهم مفهوم آن به عرف مراجعه می‌شود. از جمله دلایل اختصاص رشد به امور مالی، دلالت مفهوم عرفی رشد به توانایی اصلاح مال و فریب نخوردن در معاملات می‌باشد (السیوری حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۱؛ جعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۶ق، ج ۴، ص ۱۰۲). دلالت فوق تمام مفهوم عرفی رشد نمی‌باشد. در عرف شخصی که ۹ یا ۱۵ سال دارد؛ در تصمیم‌گیری‌ها با موضوع‌های غیرمالی مانند تحصیل، اشتغال، ازدواج و اقامت وابسته به والدین می‌باشد.

۳. توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی

برخلاف نظر مشهور در فقه و حقوق که اختصاص رشد به امور مالی پذیرفته شده است؛

به کارگیری رشد در مفهومی فراتر از امور مالی، در فتاوی فقها و دکترین حقوقی، دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می‌کند، هر چند این مفهوم مبنای احکام اهلیت امور غیرمالی نبوده است.

۳-۱. فقه

برخلاف نظر مشهور که رشد مختص امور مالی می‌باشد؛ در برخی از متون فقهی مفهوم رشد، شامل امور غیرمالی نیز است.

سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در کتاب عروة الوثقی آورده است: «در صورتی که شخصی در امور مالی رشید باشد لکن نسبت به ازدواج و خصوصیات آن مانند تعیین زوج و کیفیت مهر و مانند آن رشید نباشد مانند سفیه در امور مالی می‌باشد و باید با اذن ولی ازدواج نماید» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۶۱۹). مفهوم رشد به نفس ازدواج و خصوصیات آن شامل تعیین همسر و کیفیت مهر که از امور غیرمالی قلمداد شده، اطلاق شده است.

محقق اردبیلی از کتاب خلاف نقل می‌کند، مفهوم رشد هدایت است. هدایت به اصلاح مال و اصلاح حال (اردبیلی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۹۴). منظور از اصلاح حال، همان توانایی تصرف عقلایی در نفس است. امور مربوط به نفس همان امور مربوط به شخص و شخصیت است که از امور غیرمالی می‌باشد.

صاحب جواهر، بعد از بیان مفهوم رشد به اصلاح مال، بیان می‌کند: «ذکر مفهوم رشد به اصلاح مال منافاتی با سایر مفاهیم ذکر شده برای رشد در کشاف، قاموس، نهاییه و صحاح به مفاهیم هدایت و ضد غی ندارد؛ به جهت اینکه در این مقام مفهوم رشد نسبت به مال بیان شده است و این امر نفی نمی‌کند که رشد در سایر مفاهیم نیز به کار رود» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴۸).

بیان مفهوم رشد در ادبیات فقهی شامل مصادیقی از امور غیرمالی مانند ازدواج و انتخاب همسر و توانایی اصلاح حال، دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می‌نماید.

۲-۳. حقوق

در حقوق، مانند فقه، مفهوم رشد فراتر از امور مالی به کار رفته و به امور غیرمالی نیز توسعه یافته است. اما در احکام ناظر بر اهلیت امور غیرمالی مد نظر واقع نشده است.

در تعریف دیگر از رشد بر خلاف تعریف سنتی آن گفته شده است: «رشد وصفی است که آدمی به آن، نفع و ضرر خود را تشخیص داده و خوب از بد را تمیز دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۲۰۵۱). تشخیص مصلحت در امور مالی با معیار نفع و ضرر و در امور غیرمالی با معیار خوب و بد سنجیده می شود.

در بازخوانی دیگر از رشد گفته شده است که توان تشخیص و رعایت مصالح مالی و عدم آن ضابطه اصلی رشد و عدم رشد نسبت به همه امور فردی و اجتماعی معرفی شده است و امکان تصمیم گیری و اقدام در امور غیرمالی، مانند ازدواج، طلاق و کسب تابعیت و سلب آن و عدم امکان آن را به ترتیب، تابع امکان و عدم امکان دخالت شخص در امور مالی می باشد (شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۷۱). در این بازخوانی ضمن توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی، ملاک تشخیص مصلحت در امور مالی به عنوان یک معیار شناسایی رشد است نه تخصیص آن به امور مالی.

بنابر مطالب گفته شده، رشد در مفهومی فراتر از امور مالی نیز به کار رفته است؛ می توان از این ظرفیت شناسایی شده برای رشد در فقه و حقوق، به ضرورت های تقنینی و عرفی پاسخ داد و رشد را در اهلیت امور غیرمالی شرط دانست.

۴. دلایل توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی

منابع حقوق اسلامی از جمله قرآن کریم، سنت، مفهوم عرفی رشد، شکل گیری اراده، قیاس اولویت امور غیرمالی نسبت به امور مالی از منظر ضرورت حمایت و ضرورت یکنواخت سازی قوانین در حوزه امور غیرمالی دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می نماید. به تفکیک هر یک از دلایل بیان می شود.

۴-۱. قرآن کریم

واژه رشد در قرآن کریم، ۱۹ بار با صیغه‌های مختلفی مانند: رشد، رشاد، مرشد، راشدون و رشید به کار رفته که در مقابل واژه‌های غی، ضر و شر قرار گرفته است. در آیات ۱۸۶ و ۲۵۶ سوره بقره، ۱۶۸ سوره اعراف، ۷۸، ۸۷ و ۹۷ سوره هود، ۱۰، ۱۷، ۲۴ و ۶۶ سوره کهف، ۵۱ سوره انبیاء، ۲۹ و ۳۸ سوره غافر، ۷ سوره حجرات، ۲، ۱۰، ۱۴ و ۲۱ سوره جن، رشد در معانی هدایت، صلاح و کمال به کار رفته است. هر چند صرف کاربرد لغت رشد در امور غیرمالی دلیل شرطیت رشد در اعمال حقوقی نمی‌شود؛ لکن هدف از ذکر معانی لغوی به کار رفته از رشد در امور غیرمالی در آیات قرآن کریم ذکر این نکته بود که معنای اصطلاحی رشد و توسعه یافته آن با معنای لغوی پیوند دارد.

۴-۲. سنت

در احادیث، مفهوم رشد در مقابل غی و فساد و برای مطلق امور به کار رفته است که دلالت بر پیوند معنای لغوی با معنای اصطلاحی توسعه یافته از رشد به امور غیرمالی می‌نماید؛ در حدیثی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله رشد به مفهوم هدایت در مقابل غی به کار رفته است: «وَأِنَّمَا الْأُمُورُ ثَلَاثَةٌ، أَمْرٌ بَيْنَ رُشْدٍ وَ فُتْنٍ، وَ أَمْرٌ بَيْنَ عَيْتٍ وَ مُجْتَنَبٍ وَ أَمْرٌ مُشْكِلٌ يُرَدُّ حُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۰) همچنین در حدیثی دیگر از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، خیر و شر، رشد و غی کنار هم برای مطلق امور به کار رفته است: «إِذَا هَمَمْتَ بِأَمْرٍ فَتَدَبَّرْ عَاقِبَتَهُ فَإِنْ يَكُ خَيْرًا أَوْ رُشْدًا اتَّبَعْتَهُ وَ إِنْ يَكُ شَرًّا أَوْ غِيًّا تَرَكْتَهُ» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۳، ص ۲۰۶).

کنار احادیثی که ذیل آیه ابتلاء مفهوم رشد در امور مالی بیان شده است؛ در حدیثی که از ابن عباس، رشد در آیه مذکور به معنی وقار، حلم و عقل است؛ «روي عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: «فَإِنْ آتَشْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا»، هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل» (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۰۳). مفاهیمی مانند وقار، حلم و عقل به امور مالی اختصاص ندارد و شامل امور غیرمالی نیز می‌شود.

در احادیث رشد به معنای عقل، وقار و هدایت در مقابل غی برای مطلق امور و مالکیت بر نفس به کار رفته است؛ این مفاهیم برای رشد شامل امور مالی و غیرمالی می شود که دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می کند.

۴-۳. عرف

عرفی بودن مفهوم رشد از نظر حقوقدانان و فقها پذیرفته شده است. هر چند جهات پذیرش در هر یک متفاوت است؛ از نظر فقهی به جهت اینکه رشد، حقیقت شرعیه ندارد و وظیفه فقیه اظهار نظر در الفاظی که حقیقت شرعی ندارد نمی باشد؛ در مفهوم شناسی رشد، باید به عرف مراجعه نمود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۴۰۰). از نظر حقوقی به جهت اینکه، تمیز و رشد، معیار علمی و ثابت ندارد؛ در این راه ناچار بایستی داوری عرف را پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۳۴).

با مراجعه به عرف مشخص می شود، رشد شامل امور مالی و غیرمالی می شود. مصادیق زیادی از امور غیرمالی در عرف را می توان مثال زد که رشد ملاک اعتبار اقوال و اعمال شخص در آن امور است. از جمله این مصادیق حق آزادی شخص، ازدواج، ادامه تحصیل و حتی نوع پوشش و محل اقامت است. برای مثال از نظر عرفی شخص بالغ غیررشد به تنهایی نمی تواند تصمیم بگیرد ادامه تحصیل دهد یا خیر؟ والدین براساس استعداد شخص تصمیم می گیرند شخص بالغ در چه رشته ای ادامه تحصیل دهد و اوقات فراغت را چگونه سپری نماید. در خصوص ازدواج و روابط اجتماعی والدین تصمیم می گیرند که این شخص با چه کسی رابطه داشته باشد و با چه کسی رابطه نداشته باشد؛ بنابراین عرف دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می نماید.

۴-۴. دلالت شکل گیری اراده

از جمله ارکان شکل گیری عمل حقوقی در مطلق امور اراده است؛ اراده از رضا و قصد تشکیل شده است. زمانی قصد و رضا محقق می شود که شخص توانایی تصور و

تصدیق داشته باشد. تصور و تصدیق ناشی از توانایی درک موضوع و مصلحت عمل حقوقی می‌باشد. از طرفی مبنای اهلیت استیفاء، داشتن تمیز و درک است، زیرا اراده انشایی که برای انجام دادن اعمال حقوقی لازم و ضروری است فقط در اشخاص دارای تمیز موجود است (السنهوری، ۱۹۵۴م، ج ۱، ص ۲۶۸).

گفته شده بلوغ و عقل جهت اعتبار تصرف غیرمالی کفایت می‌کند؛ بلوغ امری طبیعی است و دلالتی بر توانایی شخص نسبت به درک موضوع و مصلحت عمل حقوقی ندارد. عقل به تنهایی دلالت بر توانایی تشخیص مصلحت در امور غیرمالی نمی‌باشد؛ بلکه عقل باید در هر موضوعی با ممارست به ملکه‌ای برسد که از طریق آن ملکه بتواند مصلحت امور را تشخیص و فساد را از آن دفع نماید؛ این ملکه همان رشد است. تحصیل این ملکه توسط عقل اختصاص به امور مالی ندارد و شامل امور غیرمالی نیز می‌شود.

بنابر مطالب فوق، رشد در حقیقت همان قوه درک و تمیز است که موجب تصور موضوع و تصدیق آن خواهد شد. اگر شخصی قدرت تشخیص و تمیز نداشته باشد تصور و تصدیق ایشان نسبت به آن موضوع بی اعتبار خواهد بود. اینکه موضوع آن امر مالی است یا غیرمالی تفاوتی نمی‌کند.

۴-۵. قیاس اولویت

حجر در فقه و قانون، برای حفظ حقوق و منافع صغیر، مجنون و سفیه به جهت فقدان یا عدم کفایت اراده مقرر شده است. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۶۴؛ سبزواری، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۱۱۸) با در نظر گرفتن آثار امور مالی و غیرمالی در زندگی شخص، اولویت امور غیرمالی بر امور مالی مشخص می‌شود. آثار ناشی از آموزش، تابعیت، اقامتگاه، نکاح، طلاق در زندگی شخص کمتر از امور مالی نمی‌باشد؛ بنابراین لازم است حمایت بیشتری از شخص در قبال تصمیمهای وی در امور غیرمالی اتخاذ شود.

براساس قیاس اولویت، در تفسیر ارائه شده از ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و اختصاص مفهوم رشد به امور مالی در رأی وحدت رویه به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۰۳ بدون

توجه به اولویت امور غیرمالی بر امور مالی انتقاد وارد است. عبارت رأی دیوان عالی کشور در اینکه ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی «ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود است مگر در امور مالی» این نتیجه را دارد که دختر ۹ ساله بتواند درباره انتخاب همسر، جدایی از او، رفتن به مدرسه و انصراف از آن، محل اقامت، تابعیت و مذهب خود به طور مستقل تصمیم بگیرد. اهمیت این امور کمتر از اداره دارایی نیست و در رشد استعدادها و سرنوشت او و خانواده اش اثر فراوان دارد. چنین اختیاری برای پسر ۱۵ ساله نیز گزاف است و آن را در معرض خطرهای گوناگون جسمی و معنوی قرار می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۵۲).

به بیان دیگری، قالب مقررات مربوط به حجر حمایتی درباره اموال و تعهدات مالی است و قانون‌گذار به منظور حمایت از منافع مالی محجور او را از مباشرت در حقوق مالی خود ممنوع کرده است و از این طریق مورد حمایت قرار داده است. قانون‌گذار ایران و فرانسه و پاره‌ای از کشورهای دیگر این شیوه را اتخاذ کرده‌اند. هرچند که این شیوه قابل انتقاد است؛ زیرا مواظبت از شخص در تعلیم و تربیت و امور غیرمالی محجور که نیکبختی او را تأمین می‌کند، باید اهمیتی بیش از امور مالی داشته باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۶۳).

البته قانون‌گذار در بیان احکام غایب مفقودالاثر به اهمیت امور غیرمالی نسبت به امور مالی توجه کرده است و در خصوص امور مالی و غیرمالی احکام متفاوتی را مقرر کرده است. به موجب ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی وراث غایب مفقودالاثر با گذشت دو سال از آخرین خبر و قبل از صدور حکم فرضی می‌توانند از محکمه درخواست تصرف دارایی غایب را بدهند. این در حالی است که در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، ضمن جواز درخواست طلاق از جانب زوجه غایب مفقودالاثر به جهت اهمیت امر غیرمالی نسبت به امر مالی، شرط شده است که باید چهار سال تمام از زمان غیبت او گذشته باشد.

با توجه به اولویت امور غیرمالی بر امور مالی، آثار آن در زندگی شخص، مبنای

حمایتی حجر و با توجه به اینکه رشد اهلیت کامل جهت اجرای امور می‌باشد، لازم است رشد در امور غیرمالی نیز لحاظ شود.

۴-۶. ضرورت یکنواخت سازی قوانین در حوزه امور غیرمالی

به موجب رأی وحدت رویه به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۰۳ که در مقام تفسیر ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی است؛ ملاک رفع حجر از صغیر در امور غیرمالی رسیدن به سن بلوغ است. به موجب تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی سن بلوغ در دختر ۹ سال قمری و در پسر ۱۵ سال قمری است. نظر به مرجع بودن قانون مدنی لازم است بقیه مواد قانونی مدنی در امور غیرمالی و سایر قوانین با موضوع امور غیرمالی در ملاک پایان کودکی از ملاک قانون مدنی تبعیت نمایند؛ در حالیکه در سایر مواد قانون مدنی و سایر قوانین ملاک‌های متفاوتی برای اتمام دوران کودکی بیان شده است.

در ماده ۹۷۷ قانون مدنی داشتن ۱۸ سال سن شرط پذیرش تابعیت پدر و در ماده ۹۸۸ قانون مدنی داشتن ۲۵ سال سن شرط ترک تابعیت است و در سایر قوانین از جمله در ماده ۸۰ و بند ب ماده ۱۱۲ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، به شخص کمتر از ۱۵ سال بدون لحاظ جنسیت طفل اطلاق می‌شود. به موجب ماده ۷ قانون ثبت احوال ۱۸ سال شرط پذیرش گواهی است. مطابق ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری، حداقل سن برای استخدام اناث و ذکور ۱۸ سال است. همچنین ماده ۵ آیین نامه استخدامی کارکنان مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۲، برای ورود به خدمت مجلس شورای اسلامی، داشتن حداقل ۱۸ سال ضروری است. مطابق ماده ۱۸ قانون صدور گذرنامه، پایان کودکی ۱۸ سال تمام است و قبل از رسیدن به این سن صدور گذرنامه موقوف به موافقت کتبی ولی یا قیم است. به موجب ماده واحده، بند (۲) ماده (۲۷) قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی و بند (۲) ماده ۳۶ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران اصلاح و حداقل سن جهت رأی ۱۸ سال تمام می‌باشد.

قبول تابعیت و ترک تابعیت، ادای گواهی، حق کار، اخذ گذرنامه و رأی دادن از

جمله امور غیرمالی است؛ بر خلاف رأی وحدت رویه فوق، ملاک‌های متفاوتی جهت رفع حجر از صغیر در نظر گرفته شده است. تعارض قوانین در حوزه امور غیرمالی و لزوم یکنواخت سازی قوانین از نظر تقنینی با مجوز شرع، توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی را اثبات می‌نماید. قانون‌گذار در حقوق کیفری این ضرورت را زودتر احساس و در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۸ سالگی را اماره پایان کودکی و مسئولیت اعمال تعیین کرد. مجازات اشخاص کمتر از ۱۸ سال منوط به اثبات درک ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن بدون وجود شبهه در رشد و کمال عقلی شخص است.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

توانایی اصلاح مال، حفظ مال و جلوگیری از افساد مال مهمترین مفاهیم به کار رفته برای رشد در فقه است. تمامی تعابیر فوق، ریشه در توانایی تصرف عقلایی در اموال و حقوق مالی دارد. مطابق این دیدگاه، مفهوم رشد در فقه، ناظر بر امور مالی می‌باشد. مفهوم سنتی رشد در حقوق نیز مشابه مفهوم فقهی آن است. در دیدگاه سنتی، رشد به امور مالی اختصاص یافته و به تبع اشخاص برای اجرای امور غیرمالی نیازمند رشد نبوده و صرف بلوغ و عقل کفایت می‌کند.

برخلاف دیدگاه مشهور، برخی از فقیهان و حقوقدانان رشد را در مفهومی موسع اعم از امور مالی و امور غیرمالی مورد شناسایی و پذیرش قرار داده‌اند. دلایل بسیاری جهت اثبات توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی به دست آمده است. در قرآن کریم لفظ رشد و مشتقات آن ۱۹ بار به معنای هدایت و در مقابل غی به کار رفته، که مفهومی اعم از امور مالی و غیرمالی است. در احادیث رشد به معنای عقل، وقار و همچنین اداره امور در مفهوم مطلق شامل امور مالی و غیرمالی، هر دو به کار رفته است. از نظر فقه، رشد حقیقت شرعی ندارد و در مدلول تابع عرف است و از نظر حقوقی به جهت فقدان معیار ثابت علمی در زمینه تعریف رشد در حقوق، این امر تابع ضوابط عرفی می‌باشد. عرف نیز مفهوم رشد را در امور مالی و غیرمالی به کار می‌برد. بر مبنای اولویت و تفوق امور

غیرمالی بر امور مالی، ضرورت حمایت بیشتر از شخص نسبت به امور غیرمالی شرط رشد فراتر از بلوغ و عقل، جهت اعتبار اعمال حقوقی امور مذکور ضروری است. شکل‌گیری اراده و ضرورت یکنواخت سازی قوانین در حوزه امور غیرمالی دلالت بر توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی می‌کند.

در ارتباط با موضوع تحقیق و در راستای اصلاح و ارتقای نظام حقوقی کشورمان پیشنهادهای ذیل توصیه می‌شود:

۱- چه از منظر مصالح اشخاص بالغ غیررشد و چه از منظر مصالح اشخاص طرف روابط و اعمال حقوقی، شرطیت رشد برای اهلیت استیفاء در امور غیرمالی ضروری است. نظم عمومی اجتماعی حاکم بر روابط و اعمال حقوقی، مبنا و توجیهی بنیادین و غیرقابل انکار است. گو اینکه عرف فراتر از قانون، نظم عمومی اجتماعی را در این زمینه تثبیت و نهادینه کرده و راهی جز پذیرش این امر باقی نگذاشته است. بدیهی است عدم پذیرش شرطیت رشد در موارد مذکور به منزله تعارض اساسی عرف و نظم عمومی اجتماعی از یک سو و قوانین و آراء مبتنی بر آنها از سوی دیگر است و این امر قوانین را به حاشیه رانده و گاه به قانون متروک مبدل کرده است. بهتر آنکه با اصلاح قانون این تعارض رفع و بیش از پیش بر آن دامن زده نشود.

۲- قانون‌گذار به طور ضمنی با شرط نمودن سنی بیش از سن بلوغ جهت اجرای مصادیقی از امور غیرمالی مانند تغییر نام و نام خانوادگی، درخواست تابعیت و ترک آن و نکاح، شرطیت رشد در برخی از مصادیق امور غیرمالی را پذیرفته است؛ تصویب شرطیت رشد در اجرای مطلق امور غیرمالی موجب یکنواخت سازی قوانین نیز خواهد شد.

۳- جهت توسعه مفهوم رشد به امور غیرمالی لازم است، مفاهیم بنیادین در ارتباط با رشد از جمله حجر و ادبیات تقنینی حاکم بر موضوع، مورد بازنگری واقع شود؛ بدین نحو که ضمن شناسایی حقوق مربوط به امور غیرمالی در قانون، مفهوم حجر موضوع ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی اصلاح و صراحتاً افزون بر امور مالی شامل امور غیرمالی نیز دانسته شود.

۳- رشد، شرط ضروری رفع حجر از صغار در مطلق امور شامل مالی و غیرمالی دانسته شود؛ زیرا مصالح عالیه شخصی، عرفی، اجتماعی و همچنین رویه مطلوب در عمل، ما را به آثار مخرب و جبران ناپذیر عدم شرطیت رشد در رفع حجر رهنمون می‌سازد. پیشنهاد می‌شود ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی چنین اصلاح شود: «غیررشد کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی و نیز امور غیرمالی خود، عقلایی نباشد».

فهرست منابع

* قرآن کریم

- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۳، ۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، الشیخ أحمد بن محمد. (بی تا). زیادة البیان فی براهین أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة.
- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، الشیخ أحمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- انصاری پور، محمدعلی. (۱۳۹۹). پایان حضانت بلوغ یا بلوغ و رشد؟، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۵۰(۴)، صص ۶۴۷-۶۶۳.
- بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- پارساپور، محمدباقر. (۱۳۹۰). تأمل فقهی درباره اعتبار رشد از نظر ازدواج در عقد نکاح. حقوق اسلامی، ۸(۲۹)، صص ۸۹-۱۰۹.
- پور اسماعیلی، علیرضا؛ عابدی، محمد. (۱۳۹۸). بررسی سن رشد در امور غیرمالی. فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۶(۵۸)، ۶۸-۸۹.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۳۶ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۴، چاپ سیزدهم). قم: انتشارات دارالتفسیر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج ۳). تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- جمع من المحققین. (۱۴۲۸). فقه الأطفال (ج ۶، چاپ دوم). قم: مرکز فقهی ائمه الاطهار علیهم السلام.

حلبی (ابن زهرة)، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمي الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ج ۱۴). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۱ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ج ۲). قم: مؤسسه امام الصادق علیه السلام.

حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

حیاتی، علی عباس. (۱۳۹۲). قواعد عمومی قراردادها. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

ساکت، محمدحسین. (۱۳۷۲). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی. مشهد: مولف.

سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۴ق). مذهب الاحکام. چاپ چهارم (ج ۲۱). بیروت: مؤسسه المنار، دفتر آیت الله سبزواری.

سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۵۳-۱۹۵۴م). مصادر الحق فی الفقه الاسلامی (ج ۱). بیروت: دار التراث العربی.

السیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله. (۱۳۴۳). کتز العرفان فی فقه القرآن (ج ۲). تهران: منشورات المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه.

السیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). تشکیل قراردادها و تعهدات (ج ۱، چاپ پنجم). تهران: انتشارات مجد.

صفایی، سیدحسین؛ قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۹۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین. تهران: انتشارات سمت.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۰ ق). العروة الوثقی. قم: موسسه نشر اسلامی.

طباطبایی، سید علی. (۱۳۶۸). الشرح الصغير في شرح مختصر النافع (ج ۲). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

طبرسی، آبی علی الفضل بن الحسن. (۱۴۱۵ ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن (ج ۳). بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ ق). مجمع البحرین (ج ۳، چاپ سوم). تهران: کتابفروشی مرتضوی.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط في فقه الإمامية (ج ۲، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لآحياء الآثار الجعفرية.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ ق). الخلاف (ج ۲). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). حقوق خانواده (چاپ پنجم). تهران: انتشارات بهمن.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها (ج ۲). تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاظمی، محمود؛ برزویی، عباس. (۱۳۹۴). از بلوغ جسمانی تا رشد عقلانی: بازخوانی اماره رشد در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۴(۱۳)، صص ۱۱۹-۱۴۵.

کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۱ ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۵). قم: انتشارات اهل البيت.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. (۱۴۰۶ ق). روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (ج ۱۳، چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.

محقق داماد، سید مصطفی؛ وحدتی، سید حسن؛ قناتی، جلیل؛ عبدی پور فرد، ابراهیم. (۱۳۹۳).

حقوق قراردادها در فقه امامیه (ج ۲). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و ناشر همکار:

سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).

مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق علیه السلام (ج ۵، چاپ دوم). قم: مؤسسه انصاریان.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (ج ۲). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۶، ۲۹، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء تراث العربی.

Conditional Repurchase Contract: Usurious Trick or Legitimate Transaction? A Critique of the Arguments for Invalidity in Imamiyya Jurisprudence



Sayyed Mobin Sajed¹ 

Received: 2025/07/28 • Revised: 2025/09/04 • Accepted: 2025/10/27 • Published online: 2025/11/09

Abstract

One of the common types of contracts in financial markets is the sale with a conditional repurchase agreement. Among such contracts is the conditional bay' al-'inah, which is concluded for the purpose of providing liquidity or granting debt respite. In this contract, the seller undertakes to repurchase the commodity at a specified price in the future. This study, employing a descriptive-analytical method and based on jurisprudential, principled, and narrative sources, examines this issue. The majority of jurists, relying on principles such as consensus, narrations, the requirement of circular reasoning (dawr), and the lack of serious intent, have deemed this transaction invalid. A detailed analysis, however, revealed that the arguments of the majority lack sufficient soundness. The narrations cited are debatable both in terms of authenticity and implication, and they do not directly relate to the invalidity of conditional

1. Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.

seyedmobin.sajed@ut.ac.ir

* Sajed, S. M. (2025). Conditional repurchase contract: Usurious trick or legitimate transaction? A critique of the arguments for invalidity in Imamiyya jurisprudence. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 111-135.
<https://doi.org/10.22081/jf.2025.72457.2955>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

authors retain the copyright and full publishing rights



bay' al-'inah. Even if their implication were accepted, restricting these narrations in the realm of fatwa poses challenges. Therefore, this research demonstrates that conditional bay' al-'inah is valid and that the arguments for its invalidity are open to critique.

Keywords

Bay' al-'inah, repurchase condition, legal stratagems, repo contract, banking transactions, invalid transactions.

قرارداد بازخرید مشروط؛ حيله ربوی یا معامله شرعی؟ نقدی بر ادله بطلان در فقه امامیه

سیدمبین ساجد^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۰۶ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۶/۱۳ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

چکیده

یکی از صورت‌های رایج قرارداد در بازارهای مالی، قرارداد فروش به شرط بازخرید است. از جمله این قراردادها، بیع‌العینه مشروط است که به منظور تأمین نقدینگی یا امهال بدهی منعقد می‌شود. در این قرارداد، فروشنده متعهد می‌شود کالا را در آینده با قیمتی مشخص بازخرید کند. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع فقهی، اصولی و روایی انجام شد. مشهور فقها با استناد به قواعدی مانند اجماع، روایات، لزوم دور و عدم قصد جدی، این معامله را باطل می‌دانستند. بررسی تفصیلی نشان داد که ادله مشهور از اتقان کافی برخوردار نیستند. روایات مورد استناد از جهت سند و دلالت محل مناقشه بودند و ارتباطی با بطلان بیع‌العینه مشروط نداشتند. حتی در صورت پذیرش دلالت، تقید این روایات در مقام افتا با چالش مواجه بود؛ بنابراین، این پژوهش نشان داد که بیع‌العینه مشروط صحیح است و ادله بطلان آن قابل نقد هستند.

کلیدواژه‌ها

بیع‌العینه، شرط بازخرید، حیل شرعی، قرارداد ریپو، معاملات بانکی، معاملات باطل.

۱. دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

seyedmobin.sajed@ut.ac.ir

* ساجد، سیدمبین. (۱۴۰۴). قرارداد بازخرید مشروط؛ حيله ربوی یا معامله شرعی؟ نقدی بر ادله بطلان در فقه امامیه. فقه، ۳۲(۳)، صص ۱۱۱-۱۳۵.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.72457.2955>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



مقدمه

در فقه اسلامی، اصل آزادی اقتصادی و حلیت بیع، ریشه در آیات قرآن، احادیث و سنت نبوی دارد. با این حال، در مورد جزئیات و مصادیق عملی این اصل، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بیع العینه به عنوان یکی از روش های متداول تأمین نقدینگی در بازار، بویژه میان تجار، رواج داشته و هدف از آن، عمدتاً فرار از ربا بوده است؛ به طوری که از مصادیق بارز حیل ربا محسوب می شود. از این رو، اکثر فقهای اهل سنت، این معامله را صوری و ربوی دانسته و به تبع آن، حکم به حرمت و بطلان آن داده اند. در میان فقهای امامیه نیز اختلاف نظر عمیقی در این باره مشاهده می شود. برخی با استناد به روایاتی که به ظاهر حیل ربا را جایز می شمارند، به حلیت و جواز آن فتوا داده اند، در حالی که عده ای دیگر، هیچ یک از راه های فرار از ربا را مجاز نمی دانند. افزون بر اختلاف در حکم، در مورد ماهیت دقیق بیع العینه نیز ابهاماتی وجود دارد؛ از جمله در مورد بیع العینه مشروط به بازخرید توسط فروشنده یا فروش مجدد توسط خریدار.

نکته حائز اهمیت این است که اگرچه عنوان بیع العینه در جامعه چندان شناخته شده نیست؛ ولی مصادیق عملی آن در معاملات تجاری به وفور یافت می شود. این مسئله، همراه با اختلاف نظر گسترده فقها در مورد مشروعیت آن به عنوان یکی از حیل ربا، لزوم انجام پژوهشی دقیق و مستدل را برای تبیین تعریف دقیق و حکم فقهی بیع العینه مشروط ایجاب می کند.

پیشینه پژوهش حاکی از آن است که دیدگاه مشهور فقها، قائل به بطلان بیع العینه مشروط است. ایزدی فرد (۱۳۸۰) در مقاله «شرط بازخرید در بیع» مندرج در فصلنامه الهیات و معارف اسلامی، با این مفروض که این معامله باطل است، به بررسی فقهی - حقوقی قرارداد بیع به ضمیمه شرط بازخرید پرداخته و در صورت مؤجل بودن عقد اصلی، آن را مصداق بیع العینه مشروط و در نتیجه باطل دانسته است. معصومی نیا (۱۳۹۸) در مقاله «بیع العینه: بررسی فقهی و کاربرد آن در اختیار معامله تبعی و اوراق تورق» در فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی نیز نتیجه گرفته که شرط کردن انجام معامله دوم در ضمن عقد اول، موجب ربوی و باطل شدن معامله می شود. تقریرات درس آیت الله علی

عندلیبی نیز در کتابی با عنوان «فقه بورس و اوراق بهادار» توسط مرکز مدیریت حوزه علمیه قم به چاپ رسیده است. در این کتاب، بیع العینه بررسی شده و نهایتاً رأی به بطلان بیع العینه مشروط داده شده است. عشایری منفرد (۱۳۹۹) در مقاله «حکم فقهی بازخرید شرط شده در ضمن عقد بیع؛ مطالعه موردی قرارداد ریپو» در فصلنامه اقتصاد اسلامی نیز به بررسی فقهی قراردادهای فروش به شرط بازخرید با تمرکز بر قرارداد ریپو پرداخته است. در مقابل، پژوهش حاضر با نقد ادله مشهور، در صدد برآمده تا نظریه صحت بیع العینه مشروط را مورد توجه قرار داده و به تقویت استدلالی آن بپردازد. در این مسیر ابتدا مفهوم و اقسام بیع العینه تبیین می‌شود، سپس با نگاهی انتقادی به ارزیابی ادله مشهور شامل روایات، اجماع و دلایل عقلی مانند اشکال دور و فقدان قصد جدی پرداخته می‌شود. در ادامه امکان تقیید عمومات در مقام افتاء تحلیل شده و در نهایت با جمع‌بندی ادله نقلی و عقلی، حکم نهایی این معامله تعیین می‌شود.

۱. مفهوم و اقسام بیع العینه

عینه از ماده (ع ی ن) مشتق شده است و دو معنا برای آن ذکر شده است، برخی آن را به سلف تفسیر کرده‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۵۵؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۱۷۲؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۴۱؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۰۴). سلف به معنای قرض دادن است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۲۵۸). در توجیه کلام اهل لغت گفته شده است که بیع العینه معامله‌ای است که در آن طلبکار به جای قرض دادن، کالایی را گران‌تر به صورت نسیه می‌فروشد و سپس ارزان‌تر نقدی باز می‌خرد، که در حقیقت راهی برای دریافت سود با پوشش معامله است (شرتونی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۸۵۶). در معنای دوم عینه به نقد حاضر معنا شده است؛ زیرا یکی از ارکان بیع العینه متاع حاضری است که یک طرف معامله است، اعم از آن که متاع کالا باشد و یا نفس پول باشد (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۳۴). وجه تسمیه عینه آن است که پول نقد برای طالب عینه به دست می‌آید، کما اینکه واژه عینه مشتق از عین به معنای پول نقد حاضر است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۴۰۸).

در اصطلاح فقها «عینه» از دو معامله حاصل می‌شود، شخصی کالای خود را

به صورت نسیه می فروشد، سپس همان کالا را در همان مجلس به قیمت نقدی کمتری باز خرید می کند. این کار را انجام می دهد تا از ربا پرهیز کند. به این نوع معامله «عینه» گفته می شود، زیرا خریدار کالا به صورت نسیه، در ازای آن، «عیناً» یعنی پول نقد حاضر دریافت می کند (حلی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۰۵). در واقع از طریق بیع العینه نقدینگی مورد نیاز تأمین شده و در آینده بدهی که بیشتر از ثمن در معامله دوم است پرداخت می شود.

بیع العینه به اشکال مختلفی قابل تحقق است، همچنان که در روایات نیز بدان اشاره شده است:

بیع اول نسیه؛ بیع دوم نقد: مشتری کالایی را از فروشنده نسیه می خرد و سپس همان کالا را به همان فروشنده با قیمت کمتر و به صورت نقد می فروشد. در این حالت، مشتری فوراً پول نقد به دست می آورد و در سررسید معامله اول، مبلغ بیشتری را که نسیه خریده بود، به فروشنده پرداخت می کند و فروشنده از این طریق سود کسب می کند. روش دیگر این است که مشتری کالایی را از طلبکار خود نسیه و گران می خرد، آن را در بازار به صورت نقد و ارزان تر می فروشد تا بدهی خود را به طلبکار بپردازد و در نهایت در زمان سررسید، مبلغ نسیه را به طلبکار پرداخت می کند.

بیع اول نقد؛ بیع دوم نسیه: مشتری میع را از بایع به صورت نقد می خرد، سپس همان میع را به بایع اول به صورت نسیه با قیمت بیشتر می فروشد، در این صورت بایع بیع اول پول نقدی به دست می آورد و وقتی زمان پرداخت ثمن معامله دوم (که بیشتر از ثمن در معامله اول است) فرارسید، آن را به بایع در بیع دوم پرداخت می کند.

بیع اول نقد؛ بیع دوم نقد: مشتری کالایی را نقداً از فروشنده می خرد و شرط می شود که فروشنده در آینده آن کالا را با همان یا قیمت بالاتر از او بخرد. این نوع معامله که در بازارهای مالی، بویژه بین بانکی، رایج است، در حقوق جدید به آن ریپو^۱ گفته

1. Repo

می‌شود. بانک‌ها از ریپو برای تأمین نقدینگی کوتاه‌مدت استفاده می‌کنند؛ به این صورت که اوراق بهادار خود را می‌فروشند و متعهد می‌شوند در سررسید مشخصی آنها را بازخرید کنند.

در خصوص اینکه قسم اخیر از اقسام بیع‌العینه است یا تنها شباهت به بیع‌العینه داشته و حقیقتاً از مصادیق آن نیست به پژوهشی مستقل نیاز است. برخی کشورهای اسلامی ریپو را به دلیل اینکه از مصادیق بیع‌العینه است نپذیرفته‌اند و شرط بازخرید را به عهد تبدیل کرده‌اند کما اینکه برخی از محققین نیز بدان اذعان دارند (موسویان و الهی، ۱۳۸۹، صص ۸۹-۱۱۸). در مقابل برخی معتقدند ریپو با عینه مشروطه متفاوت است؛ زیرا در بیع‌عینه، یکی از دو عقد به صورت نسبه است؛ در حالی که در ریپو هر دو قرارداد، به صورت نقدی منعقد می‌گردند. با وجود این تفاوت، تسری حکم عینه مشروطه به ریپو، متوقف بر تنقیح مناط، عموم تعلیل و الغاء خصوصیت است که به نظر می‌رسد هیچ کدام در این مسئله قابل احراز نیستند (عشایری منفرد، ۱۳۹۹، صص ۶۵-۸۵). به عبارت دیگر قوام بیع‌العینه به نسبه بودن یکی از دو بیع است (شهیدی‌پور، ۱۳۹۹/۳/۱۰). این پژوهش با تمرکز بر قسم اول و دوم، به بررسی حکم فقهی بیع‌العینه می‌پردازد و نوع سوم را تنها از جهت شباهت مورد اشاره قرار گرفت.

۲. بیان دیدگاه‌های مختلف

اکثر فقهای اهل سنت، بیع‌العینه را به واسطه اینکه حیل‌ای برای تخلص از ربا است، حرام می‌دانند، در این میان تنها مذهب شافعی، بیع‌العینه غیر مشروط را جایز می‌داند (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۱۴ق، ج ۹، صص ۹۶-۹۷). فقهای امامیه در مورد بیع‌العینه دیدگاه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند. مشهور فقهای بیع‌العینه را در صورتی صحیح می‌دانند که معامله نخست مشروط به انجام معامله دوم نشده باشد. اگر در قرارداد شرط شود که خریدار ملزم به فروختن و فروشنده ملزم به خریدن باشد، چنین معامله‌ای صحیح نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۴۴۲). برخی از آنان نیز ادعای اجماع کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۴۴۲؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۲۵).

در برابر مشهور، برخی فقها کلیه صور، حتی بیع العینه مشروط را جایز می‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۳؛ خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۹۰؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۷۵). هر چند برخی از این فقها شرط نمودن بیع دوم در ضمن بیع اول را خلاف احتیاط واجب می‌دانند لکن فتوا به بطلان چنین بیعی نمی‌دهند، همچنین تجویز بیع العینه مشروط و حتی غیرمشروط را منوط به این می‌دانند که قصد متعاملین تخلص از ربا نباشد (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۳۶).

۳. تاسیس اصل اولیه

براساس عمومات و اطلاقات کتاب و سنت مانند «احل الله البیع»، «اوفوا بالعقود» و روایت «المومنون عند شروطهم» بیع العینه مطلقاً صحیح است (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۳۳؛ عندلیبی، ۹۹/۱۰/۱۳)، زیرا در این مسئله دو بیع وجود دارد: فروش کالا و بازخرید همان میب؛ و از آنجا که این دسته از ادله شامل هر بیعی می‌شود، شامل دو بیع مذکور نیز می‌شود ولو اینکه بیع دوم در بیع اول شرط شده باشد. مخصوصاً روایت «المومنون عند شروطهم» مصحح بیع العینه مشروط نیز است زیرا عام است و شامل هر شرطی از جمله شرط بیع دوم در بیع اول نیز می‌شود. توجه به این نکته لازم است که شرط بازخرید از جمله شروط محلل حرام یا محرم حلال یا خلاف مقتضای ذات عقد نیست تا در زمره شروط فاسد قرار بگیرد. در نتیجه لزوم وفاء به این شرط مطابق قاعده لازم است.

افزون بر عمومات و اطلاقات کتاب و سنت، روایات متعددی نیز دالّ بر جواز بیع العینه به طور مطلق است، چه شرط بازخرید در آن شده باشد و چه نشده باشد. بیع العینه در زمان معصومین وجود داشته و پیرو سؤالات متعدّد بیع العینه را به طور مطلق تجویز نموده‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۴۰). اما مشهور فقها به سبب وجود دلایلی نظیر روایات، اطلاقات ادله را به غیر فرض اشتراط بازخرید حمل نموده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۴۴۲)، هر چند به دلایل دیگری نظیر اجماع، دور و عدم وجود قصد جدی نیز این بیع را صحیح نمی‌دانند. بر این اساس، از آنجا که بیع العینه - حتی در صورت اشتراط

بازخريد - به موجب قاعده اوليه صحيح است، در اين پژوهش به رواياتي كه به طور مطلق به تصحيح اين بيع پرداخته‌اند، استناد نمي‌شود و تنها ادله‌اي كه قائلان به بطلان بيع العينه مشروط ارائه كرده‌اند، مورد بررسي و نقد قرار مي‌گيرد. بر مبناي عمومات ادله صحت عقود و شروط، اصل اوليه بر صحت بيع العينه - چه با شرط بازخريد و چه بدون آن - استوار است. طرفداران ديدگاه صحت، مستقيماً بر اين عمومات تكيه مي‌زنند، در حالي كه مشهور فقها با استناد به ادله‌اي خاص مانند روايات ادعاي تخصيص اين عمومات در فرض وجود شرط بازخريد را داشته و در نتيجه قائل به بطلان چنين بيعي هستند؛ بنابراين محور اصلي اختلاف، وجود يا عدم وجود دليل معتبر براي خارج ساختن بيع العينه مشروط از شمول عمومات اوليه است.

۴. ادله بطلان بيع العينه مشروط

ادله بطلان افزون بر روايات، اجماع، لزوم دور و عدم وجود قصد جدی است. هر چند برخي از فقها به اجماع استناد كرده‌اند (سبزواري، ۱۴۲۳ق، ص ۴۸۱؛ نراقي، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۴۴۲؛ عاملي (شهيد ثاني)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۲۵؛ عاملي (شهيد ثاني)، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۱۷)، اما اجماع بر اساس مباني مشهور به خاطر مدركي بودن، مورد پذيرش قرار نمي‌گيرد و فاقد ارزش است؛ بنابراين مي‌بايست ادله ديگر مورد توجه قرار گيرد.

۴-۱. لزوم دور

در بيع العينه مشروط از طرفي بيع دوم متوقف است بر بيع اول و به تبع توقف بيع دوم به بيع اول، ملكيت مشتري نيز به آن متوقف است و از طرف ديگر بيع اول متوقف است بر بيع دوم؛ زيرا يكي از شروط در ضمن بيع اول، بيع دوم است و تا شرط بيع اول محقق نشود بيع اول به وجود نمي‌آيد (حلي (علامه حلي)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۵۱). به بيان ديگر بيع اول مشروط به شرط جعلي (بيع دوم) توسط متعاقدين شده است و بيع دوم مشروط به شرط شرعي يعني بيع اول است (اصفهاني، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۵۸).
اين تقريب صحيح نيست؛ زيرا فقها بر صحت بيعي كه در ضمن آن شرط فروش

مبیع به شخص دیگری غیر از بایع اول شده باشد، اجماع دارند. لکن اشکال دور به این عقد نیز وارد است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۱۰)؛ زیرا بیع دوم به شخص سوم متوقف بر بیع اول است و بیع اول نیز چون مشروط به بیع دوم است متوقف بر آن است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۱۰). در حقیقت بنابر این تقریب تمامی بیع‌های مشروط به بیع ثانوی باطل خواهد بود. همچنین استدلال فوق مبتنی بر این است که شرط به معنی «ما یلزم من عَدَمِهِ، أَلْعَدَم» باشد حال آن که شرط در عقود به این معنی نیست؛ بلکه به معنی مطلق الزام و التزام است؛ خواه در ضمن عقد باشد یا نباشد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۵۸). به بیانی دیگر اگر معنای شرط «ما یلزم من عَدَمِهِ، أَلْعَدَم» باشد اساساً دیگر عقد منجز نیست بلکه معلق انشاء شده است در حالی که انشاء معلق اجماعاً ممکن نیست و چنین عقدی باطل است. در محل بحث بیع اول معلق بر التزام به بیع دوم است لذا چنانچه بیع دوم انجام شد، به شرط وفاء شده است و گرنه به شرط وفا نشده است (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۵۸۷). در نتیجه اگر این شرط محقق نشود لزوم بیع اول از بین می‌رود نه خود بیع (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۱۰).

تقریب دومی از دور مبتنی بر معنای صحیح شرط (التزام در ضمن التزام) بیان شده است؛ توضیح آن که بیع دوم متوقف بر بیع اول است و از طرفی چون بیع اول مقید به شرطی شده است، عقد متزلزل خواهد بود و تا شرط آن محقق نشود، ملکیتی برای مشتری حاصل نخواهد شد، بنابراین ملکیت حاصل از بیع اول متوقف بر بیع دوم است و دور به وجود می‌آید (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۵۸-۳۵۹). صاحب تقریب مذکور خود آن را نپذیرفته است؛ زیرا مشروط بودن بیع اول موجب تزلزل و عدم لزوم آن نمی‌شود، بلکه تخلف از شرط یا تعدّر آن موجب تزلزل عقد می‌شود، بنابراین ملکیت بالفعل با بیع اول محقق شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۵۸-۳۵۹). افزون بر اینکه فرض این است که بایع قصد خروج مبیع از ملکش را دارد و گرنه اصلاً مبیع از ملکش خارج نمی‌شد و نیازی به شرط بیع دوم نبود. همچنین اگر این اشکال تمام باشد در جایی که دو طرف قصد بیع دوم را دارند ولی آن را در بیع اول شرط نمی‌کنند هم این اشکال می‌آمد. در حالیکه اتفاق بر صحت بیع در این فرض وجود دارد.

۲-۴. فقدان قصد جدی

چنانچه در بیع اول شرط بازخرید همان میباید شود، کاشف از این است که بایع غلقه و ارتباط خویش با میباید را قطع نکرده است و قصد انتقال میباید به مشتری از بایع متمشی نمی‌شود، از طرفی عقود تابع قصد متعاقدين است و اگر قصد بایع وجود نداشته باشد بیع اول باطل است و اساساً نوبت به بیع دوم نمی‌رسد (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۷۸).

لازمه استدلال فوق آن است که اگر شرط بازخرید در ضمن بیع اول نشده باشد، ولی متعاقدين دو بیع را انجام دهند باید حکم به بطلان شود؛ زیرا اشکال عدم قصد در این مورد نیز مطرح می‌شود در صورتی که بدون مطرح شدن شرط این عقد صحیح است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۲۵). همچنین در فرضی که بایع علم به بیع دوم دارد و آن را شرط نمی‌کند نیز این اشکال وارد است، درحالی که اتفاق بر صحت این بیع وجود دارد (خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۸۷). افزون بر این عدم وجود قصد، خلاف فرض مسئله است؛ زیرا بایع اول وقتی شرط بازخرید را می‌کند در واقع قصد انتقال میباید به مشتری را دارد تا به صورت ارزان‌تر آن را از وی به صورت نقدی بخرد و خرید مجدد میباید منافاتی با وجود قصد جدی نقل ندارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۲۵).

۳-۴. روایات

مهمترین دلیل بطلان، روایاتی است که ادعا شده در خصوص بیع‌العینه مشروط صادر شده است. در صورت اثبات این دسته از روایات، حمل ادله مطلق بر روایات مقید اگر به چالش دیگری روبرو نشود بدون اشکال است.

۱-۳-۴. روایت حسین بن منذر

حسین بن منذر در مورد معامله‌ای سؤال می‌کند که در آن، متاعی را خریداری و به طالب عینه فروخته و سپس آن را بازخرید کرده است. امام علیه السلام در پاسخ می‌فرماید اگر

دو طرف معامله مجبور نباشند، اشکالی ندارد^۱ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۵۱-۵۲).

طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید اهوازی در کتاب فهرست صحیح است (طوسی، بی تا، ص ۱۵۰). روات مذکور در سند روایت به جز حسین بن منذر توثیق خاص دارند (کشی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۸۳۰-۸۳۱؛ نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۳۵) و تنها شیخ طوسی وی را از اصحاب امام صادق (علیه السلام) به حساب آورده است (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۸۲)، بنابراین از حیث سند روایت ضعیف است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۱۰؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۳؛ خویی، بی تا، ج ۷، ص ۵۹۰). همچنین، نقل کلینی (۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۰۲) نیز همین راوی را دارد و مشکل سندی برطرف نمی شود.

استدلال به این روایت برای بطلان بیع العینه مشروط، مبتنی بر مفهوم شرطی «اذا کان له الخيار... فلا باس» است. منطوق روایت دلالت دارد که در صورت وجود خيار برای بايع یا مشتری، بیع العینه جایز است و مفهوم آن بیانگر این است که در صورت شرط بازخرید در بیع اول، معامله صحیح نیست. بر این اساس، شرط بازخرید موجب بطلان بیع می شود و این روایت، عمومات کتاب و سنت و نیز روایات تجویز کننده بیع العینه مطلق را تقیید می زند. صحت این استدلال منوط به پذیرش چند پیش شرط است: اولاً، باید دلالت تعبیر «فيه بأس» بر فساد وضعی معامله یا حرمت تکلیفی و ملازمه آن با فساد پذیرفته شود. ثانیاً، متعلق «فيه بأس» باید بیع اول باشد یا اگر بیع دوم است، بطلان آن مستلزم بطلان بیع اول باشد؛ زیرا در صورت صحت بیع اول، وفای به شرط آن (بیع دوم) به موجب قاعده «المؤمنون عند شروطهم» لازم است (عندلیبی، ۹۹/۱۰/۱۳). ثالثاً، باید دلالت جمله شرطیه بر انتفای حکم عند انتفای شرط (مفهوم شرط) پذیرفته شود، در حالی که برخی معاصرین آن را انکار کرده اند (شهیدی پور، بی تا، ج ۴، ص ۳۴۶؛ خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص ۱۸۹). واکاوی دلالتی این روایت نشان می دهد که استناد به آن برای اثبات بطلان، با چالش های جدی مواجه است.

۱. «سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت يجزئني الرجل يطلب العينة فأشتري المتاع من أجله ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني قال فقال إذا كان له الخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع و كنت أنت الخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس قال قلت فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إن جاء به بعد أربعة أشهر صلح قال فقال إنما هذا تقديم و تأخير فلا بأس».

۴-۳-۱. تحلیل دلالت عبارت «إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ»

برخی معتقدند دلالت روایت نه در مقام بیان شرطیت ضمنی، بلکه در مقام تأکید بر ضرورت تحقق طیب نفس طرفین معامله است. از این منظر، در فرضی که در بیع دوم رضایت محقق نباشد، عقد باطل محسوب می‌شود؛ بنابراین، استناد به این روایت در باب شرط ضمن عقد فاقد وجهت است و اگر طرفین با طیب نفس اقدام به معامله نمایند، حتی با فرض وجود شرط ضمنی، بیع عینه مشروع و صحیح خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۲۳۵؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۳). حتی اگر تنها بتوان چنین احتمالی را از روایت برداشت کرد، دیگر نمی‌توان به آن برای اثبات مدعای خود استدلال کرد.

به نظر می‌رسد این تلقی و برداشت، مخالف ظهور الفاظ روایت است. تعبیر «إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ» به روشنی ظهور در حیثیت اختیاری بودن عمل دارد، به این معنا که شخص در انتخاب خود آزاد و مختار باشد و هیچ‌یک از طرفین ملزم و مجبور به انجام معامله نباشند، نه آن که صرفاً دارای رضایت باطنی باشند. این ظهور به حدی قوی است که احتمال مطرح شده فاقد قوت لازم برای معارضه با آن بوده و قابلیت تضعیف این ظهور واضح را ندارد (عندلیبی، ۹۹/۱۰/۱۳).

۴-۳-۲. تعیین قلمرو روایت

روایت مذکور نمی‌تواند ادعای مشهور را ثابت کند؛ زیرا به دو قرینه جواب امام مربوط به بیع دوم است. قرینه اول اینکه امام فرمودند «ان كان بالخيار» که ضمیر موجود در «كان» به «الرجل» بر می‌شود؛ پس معلوم می‌شود مربوط به بیع دوم است و قرینه دوم هم کلام اهل مسجد است «فَإِنَّ أَهْلَ الْمَسْجِدِ يَرْغُمُونَ أَنَّ هَذَا فَاسِدٌ وَ يَقُولُونَ إِنَّ جَاءَ بِهِ بَعْدَ أَشْهُرٍ صَلَحَ» که به قرینه «بعد اشهر» معلوم می‌شود که مربوط به بیع دوم بوده است در حالی که کلام مشهور در خصوص بطلان بیع اول است (خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۹۰). بلکه روایت ظهور در صحت بیع اول دارد زیرا اهل مسجد معامله اول را صحیح می‌دانستند و اشکال آنها در بیع دوم بود و اینکه امام بیع دوم را جواب داده‌اند، کاشف از این است که صحت بیع اول مفروغ عنه بوده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۳). در ضمن دلیلی

ندارد که تنها وجه بطلان بیع دوم، بطلان بیع اول باشد، زیرا علم به وجه حکم وجود ندارد، لذا ممکن است بیع دوم، تعبداً باطل باشد و بیع اول همچنان صحیح باشد (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۸۱).

۴-۳-۱. تحلیل دلالتی تعبیر «بأس»

تعبیر «بأس» مستفاد از مفهوم شرط، دلالت بر حکم وضعی بطلان ندارد؛ بلکه دلالت بر حکم صحت همراه با مرجوحیت دارد و به عبارت دیگر مکروه است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۶۸) بأس به معنی شدت و حدّت است فلذا «فیه بأس» یعنی عذاب دارد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۲۳۵).

اشکال فوق صحیح نیست، زیرا «لا بأس» در معاملات ارشاد به صحت است، در نتیجه «بأس» ارشاد به فساد است (شهیدی پور، ۱۳۹۹/۱۰/۰۳، ص ۱۸۷). افزون بر این در روایت، قرینه‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد مراد از «لا بأس» صحت است؛ زیرا اهل مسجد این بیع را فاسد می‌دانستند و امام در پاسخ فرمودند «لا بأس» که به معنای نفی فساد است. حتی اگر دلالت «بأس» بر فساد پذیرفته نشود، دلالت آن بر بطلان بعید نیست. همچنین احتمال دیگری وجود دارد که بیع‌العینه از حیل ربا محسوب می‌شود و شبهه حرمت دارد. امام تصریح می‌کنند که اگر بیع دوم شرط شود حرام است، ولی بدون شرط «لا بأس» یعنی حلال است و حلیت ملازم با صحت است. در هر حال، حرمت مستفاد از روایت، به دلیل نهی از سبب، ملازم با فساد معامله است.

۴-۳-۲. شمول دلالتی روایت

روایت دلالتی بر بطلان بیعی که در آن شرط بازخرید شده، ندارد؛ زیرا اخص از مدّعاست. مدّعا آن است که هر نوع بیعی که در آن شرط بازخرید شده باشد، صحیح نیست؛ ولی روایت تنها بر باطل بودن بیعی دلالت می‌کند که فوراً بعد از بیع اول، بیع دوم محقق شود؛ زیرا در تعبیر سائل «ثم اشتریه منه مکانی» آمده است و آن را در مقابل قول عاقله قرار داده است که فاصله چهار ماه بین دو بیع را لازم می‌دانند، از طرفی در بین

فقه‌ها شخصی قائل به تفصیل بین صحت بیع دوم فوری و بطلان بیع دوم با تأخیر وجود ندارد، بنابراین این روایت معرض عنه اصحاب محسوب می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۴۳).

اشکال صحیح نیست؛ زیرا ذیل روایت با تعبیر «هذا تقدیم و تاخیر فلا بأس به» فرقی بین بیع دوم فوری و بیع دوم با تأخیر نمی‌گذارد و مشکل آن‌خص بودن دلیل از مدعا را برطرف می‌کند.

در نتیجه روایت حسین بن منذر افزون بر اینکه از جهت سند محل خدشه است از جهت دلالتی نیز ظهور در بطلان بیع العینه به شرط بازخرید ندارد؛ زیرا مربوط به بیع دوم بوده است در حالی که کلام مشهور در خصوص بطلان بیع اول است؛ لذا ارتباطی به محل بحث ندارد و در نتیجه نمی‌تواند مقید عمومات باشد.

۲-۳-۴. روایت علی بن جعفر

روایت علی بن جعفر در «قرب الاسناد» (حمیری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۶۷) و در «کتاب علی بن جعفر» (عریضی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۲۷) آمده است. صاحب وسائل که به کتاب علی بن جعفر دسترسی داشته، این روایت را نقل کرده است (حر عاملی، ج ۱۸، ص ۴۲-۴۳). در این روایت، علی بن جعفر از امام کاظم علیه السلام می‌پرسد: آیا اگر کسی پارچه‌ای را به ده درهم نسیه بفروشد، سپس آن را به پنج درهم بخرد، جایز است؟ امام علیه السلام در پاسخ می‌فرماید: «اگر شرطی در کار نباشد و هر دو طرف راضی باشند، اشکالی ندارد. نسخه موجود در کتاب علی بن جعفر با کمی تفاوت در عبارت - «به پنج درهم نقدی می‌خرد» - نقل شده است.

نقل قرب الاسناد فاقد عبارت «الی أجل» است، اما با توجه به یکسان بودن راوی، هر دو نقل اشاره به یک روایت دارند و احتمال افتادگی این عبارت در نسخه موجود قرب الاسناد وجود دارد. مخصوصاً اینکه وجود این فقره لازم است؛ زیرا در روایت آمده است شخصی لباس خود را به ده درهم فروخته و سپس آن را به پنج درهم خریداری می‌کند که در دو بیع نقد عقلایی نیست. هیچ‌یک از کتاب‌های «قرب الاسناد» و «مسائل

علی بن جعفر» با سند معتبر به دست ما نرسیده‌اند؛ بنابراین بررسی سند آنها ممکن نیست و نمی‌توان به روایات این کتاب‌ها به‌عنوان مستند فقهی استناد کرد. حتی اگر از این مشکل صرف‌نظر شود، عبدالله بن حسن توثیق خاصی ندارد و سند آن قابل‌اعتماد نیست. روایت مذکور از جهت دلالت شبیه روایت حسین بن منذر است؛ زیرا سؤال پیرامون فروش لباسی به قیمت ده درهم و خرید آن به قیمت پنج درهم توسط فروشنده بیع اول است و حضرت در پاسخ می‌فرماید که اگر شرط بازخرید نشده باشد و هر دو راضی باشند اشکالی ندارد و با استفاده از مفهوم شرط، شرط بازخرید موجب بطلان بیع می‌شود. به استدلال مذکور اشکالاتی وارد شده است.

۱-۲-۳-۴. قلمرو روایت و ارتباط با بیع اول

این روایت یش از روایت حسین بن منذر ظهور در بیع دوم دارد؛ چون در بیع دوم ثمن دوبرابر بیع اول است (ده درهم در بیع دوم و ۵ درهم در بیع اول) و احتمال این وجود دارد که خریدار طیب نفس نداشته باشد، به همین جهت امام می‌فرماید اگر طرفین راضی هستند مشکلی ندارد؛ بنابراین متعلق «باس» بیع دوم است در حالیکه کلام مشهور در خصوص بطلان بیع اول است لذا ارتباطی به محل بحث ندارد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۶، ص ۲۳۵؛ خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۹۰). ظهور روایت در اختصاص به حکم بیع دوم، مانع از این استدلال می‌شود که تنها منشأ فساد آن، بطلان بیع اول است؛ زیرا فقدان طیب نفس متعاملین در بیع دوم، ناشی از التزام عرفی به شرط بیع اول، خود می‌تواند علت مستقل بطلان باشد؛ بنابراین، فساد بیع دوم می‌تواند هم معلول بطلان بیع اول باشد و هم ناشی از صحت بیع اول همراه با شرط فاسدی که رضایت واقعی در بیع دوم را مختل کرده است.

۲-۲-۳-۴. رابطه حرمت تکلیفی و بطلان وضعی

اگر فرض شود ظاهر عبارت «فیه بأس» حرمت تکلیفی را برساند، این امر دلالت بر صحت وضعی معامله دارد؛ زیرا نهی تکلیفی از یک مسبب شرعی، نشان‌دهنده امکان

تحقق آن مسبب است. در غیر این صورت، نهی از چیزی که اساساً قابل وقوع نیست، بی معنا خواهد بود. برای نمونه، هنگامی که شارع می‌فرماید: «زید را مالک کتاب مکن»، این نهی حاکی از آن است که مالکیت زید نسبت به کتاب امکان‌پذیر است، ولی شارع آن را مجاز نمی‌شمارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۸۷)؛ بنابراین، اگر بیع دوم حرام تلقی شود، دلایلی مانند عدم رضایت بایع یا ربوی بودن معامله می‌تواند موجب این حرمت باشد، اما این حرمت تکلیفی لزوماً به معنای بطلان وضعی معامله نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۶۸). افزون بر این، به نظر می‌رسد محور نهی در روایت، خود بیع است، نه مسبب آن. همان گونه که نهی از بیع خمر هم حرمت تکلیفی و هم بطلان وضعی را در پی دارد، در اینجا نیز ممکن است نهی از بیع، دال بر هر دو جنبه باشد.

در نتیجه روایت علی بن جعفر نیز افزون بر اینکه از جهت سند محل خدشه است از جهت دلالتی نیز ظهور در بطلان بیع العینه به شرط بازخرید ندارد؛ زیرا مربوط به بیع دوم بوده است در حالی که کلام مشهور در خصوص بطلان بیع اول است؛ لذا ارتباطی به محل بحث ندارد و نمی‌تواند مقید ادله مطلق باشد.

۴-۳-۳. روایت یونس الشیبانی

یونس می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی کالایی را می‌فروشد و فروشنده و خریدار هر دو می‌دانند که این کالا این قدر ارزش ندارد؛ اما خریدار اطمینان دارد که فروشنده دوباره آن را از وی خواهد خرید. امام (ع) فرمود: آنچه می‌گویی، ربا است، پس اگر تو کالا را دوباره از او نخری، آن را باز می‌گرداند؟ یونس می‌گوید: عرض کردم: آری! امام (ع) فرمودند: به چنین معامله‌ای نزدیک نشو! (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۹).

۱. «قال: قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يبيع الباع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتره منه قال فقال يا يونس إن رسول الله ص قال لجابر بن عبد الله كيف أنت إذا ظهر الجور و أورتهم الذل قال فقال له جابر لا أبقيت إلى ذلك الزمان و متى يكون ذلك بأبي أنت و أمي قال إذا ظهر الربا يا يونس و هذا الربا و إن لم تشتره منه رده عليك قال قلت نعم قال فقال لا تقر به فلا تقر به».

شیخ طوسی، طریق صحیحی به محمد بن حسن صفار در کتاب فهرست نقل کرده است (طوسی، بی تا، ص ۴۰۸). صالح بن عقبه موجود در سند مردّد بین دو فرد است: صالح بن عقبه بن خالد الاسدی از اصحاب امام باقر علیه السلام و صالح بن عقبه بن قیس از اصحاب امام صادق علیه السلام و امام کاظم علیه السلام (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۲۲۷ و ص ۳۳۸). بنا به نقل نجاشی هر دو صاحب کتاب نیز هستند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۰۰). حتی اگر صالح بن عقبه بن قیس به وسیله توثیقات عامی مانند توثیق ابن عقده یا راوی کتاب تفسیر علی بن ابراهیم بودن، توثیق شود، ولی نسبت به صالح بن عقبه بن خالد توثیقی وجود ندارد؛ بنابراین مردّد بین ثقه و غیر ثقه می شود. راوی مستقیم، یونس الشیبانی (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۲۴) نیز توثیق خاص ندارد؛ بنابراین روایت از جهت سندی ضعیف است.

برخی معتقدند روایت ظاهر در صورتی است که طرفین بیع نسیه‌ای دوم را در بیع نقد اول، شرط کرده باشند و از فقره «فَإِنْ لَمْ تَشْتَرِهِ رَدَّهْ عَلَيْكَ» فرض اشتراط بیع دوم در بیع اول استظهار می شود؛ بنابراین در صورت وجود چنین شرطی، معامله باطل است (شهیدی پور، ۱۳۹۹/۱۰/۰۳). این برداشت از روایت صحیح نیست، زیرا بر طبق ظاهر روایت امام علیه السلام اساساً در خصوص «بیع عینه» صحبت نکرده است بلکه نگرانی امام علیه السلام مربوط معاملاتی است که به عنوان حیل ربا از آن استفاده می شود (جمعی از نویسندگان، ج ۴۷، ص ۱۷۶). راوی می پرسد که شخصی یک مبیعی را به مشتری می فروشد و هر دو می دانند که قیمت آن با ثمنی که در معامله مطرح شده است تفاوت دارد؛ ولی هر دو می دانند که مشتری مبیع را دوباره به بایع می فروشد. حضرت با نقل قضیه‌ای از پیامبر این عمل را از مصادیق ربا به حساب آورده‌اند. سپس حضرت می پرسد که این گونه نیست که اگر بایع در بیع اول از خرید دوباره مبیع خودداری کند، مشتری در بیع اول مبیع را نزد بایع رها کند و برود، راوی این مسئله را تأیید می کند و حضرت نیز می فرماید که نزدیک این عمل نشوید که از مصادیق ریاست.

درحقیقت متعاملین با توسل به دو معامله قصد فرار از ربا را دارند و امام آن را مصداق ربا به حساب آورده است؛ ولی روایت مذکور با بیع العینه تفاوت دارد؛ زیرا باتوجه به ذیل روایت که مسئله خودداری از خرید مطرح شده معلوم می شود که این دو

معامله صوری است، ولی در بیع العینه متعاملین قصد جدی دارند؛ شاهد اینکه اگر قبل از بیع دوم مبیع تلف شود، در ملک مشتری تلف شده است یا اینکه مشتری می تواند برای تأمین نقدینگی مبیع را به شخص سومی بفروشد؛ لذا نمی توان حرمت مستفاد از این روایت را در مورد بیع العینه مطرح کرد.

در نتیجه روایت یونس افزون بر اینکه از جهت سند محل خدشه است از جهت دلالتی نیز ظهور در بطلان بیع العینه به شرط بازخرید ندارد؛ بلکه اساساً ارتباطی با بیع العینه ندارد و از انجام معاملات صوری به قصد تخلص از ربا نهی می کند.

فرضاً سه روایت اخیر، مقید اطلاق روایات مجوز بیع العینه باشد، این شبهه پیش خواهد آمد که اطلاق روایات مردم را به رباخواری مبتلا کرده است؛ حال آن که حکم واقعی تجویز بیع العینه در صورت عدم اشتراط بازخرید بوده است (شهیدی پور، ۱۳۹۹/۱۰/۰۳).

چه بسا شبهه به اشکال برخی از معاصرین در خصوص عدم امکان تقیید روایات در مقام افتاء اشاره داشته باشد. روایات مقام افتاء در مقام بیان وظیفه فعلیه صادر شده اند و سائل برای عمل کردن سؤال می کند، بنابراین پاسخ باید تمام قیود مؤثر در حکم را شامل شود. در این مقام، نمی توان یک حکم را برای یک نفر مطلق و برای دیگری مقید بیان کرد یا حتی برای همان شخص در زمان دیگر تقیید زد، زیرا اهل بیت در مقام افتاء به قیود منفصل تکیه نمی کردند. اما در مقام تعلیم، گاهی بخشی از مطالب در یک مجلس و بخش دیگر در مجلسی دیگر بیان می شد؛ بنابراین، استناد به قرائن منفصله فقط در روایات تعلیمی جایز است، نه در روایات مربوط به وظیفه عملی. تقیید روایات در مقام افتاء اگرچه عقلاً جایز است، اما عرفاً ناپسند شمرده می شود، زیرا تقیید دلیل مطلق (حکم ترخیصی) با دلیل مقید (حکم الزامی) ممکن است به القای مفسده یا مخالفت با واقع بینجامد که امری قبیح است (حسینی سیستانی، ۱۳۹۸، ص ۲۱۰). در محل بحث نیز بعید نیست کبرای مذکور قابل تطبیق باشد، زیرا روایات مطلق متعددی در خصوص جواز بیع العینه صادر شده است که در برخی از روایات به وضوح از وظیفه عملی سؤال می کند و باین حال امام علیه السلام به طور مطلق بیع العینه را تجویز می کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۵۳)، در حالی که اگر حکم دارای قید خاصی بود می بایست بیان می شد؛ بنابراین به اطلاق این

دسته از روایات که دربردارنده حکم ترخیصی است عمل می‌شود و به روایت مفصله که مقتضی حکم الزامی است عمل نمی‌شود و یا نهایتاً بر کراهت حمل می‌شود.

یکی از شروط مبنای عدم امکان تقیید روایات در مقام افتاء توجه به این نکته است که حالات شاذ در فتاوی ذکر نمی‌شود. یکی از تفاوت‌های مقام فتوا با تعلیم آن است که در فتوا توجه دادن مخاطب به مصادیق و حالات شاذ و نادر و همچنین تقیید حکم به آنها ناپسند و نامتعارف است؛ لذا حکم به صورت مطلق بیان می‌شود، هرچند در واقع، حکم مقید به قید باشد؛ بنابراین در روایات افتایی بیان حکم به صورت مطلق با فرض اینکه در واقع مقید به قیدی باشد که نسبت به استفتاکننده نادر است، امری خلاف حکمت تلقی نمی‌شود (حسینی سیستانی، ۱۳۹۸، ص ۲۱۰). بر این اساس، صورت متعارف از بیع العینه این است که بیع دوم در ضمن بیع اول شرط نشده باشد. در اکثر روایات خرید میع توسط بایع در ضمن بیع دوم، مطرح نشده بود؛ بلکه آنچه در آنها مطرح بود عدم توانائی در پرداخت بدهی است؛ از این رو اقدام به بیع العینه می‌کند تا با خرید نسبه‌ای متمکن از پرداخت بدهی خود باشد و چه بسا اصلاً این کالا را در بازار و به شخص ثالث فروخته است و با ثمن حاصله بدهی را پرداخت می‌کند (شهیدی‌پور، ۱۳۹۹/۱۰/۰۳).

ادعای مذکور قابل‌پذیرش نیست؛ زیرا اولاً صورت متعارف از بیع العینه اشتراط بازخرید ولو با شرط ضمنی یا حتی ارتکازی است؛ زیرا طالب بیع العینه احتیاج به نقدینگی دارد و چون از طرفی کسی به او قرض الحسنه نمی‌دهد و از طرف دیگر نمی‌خواهد مبتلا به قرض ربوی شود، اقدام به انجام بیع العینه می‌کند تا به خواسته خود برسد که آن نیز معمولاً با اشتراط بازخرید حاصل می‌شود. حداقل اینکه صورت متعارف از بیع العینه به صورت عدم اشتراط بیع دوم در ضمن بیع باشد مشکوک است؛ ثانیاً در برخی از روایات شراء کالا توسط بایع مطرح شده است و مسئله تأمین نقدینگی است و بدهی سابقی در کار نیست.

بنابراین، حتی در صورتی که سه روایت مذکور از حیث سندی و دلالتی تام باشند و صلاحیت تقیید روایات مطلق را داشته باشند، اشکال عدم امکان تقیید روایات در مقام افتاء قابل طرح است. روایات مطلق متعددی در خصوص جواز بیع العینه صادر شده است

و در برخی از روایات به وضوح از وظیفه عملی سؤال می‌کند و باین حال امام علیه السلام به طور مطلق بیع العینه را تجویز می‌کنند، در حالیکه اگر حکم دارای قید خاصی بود می‌بایست بیان می‌شد؛ بنابراین به اطلاق این دسته از روایات که دربردارنده حکم ترخیصی است عمل می‌شود و به روایت مفصله که مقتضی حکم الزامی است عمل نمی‌شود و یا نهایتاً کراهت حمل می‌شود.

نتیجه‌گیری

این پژوهش به این نتیجه رسید که ادله مشهور فقها در بطلان بیع العینه مشروط به شرط بازخريد از وجاهت کافی برخوردار نیست. تحلیل روایات مورد استناد مشهور نشان داد که این روایات یا ضعیف السند هستند یا ارتباطی با موضوع بیع العینه مشروط ندارند و نمی‌تواند به طور قاطع اطلاقات دال بر صحت بیع را مقید کنند. حتی در صورت پذیرش سند و دلالت این روایات، تقیید آنها در مقام افتاء با چالش‌های اصولی جدی مواجه است که اعتبار این استدلال را زیر سؤال می‌برد؛ بنابراین بیع العینه مشروط به شرط بازخريد را می‌توان معامله‌ای صحیح و مشروع دانست. این نتیجه‌گیری نه تنها با موازین فقهی سازگار است، بلکه می‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای روز نظام مالی اسلامی باشد.

یافته‌های این تحقیق پیامدهای مهمی در حوزه معاملات بانکی و مالی اسلامی دارد. تأیید صحت بیع العینه می‌تواند زمینه‌ساز توسعه ابزارهای نوین مالی در چارچوب شریعت باشد. باتوجه به رواج قراردادهای مشابه مانند ریپو در نظام بانکی، این پژوهش مبنای فقهی مستحکمی برای مشروعیت بخشی به چنین معاملاتی ارائه می‌دهد. همچنین، نتایج این تحقیق می‌تواند بدون نگرانی از حیل‌های ربوی راهگشای حل مشکلات نقدینگی در مؤسسات مالی اسلامی باشد. پژوهشگران حوزه اقتصاد اسلامی می‌توانند با الهام از این نتایج، به بررسی تطبیقی بیع العینه با سایر قراردادهای مالی پردازند و ضوابط لازم برای اجرای صحیح آن را تدوین نمایند. البته توصیه می‌شود جهت پیشگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی، ضوابط شفاف و نظارت دقیق در اجرای این معامله اعمال شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: آل البيت علیه السلام.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد جزری. (بی تا). النهاية في غريب الحديث و الأثر (ج ۵). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (ج ۴). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- اصفهانى، محمد حسین کمپانی. (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، چاپ الحديثه، ج ۵). قم: أنوار الهدی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین دزفولی. (۱۴۱۱ق). کتاب المکاسب (چاپ القديمة، ج ۳). قم: منشورات دار الذخائر.
- ایروانی، علی. (۱۳۷۹). حاشیه المکاسب (ج ۲). قم: کتبی نجفی.
- ایزدی فرد، علی اکبر. (۱۳۸۰). شرط باز خرید در بیع. الهیات و معارف اسلامی، مطالعات اسلامی، پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی، (۵۲-۵۱)، صص ۱۲۹-۱۴۲. SID. <https://sid.ir/paper/357087/fa>
- جمعی از نویسندگان. (بی تا). مجله فقه اهل بیت علیه السلام (فارسی) (ج ۴۷). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية (ج ۶). بیروت: دار العلم.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۸). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- حسینی سیستانی، سید علی. (۱۳۹۸). تعارض الادله و اختلاف الحديث. قم: انتشارات اسماعیلیان.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (چاپ الحديثه، ج ۱۴). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۷ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (ج ۲، چاپ چهارم). قم: ایران: مؤسسه النشر الاسلامی.

حمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الإسناد (چاپ الحديثه، ج ۱). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۱ق). کتاب البيع (ج ۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۳۴ق). مناهج الوصول إلى علم الأصول (ج ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). تحریر الوسیله (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب، ج ۷). بی جا: بی نا.

زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۱۸، ۲۰). بیروت: دار الفکر.

سبزواری (محقق)، محمدباقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۳۰ق). دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا (ج ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

شرتونی، سعید. (۱۴۱۶ق). أقرب الموارد في فصح العربية و الشوارد (ج ۵). تهران: دار الأسوة.

شهیدی پور، محمدتقی. (۱۳۹۹-۱۴۰۰). درس خارج فقه ربا در معاملات بانکی. بی جا: بی نا.

شهیدی پور، محمدتقی. (بی تا). أبحاث أصولية (ج ۹). بی جا: بی نا.

طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی). (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (ج ۱۰). تهران: دار الکتب الإسلامية.

- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست (ج ۱). نجف اشرف: المكتبة الرضویة.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). رجال الشیخ الطوسی - الأبواب (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۱۰). قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۱۵). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد (ج ۴). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عریضی، علی بن جعفر. (۱۴۰۹ق). مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها (ج ۱). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- عشایری منفرد، محمد. (۱۳۹۹). حکم فقهی بازخرید شرط شده در ضمن عقد بیع؛ مطالعه موردی قرارداد ریپو (Repo). اقتصاد اسلامی، ۲۰(۷۹)، صص ۶۵-۸۵.
- عندلیبی، علی. (۱۳۹۹-۱۴۰۰). درس خارج فقه بورس و اوراق بهادار. بی جا: بی نا.
- فراهدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (ج ۸). قم: نشر هجرت.
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی (ج ۱). قم: منشورات دار الرضی.
- کشی، محمد بن عمر بن عبدالعزیز. (۱۴۰۹ق). رجال الکشی (ج ۱). مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۸). تهران: دار الکتب الإسلامية.
- معصومی نیا، علی. (۱۳۹۸). بیع العینة: بررسی فقهی و کاربرد آن در اختیار معامله تبعی و اوراق تورق. معرفت اقتصاد اسلامی، ۱۰(۲۰)، صص ۴۹-۶۵.
- موسویان، سیدعباس؛ الهی، مهدی. (۱۳۸۹). امکان سنجی فقهی تشکیل بازار بین بانکی در بانکداری اسلامی. اقتصاد اسلامی، ۱۰(۳۸)، صص ۸۹-۱۱۸.

نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشي - فهرست أسماء مصنفی الشيعة (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۴۳). بیروت: دار إحياء التراث العربي.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة فی أحكام الشريعة (ج ۱۹). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

وزارت اوقاف کویت. (۱۴۱۴ق). الموسوعة الفقهية (ج ۹، ۴۵). کویت: دولة الكويت. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية.

A Jurisprudential Analysis of Hijab Style and Its Difference from adornment and Tabarruj

Hadi Khoshnoudi¹ 

Received: 2024/04/19 • Revised: 2025/09/27 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09



Abstract

Women's clothing has always been one of the most controversial issues throughout history, influenced by various cultures and societies, and has taken on different meanings. These challenges have continued into the modern era, especially with the emergence of new concepts such as "hijab style," which has sparked widespread discussions about the role and meaning of hijab in contemporary society. The main question of this research is: What is the jurisprudential ruling on hijab style? Some individuals and groups have criticized this form of covering—not merely because of its external differences from the traditional model of hijab, but because they believe it weakens the religious and cultural boundaries of modesty and distances women from the spirit of *haya* (modesty) and religious dignity. On the other hand, some continue to defend this style, considering it a modern expression of Muslim women's identity. Although *tabarruj* (immodest display) and *zinah* (adornment) are conceptually

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Law, Shahid Mahallati Faculty, Qom, Iran.

h.khoshnodi@gmail.com

* Khoshnoudi, H. (2025). A Jurisprudential Analysis of Hijab Style and Its Difference from adornment and Tabarruj. *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 136-162. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.71615.2922>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

authors retain the copyright and full publishing rights



related, they are distinct categories in jurisprudence. *Tabarruj* represents a specific form of *zinah* in which self-display attracts improper attention and provokes desire in social contexts. Using a descriptive-analytical method and library sources, this study demonstrates that while hijab style covers the entire body, it draws attention and gaze due to its display-oriented nature. Although it may outwardly appear as an Islamic covering, its fashion-oriented essence and performative motivations prevent it from achieving the ultimate goal of hijab and entail particular personal and social consequences. The findings show that hijab style is not merely a legitimate variation of dress that can be defined within the bounds of moderate adornment; rather, in many cases, by emphasizing appearance and attracting attention, it constitutes a practical manifestation of revealing inner adornments and thus falls under the prohibition of Islamic law.

Keywords

Hijab style, Islamic hijab, adornment and tabarruj, Islamic covering, hijab model.

تحلیل حکم فقهی حجاب استایل و تفاوت آن با زینت و تبرج

هادی خوشنودی^۱



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

چکیده

پوشش زنان همواره یکی از مسائل چالش‌برانگیز در طول تاریخ بوده است که از فرهنگ‌ها و جوامع مختلف تأثیر گرفته و مفاهیمی متفاوت به خود گرفته است. این چالش‌ها تا زمان معاصر ادامه یافته‌اند، بویژه با ظهور مفاهیم نوینی نظیر «حجاب استایل» که در جامعه امروز مطرح شده و بحث‌های فراوانی را پیرامون نقش و معنای حجاب برانگیخته است. پرسش تحقیق آن است که حکم فقهی حجاب استایل چیست؟

برخی افراد و جریان‌ها نسبت به این نوع پوشش انتقاداتی وارد کرده‌اند؛ نه صرفاً به‌خاطر تفاوت‌های ظاهری آن با الگوی سنتی حجاب، بلکه به‌دلیل آنکه معتقدند این سبک پوشش در عمل موجب کمرنگ شدن مرزهای شرعی و فرهنگی حجاب شده و با روح حیا و وقار دینی فاصله گرفته است. در مقابل، گروهی همچنان از این سبک دفاع می‌کنند و آن را جلوه‌ای نوین از هویت زن مسلمان می‌دانند. تبرج و زینت، هرچند از نظر مفهومی با یکدیگر ارتباط دارند، اما از منظر فقهی دو مقوله متمایز به‌شمار

۱. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده شهید محلاتی، قم، ایران.

h.khoshnodi@gmail.com

* خوشنودی، هادی. (۱۴۰۴). تحلیل حکم فقهی حجاب استایل و تفاوت آن با زینت و تبرج. فقه، ۳۶(۳)، صص ۱۳۶-۱۶۲.

<https://Doi.org/10.22081/jf.2025.71615.2922>

ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



رفته و تبرج، نوعی کاربرد خاص از زینت است که در آن جلوه‌گری و خودنمایی موجب جلب توجه نامناسب و تحریک‌آمیز در فضای اجتماعی می‌شود. پژوهش حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی تحلیلی نشان می‌دهد که حجاب استایل با وجود پوشاندن تمام بدن، به دلیل جلب توجه و نمایش خود در برابر دیگران، نگاه نامحرم را به سمت فرد متمایل می‌کند. هرچند «حجاب استایل» در ظاهر نوعی پوشش اسلامی تلقی شود لکن به سبب ماهیت مدگرایانه و انگیزه‌های نمایشی نهفته، نمی‌تواند هدف غایی حجاب را محقق کند و آثار خاصی را در سطح فردی و اجتماعی به دنبال دارد. یافته‌ها نشان داد که «حجاب استایل» صرفاً تنوعی مشروع در پوشش نیست که بتوان آن را در چارچوب مد یا زینت متعادل تعریف کرد؛ بلکه در بسیاری موارد، به سبب برجسته‌سازی ظاهر و جلب توجه، از مصادیق تطبیقی آشکار کردن زینت‌های باطن است و مشمول نهی شارع مقدس می‌شود.

کلیدواژه‌ها

حجاب استایل، حجاب شرعی، زینت و تبرج، پوشش اسلامی، الگوی حجاب.

مقدمه

اخیراً نوعی حجاب به نام «حجاب استایل» مطرح شده که با چالش‌هایی همراه بوده است. این نوع حجاب ترکیبی از رعایت دستورات دینی و بیان شخصیت و سلیقه فردی است که در عین حال به مد و استایل نیز توجه دارد. با این حال، برخی از افراد و گروه‌ها این نوع حجاب را به دلیل تفاوت‌های آن با حجاب سنتی مورد انتقاد قرار داده‌اند و معتقدند که با ارزش‌های دینی و فرهنگی جامعه همخوانی ندارد. بر همین اساس، بحث فقهی حجاب استایل اهمیت زیادی در جوامع اسلامی دارد زیرا تطبیق فقهی حجاب با سبک‌های جدید پوشش به ما نشان می‌دهد که این نوع پوشش تا چه حد با موازین شرعی مطابقت دارد. در این میان، آنچه اهمیت دارد، بررسی دقیق و روشمند این پدیده در چارچوب اصول فقهی است؛ زیرا سنجش مشروعیت و مقبولیت سبک‌های نوین پوشش، مستلزم تمایزگذاری میان جلوه‌های معقول مد و مظاهر مخرب آن است. اسلام میان مد معقول و مد مخرب تمایز قائل است.

در خصوص پیشینه مقالات مرتبط با موضوع حجاب، می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «زنان و گرایش به مد» به قلم بخارایی و رفیعی (۱۳۹۵) اشاره کرد که در آن تیپولوژی گرایش زنان به مد بررسی شده است. در این پژوهش، سه تیپ مد انطباق‌گرایانه، مد واسازانه و مد التقاطی شناسایی شده‌اند. خواجه نوری و همکاران (۱۳۹۱) نیز گرایش به حجاب و عوامل مؤثر بر آن را بررسی کرده‌اند. نتایج نشان داده که متغیرهای هویت مذهبی و سبک زندگی مذهبی تأثیر مثبت، و متغیرهای تصور از بدن، مدیریت بدن، فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی، فعالیت‌های ورزشی و موسیقایی مدرن، سبک زندگی مشارکتی و سبک‌های فراغتی جدید تأثیر منفی بر گرایش به حجاب دارند.

عطائی (۱۳۹۹) نیز در مقاله‌ای ویژگی تبرج براساس آیه ۳۳ احزاب را بیان کرده است که با توجه به این آیه انواع تبرج و مفهومش را بیان کرده است. حیدری (۱۳۹۴) نیز در مقاله خودش مصادیق تبرج را با تفاسیر فقهی تبیین کرده است. نوآوری تحقیق حاضر آن است که بر خلاف تحقیقات مذکور، اولاً به بحث حجاب

استایل پرداخته است و ثانیاً این بحث را از منظر فقه و فقها و به صورت تحلیلی دنبال کرده و همچنین نسبت بین آن با تبرج و زینت را تبیین کرده که آثار مذکور فاقد این نوآوری‌ها است.

۱. مفاهیم اساسی تحقیق

در این تحقیق چند واژه کلیدی وجود دارد که عبارتند از:

۱-۱. مفهوم حجاب استایل

واژه حجاب از نظر لغوی از ریشه «ح، ج، ب» گرفته شده و تعریف‌های گوناگونی در آن انجام گرفته است. این واژه در نظر اهل لغت به مانع و حائل بین دو چیز (فراہیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۸۶؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۴) و نیز پوشاندن (آذرنوش، ۱۳۸۲، ص ۲۷۷) به نیت منع از ورود دیگران و اختفا (عسکری، ۱۴۱۲ق، ص ۱۷۶) اعم از حائل مادی یا معنوی (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۶۷)؛ در این مقاله نیز همین معنا اراده شده است. حجاب در اصطلاح هم شاید بتوان گفت که متفاهم عرفی از این واژه غالباً متوجه به معانی فقهی‌اش می‌باشد. با این توضیح که حجاب از منظر اصطلاح فقها حجاب به پوششی اطلاق می‌شود که زن برای پوشاندن عورت از دید نامحرمان می‌پوشد (قلعجی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۷۴).

با تتبع در آثار فقیهان شیعه و اهل سنت می‌توان فهمید که حجاب از منزلت خاصی در اسلام برخوردار است تا جایی که اصل آن را از ضروری دین محسوب نموده و اختلافات موجود فقط در جزئیات آن می‌باشد. (حکیم، ۱۹۶۹م، ج ۵، ص ۲۳۹) در آثار فقهی هم بیشتر از ۳۰ دلیل نقلی و عقلی بر ضروری بودن و وجوب حجاب بیان گردیده است (موسوی خوانساری، ۱۳۴۹ق، ص ۱۴۲) که نشانگر جایگاه والای آن در آموزه‌های دین است؛ بنابراین وجوب فقهی حجاب مورد تأیید و تأکید همه مذاهب و فقه‌های آنان است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۵، ص ۴۹۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۳۳۶) و در بعضی از منابع فقهی فقه‌های مسلمان آمده که زن باید بدن و موی خود را از مرد نامحرم بپوشاند بلکه احتیاط

واجب پوشاندن از ممیز است (خمینی، ۱۳۶۶، مسئله ۲۴۳۵).

یکی از نکات مهم، توجه در بررسی واژه «حجاب» در آثار فقها این است که آنها غالباً از واژه «ستر» استفاده کرده و احکام مرتبط با آن را در ضمن مباحث دیگر مطرح کرده‌اند، که در ذیل مباحث فقهی اشاره شده بدون اینکه بخشی مستقل داشته باشند. پس در اصطلاح، حجاب به معنای پوشش خاصی برای زنان تعریف شده که شامل پوشاندن تمام بدن به جز صورت و کفین در برابر نامحرمان است و حکمش در اسلام «وجوب» است. با این حال، در آثار فقها واژه «ستر» بیش از «حجاب» استفاده شده است.

واژه «استایل»^۱ در لغت به معنای طرز، شیوه، سبک، مدل، نحوه و اسلوب است. در حوزه پوشاک و لباس، این واژه به مفهوم «مد» تعبیر شده است (حق شناس و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۱۴۰۳).

با توجه به نو بودن این واژه، تعریف آنچنانی از حجاب استایل نشده است اما برخی بیان کرده‌اند که «اصطلاح حجاب استایل برای بخشی از زنان و دختران محجبه به کار می‌رود که برای دیده شدن که با فلسفه حجاب منافات دارد، از چادر و پوشش اسلامی به شکل متنوعی استفاده می‌کنند. در شبکه‌های اجتماعی حجاب لاکچری، مدلینگ حجاب یا مدلینگ اسلامی نیز گفته می‌شود» (ویکی پدیا wikipedia.org).

مسئله‌ای که وجود دارد این است که این پدیده بیشتر بر روی تبلیغات و جلب توجه در کنار حفظ حجاب تمرکز دارد. در صورتی که این موضوع با اصل حجاب مغایرت است (https://www.namehnews.com).

مروّجان این نوع پوشش تلاش دارند «حجاب استایل» را به عنوان ترکیبی از حجاب سنتی و مدرن معرفی کنند. در این سبک، فرد می‌کوشد ضمن رعایت حدود شرعی و دینی، سلیقه شخصی و ظاهری مدرن را در انتخاب پوشش خود بازتاب دهد. این مفهوم بر این ایده استوار است که پوشش اسلامی می‌تواند با انواع سبک‌ها و استایل‌های مدرن

1. style

هماهنگ شود و در عین حال، جذابیت و تطابق با مد روز را حفظ کند، بدون آنکه از اصول دینی فاصله بگیرد. این رویکرد بویژه در میان نسل جوان رواج یافته است، افرادی که به دنبال ایجاد تعادل میان هویت دینی و جذابیت ظاهری خود هستند. در واقع حجاب استایل، کلمه‌ای با تعبیری وارونه و در جهت منافع شخصی است. باید گفت حجابی که همراه با «خودنمایی» باشد، نقطه مقابل «حجاب شرعی» است. بلاگرها با نشان دادن جذابیت‌های زیاد کاربر را مجذوب می‌کنند و او خواسته یا ناخواسته وادار به همذات‌پنداری و همانندسازی می‌شود (<https://www.pishkhan.com>). ظاهر امر این است که حجاب استایل یا حجاب شیک، یک مکانیسم دفاعی و شناختی جامعه زنان مسلمان بوده که در تقابل با اسلام‌ستیزی و حجاب‌ستیزی در دنیای غرب شکل گرفت. از منظر ما حجاب شیک یا حجاب استایل، یک واکنش است به جنگ رسانه‌ای که علیه اسلام، زنان مسلمان و حجاب شکل گرفت (زهرایی، ۱۴۰۲، ص ۳۶).

۲-۱. مفهوم‌شناسی تبرج

الف) تبرج در لغت

تبرج در لغت، از ریشه «ب، ر، ج» و مصدری از باب تفاعل است. برخی لغویون دو اصل معنایی پناهندگی و آشکار بودن را برای این ماده در نظر گرفته‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۲۳۸) و بعضی آن را وسیع بودن سفیدی چشم با زیبایی آن معنا کرده‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۴). برخی هم آن را مکانی برای نشستن کبوتر یعنی ساختمان مرتفع دانسته‌اند (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۲) که شاید بتوان گفت جمعی بین دو اصل معنایی است. اما معنای مورد نظر ما در این تحقیق معنایی است که علامه مصطفوی و دیگران ذکر کرده‌اند و اصل این ماده را جالب توجه بودن برای دیگری و ظهور دانسته که زیبا ساختن و زینت کردن زن برای اجنبی و نفوذ در قلب او از همین جهت است (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۱، ص ۲۴۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۱۱؛ قرشی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۷۴)؛ زیرا در همین راستا تحریک کردن شهوت مردان و تبختر در قدم برداشتن از خصوصیات زن‌های اهل تبرج محسوب شده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۹۴).

ب) تبرج در اصطلاح

در اصطلاح، تبرج از منظر اندیشمندان به این شکل تعبیر شده که به معنای تکشف و ظاهر شدن (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۷۰؛ قرشی، ۱۳۷۱، ج ۷، ص ۲۴۹؛ ابن عاشور، ۱۴۲۰ق، ج ۱۸، ص ۲۳۸) و اظهار نمودن زینت زن جهت مرد اجنبی (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۵، ص ۲۲۸؛ مغنیه، بی تا، ص ۴۶۸؛ جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۲۳۰) اعم از محاسن ذاتی و مصنوعی (طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۰۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۳۵) و نیز تزئین به چیزی که زینت در عرف با آن معمول نباشد را تعریف کرده‌اند (ابن عاشور، ۱۴۲۰ق، ج ۱۸، ص ۲۳۸). در تحقیق مورد نظر تبرج، خروج زنان از منزل با پوشش غیر کامل و نیمه عریان و تکسر، تغنج و تکبر محرک شهوت مردان است (ثعلبی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص ۳۵) و در آیات قرآن (سوره نور، آیه ۳۱؛ سوره احزاب، آیه ۳۲) نیز همین معنا ذکر شده است.

۳-۱. مفهوم‌شناسی زینت

الف) زینت در لغت

زینت در لغت، به معنای چیزهایی است که یک انسان، به وسیله آنها خویشتن را آراسته نماید مانند زیورآلات، لباس و ... (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۰۲؛ قرطبی، بی تا، ج ۱۰، ص ۷۳) و تزئین را زیبا ساختن، آراستن، تحسین و تجمیل شمرده‌اند (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۲۶۷).

ب) زینت در اصطلاح

زینت در اصطلاح نیز شبیه به معانی لغوی است که کارها و اشیایی که جهت زیباساختن خویش و افزایش رغبت دیگران به آن در مسیر زیباشدن یا افزایش زیبایی و تقویت کردن دوستی و محبت است که از جهتی می‌تواند یکی از اهداف شرع و شارع مقدس قرار گرفته و نعمتی برای انسان‌ها باشد لکن از جهت دیگر دست‌آویز و تسویلی برای شیطان علیه انسان و هدایتش خواهد بود (شاطبی، بی تا، ج ۳، ص ۱۷۱؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۴۸۰).

۱-۴. تبیین نسبت معنایی تبرج و زینت

با توجه به آنچه گفته شد، تبرج و زینت دو مفهوم مرتبط اما متمایز هستند. زینت به هر نوع زیبایی، آراستگی و جلوه‌گری اطلاق می‌شود که می‌تواند شامل زیبایی طبیعی یا آرایش و تزئین مصنوعی باشد. در مقابل، تبرج به نحوه نمایش زینت اشاره دارد، یعنی آشکار کردن آن به گونه‌ای که موجب جلب توجه و تحریک نامحرمان شود. در متون اسلامی، زینت به عنوان نعمتی الهی پذیرفته شده است، در حالی که تبرج معمولاً با خودنمایی افراطی و جلوه‌گری ناپسند ارتباط دارد؛ بنابراین، تبرج نوعی استفاده خاص از زینت است که در آن جلوه‌گری به گونه‌ای صورت می‌گیرد که توجه نامناسب را برانگیزد. این تفاوت نشان می‌دهد که زینت ذاتاً خنثی است، اما بسته به شیوه ارائه آن، می‌تواند تأثیر مثبت یا منفی داشته باشد.

۱-۵. تبیین نسبت معنایی حجاب استایل با تبرج و زینت

حجاب استایل مفهومی ترکیبی است که تلاش دارد میان پوشش اسلامی و سبک‌های مدرن تعادل برقرار کند. در این میان، زینت و تبرج نقش مهمی ایفا می‌کنند. زینت به زیبایی و آراستگی طبیعی یا مصنوعی اطلاق می‌شود و می‌تواند در چارچوب حجاب نیز وجود داشته باشد. تبرج اما به نمایش افراطی زینت به گونه‌ای که موجب جلب توجه نامحرمان شود، اشاره دارد. از این رو، حجاب استایل صرفاً به ایجاد تنوع در پوشش مطابق با اصول شرعی محدود نشده و نمی‌توان آن را نوعی زینت متعادل دانست، بلکه به گونه‌ای است که باعث جلوه‌گری و خودنمایی شده و به تبرج نزدیک خواهد شد؛ بنابراین، حجاب استایل از نظر ما همان تبرج زنان است که در فقه اسلامی دارای حرمت است.

۲. حکم فقهی تبرج و زینت

طبق مبانی دینی یکی از فلسفه‌های حجاب در قرآن محفوظ بودن زنان از اذیت و آزار است که در سایه پوشش اتفاق می‌افتد. با پوششی مثل حجاب استایلی و حجاب‌های

جذاب، زنان از نگاه مردان حفاظت نمی‌شوند و باید برای محفوظ ماندن خود زنان از نگاه شهوت‌آلود بعضی مردان، این نوع پوشش‌ها در جامعه اصلاح شود. بحث دیگر اینکه حجاب استایل را می‌توان مصداق روشنی از تبرج دانست که در اصطلاح بر زنی که زیبایی‌هایش را در مقابل نامحرم ظاهر می‌سازد اطلاق می‌شود (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۱، ص ۲۲۷).

بنابراین باید به دیدگاه فقها در خصوص جلوه‌گری به نامحرم که همان تبرج است اشاره کرده و سپس مستندات تبرج را هم ذکر کنیم.

۲-۱. دیدگاه فقیهان پیرامون تبرج و زینت

برای ارائه یک ضابطه کلی در مورد کیفیت و حدود حجاب شرعی مورد نظر فقها می‌توان گفت که مطابق فقه امامیه با وجود اینکه زنان در بحث پوشش در جامعه اسلامی دارای اختیارند لکن رعایت دو ویژگی در پوشش آنها لزوم دارد. در مباحث فقهی اسلام می‌توان حکم تبرج و زینت را در چند باب جستجو کرد:

الف) باب پوشش و نگاه

برطبق نهی صریح قرآن (سوره احزاب، آیه ۳۳)، حرمت تبرج آشکار می‌شود. وجوب پوشیدگی بانوان در برابر نامحرمان مورد فتوای فقه‌های اسلامی است، فقها بدون هیچ‌گونه خلاف و اشکالی به اقتضای این آیات به وجوب پوشش بانوان فتوا داده‌اند (حکیم، ۱۹۶۹م، ج ۱۴، ص ۵۹). پوشاندن کامل بدن اعم از سر و گردن و سینه و سایر اعضا (البته به غیر از وجه و کفین که طبق دلیل خاصی خروج پیدا کرده) به صورتی لازم است که همه بدنشان از معرض نگاه نامحرمان پوشیده باشد تا جایی که این پوشش مانع دید باشد و همین مطلب با پوشش لباس بدن نما و نازک رایج در عصر امروز منافات دارد. روشن است که نمایاندن برجستگی‌های بدن زنان و جذب کردن نگاه مردان نامحرم که از نظر فقهی حرام است توسط حجاب استایل و لباس‌ها و نوع خاص پوشش آنها ارائه خواهد شد که به صورت مسلم حرام خواهد شد.

ب) در باب لباس شهرت

پوشش زن باید غیرمتعارف زمانی و مکانی در یک جامعه اسلامی نباشد به نوعی که باعث جلب توجه دیگران و خیره شدن آنان شود و به عبارتی لباس آنها شهرت نبوده باشد، زیرا لباس شهرت باعث جلب نگاه دیگران و انگشت نما شدن خواهد شد و بحث حجاب استایل نیز دقیقاً در این وادی نمایان است که به دنبال جلب نگاه دیگران و انگشت نما شدن به هر قیمتی است گرچه آن نگاه حرام باشد. بنابراین نمایش حجم بدن بوسیله لباس ضخیم یا مانتو و مانند آنها از عرف خروج داشته و باعث جلب نگاه اجانب می شود که موجب عدم تحقق حجاب شرعی است (احمدی جلفائی، ۱۳۸۵، ص ۷۱). پس طبق نظر فقها در حجاب زنان پوشیدگی کامل بدن و غیرمتعارف نبودن و عدم وجود مفسده در آن لازم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۰۴). در این باره می توان به آیه ۳۳ سوره احزاب اشاره کرد، زیرا نمایاندن زیبایی و خود نمایی مقابل اجنبی در معنای تبرج وجود دارد که آیه نیز بدان اشاره دارد که زنان مسلمان، طبق عادت جاهلیت در حال تبرج بیرون نیامده و زینت خود را آشکار نکنند (طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۸، ص ۵۵۷). پس آیه مذکور، اشاره به لباس شهرت نیز داشته و رنگ لباس یا کیفیت دوخته شده آن در عدم تناسب با عرف مهم است که باید رعایت شود و نظر فقها نیز بر آن است (خمینی، ۱۳۶۶، ص ۱۳۵). دلیل نهی کردن فقه و فقها از پوشیدن لباس شهرت عدم توجه نگاه اجنبی و عدم جلب نگاه دیگران است که در روایت نبوی صلی الله علیه و آله نیز این پوشش مستوجب عذاب الهی و لباس ذلت در روز قیامت شمرده شده است (طبرسی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱).

به طور کلی در حجاب اسلامی باید زنان در برابر مردان نامحرم حریمی به نام حجاب را رعایت نمایند. البته گاهی برخی از زنان دیده می شوند که در عین پوشیده بودن بدن، زیبایی هایشان آشکار است؛ به طوری که گویی اصلاً لباسی نپوشیده اند این حجاب از حجاب مد نظر آیه به دور است و در همین راستاست که فقها به لزوم پوشانده شدن کل بدن زن به غیر از وجه و کفین، یعنی گردی صورت و از مچ دست تا انتهای آن قائل شدند به عبارتی همه جای بدن به منزله عورت و فرج زن محسوب شده و باید در مقابل اجنبی محافظت شود به غیر از وجه و کفین. زن در حفاظت از خود افزون بر

حفظ اندام و بدن خود باید زینت‌ها و آرایش‌های خود را برابر دیگران آشکار نکرده و در ملاعام به خودنمایی و جلب توجه نپردازد به طوری که موجبات گناه را هم برای خود و هم برای دیگران فراهم کند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۵؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۸، ص ۱۶۳). در نتیجه با دقت اندکی می‌توان گفت که حجاب استایل مصداق روشنی از همان تبرج و زینت است که به نظر فقها و فقه اسلامی حرمت دارد.

۲-۲. ادله فقیهان در تبرج و زینت

حجاب اسلامی دارای دو بعد ایجابی (وجوب پوشش بدن) و سلبی (حرام بودن خود آرایشی و ظاهر کردن خود بر اجنبی) است که این دو حتماً باید با هم و در کنار یکدیگر باشند تا حجاب مد نظر محقق شود اما در معنای فقهی، به دلیل استفاده نشدن لغت حجاب در آیات و روایات مربوطه، واژه‌های دیگری مانند ساتر و ستر یعنی وسیله پوشاندن و پوشش در برابر اجنبی در کتب‌های نکاح و صلاة استعمال شده است. «مستورات» به معنای زنانی هستند که دارای پوشش و ستر هستند (احصائی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ۲۷۲). به نظر می‌رسد بهترین واژه برای رساندن مفهوم حجاب همین واژه «ستر» باشد که هم می‌تواند پوشش در عمل و هم به معنای پوشش در ظاهر باشد. وجوب حجاب شرعی برای زنان از مسائلی است که تمام فقه‌های شیعه و اهل سنت بر آن اتفاق نظر دارند (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۴۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۳).

الف) کتاب

قرآن کریم سخن از تبرج در پوشش، گفتار و رفتار دارد. در آیات قرآن (سوره نور، آیه ۳۱؛ سوره احزاب، آیه ۵۹) به تبرج در پوشش هشدار داده و از زنان خواسته شده که به گونه‌ای لباس بپوشند که محاسن ذاتی آنان پوشیده شده و نگاه نامحرمان به دنبال آنان نباشد (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۶۱؛ طوسی، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۳۰). از آیات مذکور ممنوعیت آرایش‌های موجب جلب نامحرم و استفاده از عطرها با بوی تند را برداشت کرد که نشانگر دستوری کلی در باب معاشرت نمودن زنان با

نامحرم است که باید از افعال محرک شهوت و جلب نگاه و توجه آنان دوری کرد (مطهری، ۱۳۸۷، ص ۱۶۲).

ب) سنت

برخی از مصادیق تبرج نیز در روایات به آنها اشاره شده است (حر عاملی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۵۸؛ کلینی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۴۴۴). این روایات گاهی در قالب بحث حیا وارد شده که کمی حیا، نشان از ایمان ضعیف داشته و با رفتن یکی، دیگری هم از بین می‌رود (حرانی، ۱۳۹۳، ص ۲۷۸) و گاهی در قالب آنکه نبودن زنان در لباس‌های نازک و بدن نما - وَ الثِّيَابِ الرَّقَاقِ - است (دیلمی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۱۸۳) و در برخی از احادیث لباس نازک را نشانه رقت و نازکی دین دانسته است (ابن بابویه، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۶۲۳). در عصر حاضر نیز همان‌طور که اشاره کردیم زنان با اوصاف مذکور دیده می‌شوند و پدیده‌ای به نام حجاب استایل را رقم زده‌اند که از نظر شرعی نیز مورد نهی شارع مقدس است. از روایات اسلامی برمی‌آید که اسلام هیچ‌گاه پوششی مثل حجاب استایل‌ها را قبول نداشته و ندارد. اسلام این کار را نشان از کمی دین و ایمان آن شخص می‌داند. در نتیجه بعضی گمان نکنند که پوشش حجاب استایلی، پوششی اسلامی است. اسلام این نوع پوشش را هیچگاه قبول ندارد و زنان را به عفاف دعوت می‌کند.

بنابراین مطالب، حجاب استایل افزون بر پوشش، نمایش و جلوه‌گری است و همان‌طور که گفته شد حرام است و ادله معتبری بر این حکم اقامه شد. حجاب نظر کلی آن عفاف و عدم جلب نامحرم و نگاه آنان است، اما حجاب استایل دقیقاً عکس این هدف را دارد؛ زیرا در صدد ترغیب مردان است که طبق برخی روایات که معروف به حدیث «كَاسِيَاتُ عَارِيَاتٍ» است که پیامبر اکرم ﷺ می‌فرماید: «و نِسَاءُ كَاسِيَاتُ عَارِيَاتٍ، مُمِيلَاتُ مَائِلَاتٍ، رُؤُوسُهُنَّ كَأَسْنِمَةِ الْبُخْتِ الْمَائِلَةِ، لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ وَ لَا يَجِدْنَ رِيحَهَا» (مسلم، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۲۵). در آخر الزمان گفته شده که زنان پوشش دارند اما نگاه‌ها را به خود جلب می‌کنند. در شرح این حدیث هر چند که در این معنای کاسیات احتمالات دیگری نیز آورده شده و مراد از «كَاسِيَاتُ عَارِيَاتٍ» را زنانی دانسته که لباس‌های نازک

پوشیده‌اند به طوری که زیر لباس معلوم می‌شود، پس در واقع پوشیده نیستند با اینکه در ظاهر پوشیده هستند و برخی نیز معتقدند مراد از این جمله زنانی هستند که روسری را از پشت سرشان طوری می‌بندند که سینه آنها پیدا می‌شود و لباسشان همه بدنشان را پوشش نداده است (بغوی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۲۷۲؛ قاضی عیاض، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۳۸۶)، اما معنای مورد برداشت ما را هم شامل می‌شود زیرا اینگونه زنان در عین پوشیده بودن، موجب جلب نگاه و توجه نامحرم می‌شوند که حجاب استایل‌ها دقیقاً همین گونه حالتی را دارند.

حجاب استایل‌ها معتقدند همان دینی که می‌گوید حجاب برای زن مسلمان واجب است، گفته است: «خدا زیباست و دوستدار زیبایی» (عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۴)؛ بنابراین حالا که بناست زن مسلمان پوشیده باشد چرا پوشش او جذاب و زیبا نباشد. برخی هم به طرفداری از جریان حجاب استایلی چنین استدلال می‌کنند که نسل جدید با هجمه سنگین فرهنگ‌های مختلف روبروست، بنابراین از نسلی که متأثر از پدیده جهانی شدن است، نباید انتظار داشت که پذیرای همان نسخه حجاب قرآن در ۱۴۰۰ سال پیش باشد بلکه به اقتضای نیازهای زمان باید مفاهیم اسلامی به گونه‌ای تبلیغ شوند که برای آنها نیز جذاب و قابل اجرا باشد (روزنامه همشهری، www.hamshahrionline.ir).

به گزارش ایرنا، فقط کافیس در اینستاگرام هشتک حجاب را سرچ کنی، صدها صفحه از حجاب استایل‌ها برایت به نمایش گذاشته می‌شود که وقتی عمیق به فعالیتشان فکر می‌کنید، انگار حجاب را بازیچه خود کرده‌اند.

به ظاهر ترویج حجاب را می‌کند، جلوی دوربین با چند لایه آرایش و فیلتر چنان عشوه و اطوار می‌آید و روسری‌اش را مدل دار می‌بندد و تأکید می‌کند که در کنار این روسری لاک، عینک آفتابی و رژ لب ست، به زیبایی آدم دوچندان می‌افزاید که انگار منطقی از حجاب تنها پوشیده بودن مو است (سایت ایرنا، www.irna.ir).

این تلقی ساده‌انگارانه در حقیقت، به جای تبلیغ حجاب به تحریف بلکه استحاله حجاب می‌انجامد زیرا اساساً تبلیغ هر سبکی از پوشش اسلامی که با هدف بیشتر دیده شدن زن مسلمان انجام گیرد، خلاف حکم شرعی حجاب است.

از این گذشته، حجاب در تعریف اسلامی فقط اختصاص به پوشیدگی سر و تن

ندارد بلکه حجاب در گفتار و رفتار را هم شامل می‌شود؛ بنابراین کسی را که در ظاهر، حدود شرعی حجاب را رعایت می‌کند، اما صدایش با ناز، کرشمه و عشوہ گری، همراه است یا شبیه یک برج چشم‌نواز رفتاری متبرجانه از خود به نمایش می‌گذارد، می‌توانیم مسلمان بنامیم، اما نمی‌توان او را محجبه نامید.

حجاب استایل‌ها فقط حکم شرعی حجاب را تحریف نمی‌کنند بلکه آنها نظام ارزشی مفهوم حجاب را دستخوش تغییر و انحراف می‌کنند. آنها با برداشت التقاطی از حجاب، سبکی از زیست اسلامی را به نمایش می‌گذارند که با پاره‌ای از محرمات دینی مثل اختلاط با نامحرم، آوازخوانی، سگ‌نوازی و ... سازگار است و این یعنی استحالة مفهوم حجاب از حقیقت معنای اصیل و ارزشی آن.

این پدیده ناهنجار فرهنگی نیز چند صباحی است که در فضای مجازی به خصوص در اینستاگرام از سوی بلاگرها و حجاب استایل‌ها در ایران اسلامی پیگیری می‌شود، نکته حائز اهمیت اینکه اکثر این بلاگرها خودشان اصلاً اعتقادی به حجاب ندارند و با سوء استفاده از باورهای مذهبی جامعه تنها و تنها به درآمدزایی فکر می‌کنند، به عبارتی ساده‌تر نان‌شان را با بی‌اثر کردن حجاب در جامعه در می‌آورند (سایت مشرق، www.mashregnews.ir). نکته مهم اینکه هر چیزی که تبرج بیاورد در تعریف «حجاب» نمی‌گنجد.

۳. تحلیل فقهی تطبیق مصداقی حجاب استایل بر تبرج و زینت

در این قسمت به تحلیل فقهی تطبیق مصداقی حجاب استایل بر تبرج و زینت می‌پردازیم.

۳-۱. تحلیل فقهی تطبیق مصداقی حجاب استایل بر تبرج

بنا بر مفاهیم گفته شده حجاب استایل برای هماهنگی با مد روز است و روشن است که هدف اصلی مد روز نمایش است نه پوشش. پس حجاب استایل هر چند پوشش هم دارد لکن مقصود اصلی از آن، نمایاندن و نمایش دادن به دیگران است. بنابراین با روشن شدن حکم نمایش و نمایاندن به نامحرم، حکم حجاب استایل نیز روشن خواهد

شد. حجاب استایل در حقیقت نمایش است نه پوشش. توضیح اینکه حجاب شرعی در زنان بدین صورت است که باید تمام بدن پوشیده شود؛ به غیر از گردی صورت و در دست‌ها از مچ دست تا انگشتان (خونی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۴۲). البته لازم به ذکر است که نسبت حجاب استایل با مدل گرایی عموم و خصوص مطلق است یعنی هر حجاب استایلی مدل گرایی است، اما هر مدل گرایی، حجاب استایل نیست.

همان‌طور که در فلسفه حجاب بیان شده، یکی از اصول اساسی و اهداف مهم حجاب در اسلام، جلوگیری از جلب توجه و نگاه نامحرم است.

به صراحت آیات و روایات یکی از دلایل تشریع کردن حکم حجاب را حفظ نمودن سلامت جامعه در بعد اخلاق و عفاف و حیاء و همچنین داشتن امنیت روانی افراد در جامعه است (سوره احزاب، آیات ۳۳، ۵۳، ۵۹؛ سوره نور، آیه ۶۰؛ حر عاملی، ۱۳۸۷، ج ۲۰، صص ۳۵، ۱۹۳، ۱۹۴، ۲۳۶).

متون فقهی که برگرفته از آیات و روایات است تأکید فروانی بر رعایت عفاف و حیاء در رابطه زنان با نامحرم و بالعکس و نیز کسب کردن ملکه‌ی تقوا دارد که نمونه‌های مهم آن عبارتست از: لزوم پوشش در مقابل نامحرم و همچنین نهی نمودن از قرار گرفتن دو نامحرم در جای خلوتی که کسی نباشد یا نهی کردن شدید از نگاه نمودن به نامحرم و مذمت و نهی از هر رفتار محرک شهوت و دوری از هر گونه تبرج و اظهار زینت به نامحرم که همه نشانگر ارتباط محکم حجاب با حیاء و عفاف است (سوره احزاب، آیات ۳۲، ۳۳؛ سوره نور، آیات ۳۰، ۳۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۵، ص ۴۹۰؛ حر عاملی، ۱۳۸۷، ج ۲۰، صص ۱۸۵-۱۸۶، ۱۹۰-۱۹۵، ۲۰۷-۲۰۹، ۲۱۱-۲۱۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، صص ۳۳۶-۳۳۷؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۶۸، صص ۲۶۸-۲۷۲)، که به عنوان نمونه می‌توان به کلام امام صادق علیه السلام اشاره کرد که فرمود: «فِيمَا أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنَ الْبَيْعَةِ عَلَى النِّسَاءِ أَنْ لَا يَحْتَبِينَ وَلَا يَقْعُدْنَ مَعَ الرِّجَالِ فِي الْخَلَاءِ؛ از جمله پیمان‌هایی که رسول خدا صلی الله علیه و آله از زنان امت خود گرفته این است که چادرهای خود را در بین ساق پا و پشت خود جمع نکنند (و بر بدن نچسبانند) و با مردان نامحرم در محل خلوتی ننشینند» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۵، ص ۵۲۶). بانوان باید سعی کنند تا لباس‌هایی که حجم بدن آنها را به نامحرم نشان می‌دهد استفاده نکنند. اهمیت

این موضوع جایی است که شخصیت معصومی مانند پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بر این کار بیعت از زنان گرفته تا هم خودشان و هم مردان و هم محیط جامعه سالم بماند و این نشانگر حساسیت آموزه‌های دینی بر پوشش زنان است.

این مفهوم نشان‌دهنده رویکردی است که تلاش می‌کند شرایطی ایجاد کند که میان افراد در جامعه، نگاه و ارتباط به صورت عقیقانه برقرار شود. حجاب به عنوان یکی از مظاهر این رویکرد، به گونه‌ای طراحی شده که از تحریک یا جلب توجه غیرضروری جلوگیری کرده و زمینه‌های حفظ حریم افراد را در تعاملات اجتماعی فراهم آورد.

بنابراین حجابی که توسط طرفداران حجاب استایل ترویج می‌شود با پوشش اسلامی فاصله دارد، زیرا حجاب اسلامی گسترده‌تر از پوشش تنها است در حالی که حجاب استایل فقط پوشش است اما جنبه‌های دیگر مانند حیا و عفاف و عدم جلب نگاه نامحرم را ندارد و با روح حجاب اسلامی منافات دارد. آیت‌الله خامنه‌ای (مدظله) در مورد پوشش زنان چنین بیان می‌فرماید: «پوشش زن در مقابل نامحرم باید به گونه‌ای باشد که اولاً به جز گردی صورت و مچ دست تا سر انگشتان (بدون آرایش و زیورآلات) آشکار نباشد؛ ثانیاً برجستگی‌ها و زیبایی‌های بدن زن، با وجود پوشیدن آن، آشکار نباشد و ثالثاً رنگ و خصوصیات آن به گونه‌ای نباشد که جلب توجه کند و موجب تحریک اطرافیان شود» (خامنه‌ای، بی تا)؛ بنابراین رنگ و نوع پوشش نباید به گونه‌ای باشد که باعث جلب توجه و نگاه حرام مردان به زنان شود. پس اگر خانمی روسری رنگی یا مانتو یا هر وسیله دیگری بپوشد که باعث جلب توجه مردان نامحرم شود، این کار مورد تأیید اسلام نیست.

حجاب استایل به عنوان نوعی پوشش، غالباً به جنبه‌های ظاهری و زیبایی‌شناختی تأکید دارد و به نحوی طراحی شده است که جلب توجه کند. این نوع پوشش ممکن است بیشتر به عنوان نمایان‌کننده شخصیت و سلیقه فردی شناخته شود تا رعایت معیارهای حجاب شرعی. در واقع، حجاب استایل اغلب به نمایش جزئیاتی از طرح‌ها، رنگ‌ها و جلوه‌های ظاهری می‌پردازد که می‌تواند توجه دیگران را به خود جلب کند. این ویژگی‌ها گاهی با اصول پوشش اسلامی که بر کاهش تحریک و ایجاد وقار تأکید

دارد، همخوانی ندارد؛ بنابراین، حجاب استایل ممکن است بیشتر به عنوان نمایشی از سبک و استایل فردی تلقی شود تا تحقق کامل مفاهیم حجاب شرعی.

با این توضیح، حجاب استایل، به معنای واقعی، به عنوان جلوه‌ای ظاهری از پوشش شناخته می‌شود، اما نمی‌توان آن را به عنوان پوشش کامل در چارچوب حجاب شرعی تلقی کرد. براساس معیارهای اسلامی، حجاب شرعی زنان به گونه‌ای تعریف شده که تمام بدن آنان باید پوشیده باشد، به استثنای گردی صورت و قسمتی از دست‌ها که شامل بخش بین مچ دست تا سر انگشتان می‌شود. این استانداردها نه تنها به پوشاندن بدن، بلکه به رعایت اصول و ضوابطی مرتبط با عدم جلب توجه نیز اشاره دارند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۴۲).

بنابراین افزون بر پوشش بدن رعایت معیارهای دیگری مثل حفظ وقار و تناسب در نوع و رنگ پوشش و رعایت ضوابطی است که به جلوگیری از تحریک و نگاه حرام منجر شود. بنابراین، حجاب استایل به تنهایی نمی‌تواند تمام شاخص‌های پوشش اسلامی را برآورده سازد.

با توجه به اینکه حجاب استایل بیشتر جنبه نمایشی دارد و تمایل به جلب نگاه‌ها و توجه دیگران دارد، تحلیل حکم شرعی چنین نمایشی از منظر آموزه‌های دینی ضروری به نظر می‌رسد. در اسلام، پوشش زنان با هدف حفظ زنان از نگاه نامحرم تعریف شده است و اگر نوع پوشش یا رفتار به نحوی طراحی شود که نگاه‌ها و توجهات را به سوی خود جلب کند، این مسئله باید براساس اصول و معیارهای فقهی مورد بررسی قرار گیرد تا حکم دقیقش بیشتر روشن شود.

۲-۳. تحلیل فقهی تطبیق مصداقی حجاب استایل بر زینت

درباره تطبیق مصداقی حجاب استایل بر زینت با تحلیل فقهی می‌توان گفت که دو حوزه در این تطبیق قابل تبیین است:

۱-۲-۳. ظاهر ساختن زینت

«وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» (نور، ۳۱) سه فراز اول آیه به تبرج در پوشش

اشاره داشته و آخر آیه نیز به تَبَرَج در رفتار اختصاص یافته است. در این آیه دو بار از واژه "زینتهن" استفاده شده است. زینت به معنی زیبایی در مقابل زشتی و هر نوع آراستگی زینتی اعم از طبیعی مانند صورت، بازوان و سینه و اکتسابی از لباس و زیورآلات و آرایشها را شامل می شود. آیه خود زینت را نهی کرده بنابراین به طریق اولی محل آن نیز حرام است

قرآن با این آیه زنان را از ظاهر کردن زینت های مخفی نهی کرده است. واژه یبدین از ابداء به معنای اظهار است که مراد از آن مواضع زینت است (اردیلی، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۳) و خود زینت را شامل نمی شود؛ بنابراین آشکار ساختن مواضع زینت به دلیل تحریک پذیری و جلوه بیشتر نهی شده است و در صورت نپوشاندن از مصادیق زینت محسوب میشود که حجاب استایل نیز دقیقاً همین خصوصیت آشکار کردن زینت ظاهری را داراست و بر زنانی که مروج حجاب استایل هستند صدق می کند.

لازم به ذکر است که اگر آشکار کردن زینت برای محارم همچون همسر، پدر، پدران همسر، برادران و... را بلاشکال است افا برای غیر محارم نشان دادن این زینتها را شارع نهی فرموده و محدوده خاص تعیین کرده است که تجاوز از آن محدوده را زینت مذموم می داند. بر طبق این آیه زینت را نیز می توان به دو قسم زینت های طبیعی و اکتسابی تقسیم کرد که مورد نخست در رابطه با خلقت اشخاص و مورد دوم به مواردی مانند آرایش کردن، زیورآلات و شیوه ی پوشش اشاره دارد (ابن عربی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۳۶۸) و حکم پوشش از زینت ظاهری استشنا شده و دستها و صورت و گردی صورت را شامل است و زینت های اضافه شده بر آن مشمول حکم وجوب پوشیدن هستند (ابن عربی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۳۶۹). اما در اینکه این زینتها چه هستند بین علماء اختلاف وجود دارد. برخی زینت را چیزهائی که سبب تزئین و تجمل شود خواه ظاهر باشد مثل جامه های نفیس و خواه باطن مثل خلخال و انگشتری و حلقه می دانند (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۶۱). برخی آن را زیورآلات، رنگ، سرمه و... دانسته و البته ظاهر کردن سرمه و خضاب را بلاشکال می دانند (اردیلی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴). برخی زینت را فقط لباس گرفته اند (فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۲۲). علامه طباطبائی نیز

می‌نویسد: «ابداء به معنی آشکار کردن است و منظور از زینت محل‌های زینت است زیرا آشکار کردن خود زینت مثل النگو دستبند حرام نیست؛ بنابراین منظور جایگاه زینت است که آشکار نمودنش حرام می‌باشد.» (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۱۱۵). پس آنچه مسلم است، این است که زن فقط می‌تواند کفین و گردی صورت خویش را ظاهر سازد.

۲-۲-۳. آشکارکردن زینت‌های باطن

فراز دیگری از آیه ۳۱ سوره نور، زنان از نشان دادن زینت‌های ذاتی خویش نهی شده‌اند «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ» که در آن دستور انداختن روسری بر سینه و گریبان داده شده که مشخص است قبل از آن رعایت نمی‌شده است. آیه در صدد منع زنان از آشکار کردن محاسن ذاتی مانند گریبان، برجستگی‌های سینه و... برای نامحرمان می‌باشند؛ بنابراین این قسمت از آیه نیز به نسبت به تدرج در پوشش هشدار داده و از زنان خواسته شده است که به گونه‌ای لباس بپوشند که محاسن ذاتی آنان پوشیده شده و نگاه نامحرمان به دنبال آنان نباشد (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۶۱؛ طوسی، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۳۰). البته قرآن در آیه‌ای دیگر نیز زنان مسلمان را از در پوشش بر حذر داشته می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ وَ بَنَاتِكَ وَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَالْيُوْذَيْنِ وَ كَانَ اللَّهُ عَفُورًا رَحِيمًا» (احزاب، ۵۹). آیه به لزوم حجاب و هدف از آن اشاره دارد، جلابیب به جامه‌هایی که سرتاسر بدن را می‌پوشاند و منظور از به خود نزدیک کردن به این معناست که به گونه‌ای لباس را بپوشند که محاسن ذاتی آنان مشخص نشود و علت آن را «أَنَّ يُعْرَفْنَ فَالْيُوْذَيْنِ» عدم ایذاء از سوی بیمار دلان می‌داند. پس مراد عدم بی‌اعتنایی به حجاب است مانند برخی از زن‌های بی‌پروا که باعث جلب توجه نگاه اشخاص لاابالی شده بود؛ بنابراین پرهیز از اعمال متبرّجانه دست مردان متجاوز را از حریم خصوصی زنان دور می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۶، ص ۵۱۰). طرفداران حجاب استایل نیز از مصادیق تطبیقی آشکار کردن زینت‌های باطن هستند و می‌توان گفت که مشمول نهی شارع مقدس می‌شوند.

بنابراین اسلام به طور کلی با اصل مدگرایی و نوگرایی در پوشش و ظاهر مخالفتی ندارد. اسلام، مدگرایی را در صورتی که در چارچوب ارزش‌های دینی و اخلاقی قرار گیرد، قابل پذیرش می‌داند؛ اما هرگونه مدی که مبتنی بر جلوه‌گری، خودنمایی و تحریک‌گری باشد، از منظر فقهی و اخلاقی محل اشکال و ممنوع تلقی می‌شود. به بیان دیگر، اسلام میان مدِ معقول و مدِ مخرب تمایز قائل است.

نتیجه‌گیری

حجاب استایل از مفاهیم جدید است که در فضای جامعه خصوصاً فضای مجازی بسیار مورد استفاده و توجه قرار گرفته، اما در فقه نیامده است. این واژه، ترکیبی از رعایت دستورات دینی و بیان شخصیت و سلیقه فردی است که در عین حال به مد و استایل نیز توجه دارد.

حجاب اهدافی همچون پوشش، عدم جلوه و عدم تبرج در برابر نامحرم دارد که نباید بدن را پوشانده و جلوه‌گری نکند پس حجاب، ترویج عفاف در جامعه است که ادله فراوانی بر آن دلالت دارد.

هرچند «حجاب استایل» در ظاهر نوعی پوشش اسلامی تلقی می‌شود، اما به سبب ماهیت مدگرایانه و انگیزه‌های نمایشی نهفته در آن، نمی‌تواند به طور کامل هدف غایی حجاب، یعنی حفظ حریم، تقلیل جلوه‌گری و صیانت از فضای عفاف را محقق سازد؛ از این رو، آثار و پیامدهای خاصی را در سطح فردی و اجتماعی به دنبال دارد. بر همین اساس، برخی از اندیشمندان این نوع پوشش را مورد نقد قرار داده‌اند؛ البته نقد آنان به اصل مدگرایی نبوده، بلکه به مدی است که با جلوه‌گری و تبرج آمیخته شده و از چارچوب‌های شرعی فاصله گرفته است.

تبرج و زینت، هرچند از نظر مفهومی با یکدیگر ارتباط دارند اما از منظر فقهی دو مقوله متمایز به شمار می‌روند. تبرج، نوعی کاربرد خاص از زینت است که در آن جلوه‌گری و خودنمایی موجب جلب توجه نامناسب و تحریک‌آمیز در فضای اجتماعی

می‌شود. براساس آیات قرآن، روایات معتبر و دیدگاه غالب فقها، چنین رفتاری ناپسند و از نظر شرعی ممنوع و حرام تلقی می‌شود.

حجاب استایل، صرفاً به ایجاد تنوع در پوشش مطابق با اصول شرعی محدود نیست تا بتوان آن را نوعی زینت متعادل دانست، بلکه به گونه‌ای است که باعث جلوه‌گری و خودنمایی شده و از مصادیق تبرج است که از منظر فقهی حرام است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

- آذرنوش، آذرتاش. (۱۳۸۲). فرهنگ معاصر عربی فارسی. تهران: نشر نی.
- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۶۳). خصال. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن عاشور، محمد طاهر. (۱۴۲۰ق). التحرير والتأیید (ج ۱۸). بیروت: نشر نو.
- ابن عربی، محمد. (۱۴۰۸ق). احکام القرآن (ج ۳). بیروت: دارالجلیل.
- ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴). معجم مقایس اللغة (ج ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ابن قدامه، عبدالله. (بی تا). المغنی (ج ۷). بیروت: دارالکتاب العربی.
- ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱، ۲، ۱۳). بیروت: دار احیاء التراث العلمی.
- احصائی، ابن ابی جمهور. (۱۴۰۳). عوالی الثالی (ج ۱). قم: مطبع سید الشهداء.
- احمدی جلفایی، حمید. (۱۳۸۵). احکام حجاب و عفت در گلستان مرجعیت. قم: انتشارات زائر.
- اردبیلی، احمد. (بی تا). زیده البیان فی احکام القرآن (ج ۱). تهران: کتابفروشی.
- بغوی، حسین. (۱۴۰۳). معالم التنزیل فی تفسیر القرآن. بیروت: دارالمعرفه.
- بخارایی، احمد؛ رفیعی، ملکه. (۱۳۹۵). زنان و گرایش به مد، مجله زن در توسعه و سیاست، دوره ۱۴، شماره ۳، صص ۳۰۹-۳۲۸.
- ثعلبی، احمد. (۱۴۲۲ق). الكشف والبيان (ج ۸). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جصاص، احمد. (۱۴۰۵ق). احکام القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حرانی، ابن شعبه. (۱۳۹۳). تحف العقول. قم: دارالحديث.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). وسائل الشیعه (ج ۲۰). قم: دارالحديث.
- حسینی جرجانی، ابوالفتوح. (۱۴۰۴). آیات الاحکام (ج ۲، ۳). تهران: انتشارات نوید.

حق شناس، علی محمد؛ سامعی، حسین؛ انتخابی، نرگس. (۱۳۸۶). فرهنگ معاصر هزاره انگلیسی-فارسی. تهران: موسسه فرهنگ معاصر.

حکیم، سیدمحسن. (۱۹۶۹م). مستمسک العروه الوثقی (ج ۱، ۱۴). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). تحریر الاحکام (ج ۱). مشهد: موسسه آل البيت. حیدری، حلیمه. (۱۳۹۴). تبرج و مصادیق آن با تأکیدی بر تفاسیر فقهی، مجله مطالعات پژوهشی زنان با رویکرد اسلامی، ۲(۲)، صص ۷۹-۹۵.

خامنه‌ای، سیدعلی (بی تا). رساله آموزشی درس ۷۵، باب پوشش، www.leader.ir، خمینی، سیدروح الله. (۱۳۶۶). رساله توضیح المسائل. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء. خسروی مهدیه. (۱۴۰۲/۰۷/۲۲). نقدی بر پدیده حجاب استایل، برگرفته از سایت ایرنا، www.irna.ir کد خبر ۸۵۲۵۷۶۳۶

خوئی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). التتقیح فی شرح العروه الوثقی (ج ۳۲). قم: موسسه احیاء الآثار الامام الخوئی.

خواجه نوری، بیژن؛ روحانی، علی؛ هاشمی، سمیه. (۱۳۹۱). گرایش به حجاب و سبک‌های متفاوت زندگی، مجله جامعه شناسی کاربردی، ۲۳(۴۷)، صص ۱۴۱-۱۶۶.

دیلمی، حسن بن محمد. (۱۳۹۵). ارشادالقلوب (ج ۱). قم: دارالحديث. زبیدی، مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس. (ج ۳، ۸، ۱۰). بیروت: دارالفکر. زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). الفقه الاسلامی و ادلته (ج ۷). دمشق: دارالفکر. زهرایی، محمدرضا. (۱۴۰۲). حجاب استایل؛ تهدید یا فرصت. مجله پیام زن، ۳۲(۳۶۰)، صص ۳۵-۳۷.

سایت مشرق. (۱۴۰۲/۰۶/۲۳). موج سواری حجاب استایل ها از معلوم آباد به سوی ناکجا آباد. www.mashregnews.ir کد خبر ۱۵۲۶۴۰۹.

سایت همشهری آنلاین، سایت خبری روزنامه همشهری (۱۴۰۲/۱۰/۲). مراقب محجبه‌های پرزرق و برق باشید. www.hamshahrionline.ir

شاطبی، ابراهیم بن موسی. (بی تا). المواقفات فی أصول الشریعة (ج ۳). بیروت: دار المعرفة.
 شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۷). قم: داوری.
 طباطبایی یزدی، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). العروه الوثقی (ج ۲، ۵). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۵، ۱۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۰۸ق). مجمع البیان (ج ۸). بیروت: دارالمعرفه.
 طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۸۶). مکارم الاخلاق. تهران: حیب.
 طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین. تهران: نشر مرتضوی.
 طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن (ج ۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 عسگری، حسن بن عبدالله. (۱۴۱۲ق). معجم الفروق اللغویه. قم: جامعه مدرّسین حوزه علمیه.
 عطائی، نیلوفر. (۱۳۹۹). ویژگی تبرج براساس ۳۳ سوره احزاب، مجله علوم اسلامی انسانی، ۶(۲۱)، صص ۱۴۸-۱۵۹.

عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰). تفسیر عیاشی (ج ۲). بیروت: موسسه اعلمی.
 فاضل مقداد، مقداد. (۱۳۷۳). کنز العرفان (ج ۲). تهران: مرتضوی.
 فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). العین (ج ۲، ۳). قم: منشورات الهجره.
 فیومی، احمد بن محمد. (بی تا) المصباح المنیر (ج ۲). بی جا: المکتبه العلمیه.
 قاضی عیاض، عیاض بن موسی. (۱۴۱۹ق). إكمالُ الْمُعْلِمِ بِفَوَائِدِ مُسْلِمٍ (ج ۸). مصر: دارالوفاء.
 قرشی، سید علی اکبر. (۱۳۷۱). قاموس قرآن (ج ۱، ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
 قرطبی، محمد بن احمد. (بی تا). الجامع لاحکام القرآن (ج ۱۰). بیروت: دارالفکر.
 قلعه جی، محمد. (۱۴۰۸ق). معجم لغة الفقهاء (ج ۱). بیروت: درالنفايس للطباعة و النشر و التوزیع.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۵). الکافی (ج ۵). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
 مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۴). بحار الانوار (ج ۶۸). بیروت: مؤسسه الوفاء.

- محقق حلی، نجم‌الدین. (۱۴۰۷ق). المعتبر. قم: موسسه سیدالشهدا.
- مسلم، ابن حجاج. (۱۴۰۷ق). صحیح مسلم (ج ۳). بیروت: عزالدین.
- مصطفوی، حسن. (۱۳۶۰). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (ج ۱، ۲). تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۸۷). مسئله حجاب. تهران: صدرا.
- مغنیه، محمدجواد. (بی تا). تفسیرالمبین. تهران: بنیادبعثت.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامی.
- موسوی خوانساری، اسد الله. (۱۳۴۹ق). حکمة الحجاب و ادلة النقاب. تهران: چاپخانه علمی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۸). جواهرالکلام (ج ۸). تهران: دارالکتب الاسلامیه.



**The Party Responsible for Paying *Diyyah* (Blood Money) in Cases of Unintentional Homicide by a Non-Muslim in Islamic Jurisprudence and the Islamic Penal Code
(A Critique and Proposal for Amending Article 471 of the Islamic Penal Code)**

Mohammad Moazzami Goodarzi¹  Farid Mohseni² Naser Ghasemi³

Received: 2025/06/05 • Revised: 2025/09/27 • Accepted: 2025/10/26 • Published online: 2025/11/09

Abstract

According to the views of jurists and Article 463 of the 2013 Islamic Penal Code, the responsibility of the '*aqilah*' (the male relatives of the offender) is limited to paying *diyyah* in cases of pure mistake (*khata' al-mahz*). The jurists of the Imamiyya school have also restricted this responsibility to cases in which the offender is a Muslim. The main question in this study concerns the party responsible for paying *diyyah* in cases of unintentional

1. PhD Candidate in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author).

m.moazzami110@yahoo.com

2. Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

mohseni@ujas.ac.ir

3. Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

dr.ghasemi76@gmail.com

* Moazzami Goodarzi, M., Mohseni, F., & Ghasemi, N. (2025). The Party Responsible for Paying *Diyyah* (Blood Money) in Cases of Unintentional Homicide by a Non-Muslim in Islamic Jurisprudence and the Islamic Penal Code (A Critique and Proposal for Amending Article 471 of the Islamic Penal Code). *Journal of Fiqh*, 32(3), pp. 163-188. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.72063.2935>

Article Type: Research; **Publisher:** Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran

© 2025

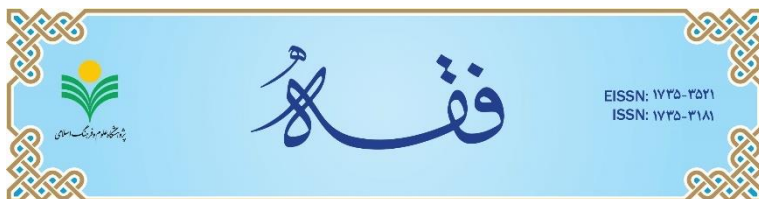
authors retain the copyright and full publishing rights



homicide committed by a non-Muslim. This research, based on a descriptive-analytical method, examines existing opinions on this issue, presents the relevant evidence, and critically evaluates the arguments through a method of comparative analysis. The findings indicate that a *dhimmi* offender, according to the authentic narration of Abi Walad, is responsible for paying *diyyah* if financially able; otherwise, the Imam or the Islamic ruler is responsible for payment. A non-*dhimmi* non-Muslim—whether *musta'min*, *muhadana*, or *harbi*—is personally responsible for payment if solvent, based on the principles of individual criminal responsibility and the presumption of innocence. However, if insolvent, the *diyyah* becomes a debt upon the offender, and, according to the Qur'anic verse “And if the debtor is in hardship, then [let there be] postponement until ease [of payment]” (Qur'an 2:280), a period of respite should be granted until the offender is able to pay. The study critiques Article 471 of the 2013 Islamic Penal Code, arguing that the article lacks generality and addresses only part of the issue by focusing on some categories of non-Muslims. Moreover, the article's stipulation that the state's responsibility for paying *diyyah* depends on the passage of an “appropriate period” is unfounded in Islamic law and lacks any clear criteria.

Keywords

'*Aqilah*, non-Muslim, unintentional homicide, *diyyah* (blood money).



مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیر مسلمان در فقه و قانون مجازات اسلامی (نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۴۷۱ ق.م.ا)

محمد معظمی گودرزی^۱  فرید محسنی^۲ ناصر قاسمی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۵ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۴ • تاریخ آنلاین: ۱۴۰۴/۰۸/۱۸

چکیده

براساس دیدگاه فقها و ماده ۴۶۳ ق.م.ا ۱۳۹۲ مسئولیت عاقله منحصر در پرداخت دیه جنایات خطای محض است. فقهای امامیه مسئولیت عاقله را مخصوص موردی دانسته‌اند که جانی مسلمان باشد.

پرسش اصلی در این پژوهش نسبت به مسئول پرداخت دیه جنایت خطای محض غیر مسلمان است؛ پژوهش حاضر براساس روش توصیفی - تحلیلی به طرح دیدگاه‌های موجود درباره مسئله حاضر پرداخته و ضمن ذکر ادله با استفاده از روش تضارب آراء به نقد و بررسی هر یک از دلایل اقدام کرده است. براساس یافته‌های این تحقیق، جانی اهل ذمه براساس روایت صحیحه ابی ولاد در صورتی که ملائت

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.moazami110@yahoo.com

۲. دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

mohseni@ujsas.ac.ir

۳. دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

dr.ghasemi76@gmail.com

* معظمی گودرزی، محمد؛ محسنی، فرید؛ قاسمی، ناصر. (۱۴۰۴). مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیر مسلمان در فقه و قانون مجازات اسلامی (نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۴۷۱ ق.م.ا). فقه، ۳۲(۳)، صص ۱۶۳-۱۸۸. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.72063.2935>

□ ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

© ۱۴۰۴ «حق تألیف و حقوق کامل انتشار برای نویسندگان محفوظ است»



داشته باشد خود مسئول پرداخت دیه است؛ و چنانچه توان پرداخت دیه را نداشته باشد امام و حاکم اسلامی عهده‌دار پرداخت دیه هستند. غیر مسلمانی که ذمی نیست اعم از مستأمن، مهادنه و حربی در صورتی که ملأئت داشته باشند براساس قیاس اولوئیت، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و اصل برائت شخص جانی، مسئول پرداخت دیه است و در صورتی که ملأئت نداشته و معسر باشد، دیه به صورت دین بر عهده جانی است و براساس آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» باید به کافر غیر ذمی مهلت داد تا بتوانگر شود و دیه را پرداخت نماید. تحقیقات انجام شده در این مقاله به نقد ماده ۴۷۱ ق.م.ا ۱۳۹۲ منتهی شده است؛ زیرا این ماده به صورت کلی و عام تدوین نشده و صرفاً به تعیین حکم مسئول پرداخت دیه در جنایت خطای محضی بخشی از کفار و غیرمسلمانان پرداخته است. افزون بر این، مسئولیت دولت در پرداخت دیه را منوط به گذشت «مهلت مناسب» دانسته، در حالی که این قید فاقد پشتوانه شرعی بوده و هیچ معیار یا ملاکی نیز برای آن تعیین نشده است.

کلیدواژه‌ها

عاقله، غیر مسلمان، خطای محض، دیه.

مقدمه

عاقله نهادی است که براساس دیدگاه فقها و قانون مجازات اسلامی مسئولیت آن منحصر در پرداخت دیه جنایت خطای محض است. طبق دیدگاه قانون گذار، مسئولیت عاقله نسبت به پرداخت دیه جنایت خطای محض مطلق نبوده بلکه در صورتی است که جانی مسلمان بوده و جنایت کمتر از موضعه نباشد و جنایت ارتكابی به وسیله بینه یا علم قاضی و یا قسامه ثابت شده باشد. قانون گذار طبق ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲، مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیر مسلمانی که جزء اقلیت های شناخته شده در قانون اساسی باشد را خود جانی دانسته است و در صورتی که جانی غیر مسلمان بعد از مهلت مناسبی که به آن داده می شود توان پرداخت دیه را نداشته باشد، دولت را مسئول پرداخت دیه آن دانسته است. تحقیقات انجام گرفته بیانگر آن است که انحصار مسئولیت عاقله در جنایت خطایی مسلمان و عدم مسئولیت آن نسبت به غیر مسلمان و پرداخت دیه جنایت خطایی توسط غیر مسلمان و ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ براساس دیدگاه های موجود در فقه جزایی است. با تتبع در کتب فقهی و صاحب نظران فقه جزایی می توان دریافت که دیدگاه فقها و عبارات فقهی آنها گویای این مطلب است که جانی چنانچه کافر ذمی باشد خود عهده دار پرداخت دیه است و در صورتی که توان پرداخت آن را نداشته باشد امام معصوم علیه السلام به جای آن دیه را پرداخت می کند. اما در صورتی که جانی در جنایت خطایی از کفار غیر ذمی باشد در بیان صاحب نظران فقهی و کتب فقهی آنها حکمی در این مورد بیان نشده است و نسبت به این موضوع ساکت هستند.

پرسش و موضوعی که در این رابطه مطرح است اینکه فقها بر چه اساس و طبق چه دلایل و مدارکی مسئولیت عاقله را منحصر در خصوص مسلمین دانسته اند و مسئولیت عاقله را نسبت به غیر مسلمان نفی کرده و در این حکم بین مسلمان و غیر مسلمان فرق نهاده اند؟ با توجه به اینکه فقها در خصوص مسئول پرداخت دیه جنایت خطای محض کفار غیر ذمی بیانی نداشته اند، این موضوع مطرح می شود که چه کسی مسئول پرداخت

دیه آنها است؟ آیا غیر مسلمانان و کفار غیر ذمی همچون کافر ذمی خود مسئول پرداخت دیه هستند یا همچون مسلمانان عاقله آنها عهده‌دار پرداخت دیه است؟ در صورتی که کافر غیر ذمی مسئول پرداخت دیه باشد و توان پرداخت دیه را نداشته و معسر باشد چه کسی مسئول پرداخت دیه است؟ در این صورت امام و حاکم اسلامی نسبت به آن همچون کافر ذمی مسئولیتی در پرداخت دیه جنایت خطایی آن دارند یا در این خصوص مسئولیتی ندارند؟

یکی دیگر از مباحث قابل طرح ذیل ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ است اینکه قانون‌گذار صرفاً حکم پرداخت دیه بخشی از کفار و غیرمسلمانان را بیان کرده است؛ بدین معنا که این ماده مسئولیت پرداخت دیه غیرمسلمانان ایرانی ساکن کشور را - که در زمره اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی قرار دارند - تصریح کرده، اما در خصوص سایر مصادیق ساکت است. افزون بر این، ماده مزبور مسئولیت دولت در پرداخت دیه را منوط به این دانسته است که غیرمسلمان توان پرداخت دیه را نداشته باشد و پس از انقضای «مهلت مناسب» نیز همچنان از پرداخت ناتوان بماند. در این زمینه پرسش‌های مهمی مطرح می‌شود: آیا می‌توان این ماده را به صورت عام تقنین کرد تا حکم آن شامل همه کفار و غیرمسلمانان گردد؟ مقید کردن مسئولیت دولت به انقضای «مهلت مناسب» براساس کدام مبانی و موازین شرعی استوار است؟ و مقصود قانون‌گذار از «مهلت مناسب» در این ماده دقیقاً چیست؟

با توجه به ابهامات و سوالات مذکور، تحقیق و پژوهش حاضر می‌کوشد با تتبع جامع و با شیوه تحلیلی-اسنادی و با رویکردی استدلالی به سوالات و ابهامات بیان شده به مسائل حاضر پاسخ دهد.

پیشینه

با مطالعه پژوهش‌های مربوطه معلوم می‌شود صاحب نظران فقهی و حقوقی درباره عاقله به تفصیل سخن گفته و احکام آن را مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند. فقها نیز معمولاً در ذیل بحث فرعی در مورد عاقله بیشتر به موضوع معنای عاقله و عاقله مسلمان

پرداخته‌اند و به صورت مختصر و کوتاه به مسئولیت پرداخت دیه جنایت خطای محض غیر مسلمان پرداخته‌اند؛ در حالی که مقاله حاضر به تفصیل به این موضوع که چه کسی مسئول پرداخت دیه جنایت خطای محض غیر مسلمان است پرداخته و بین مسلمان ذمی و غیر ذمی به صورت مستدلّ فرق نهاده و به تفصیل به این موضوع پرداخته است. اما آنچه از پژوهش‌ها و تحقیقات انجام شده با محوریت عاقله قابل مشاهده است؛ می‌توان به مقاله «بررسی تحلیلی جایگاه عاقله در حقوق جزای اسلامی» سعید ریاحی و مجتبی اصغرزاده و یا مقاله دیگر با عنوان «نگاهی به مسئولیت عاقله در پرداخت دیه» نوشته عباسعلی حیدری، نام برد. در مقاله اول به این موضوع پرداخته شده است که پرداخت دیه توسط عاقله یک حکم لایتغیر و دائمی است و در عصر حاضر نیز حاکم است و اصلاً به موضوع مسئول پرداخت دیه در جنایت خطای محض و موضوع مقاله ما نپرداخته است، مقاله دوم به بررسی نهاد عاقله در زمان حاضر پرداخته و درصدد تبیین این موضوع است که آیا عاقله در زمان معاصر ما نیز موضوعیت داشته یا این حکم مخصوص صدر اسلام است و به صورت مختصر به تعریف و اینکه چه کسی عاقله هست پرداخته و فقط در این موضوع نیز به تعریف عاقله مسلمان پرداخته و ذکر از غیر مسلمان به میان نیاورده است؛ در حالی که تفاوت مقاله حاضر (ما) با دو مقاله مذکور در این است که مقاله حاضر به موضوع مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی پرداخته است و بیان کرده است که مسئولیت عاقله منحصر در جنایت خطایی مسلمان است و به بیان و ادله‌ای پرداخته است که اثبات کننده این حکم است که مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیر مسلمان خود او هست و عاقله آن نسبت به او مسئولیتی ندارند؛ ضمن اینکه فقها در خصوص مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی کافر غیر ذمی بیانی ندارند و در این مقاله حکم این موضوع و ادله آن روشن و منقّح شده است. در ادامه نظر و دیدگاه قانون‌گذار را مطرح کرده و نسبت به نظر قانون‌گذار در این امر اشکال و خدشه وارد کرده‌ایم؛ زیرا قانون‌گذار در ماده ۴۷۱ ق.م.ا ۱۳۹۲، خلاف اصل چهارم قانون اساسی عمل کرده و در این مقاله پیشنهاد اصلاح آن را مطرح کرده‌ایم.

۱. مفهوم شناسی غیر مسلمان و اقسام آن

غیر مسلمان و کافر از جهت انعقاد و قرارداد بستن با حاکم اسلامی به چهار دسته تقسیم می‌شوند: ۱. کافر ذمی؛ ۲. کافر مستأمن؛ ۳. کافر مهاده؛ ۴. کافر حربی.

۱-۱. کافر ذمی

از تتبع در کتب فقهی بدست می‌آید که هیچ فقیهی در صدد تعریف مستقیم عقد ذمه بر نیامده است. اگر تعریفی از این عقد انجام گرفته، از طریق تعریف جزیه بوده است. در رابطه با تعریف جزیه آمده است که جزیه مقرره‌ای است که از اهل کتاب در مقابل اقامت آنها در دار الاسلام و خودداری از جنگیدن با آنها، اخذ می‌شود. موجب (ایجاب کننده) در قرارداد ذمه، طرف مسلمان است که البته متکفل این مهم، امام یا نایب امام است نه افراد جامعه اسلامی. طبق تعریف مطروحه، موجب دو چیز به کافر می‌دهد: ۱. حق اقامت یا همان استیطان در بلاد اسلامی؛ ۲. خودداری از جنگیدن با آنها. قابل در قرارداد ذمه، طرف کافر است که با قبول این قرارداد، عنوان اهل ذمه را اخذ می‌کند. ولی چنین قبولی از طرف کافر، به تنهایی باعث دریافت دو مورد مذکور نمی‌شود، بلکه جزیه دادن او، به تصریح فقها، از جمله شرایط صحت قرارداد ذمه هست (عاملی جعی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷۴).

۲-۱. کافر مستأمن

کافر مستأمن کسی است که دین اسلام ندارد و با حکومت اسلامی عقد ذمه منعقد نکرده ولی با اذن دولت اسلام به منظور تجارت یا سفارت یا نیاز دیگر وارد قلمرو اسلام می‌شود و چون به او امان از تعرض داده شده او را مستأمن (در مقابل معاهد) گویند. در کتب فقهی تعریف مستقیمی از کافر مستأمن به عمل نیامده بلکه فقهای امامیه ذیل بحث قرارداد امان به این دسته از کفار پرداخته‌اند. علامه حلی در کتاب منتهی المطلب، به تعریف عقد امان پرداخته و چنین بیان کرده

است: «عقد الأمان عبارة على ترك القتال اجابة لسؤال الكافر بالإمهال» یعنی عقد امان عبارتی است (کلامی است) به خاطر اجابت کردن درخواست کافر بر ترک جنگیدن به وسیله مهلت دادن. گویا علامه حلی، سه رکن را برای تحقق قرارداد امان شرط دانسته است: ۱- عبارت: از آنجا که امان یک قرارداد است، پس احتیاج به یک مبرز دارد؛ مبرز قرارداد امان را ایشان کلام دانسته نه فعل. ۲- اجابة لسؤال الكافر: امان عقدیست که ایجاب از طرف مسلم و قبول از طرف کافر می آید. ایشان با این عبارت می خواهد یک شرط دیگری افزون بر ایجاب و قبول که ماهیت قرارداد را تشکیل می دهد، اضافه کند و آن درخواست دادن کافر یا همان استیجاب است. ظاهر امر اینست که با این شرط، إنشاء ابتدایی مسلم برای انعقاد قرارداد قبول نکرده بلکه باید در طی استیجاب باشد. ۳- بالإمهال: این قید لازمه اصلی یا به عبارت دیگر اثر بارز قرارداد امان می باشد (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۴، ص ۱۲۱).

قرارداد امان برخلاف قرارداد ذمه که بنابر مشهور فقها تنها شامل اهل کتاب می شود، همه اصناف کافر را در بر می گیرد؛ بنابراین طرف قابل در این قرارداد کفار حربی غیر اهل کتاب و یا کفار ذمی که عقد ذمه را به هر دلیلی فسخ یا انفساخ کرده اند شامل می شود.

۳-۱. کافر مهاده (هدنه)

یکی از قراردادهایی که در طی مخاصمات مسلحانه برای ترک جنگ از طرف حاکم اسلامی با کفار منعقد می شود، قرارداد آتش بس یا همان هدنه است و کفاری که تحت این قرارداد می باشند به کفار معاهد به معنای اخصّ متّصف می شوند.

در اصطلاح فقهی از قرارداد هدنه تعاریف مختلفی بیان شده که تعریف محقق حلی در شرایع به نحوی است که جامع افراد بوده و مانع اغیار است. محقق در بیان قرارداد هدنه این چنین تعریف کرده است: «هدنه معاهده ای است بر ترک ستیز در مدت مشخص». به نظر می رسد که این تعریف کامل ترین تعریف برای هدنه است و چون عوارض خاصه مرکبه تعریف، به طور تام ذکر شده، جامع افراد و مانع اغیار نیز می باشد.

با دو قید معاهده و ترک حرب، جامعیت تعریف را رسانده، زیرا هر قرارداد هدنه‌ای، اولاً ماهیت دو طرفه دارد، یا به عبارت دیگر عقد است نه ایقاع و ثانیاً متضمن ترک قتال است. اما با این دو قید، تعریف شامل عقد اِستیمان (أمان) و ذمه نیز می‌شود چراکه در فقه سه قرارداد برای شهروند شدن کافر در بلاد اسلامی وجود دارد که هر سه این عقود یعنی عقد امان، عقد ذمه و عقد هدنه به ترتیب کافر را معنون به کافر مستأمن، ذمی و معاهد می‌کند. حال در تعریف عقد امان، و عقد ذمه این دو قید نهفته است، پس با ذکر این دو قید به تنهایی، تعریف برای هدنه مانع اغیار (أمان، ذمه) نمی‌باشد. لذا برای رفع این نقیضه، قید «مدة معینه» را افزوده؛ زیرا در هر دوی آنها قید «مدت معینه» به عنوان رکشان محسوب نمی‌شد، این در حالیست که این قید یکی از ارکان مهم در قرارداد هدنه است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۰۳).

۱-۴. کافر حربی

حربی بر آن دسته از غیرمسلمانان گفته می‌شود که از هیچ یک از سه گروه یادشده نباشند، یعنی هیچ یک از قرارداد و تعهد ذمه و امان و هدنه را با مسلمانان امضا نکرده باشند.

حربی، کافری است که از قانون خدا سرپیچیده و تحت قرارداد ذمه و امان و هدنه در نیامده است، از این رو از نظر اسلام جان و مال و ناموس وی، هیچ گونه حرمت و مصونیتی ندارد و مسلمانان می‌توانند، پس از دعوت و دادن آگاهی لازم و اتمام حجت، با او وارد جنگ شوند، خواه او در حال جنگ و یا توطئه علیه مسلمانان باشد یا نباشد، به شرط اینکه اعلام بی‌طرفی و عدم مداخله و ستیزه جویی نکرده باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۳۳۳).

۲. مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی مسلمان

از دیدگاه فقه‌های امامیه چنانچه مسلمانی مرتکب جنایت خطای محض شود اجماع و اتفاق نظر بر این دارند که عاقله آن مسئول پرداخت دیه است و احدی از فقها چه از

قدما و چه از متأخرین در این حکم اختلافی نداشته و تردیدی نداشته‌اند و علاوه بر اجماع، روایات نیز بر این حکم دلالت دارند (مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۷۳۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۷۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۳۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۷۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۵۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۱۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۳). در روایت صحیح محمد ابن قیس از امام باقر علیه السلام وارد شده که حضرت فرمودند: «حضرت علی علیه السلام درباره زنی که مرد بنده‌ای را آزاد کرد و ولای وی را شرط کرد در حالی که پسری داشت، فرموده است: ولای مرد آزاد شده به عصبه آن زن، یعنی آنان که دیه او را می‌پردازند، تعلق می‌گیرد نه فرزندش»^۱ (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۲۵).

در بین حقوق‌دانان ایران نسبت به مسئولیت عاقله موافقان و مخالفینی وجود دارد؛ برخی این نهاد را در جوامعی قابل اجرا می‌دانند که دارای نظام قبیله‌ای است نه کشوری همچون ایران که خویشاوندان، تعهدی برای حمایت از یکدیگر ندارند (مرعشی، ۱۳۹۷، ص ۲۲۲)؛ برخی دیگر آن را از نوع بیمه قهری دانسته که وارثان در قبال ارثی که می‌برند، عهده‌دار پرداخت دیه موروث خویش هستند (گرجی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۶۶). علیرغم وجود این نظرات و دیدگاه‌ها قانون‌گذار ایران مسئولیت عاقله را در موارد مختلفی پذیرفته است و در ماده ۴۶۳ ق.م.ا ۱۳۹۲، به این موضوع تصریح داشته و می‌گوید: «در جنایت خطای محض در صورتی که جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه برعهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد بر عهده خود او است».

۳. مسئول پرداخت دیه جنایت خطایی غیرمسلمان

چنانچه غیرمسلمانی مرتکب جنایت خطایی شود، فقها در بیان حکم مسئولیت پرداخت دیه بین اقسام کفار فرق نهاده‌اند؛ بنابراین به پیروی از این تفاوت احکام، مباحث ذیل را طی دو قسم کافر ذمی و غیر ذمی بررسی خواهیم کرد.

۱. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع عَلَى امْرَأَةٍ أَعْتَقَتْ رَجُلًا - وَ اشْتَرَطَتْ وِلَاءَهُ وَ لَهَا ابْنٌ - فَأَلْحَقَ وِلَاءَهُ بِعَصَبَتِهَا الَّذِينَ يَغْفُلُونَ عَنْهُ دُونَ وَلَدِهَا.

۳-۱. کافر ذمی

فقه‌های امامیه معتقدند چنانچه کافری که تحت قرارداد ذمه با حاکم اسلامی است مرتکب جنایت خطایی شود، برخلاف مسلمان، خود او مسئول و عهده‌دار پرداخت دیه است و عاقله آن نسبت به پرداخت دیه جنایت خطای محض وی مسئولیتی ندارد؛ و چنانچه کافر ذمی توان پرداخت دیه را نداشته و مالی نداشته باشد امام علیه السلام عهده‌دار پرداخت دیه است؛ در این حکم بین فقه‌های امامیه هیچ گونه اختلافی وجود ندارد. در مقابل فقه‌های عامه بر این نظر هستند که نهاد عاقله بین کفار نیز وجود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۷۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۸۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۲۹۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۰۴) دارد و این حکم در صورتی است که عاقله آن نیز ذمی باشند؛ اما چنانچه عاقله آن حربی باشند، با توجه به اینکه نصرت و مودت بین آنها قطع شده در این صورت خود ذمی مسئول پرداخت دیه است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۸۳).

در خصوص اثبات این حکم می‌توان به چند دلیل استناد کرد و تمسک جست.

۳-۱-۱. اجماع

اولین دلیل بر اثبات این حکم اجماع است؛ شیخ طوسی در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸۷)، سید طباطبایی در ریاض (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۵۸۱) و نجفی، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۳۰) در این مورد به اجماع استناد کرده‌اند و اقامه اجماع کرده‌اند. شیخ طوسی گفته است: «اصحاب ما روایت کرده‌اند در صورتی که کافر ذمی مرتکب قتل خطای محض شود لازم است که خود کافر ذمی دیه را پردازد و در صورتی که مالی نداشته باشد و توان پرداخت دیه را نداشته باشد امام علیه السلام مسئول پرداخت آن است، زیرا کافر ذمی به امام جزیه پرداخت می‌کند... دلیل ما بر این حکم اجماع اصحاب است و کسی در این حکم مخالفت نکرده است؛ زیرا زمانی که کافر ذمی وارثی نداشته باشد ارث او به امام می‌رسد پس واجب است که پرداخت دیه جنایت آن هم بر امام علیه السلام باشد» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸۷). البته در خصوص اجماع مذکور اشکالی که وارد و مطرح است اینکه چنانچه در دلیل بعدی خواهد

آمد این اجماع مدرکی است؛ زیرا مدلول اجماع مضمون روایت صحیحہ ابی ولاد است، درحالی که اجماعی نزد فقهای امامیه دارای حجّیت است و بدان متمسک می شوند اجماع تعبّدی است نه اجماع مدرکی و محتمل المدرکی؛ در جواب این اشکال می توان گفت به این نحو نیست که مطلقاً اجماع مدرکی و محتمل المدرکی حجت نباشد؛ بلکه با توجه به مبانی مختلف در مبحث اجماع اینگونه نتیجه گرفته شده که طبق مبنای اجماع دخولی و اجماع لطفی بدون هیچ اشکالی اجماع مدرکی حجت است چه مستند اجماع کنندگان مورد قبول باشد و چه مورد قبول نباشد و اما بنابر مبنای اجماع حدسی که نظریه اکثر متأخرین است در صورتی که از قرائن معلوم، اتصال اجماع به زمان معصومین علیهم السلام احراز شود و یا اگر چنین قرینه ای وجود ندارد، لکن مسئله مورد اجماع از مسائل مهم و کثیر الابتلاء است در این صورت می توان اتصال به زمان معصوم علیهم السلام و در نتیجه حجیت اجماع مدرکی را مطلقاً حتی اگر مستند اجماع کنندگان ضعیف باشد اثبات نمود (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۹۲؛ نراقی، ۱۳۷۵، ص ۷۱۵).

۲-۱-۳. روایت صحیحہ ابی ولاد

گروهی از فقهای امامیه برای اثبات پرداخت دیه جنایت خطای محض توسط کافر ذمّی به صحیحہ ابی ولاد استناد می جویند. ابی ولاد از امام صادق علیه السلام نقل می کند: «قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ مُعَاقَلَةٌ فِيمَا يَجْتُونَ مِنْ قَتْلِ أَوْ جِرَاحَةٍ إِنَّمَا يُؤْخَذُ ذَلِكَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَالٌ رَجَعَتِ الْجَنَايَةُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ يُؤْذُونَ إِلَيْهِ الْجَرْيَةَ كَمَا يُؤْذِي الْعَبْدُ الضَّرِيَّةَ إِلَى سَيِّدِهِ قَالَ وَهُمْ مَمَالِيكُ الْإِمَامِ فَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ فَهُوَ حُرٌّ؛ در صورتی که اهل ذمه مرتکب جنایت شوند اعم از قتل یا جرح، بین آنها نهاد عاقله ای وجود ندارد (یعنی عاقله آن مسئولیتی در پرداخت دیه آنها ندارند)؛ بلکه خود جانی مسئول و عهده دار پرداخت دیه است و از اموال آنها پرداخت می شود و چنانچه اموالی نداشتند امام علیه السلام عهده دار پرداخت دیه است؛ زیرا آنها به امام جزیه پرداخت می کنند، چنانچه عبد به مولایش مالیات پرداخت می کند؛ پس کفار ذمّی هم ممالیک و عبدهای امام

هستند؛ پس هر یک از آنها اظهار اسلام نمایند آزاد هستند»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴).

۳-۱-۲-۱. ارزیابی سندی روایت

هنگامی می‌توان درباره روایت ابی ولّاد، به‌عنوان یک دلیل داوری کرد که روایت مورد نظر از جهات سندی و دلالتی مورد ارزیابی واقع شود. روایت مورد نظر از جهت سندی مورد تأیید اهل حدیث قرار گرفته است تا آنجا که روایت مورد نظر را با عنوان «صحیحه» مورد تأیید قرار داده‌اند. کلینی روایت را از دو طریق نقل کرده است؛ یکی از طرف محمد بن یحیی از احمد بن محمد و دیگری از طریق علی بن ابراهیم قمی از پدرش که هر دو طریق از ابن محبوب و ابن محبوب از ابی ولاد نقل کرده‌اند. در خصوص طریق اول و محمد بن یحیی هر کدام از رجال‌شناسان که از محمد بن یحیی عطار نامی برده‌اند، او را به بزرگی و عظمت یاد کرده و به وثاقت و صداقت و علم و تقوا ستوده‌اند. نجاشی می‌نویسد: «محمد بن یحیی، ابوجعفر قمی، استاد اصحاب ما در زمان خود بود. شخصیتی مورد توجه و اعتماد، صاحب امتیاز و کثیرالحدیث بود...» (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۵۰). در خصوص احمد بن محمد بن خالد بن عبدالرحمان بَزَقی مشهور به برقی، مورخ و عالم رجالی شیعه نیز رجال‌شناسان مشهور شیعه همچون نجاشی، شیخ طوسی و علامه حلی او را توثیق کرده‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۱۴). علی بن ابراهیم و پدرش نیز از اشخاصی هستند که اعتبار بالایی نزد محدثان شیعه دارند و رجال‌شناسان آنها را ثقه می‌دانند؛ نجاشی، علی بن ابراهیم را شخصیتی مورد اطمینان در نقل روایات و دارای ایمانی ثابت و استوار معرفی کرده که مورد اعتماد و دارای عقیده و مذهبی صحیح است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۶۰). در خصوص ابن محبوب نیز همه رجالیان و محدثان متقدم و متأخر در وثاقتش متفق‌اند (شیخ طوسی، بی‌تا، ص ۱۲۲).

۱. صحیحة أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس فيما بين أهل الذمة معاملة فيما يجنون من قتل أو جراحة، إنّما يؤخذ ذلك من أموالهم، فإن لم يكن لهم مال رجعت الجناية على إمام المسلمين، لأنّهم يؤذون إليه الجزية كما يؤذي العبد الضريبة إلى سيده. قال: و هم ممالك للإمام، فمن أسلم منهم فهو حرّ.

اکنون که روایت ابی ولّاد به جهت سندی بدون اشکال است، روایت مورد نظر را می‌توان به شرح ذیل مورد ارزیابی قرار داد.

۳-۱-۲. ارزیابی دلالتی روایت

روایت فوق از دو بخش تشکیل شده است؛ بخش اول مربوط به حالتی است که جانی که کافر ذمی است مالی داشته باشد و توان پرداخت دیه را خود داشته باشد که در این صورت و بنابر روایت مذکور خود او عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه است و تعبیر روایت که بین اهل ذمه عاقله‌ای نیست بدین معنا نیست که اهل ذمه عاقله ندارند؛ زیرا بر حسب قول مشهور پدر و پسر و اقرباء جانی عاقله او هستند، بلکه بدین معنا است که عاقله اهل ذمه نسبت به جنایت خطای محض آن مسئولیتی ندارند و همچون عاقله مسلمان دیه جنایت خطای محض او را پرداخت نمی‌کنند. در خصوص این بخش از روایت باید چند نکته را خاطر نشان کرد؛ نکته اول این است که مدلول این روایت هیچ‌گونه تعارضی با روایاتی که عاقله را مسئول پرداخت دیه جنایت خطای محض دانسته‌اند ندارد؛ زیرا این روایت عمومات روایاتی را که مسئولیت عاقله را عام دانسته است تخصیص زده است و بیان کرده است که مراد عمومات از مسئولیت عاقله در جنایات خطای محض در خصوص مسلمین است و این حکم شامل غیر مسلمانان و اهل ذمه نمی‌شود. نکته دوم در این بخش از روایت این است که عدم مسئولیت عاقله در بین اهل ذمه موافق اصل شخصی بودن مجازات است، زیرا براساس آیات و روایات و اصل شخصی بودن مجازات هر کس مسئول رفتار خویش است و مجازات باید فقط نسبت به شخص مرتکب جرم اعمال شود و مجازات بستگان یا اموال دیگران به‌جای مجرم، مغایر با اصل عدالت کیفری و خلاف اصل شخصی بودن مجازات است و در مواردی مثل مسئولیت عاقله در جنایت خطای محض باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد.

اما در خصوص بخش دوم روایت و حالتی که جانی اهل ذمه مالی نداشته باشد روایت مذکور مسئولیت پرداخت دیه را متوجه امام معصوم علیه السلام دانسته است و دلیل این امر را نیز چنین بیان کرده است، چون امام جزیه اهل ذمه را دریافت می‌کند پس نسبت

به پرداخت جنایت خطای محض آن در حالتی که مالی ندارد مسئول است و در واقع این بخش از تعلیل روایت موافق قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» است؛ زیرا این قاعده یک قاعده حقوقی است که به این معناست: هر کس از مالی بهره می‌برد، خسارت آن را نیز باید بپردازد. این قاعده بر این اصل مبتنی است که کسی که از منفعت یا بهره‌ای از یک مال برخوردار است، باید مسئولیت خساراتی که به آن مال وارد می‌شود را نیز بپذیرد. در این مورد نیز روایت به این قاعده اشاره دارد. مطلب دیگری که در این بخش از روایت باید خاطر نشان کرد و در انتهای مقاله و بحث اشکالات بر قانون‌گذار به کار می‌آید این است که مسئولیت امام در پرداخت دیه اهل ذمه غیر از مسئولیت بیت المال و دولت است و اینکه در روایت قید شده که امام علیه السلام باید دیه را پرداخت کند بدین نکته اشاره دارد و این امر حائز اهمیت است و مهمترین دلیل بر اینکه مال امام و مسئولیت امام غیر از بیت المال و دولت است این است که در کتاب جهاد و بخش غنیمت فقها اتفاق دارند در صورتی که زمینی که موات نیست و در لشکر کشی مسلمین و در مفتوح العنوه به دست آمده است متعلق به بیت المال و همه مسلمین است؛ اما چنانچه زمین موات باشد متعلق به شخص امام است و جزء بیت المال محسوب نمی‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۹۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۸۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶).

۳-۲. کافر غیر ذمی

چنانچه کافری که تحت قرارداد ذمه با حاکم اسلامی نباشد؛ اعم از اینکه قرارداد امان یا هدنه با حاکم اسلامی امضا کرده یا اینکه تحت هیچ قراردادی با حاکم اسلامی نباشد و حربی باشد، و اعم از اینکه کافر کتابی باشد یا غیر کتابی باشد در صورتی که مرتکب جنایت خطای محض شود، احدی از فقهای امامیه متعرض حکم مسئولیت پرداخت دیه آن نشده‌اند و فقط در کتب فقهی نسبت به حکم کافر ذمی به بیان حکم آن پرداخته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۸۳؛ عاملی جعی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۴۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۳۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۰۱؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۵۵۲). در این خصوص باید خاطر نشان کرد که فقهای امامیه که در بحث کافر ذمی به بحث پرداخته‌اند منظورشان در مورد کافر

ذمی کلیه کفّاری که با حاکم اسلامی قرارداد دارند نیست که گفته شود حکم کافر ذمی شامل کافر مستأمن و معاهد نیز می‌شود؛ دلیل بر این گفتار این است که با توجه به روایت صحیحہ ابی ولّاد از امام صادق (علیه السلام) که تنها روایتی است که در این باب وارد شده است؛ در این روایت تصریح شده در صورتی که کافر ذمی مالی نداشته باشد که دیه را پرداخت نماید، امام عهده‌دار پرداخت دیه است و تعلیلش بدین وجه است که چون کافر ذمی جزیه می‌پردازد در عوض امام نیز دیه آن را در این صورت پرداخت می‌کند. «فإن لم یکن لهم مال رجعت الجنایة علی إمام المسلمین، لأنهم یؤدّون إلیه الجزیة» و با توجه به این تعلیل و عبارت چون که کافر غیر ذمی اعمّ از مستأمن و معاهد جزیه‌ای به امام پرداخت نمی‌کند؛ بنابراین عبارات فقها شامل کافر غیر ذمی نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، صص ۳۰۴ - ۳۰۵).

۱-۲-۳. ملائت غیر مسلمان

در خصوص حکم پرداخت دیه کافر غیر ذمی باید گفت در صورتی که مالی داشته باشد و بتواند دیه را پرداخت کند، همچون کافر ذمی خود عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه است و در این حالت نیز عاقله کافر غیر ذمی همچون کافر ذمی مسئولیتی در پرداخت دیه آن ندارند.

در بیان استدلال این حکم می‌توان به سه دلیل تمسّک جست و استناد کرد. اولین دلیل بر این حکم قیاس اولویّت است. قرارداد ذمه یک قرارداد دائمی بوده و باید طرف قرارداد کافر کتابی باشد و یکی از ارکان آن پرداخت جزیه از طرف کافر ذمی است و نسبت به قرارداد امان و هدنه که موقت هستند و پرداخت جزیه در آنها شرط نیست و لازم نیست طرف مقابل کافر کتابی باشد کامل‌ترین قراردادی است که با کافر منعقد می‌شود و با توجه به اینکه در صورتی که اهل ذمه مرتکب جنایت خطایی شوند شخص کافر خود عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه هستند و عاقله آنها نسبت به جنایت خطایی آنها مسئولیتی ندارد باید در خصوص کفّاری که تحت قرارداد امان یا هدنه است و یا حربی است باید گفت به طریق اولی او نیز مسئول پرداخت دیه جنایت

خطای محض خود است و عاقله آن نسبت به جنایت آن مسئولیتی ندارند. دومین دلیل بر این حکم تمسک به آیه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (۱۸، فاطر)، و اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است؛ با توجه به اینکه ارتکاب جنایت توسط شخصی انجام گیرد و عاقله آن عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه آن باشد، خلاف اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و آیه مذکور است؛ بنابراین چون که در جنایت خطایی مسلمان و مسئولیت عاقله در قبال آن دلیل خاص وجود دارد که پرداخت دیه جنایت خطایی مسلمان بر عهده عاقله است در این مورد باید گفت در مخالفت اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری به قدر متیقن آن اکتفا نموده و گفته شود در جنایات خطای محض کافر غیر ذمی شخص کافر عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه است (الهام و برهانی، ۱۳۹۲، صص ۳۳ - ۳۴؛ مصدق، ۱۳۹۹، ص ۴۰۵؛ عدالتخواه، ۱۳۹۳، صص ۲۸۹ - ۲۹۰)؛ چنانچه فقهای امامیه برای اثبات اینکه در جنایت خطای محض مسلمان عاقله فقط مسئولیت پرداخت دیه در جنایت موضعه به بالا را دارد به همین آیه و اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۲۵).

سومین دلیل جریان اصل براءت است؛ بدین بیان که اگر دو دلیل اول که جزء ادله اجتهادی هستند و گفته شود که مردود هستند (فرضاً) و مورد پذیرش واقع نشوند؛ با توجه به عدم وجود دلیل اجتهادی در این مورد با مراجعه به ادله فقهاتی حکم ظاهری آن را به دست می‌آوریم و گفته می‌شود با توجه به اینکه شک در اصل حکم است و اینکه شک ما در این است که عاقله کافر غیر ذمی مسئولیت و عهده‌دار پرداخت دیه آن در جنایات خطایی هستند و تکلیفی در خصوص پرداخت دیه جنایت خطای محض وی دارند یا خیر، مجرای آن اصل براءت است و با اجرای این اصل گفته می‌شود خود جانی عهده‌دار پرداخت دیه است و عاقله آن نسبت به جنایت خطایی آن تکلیفی ندارند (زراعت، ۱۳۹۲، ص ۲۱۷؛ ولیدی، ۱۳۹۳، ص ۶۴۳).

۲-۲-۳. اعسار غیر مسلمان (غیر ذمی)

بخش دوم مربوط به صورتی است که کافر غیر ذمی توان پرداخت دیه را نداشته

باشد و معسر باشد؛ در این صورت باید خاطر نشان کرد بر خلاف کافر ذمی، امام علیه السلام عهده‌دار و مسئول پرداخت دیه آن نیست؛ زیرا در روایت صحیحہ ابی ولاد علت حکم پرداخت دیه از طرف امام، چنین بیان شد: چون که کافر ذمی جزیه پرداخت می‌کند، امام نیز در صورتی که کافر ذمی توان پرداخت دیه را نداشته باشد پرداخت دیه را عهده‌دار می‌شود «فإن لم یکن لهم مال رجعت الجنایة علی إمام المسلمین، لأنهم يؤدّون إليه الجزیة»؛ اما در خصوص کافر غیر ذمی چه در قرارداد امان و چه در قرارداد هدنه جزیه‌ای پرداخت نمی‌شود و با توجه به اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و اصل برائت و با توجه به تعلیلی که در روایت وارد شده است، امام مسئولیتی نسبت به پرداخت دیه کافر غیر ذمی ندارد؛ بنابراین در این صورت که کافر غیر ذمی ملاتمت نداشته و توان پرداخت دیه را ندارد و اعسار آن ثابت شود دیه به‌عنوان دین بر عهده و گردن جانی است و براساس آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره، ۲۸۰) که عام است و شامل مسلمان و کافر می‌شود باید به کافر غیر ذمی مهلت داد تا توانگر شود و دیه را پرداخت نماید.

۴. دیدگاه قانون‌گذار نسبت به عاقله غیر مسلمان

قانون‌گذار اسلامی ذیل ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲، به مسئولیت پرداخت دیه جنایت خطای محض غیر مسلمان پرداخته و در این رابطه بیان کرده است: «هرگاه فرد ایرانی از اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی که در ایران زندگی می‌کند، مرتکب جنایت خطای محض شود، شخصاً عهده‌دار پرداخت دیه است؛ لکن در صورتی که توان پرداخت دیه را نداشته باشد، به او مهلت مناسب داده می‌شود و اگر با مهلت مناسب نیز قادر به پرداخت نباشد، معادل دیه توسط دولت پرداخت می‌شود». همان‌طور که از ماده مطرح شده نمایان است؛ قانون‌گذار به تبعیت از فقهای امامیه مسئولیت نهاد عاقله را منحصر در جنایات خطای محض مسلمان دانسته است و مسئولیت این نهاد را برای غیر مسلمان نفی کرده است. بنابر این ماده، جانی غیر مسلمان در جنایت خطای محض خود عهده‌دار و مسئول

پرداخت دیه است و چنانچه قادر به پرداخت دیه بعد از مهلتی که به او داده می‌شود نباشد، دیه توسط دولت پرداخت می‌شود که پرداخت دیه توسط دولت منوط به تحقق وجود سه شرط است: یک: جانی فرد ایرانی باشد، دوم: از اقلیت‌های شناخته شده در قانون اساسی باشد، سوم: در ایران زندگی کند (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۵، ص ۲۶۰؛ ولیدی، ۱۳۹۳، ص ۶۵۲).

با توجه به شرط دوم که باید از اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی باشد، اصل سیزدهم قانون اساسی مفسر این موضوع است و در این رابطه در این اصل آمده است: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی، تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند». پس مراد از اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی زرتشتی، کلیمی و مسیحی است و شامل غیر آنها نمی‌شود (آقای نیای، ۱۳۹۶، ص ۳۴۲).

۴-۱. اشکالات ماده ۴۷۱ ق.م.۱۳۹۲

ماده یادشده از سه جهت دچار اشکال و خدشه و واجد نقاط ضعف است. نخست، این ماده به صورت عام تدوین نشده و صرفاً حکم پرداخت دیه در جنایت خطای محض بخشی از غیرمسلمانان را بیان کرده و نسبت به سایر مصادیق سکوت اختیار کرده است؛ به گونه‌ای که تنها به کفار و غیرمسلمانی پرداخته که در شمار اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی بوده، ایرانی و ساکن کشور باشند. به عبارت دیگر، قانون‌گذار در این ماده صرفاً غیرمسلمانان ایرانی ذمی ساکن ایران را در نظر گرفته و حکم موارد دیگر را مشخص نکرده است. بدین ترتیب، اگر فردی ایرانی ساکن ایران برخلاف قرارداد ذمه عمل کند - مثلاً به ارتکاب منکرات اسلامی تظاهر نماید یا با دشمنان اسلام همکاری کند - از قرارداد ذمه خارج خواهد شد و یا اگر گردشگر خارجی وارد ایران شود و مرتکب جنایت خطای محض شود، قانون‌گذار در این خصوص حکمی برای مسئول پرداخت دیه پیش‌بینی نکرده است؛ حال آنکه

شایسته بود قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی احکام خود را به صورت عام‌الشمول تدوین کند.

ممکن است ایراد شود که مقصود قانون‌گذار از این حصر، پرهیز از تحمیل مسئولیت پرداخت دیه بر دولت ایران در قبال کفار و غیرمسلمانان غیر ایرانی بوده است؛ با این حال، می‌توان پاسخ داد که قانون‌گذار می‌توانست صدر ماده را به صورت عام تنظیم کرده و سپس مسئولیت دولت ایران را تنها به کفار شناخته شده در قانون اساسی که ایرانی و ساکن ایران هستند محدود نماید.

دومین ایراد به ماده ۴۷۱ ق.م.ا ۱۳۹۲ آن است که قانون‌گذار مقرر داشته: هرگاه غیرمسلمان ایرانی ساکن ایران - که در زمره اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی است - توان پرداخت دیه را نداشته باشد، پس از «مهلت مناسب» در صورت تداوم ناتوانی، دولت مسئول پرداخت دیه خواهد بود. اشکال این بخش از ماده از آن روست که اعطای چنین «مهلت مناسبی» با روایت صحیحی ابی‌ولاد سازگار نیست؛ زیرا در روایت مذکور تصریح شده است که در صورت ناتوانی اهل ذمه از پرداخت دیه، امام یا حاکم اسلامی به جای آنان دیه را می‌پردازد، بی‌آنکه اعطای «مهلت مناسب» شرط شده باشد. از این رو، این قسمت از ماده فاقد وجهت شرعی بوده و با اصل چهارم قانون اساسی - که تقنین قوانین را منوط به رعایت موازین شرعی می‌داند - در تعارض قرار می‌گیرد.

سومین ایراد به ماده ۴۷۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به «معیار مهلت مناسب» مربوط می‌شود. حتی اگر فرض شود درج این قید صحیح باشد (در حالی که پیش‌تر بیان شد چنین نیست)، پرسش اساسی این است که مقصود قانون‌گذار از «مهلت مناسب» اعطایی به غیرمسلمان برای پرداخت دیه دقیقاً چیست؟ از منظر قانون‌گذار چه بازه زمانی مهلت مناسب تلقی می‌شود؟ شایسته است قانون‌گذار مراد و منظور خود و سقف نهایی این مهلت را در قالب تبصره‌ای ذیل این ماده به صراحت تعیین کند تا این ابهام موجب تضییع حقوق مجنی‌علیه و اولیای دم نشود.

نتیجه گیری

عاقله نهادی است که در جنایات خطای محض عهده دار پرداخت دیه است. فقه‌های امامیه مسئولیت این نهاد را منحصر در جانی مسلمان دانسته‌اند و جنایتی که توسط غیرمسلمان انجام گیرد، خود جانی غیر مسلمان مسئول پرداخت دیه است. در خصوص جانی غیر مسلمان این نتیجه حاصل شد که فقها معتقدند پرداخت دیه در جنایت خطای محض به عهده خود جانی است و در صورتی که توان پرداخت دیه را نداشته باشد، حکم آن بین کفار فرق وجود دارد. به این بیان که اگر کافر ذمی باشد با توجه به صحیحہ ابی ولاد، امام علیه السلام و حاکم اسلامی دیه آن را پرداخت می‌کند؛ اما چنانچه جانی کافر غیر ذمی باشد اعم از مستامن و معاهد (مهادنه) با توجه به تعلیلی که در روایت مذکور در مورد جزیه وجود داشت و اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و اصل برائت پرداخت دیه حتی در صورت ناتوان بودن پرداخت دیه و معسر بودن جانی به عهده خود جانی است؛ بنابراین در این صورت که کافر غیر ذمی ملائت نداشته و توان پرداخت دیه را ندارد و اعسار آن ثابت شود دیه به عنوان دین بر عهده و گردن جانی است و براساس آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره، ۲۸۰) که عام است و شامل مسلمان و کافر می‌شود باید به کافر غیر ذمی مهلت داد تا توانگر شود و دیه را پرداخت نماید.

با توجه به دیدگاه فقها، ادله معتبر و منابع جزایی، مسیر قانون‌گذار در ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نسبت به پرداخت دیه جنایت خطای محض غیرمسلمانان، از جنبه‌های مختلف دارای اشکال است. نخستین ایراد آن است که قانون‌گذار تنها حکم مسئولیت پرداخت دیه بخشی از غیرمسلمانان و کفار را بیان کرده و نسبت به سایر مصادیق سکوت اختیار کرده است. دومین اشکال به قید «مهلت» موجود در ماده مربوط می‌شود که با موازین شرعی و اصل چهارم قانون اساسی در تعارض است. سومین ایراد این است که هیچ معیار یا ملاکی برای «مهلت مناسب» تعیین نشده است و مقصود قانون‌گذار از این قید و مدت زمانی که مد نظر داشته، مشخص نیست.

پیشنهاد اصلاح: مطابق با نتیجه دریافت شده از پژوهش حاضر، اصلاح ماده ۴۷۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به شرح پیش‌رو پیشنهاد می‌شود: «هرگاه غیر مسلمانی مرتکب جنایت خطای محض شود، شخصاً عهده‌دار پرداخت دیه است؛ در صورتی که توان پرداخت دیه را نداشته باشد، به او مهلت مناسب داده می‌شود تا توانگر شود و دیه را پرداخت نماید؛ مگر در صورتی که غیر مسلمان ایرانی باشد و در ایران زندگی کند و جزء اقلیت‌های شناخته شده در قانون اساسی باشد که معادل دیه توسط دولت پرداخت می‌شود».

فهرست منابع

* قرآن کریم

آقای نی، حسین. (۱۳۹۶). جرایم علیه اشخاص (جنایات) (چاپ شانزدهم). تهران: میزان.
ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (ج ۳، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده والبرهان (ج ۱۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن. (۱۳۹۲). درآمدی بر حقوق جزای عمومی. تهران: میزان.
حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (ج ۱۶). قم: موسسه آل البيت علیه السلام.

حلی، احمد ابن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهدب البارع فی شرح مختصر النافع (ج ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حیدری، عباسعلی. (۱۳۸۴). نگاهی به مسئولیت عاقله در پرداخت دیه، مجله فقه، ۱۲ (۴۵)، صص ۲۷۵-۲۰۵.

خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکمله المنهاج (ج ۴۲). قم: موسسه إحياء آثار الامام الخوئی.

ریاحی، سعید؛ اصغرزاده مجتبی. (۱۴۰۳). بررسی تحلیلی جایگاه عاقله در حقوق جزای اسلامی، مجله علمی تخصصی علوم انسانی و اسلامی در هزاره سوم، ۸ (۴)، صص ۲۱۲-۲۳۶.

زراعت، عباس. (۱۳۹۲). حقوق جزای اختصاصی ۱ جرایم علیه اشخاص (چاپ دوم). تهران: جنگل.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲) الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (ج ۲). قم: کتابفروشی داوری.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۳، ۱۵). قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

شهید اول، محمد ابن مکی. (۱۴۱۰ق). اللمعة دمشقیه. بیروت: دار التراث.

شهید اول، محمد ابن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول (ج ۱، چاپ پنجم). قم: موسسه نشر اسلامی.
طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۷، چاپ سوم). قم: المکتبه المرتضویه.

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). کتاب الخلاف (ج ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فی من اختلف من الاخبار (ج ۴). تهران: دار الکتب الاسلامیه.

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست. نجف: المکتب الرضویه.
عدالتخواه، محمدرضا. (۱۳۹۳). مبسوط قانون مجازات اسلامی. تهران: مجد.
علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام علی مذهب الامامیه (ج ۲). قم: موسسه امام صادق علیه السلام.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی الاحکام الدین، چاپ اول، تهران: موسسه چاپ و نشر.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ج ۹). قم: ناشر، موسسه آل البيت علیه السلام.

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۳۸۱ق). خلاصة الأقول فی معرفة الأحوال الرجال (چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (ج ۱۴). مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۸ق). تفصیل الشریعه (کتاب الدیات). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۷، چاپ چهارم). قم: دار الکتب الاسلامیه.
- گر جی، ابوالقاسم. (۱۳۷۵). مقالات حقوقی. تهران: دانشگاه تهران.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۱، ۴، چاپ دوم). تهران: موسسه اسماعیلیان.
- مرعشی، سید محمد حسن. (۱۳۹۷). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: میزان.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مصدق، محمد. (۱۳۹۹). بایسته‌های حقوق جزای عمومی. تهران: پژوهش‌های عدالت.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله (ج ۲). قم: دارالرضی.
- میر محمد صادقی، حسین. (۱۳۹۵). جرایم علیه اشخاص (چاپ نوزدهم). تهران: میزان.
- نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلام.
- نراقی، احمد ابن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۴۳، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ولیدی، محمد صالح. (۱۳۹۳). شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق (چاپ سوم). تهران: جنگل.

Editorial Board

Seyyed Mohammad Reza Asefa Agah

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Esmail Aghababaei Bani

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Abdorrezaeizadpanah

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 Ali Khademi Kusha

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

SeifollahSarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Reviewers of this Volume

Ismail Aghababaei Bani, Mehdi Dargahi, Asadollah Rezaei, Mehdi Rahbar, MohammadJafar Sadeghpour, Mohammad Salehi Mazandarani, Saifullah Sarami, Mashallah karimi, Mohsen Malek Afzali Ardakani.



Fiqh

A Quarterly Scientific Research Journal

Vol. 32, No. 3, Autumn 2025

123

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 ۲,۸۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	مطالعات علوم قرآنی	جامعه مهدوی	اخلاق
یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰
نام پدر: میزان تحصیلات:		نام و نام خانوادگی: تاریخ تولد:		نام: نهاد: شرکت:
کد اشتراک قبل: پیش شماره: تلفن ثابت: تلفن همراه:		کد پستی: صندوق پستی: رایانامه:	استان: شهرستان: خیابان: کوچه: پلاک:	نشانی:

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: ۰۲۵-۳۱۱۵۱۱۶۲
رایانامه: magazine@isca.ac.ir
شماره پیامک: ۳۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی