



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هفتم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۹

۱۰۲

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

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سرمدبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)

دبیر تحریریه: عبدالصمد علی آبادی

کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی

مترجم چکیده‌ها: محمدرضا عموحسینی * مترجم منابع: علی میرعرب

پادوری

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 مورد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

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



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

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

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیداحمد حسینی

(عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)

محمد زروندی رحمانی

(دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی)

سیدضیاء مرتضوی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی

(پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

سیدمحمدرضی آصف آگاه، اسماعیل آقابابائی بنی، مجتبی الهی خراسانی، صدیقه حاتمی، مهدی درگاهی، طه زرگریان، عادل ساریخانی، محمد صالحی مازندرانی، حسنعلی علی اکبریان، سیدضیاء مرتضوی، محمدصادق مزینانی، سیدعباس موسویان، محمدحسن نجفی راد.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه 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 فقهای 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 «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

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 فقه بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت‌یابی می‌شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این دو سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.

شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد، نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:

- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- ۲. * * مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می‌باشد.

- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
 - **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)
- روند ارسال مقاله به نشریه:** نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال مقاله اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- ✓ برای ارسال مقاله، **نویسنده مسئول** باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.
 - ✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

۳. قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

۱. نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاورهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته‌های جدید است را می‌پذیرد.
۲. مجله از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

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

۱. فایل اصلی مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
۲. فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
۳. فایل **تعهدنامه** (با امضای همه نویسندگان)

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

حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰ واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).

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

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

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

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

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

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

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

۱. **عنوان؛**

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

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

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

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

۶. **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؛

۷. **منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به انگلیسی نیز ترجمه شده و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناد دهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که

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

فهرست مقالات

- ۹ واکاوای مبانی فقهی دیه در همزمانی نقصان تکلم و قطع قسمتی
از زبان (نقلی بر مواد ۶۱۱ و ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی)
امین سلیمان کلوانق
سیدمحمدجواد وزیری فرد
محمد نوذری فرد و سیه
- ۳۶ بررسی فقهی انشای بیع الکترونیکی بدون الفاظ ایجاب و قبول
محمداعلی خادمی کوشا
- ۶۴ واکاوای میزان دیه شکافته شدن دو طرف جوف
(سلب عنوان جائفین از نافذۀ جوف در قوانین جزایی)
طه زرگریان
مهدی چگنی
محمدحسن سیادت
- ۹۴ مستثنیات احتیاط در احکام توصّلی
علیرضا اعرافی
احسان خلیلی
محمد دین محمدی
- ۱۲۷ بررسی صحت نکاح موقت
به قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث
مریم سادات بنی هاشمی
- ۱۵۳ نقد و تحلیل دیدگاه تخییر بین ردّ و ارش در خیار عیب
(ماده ۴۲۲ قانون مدنی)
حمید موذنی بیستگانی
محمد رضا کیخا
- ۱۷۹ تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترانس سکشوالها
سیدمحمد مهدی احمدی
سیدمحمد مهدی طباطبایی عینکی
سیدحسن عابدیان کلخوران



An Analysis of the Jurisprudential Principles of Diya in the Simultaneity of Speech Impairment and Cutting of a Part of the Tongue (a critique of Articles 611 and 613 of the Islamic Penal Code)

**Amin Soleyman Kolvanaq¹ Sayyid Mohammad Javad Vazirifard²
Mohammad Nozari Ferdowsieh³**

Received: 19/02/2020

Accepted: 13/06/2020

Abstract

Speech is one of the benefits of tongue. In some cases, the crime of tongue is accompanied by a speech impairment. On the one hand, in Articles 611 and 613 of the Civil Code, the legislator has considered the unpronounceable letters in relation to all letters as the basis for determining the amount of diya (blood money) in the simultaneity of speech impairment and cutting of the tongue, according to most of jurists' viewpoints and in the last article, it is said that the diya is determined equal to multiple crimes. On the other hand, in Articles 545 and 546 of the Civil Code, in the subject of crime on its benefit and place, a higher diya has been set. The jurists' viewpoints differ in this regard, and in addition to the most of their perspectives, a small number of jurists considered the sum of the two diyas of speech and tongue as the criterion, and some believe that the maximum amount of diya of speech and tongue must be set. In addition, some have given the possibility that the criterion in determining the diya is the level of tongue that has been cut. The well-known viewpoint of the jurists and others is absolute in this regard, and in the fatwas, there is no distinction between a state in which there is a single and multiple criminals. The present paper, by evaluating the fatwas and their arguments, has achieved the innovation that the narrations under discussion have the weakness of a document or the shortcoming of arguments in the simultaneity

-
1. PhD student in jurisprudence and principles of Islamic law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran. (Author in charge). amin.soleyman1370@gmail.com
 2. Associate Professor, Department of Jurisprudence, and principles of Islamic law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran. vazirifard@yahoo.com
 3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence, and principles of Islamic law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran. abasaleh.s@gmail.com

Soleyman Kolvanaq, A & Vazirifard, M, & Nozari Ferdowsieh, M, (2020), An Analysis of the Jurisprudential Principles of Diya in the Simultaneity of Speech Impairment and Cutting of a Part of the Tongue (a critique of Articles 611 and 613 of the Islamic Penal Code), Scientific-research Journal of Fiqh, 27 (102), pp. 9-34. Doi: 10.22081/jf.2020.56960.2006

of speech impairment and cutting of the tongue and the claimed consensus faces major and minor obstacles. Therefore, in order to determine the amount of diya in the simultaneity of speech impairment and cutting of a part of the tongue, the viewpoint about the maximum amount (of the diya of speech and tongue) in terms of practicing the arguments of diya of each speech impairment and cutting of the tongue was accepted and the criterion for the letters was considered to be all the letters of the language spoken by the victim.

Keywords

The benefits of the tongue, cutting of the tongue, diya of tongue, Articles 613 of the Islamic Civil Code.

واکاوی مبانی فقهی دیه در همزمانی نقصان تکلم و قطع قسمتی از زبان (نقدی بر مواد ۶۱۱ و ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی)

امین سلیمان کلوانق^۱ سیدمحمدجواد وزیری فرد^۲ محمد نوزری فردوسیة^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۳۰

چکیده

تکلم، یکی از منافع زبان است. در برخی موارد، جنایت بر جرم زبان، با نقصان در تکلم همراه می‌شود. قانونگذار از طرفی در ماده ۶۱۱ و ۶۱۳ قانون مدنی، مبنا در تعیین میزان دیه در همزمانی نقصان تکلم و قطع زبان را - به پیروی از قول مشهور - حروف غیر قابل ادا نسبت به کل حروف دانسته است و در ماده اخیر، سخن از تعدد جانی به میان آورده است. از طرفی هم در ماده ۵۴۵ و ۵۴۶ قانون مدنی در مسئله جنایت بر منفعت و محل آن، دیه بیشتر را ملاک قرار داده است. فقها در این زمینه اختلاف دارند و افزون بر نظریه مشهور، شمار اندکی از فقها، مجموع دو دیه تکلم و زبان را ثابت می‌دانند و گروهی هم قائل به ثبوت بیشترین مقدار دیه از تکلم و زبان هستند. همچنین، برخی این احتمال را داده‌اند که ملاک در تعیین دیه، مقدار مقطوع باشد. کلام مشهور فقها و سایرین، در این زمینه مطلق است و در فتاوا تفکیکی میان حالتی که جانی واحد یا متعدد باشد، صورت نگرفته است. جستار حاضر، با ارزیابی فتاوا و مستندات آنها به این نوآوری دست یافته که روایات محل بحث از ضعف سندی و یا قصور دلالتی در همزمانی نقصان تکلم و قطع زبان برخوردارند و اجماعی که ادعا شده، با موانع کبروی و صغروی مواجه

۱. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
amin.soleyman1370@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران.
vaziryfard@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه قم، قم، ایران.
abasaleh.s@gmail.com



فَهْلَة



است. از این رو، در نهایت، جهت تعیین میزان دیه در همزمانی جنایت موجب نقصان تکلم و قطع بخشی از زبان، نظر به ثبوت بیشترین مقدار (از دیه تکلم و زبان) از باب عمل به ادله دیه هر یک از زوال تکلم و قطع زبان، مورد پذیرش واقع شد و ملاک در حروف، کل حروف زبانی که مجنی علیه به آن تکلم می‌کند، دانسته شد.

کلیدواژه‌ها

منفعت‌گویایی، قطع زبان، دیه زبان، ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی.

مقدمه

تکلم یکی از نعماتی است که خدای متعال در زبان انسان قرار داده است. فقهای امامیه مستند به روایات معصومان علیهم‌السلام در هریک از قطع زبان و زوال تکلم یا نطق، دیه کامل را ثابت دانسته‌اند. همین مطلب به ترتیب در مواد ۶۱۱^۱ و ۶۹۸^۲ قانون مجازات اسلامی انعکاس یافته است. از آنجایی که قسمت عمده حروف با زبان ادا می‌شود، جنایت بر جرم زبان، جنایت بر تکلم را نیز به همراه خواهد داشت. در خصوص مبنای محاسبه دیه در این مورد، در ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هرگاه شخصی مقداری از زبان کسی را قطع کند و موجب از بین رفتن قدرت ادای تعدادی از حروف گردد و شخص دیگری مقداری دیگر از زبان او را قطع کند و موجب از بین رفتن قدرت ادای تعداد دیگری از حروف شود هر شخص به نسبت تعداد حروفی که قدرت ادای آنها را از بین برده است، ضامن می‌باشد. ظاهر کلام قانونگذار خواننده را به این مطلب رهنمون می‌شود که حکم مذکور برای حالتی است که جانی، متعدد باشد. اما رویکرد قانونگذار در م. ۶۱۱ ق.م.ا نشان از این است که قانونگذار همان حکم را در صورت واحد بودن جانی نیز پذیرفته است. همچنین قانونگذار در م. ۵۴۵^۳ و

۱. ماده ۶۱۱: قطع یا از بین بردن تمام زبان گویا موجب دیه کامل است و دیه از بین بردن قسمتی از آن به نسبت گویایی از بین رفته است که با تقسیم تمام دیه به حروف محاسبه می‌شود.
۲. ماده ۶۹۸: از بین بردن گویایی به‌طور کامل و بدون قطع زبان، دیه کامل و از بین بردن قدرت ادای برخی از حروف به همان نسبت دیه دارد.
۳. ماده ۵۴۵: هرگاه منفعتی قائم به عضوی باشد در جنایت بر آن عضو که منجر به زوال یا اختلال منفعت گردد ←

۵۴۶ ق.م.ا ملاک در تعیین دیه در هم‌زمانی جنایت بر منفعت و محل آن را دیه بیشتر قرار داده است. این در حالی است که میان فقیهان اختلاف وجود دارد ولی در کلام آنان سخنی از تعدد و عدم تعدد جانی به میان نیامده است؛ قول اکثر یا به تعبیری قول مشهور بر این است که مبنای محاسبه دیه، نسبت تعداد حروفی که مجنی‌علیه قادر به ادای آن نیست، به کل حروف است که به همان نسبت از دیه کامل ثابت می‌شود. برخی این احتمال را داده‌اند که بدون توجه به منفعت زبان، ملاک، مقدار مقطوع از زبان باشد. گروهی نیز دیه بیشتر (از دیه قطع زبان و دیه زوال تکلم) را مبنا قرار داده‌اند و در نهایت برخی نیز مجموع دو دیه را ثابت دانسته‌اند. منشأ این اختلاف برداشت‌های متعدد از ادله، چگونگی جمع میان ادله و توجه به قواعد عمومی در باب دیات است.

مسئله مهم دیگر که مورد توجه نگارندگان واقع شده این است که آیا مبنای محاسبه باید کل حروف باشد یا صرفاً حروفی باشد که با زبان ادا می‌شوند و شامل حروف قابل ادا با لب‌ها و حلق و زبان نمی‌شود.

پژوهش حاضر با رویکرد نقادانه به مواد ۶۱۳ و ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی با روش توصیفی - تحلیلی، با رجوع به منابع فقهی، به نقل آرای فقیهان و ارزیابی مستنداتشان پرداخته است.

→

تنها دیه بیشتر ثابت می‌شود ولی اگر منفعت قائم به آن عضو نبوده و میان از بین رفتن عضو و زوال منفعت ملازمه نباشد، اگرچه وجود آن عضو در تقویت و تسهیل منفعت مؤثر باشد، مانند لاله گوش و بینی که در تقویت شنوایی و بویایی مؤثرند و به سبب قطع لاله گوش یا بینی، شنوایی یا بویایی نیز زائل یا ناقص گردد، هر کدام دیه جداگانه دارد.

۱. ماده ۵۴۶: چنانچه به سبب ایراد ضربه یا جراحت، صدمه بزرگتری به وجود آید مانند اینکه با شکستن سر، عقل زائل شود، هرگاه آن جراحت علت و سبب زوال یا نقصان منفعت باشد اگر با یک ضربه یا جراحت واقع شده باشد دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می‌کند و تنها دیه زوال یا نقصان منفعت که بیشتر است پرداخت می‌شود و چنانچه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه‌ای که جراحت را ایجاد کرده است، واقع شده باشد و یا ضربه یا جراحت وارده علت زوال یا نقصان منفعت به گونه‌ای که لازم و ملزوم یکدیگرند، نباشد و اتفاقاً با آن ضربه و جراحت، منفعت نیز زائل گردد یا نقصان یابد، ضربه یا جراحت و منفعت، هر کدام دیه جداگانه دارد.



فقه



۱. دیه قطع زبان از دیدگاه فقها

فقها اتفاق دارند که در صورتی که در اثر جنایتی، کل جرم زبان فرد غیر لال از بین رود، دیه کامل ثابت می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۰؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۵۷؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۶). برخی نیز بدون اشاره به زوال تکلم در قطع بخشی از زبان، دیه قسمت مقطوع نسبت به کل زبان را از اصل دیه ثابت می‌دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۸۱).

اتفاق فوق مستند به روایاتی است که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

در روایتی نبوی این چنین آمده: **أَنَّهُ قَالَ: «فِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ يَعْنِي إِذَا اضْطَلِمَ كَلُّهُ وَ مَا قُطِعَ مِنْهُ فَيَحْسَابُهُ وَ مَا نَقَصَ أَيْضاً مِنَ الْكَلَامِ فَيَحْسَابُهُ»**^۱ (مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۳۴). در روایتی دیگر آمده است: **عَلَى بَنِي إِبْرَاهِيمَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى، عَنْ يُونُسَ، عَنْ زُرْعَةَ، عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «فِي الرَّجُلِ الْوَأَحَدَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَ فِي اللِّسَانِ إِذَا قُطِعَ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ»**^۲ (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۴، ص ۳۸۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۴۷). از این روایت تحت عنوان موثقه یاد شده است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۸۹)؛ روایتی از امام رضا عليه السلام («...و اللسان إذا استؤصل ألف دينار... الخ»^۳ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، صص ۲۹۶-۲۹۷) و همچنین صحیحه معروف هشام بن سالم: «قال: كل ما كان في الإنسان اثنان ففيهما الدية إلى أن قال: و ما كان فيه واحد ففيه الدية»^۴ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۸۷).

ظاهر روایات و عموماً مقتضی این است که دیه کامل بر قطع زبان از جهت خود زبان ثابت می‌شود و در ادله مطلبی که دلالت بر ثبوت دیه بر زبان از جهت منفعت گویایی باشد، وجود ندارد، به نحوی که اگر دلیل خاصی بر ثبوت دیه بر گویایی نبود،

۱. «در زبان دیه کامل ثابت است؛ یعنی در صورتی که از بیخ کنده شود و هر مقدار که از آن قطع شود، به همان مقدار دیه ثابت می‌شود و همچنین هر مقدار از تکلم که ناقص گردد، به همان اندازه دیه ثابت می‌شود».

۲. «در یک پا، نصف دیه کامل ثابت می‌شود... و در خصوص زبان در صورتی که قطع شود، دیه کامل ثابت می‌شود».

۳. «در صورتی که زبان از بیخ قطع شود، هزار دینار ثابت می‌شود».

۴. «معصوم عليه السلام می‌فرماید: هر آنچه که در بدن انسان دو تایی است، در آن دو دیه کامل ثابت است تا اینکه فرمودند: و هر آنچه که در بدن انسان واحد است، در آن مورد نیز دیه کامل ثابت است».

دلیلی بر آن وجود نداشت؛ پس دیه بر زبان از آن جهت که زبان است، تعلق می‌گیرد نه از حیث تکلم، و در قطع بخشی از زبان، دیه به حسب آن تعیین می‌شود؛ همان‌گونه که در دیگر اعضا نیز چنین است. البته این بر اساس قیاس نیست، بلکه بر اساس توزیع است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۸؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۹)، به این نحو که وقتی دلیلی بر عدم جواز توزیع مساوی دیه عضو بر اجزایش نباشد، حکم به توزیع آن مقدار از دیه مقدر بر اجزای عضو می‌شود و این رویکرد، مبتنی بر اصل عدم است نه قیاس. البته نتیجه‌ای که در پژوهش حاضر به دست خواهد آمد، با توجه به هم‌زمانی نقصان در تکلم، با قطع زبان، ملاک در ثبوت دیه را روشن خواهد کرد.

۲. دیه زوال تکلم از دیدگاه فقها

در ازبین رفتن تکلم یا گویایی یا قدرت ادای حروف، فقها قائل بر این هستند که دیه کامل ثابت است (حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۹۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق (الف)، ج ۳، ص ۶۸۸) و حتی بر این امر ادعای اجماع شده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۷۴؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۴۰۰) و با اینکه اجماع مذکور مستند به روایات و مدرکی است ولی به لحاظ صغروی امری ثابت است و فقها بر این امر اتفاق دارند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۸۳). در این میان برخی تصریح کرده‌اند که در صورتی که قدرت ادای حروفی که با لب و حلق ادا می‌شوند، باقی باشد، به نسبت تعداد حروف قابل ادا به کل حروف از دیه کامل کم می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۳)؛ زیرا دیه نطق، توزیع بر حروف می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۳۶۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۴۱) و دیه کامل در ازبین رفتن نطق به‌طور کلی، ثابت است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۲۱؛ حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۲۰) و نه فقط حروفی که قابل ادا با زبان هستند، بلکه حروف قابل ادا با لب‌ها و حلق نیز داخل در حروف‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق (الف)، ج ۳، ص ۶۸۹).

مستند این دیدگاه روایاتی است که در این زمینه وارد شده است، از جمله:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْبَرْقِيِّ عَنْ حَمَادِ بْنِ عِيسَى عَنْ إِبرَاهِيمَ بْنِ عُمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ



فقه



ضَرَبَ رَجُلًا بِعَصَا - فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَ بَصَرُهُ وَ لِسَانُهُ وَ عَقْلُهُ وَ فَرَجُهُ وَ انْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَ هُوَ حَى بِسِتِّ دِيَاتٍ^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۶۵؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص ۳۲۵).

و همچنین روایت «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن محمد بن الوليد عن محمد بن فرات عن الأصبغ بن نباتة قال: سئل أمير المؤمنين عليه السلام - عن رجل ضرب رجلاً على هامته فادعى المضروب أنه لا يبصر شيئاً ولا يشم الرائحة وأنه قد ذهب لسانه فقال أمير المؤمنين عليه السلام إن صدق فله ثلاث ديات النفس... الخ»^۲ (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص ۳۲۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، صص ۱۹-۲۰) و همچنین روایاتی که در ادامه در مستندات قول مشهور خواهد آمد.

پس مسلم این است که در از بین رفتن گویایی و تکلم به طور کامل یعنی عدم قدرت بر ادای کلّ حروف زبان مجنی علیه (و نه فقط حروف قابل ادا با زبان)، دیه کامل ثابت است (اردیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۴۰).

۳. دیدگاه فقها در مورد مقارنت زوال نطق و قطع زبان در اثر جنایت واحد

زوال تکلم و قطع زبان در برخی موارد با هم اتفاق می افتد، در خصوص ملاک تعیین دیه، ادله ای از سوی فقیهان ارائه شده و کیفیت استدلال فقیهان بر این ادله موجب تفاوت آرا شده است که در ادامه مستندات و اقوال بررسی خواهند شد.

۳-۱. نقل و ارزیابی دلایل و مستندات

فقها در مورد مجازات جنایتی که موجب زوال نطق و قطع زبان بشود به دلایلی از جمله روایات استناد کرده اند که به بررسی برخی از آنها می پردازیم.

۱. «امیرالمؤمنین عليه السلام در خصوص مردی که به مرد دیگر با عصا ضربه زد و شنوایی و بینایی و زبان و عقل و فرج و قدرت مقاربت وی از بین رفت، در حالی که مرد زنده بود، به شش دیه حکم داد».
۲. «در خصوص مردی که با عصا بر سر دیگری ضربه زد و مضروب مدعی شد که چیزی نمی بیند و بویی استشمام نمی کند و اینکه زبانش از دست رفته است، از امیرالمؤمنین عليه السلام سؤال شد و ایشان در پاسخ فرمودند: در صورتی که وی صادق باشد، سه دیه کامل برای وی ثابت می شود».

۳-۱-۱. روایات

«مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى وَ الصَّفَّارُ جَمِيعاً عَنِ الْعُبَيْدِيِّ عَنِ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ ضَرَبَ عَلَامَةً ضَرْبَهُ فَقَطَعَ بَعْضَ لِسَانِهِ فَأَفْصَحَ بَعْضُ وَ لَمْ يَفْصَحْ بَعْضٌ قَالَ يَقْرَأُ الْمُعْجَمَ فَمَا أَفْصَحَ بِهِ طَرِحَ مِنَ الدِّيَةِ وَ مَا لَمْ يَفْصَحْ بِهِ أُلْزِمَ الدِّيَةَ قَالَ قُلْتُ كَيْفَ هُوَ قَالَ عَلَى حِسَابِ الْجُمْلِ أَلْفٌ دِيئَةٌ وَاحِدٌ وَ الْبَاءُ دِيئَتُهَا اثْنَانِ وَ الْحِيمُ ثَلَاثَةٌ وَ الدَّالُّ أَرْبَعَةٌ وَ الْهَاءُ خَمْسَةٌ وَ الْوَاوُ سِتَّةٌ وَ الرَّاي سَبْعَةٌ وَ الْحَاءُ ثَمَانِيَةٌ وَ الطَّاءُ تِسْعَةٌ وَ الْيَاءُ عَشْرَةٌ وَ الْكَافُ عِشْرُونَ وَ اللَّامُ ثَلَاثُونَ وَ الْمِيمُ أَرْبَعُونَ وَ النَّونُ خَمْسُونَ وَ السِّينُ سِتُونَ وَ الْعَيْنُ سَبْعُونَ وَ الْفَاءُ ثَمَانُونَ وَ الصَّادُ تِسْعُونَ وَ الْقَافُ مِائَةٌ وَ الرَّاءُ مِائَتَانِ وَ الشِّينُ ثَلَاثُمِائَةٌ وَ التَّاءُ أَرْبَعُمِائَةٌ وَ كُلُّ حَرْفٍ يَزِيدُ بَعْدَ هَذَا مِنْ أَلْفٍ بِ ت ث زِدَتْ لَهُ مِائَةٌ دِرْهَمٌ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، صص ۲۶۳-۲۶۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۶۰).

از جهت سندی در مورد روایت باید گفت ضعف سندی دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۱۶)، به این نحو که عثمان بن عیسی در سند آن وجود دارد و طبق آنچه در احوالات وی در منابع نقل شده، قول به وثاقت وی و عمل طبق روایات ایشان بسیار ضعیف است. همچنین نقل شده است او تا آخر عمرش واقفی بوده است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۶). اما از جهت مضمونی در خصوص روایت مناقشه شده که قطع بعضی از زبان که در روایت آمده، منظور قطع بعضی از منفعت یعنی تکلم است یا به عبارتی دیگر، منظور اتلاف بعضی از تکلم است نه قطع بعضی از عضو (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۹) و عادتاً از ضربه

۱. «سماعه از امام صادق عليه السلام نقل می کند به ایشان عرض کردم، مردی ضربه‌ای به غلامش زد و بر اثر آن بعضی لسان قطع شد و بعضی حروف را نمی تواند ادا کند و برای برخی دیگر قادر بر تکلم است، ایشان فرمودند آن مقدار از حروف را که می تواند ادا کند، دیه ندارد و آن مقداری که نمی تواند ادا کند، دیه‌اش را می‌پردازد. راوی می گوید کیفیت پرداخت دیه چگونه است؟ امام فرمود با محاسبه جمله (ابجد...) دیه تعیین می شود و توضیح می دهد اگر قادر به تلفظ «الف» نبود دیه‌اش یک درهم است و دیه «ب» دو درهم و دیه «ج» سه درهم و دیه «د» چهار درهم و دیه «ها» پنج درهم و دیه «و» شش درهم و دیه «ز» هفت درهم و دیه «ح» هشت درهم و دیه «ط» نه درهم و دیه «ی» ده درهم و دیه «ک» بیست درهم و دیه «ل» سی درهم و دیه «م» چهل درهم و دیه «ن» پنجاه درهم و دیه «س» شصت درهم و دیه «ع» هفتاد درهم و دیه «ص» نود درهم و دیه «ق» صد درهم و دیه «ر» دویست درهم و دیه «ش» سیصد درهم و دیه «ت» چهارصد درهم و در ادامه نیز به هر حرف صد درهم اضافه می شود.



فقه



غلام، چنین چیزی (یعنی قطع زبان) حاصل نمی‌شود و این روایات مثل دیگر روایات دلالت بر ناتوانی از تکلم دارد (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۶)؛ چون در بسیاری از موارد بر منفعت زبان یعنی نطق و تکلم، عنوان زبان، مجازاً اطلاق می‌شود و قرینه هم بر آن اقامه شده است و قرینه عبارت است از اینکه در روایت «قطع» به «طرف» عطف شده و «طرف» در اصل، ضربه بر چشم است و به معنای ضربه بر سر نقل شده است. ظاهر این است که ضربه بر سر موجب قطع زبان حقیقی (جسم زبان) نمی‌شود، بلکه موجب از بین رفتن زبان مجازی (گویایی) می‌شود و بنابراین روایت مانند دیگر اخبار مستفیض که در ادامه خواهد آمد، اختصاص به جنایت بر منفعت دارد نه جنایت بر جسم زبان^۱ (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۵۱).

اما اشکال بر این مناقشه وارد است و آن هم اینکه همان‌گونه که واژه «قطع» نیز می‌رساند، پرواضح است که ضربه به سر در مواردی می‌تواند موجب قطع قسمتی از زبان به وسیله دندان‌ها یا دندان‌های آسیاب شود و داعی بر انصراف لفظ از معنای حقیقی به معنای مجازی وجود ندارد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۴۰۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۱۳) و اینکه پرواضح است که ظاهر از روایت، جدا کردن قسمتی از خود عضو است؛ از آنجایی که از بین رفتن بعضی از تکلم را متفرع بر قطع قسمتی از زبان دانسته است و تحدید دیه از بین رفتن قسمتی از عضو به از بین رفتن بعضی از تکلم، مقتضای این است که در قطع کردن قسمتی از عضو، دیه واحدی وجود دارد که بر اساس مقداری از تکلم که از بین رفته تعیین می‌شود (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۹).

ایراد دیگری که بر روایت وارد است اینکه بنابر روایت بالا اگر ملاک در اعداد تعیین‌کننده دیه، در هم باشد، در مجموع حروف، میزان دیه از دیه کامل کمتر خواهد بود و اگر ملاک تعیین، دینار باشد، در صورت عدم ادای تمامی حروف، میزان دیه از

۱. بر اساس این نظر، روایات وارده در مقام تعیین دیه، در صورتی مفید خواهد بود که فقط تکلم از بین رفته باشد و جنایتی بر زبان وارد نشده باشد، اما شایان ذکر است نگارندگان، در پی ارزیابی ادله‌ای است که فقها از آنها در مسئله هم‌زمانی نقصان تکلم و قطع زبان به آن استناد کرده‌اند و الا خود مؤلف در نظریه منتخب، به این روایات استنادی ندارد.

دیه کامل تجاوز خواهد کرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۱۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۸۸؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۱۱)؛ درحالی که بالأخره تعیین دیه بر اساس درهم یا دینار نباید از مقدار دیه کامل، کمتر یا بیشتر باشد؛ زیرا مسلّم است که در زوال تکلم به نحو کامل، دیه کامل ثابت است. همچنین اینکه بسیار بعید است کلام امام این گونه باشد که میان حروف فرق بگذارد؛ درحالی که در روایت تفاوت قائل شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۶).

البته همان گونه که گفته شده ممکن است تفضیلی که در روایت میان حروف گذاشته شده، از کلام راویان باشد^۱ (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۵۹)، به این نحو که وقتی شنیدند که معصوم علیه السلام می فرماید «... یفرق ذلک علی حساب الجُمَل^۲»، این گمان را کرده اند که منظور محاسبه بر اساس ارقام معادل هر حرف ابجد باشد؛ درحالی که منظور این بوده که دیه تقسیم بر تعداد حروف می شود و تمامی حروف در این خصوص مساوی اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۶۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۱۱) و مستند اتقانی که این سخن از آن برخوردار است، روایت سکونی و دیگر روایاتی است که در ذیل می آید و همچنین اینکه هیچ فقیهی این برداشت را از روایت نکرده است.

قابلیت استناد به روایت بالا بنا بر ضعف سندی و اشکالات مضمونی وارد بر روایت تبیین گردید و نتیجه گیری می شود که قدر متیقن از اشکالات بالا این است که اولاً روایت از ضعف سندی برخوردار است؛ ثانیاً مضمون روایت بنا بر هر دو ملاک محاسبه، یعنی درهم و دینار، از دیه کامل، کمتر یا بیشتر می شود که این، مخالف با ادله ای است که دلالت بر ثبوت دیه کامل در کل نطق و تکلم دارد؛ ثالثاً اینکه آنچه در روایت آمده با دیگر روایات صحیحی که در این زمینه وارد است و مبنای تعیین دیه را حروف معجم می داند در تعارض است و جالب اینکه همه فقها بنا را بر حروف معجم دانسته (و نه حروف ابجد) و مضمون روایت را به عنوان تفسیر راوی بر شمرده اند و هیچ یک از فقیهان

۱. اما باید گفته شود که این ادعا که تفسیر موجود در روایت کلام راوی باشد، خلاف ظاهر روایت است (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۶).

۲. الجُمَل همان حروف ابجد است. علی حساب الجمل منظور معادل ارقام حسابی هر حرف است.



فقه



به این فراز از روایت عمل نکرده‌اند.

روایاتی که با مضمون مشابه وارد شده‌اند. برای جلوگیری از طولانی شدن متن، نمونه‌ای از این روایات آورده می‌شود و بقیه در پاورقی^۱ می‌آیند:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَجْزُوبٍ وَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْزُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي رَأْسِهِ فَتَقَلَّ لِسَانُهُ أَنَّهُ يَعْزُضُ عَلَيْهِ حُرُوفَ الْمُعْجَمِ كُلِّهَا ثُمَّ يُعْطَى الدِّيَةَ بِحِصَّةِ مَا لَمْ يَفْصِحْهُ مِنْهَا»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۱).

به لحاظ سندی اگر اشکالی هم در این روایات وجود داشته باشد، مانند اینکه در روایت پنجم پاورقی صفحه قبل، در طریق شیخ طوسی به نوفلی، ادعا شده که ضعف

۱. الف) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا ضَرَبَ الرَّجُلُ عَلَى رَأْسِهِ فَتَقَلَّ لِسَانُهُ غَرَضٌ عَلَيْهِ حُرُوفَ الْمُعْجَمِ فَمَا لَمْ يَفْصِحْ مِنَ الْكَلَامِ كَانَتْ الدِّيَةُ بِقِصَاصٍ مِنْ ذَلِكَ (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۹۲).

ب) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: فَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ ضَرَبَ غُلَامًا عَلَى رَأْسِهِ فَذَهَبَ بَعْضُ لِسَانِهِ وَ أَفْصَحَ بَعْضَ الْكَلَامِ وَ لَمْ يَفْصِحْ بِبَعْضٍ فَأَقْرَأَهُ الْمُعْجَمَ فَكَسَمَ الدِّيَةَ عَلَيْهِ فَمَا أَفْصَحَ بِهِ طَرَحَهُ وَ مَا لَمْ يَفْصِحْ بِهِ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۹۲).

ج) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فَإِذَا ضَرَبَ الرَّجُلُ عَلَى رَأْسِهِ فَتَقَلَّ لِسَانُهُ عُرِضَتْ عَلَيْهِ حُرُوفَ الْمُعْجَمِ فَمَا لَمْ يَفْصِحْ بِهَا مِنْهَا يُؤَدَّى مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمُعْجَمِ بِقَامِ أَصْلِ الدِّيَةِ عَلَى الْمُعْجَمِ كُلِّهِ ثُمَّ يُعْطَى بِحِسَابِ مَا لَمْ يَفْصِحْ بِهَا مِنْهَا وَ هِيَ تِسْعَةٌ وَ عِشْرُونَ حَرْفًا (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۹۳).

د) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي رَأْسِهِ فَتَقَلَّ لِسَانُهُ أَنَّهُ يَعْزُضُ عَلَيْهِ حُرُوفَ الْمُعْجَمِ كُلِّهَا ثُمَّ يُعْطَى دِيَّتَهُ بِحِصَّةِ مَا لَمْ يَفْصِحْ بِهَا مِنْهَا (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۹۳).

ه) الثَّوْقَلِيُّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: أَتَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام بِرَجُلٍ ضَرَبَ فَذَهَبَ بَعْضُ كَلَامِهِ وَ بَقِيَ بَعْضُ كَلَامِهِ فَجَعَلَ دِيَّتَهُ عَلَى حُرُوفِ الْمُعْجَمِ ثُمَّ قَالَ تَكَلَّمْ بِالْمُعْجَمِ فَمَا نَقَصَ مِنْ كَلَامِهِ فَبِحِسَابِ ذَلِكَ وَ الْمُعْجَمُ ثَمَانٌ وَ عِشْرُونَ حَرْفًا فَجَعَلَ ثَمَانِيَةً وَ عِشْرِينَ حَرْفًا فَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسَابِ ذَلِكَ (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۹۳).

و) وَ رَوَى الثَّوْقَلِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَصَا عَلَى رَأْسِهِ فَتَقَلَّ لِسَانُهُ قَالَ يَعْزُضُ عَلَيْهِ حُرُوفَ الْمُعْجَمِ فَمَا أَفْصَحَ مِنْهَا فَلَا شَيْءَ فِيهِ وَ مَا لَمْ يَفْصِحْ بِهِ كَانَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ وَ هِيَ ثَمَانِيَةٌ وَ عِشْرُونَ حَرْفًا (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۱۲).

۲. «سلیمان بن خالد از امام صادق عليه السلام نقل می‌کند ایشان در خصوص مردی که بر سر دیگری ضربه می‌زند و زبانش سنگین می‌شود، فرمودند حروف معجم بر وی عرضه می‌شود و هر مقدار از آن را که نتواند تلفظ کند، به همان مقدار از دیه ثابت می‌شود».

سندی وجود دارد. با توجه به اینکه مشهور، مطابق این روایات فتوا داده‌اند، این عمل مشهور جبران کننده ضعف سند است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۲۶۱). جدا از آن، سند کلینی صحیح است (اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۳۳۵).

اما از جهت دلالتی باید گفت برخی از فقیهان بر این باورند که اطلاق این روایات هم شامل حالتی است که قسمتی از زبان قطع گردد و هم شامل موردی است که جنایت موجب ناتوانی در ادای تمام حروف یا برخی از آن گردد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۸۹). در پاسخ گفته شده است ادله گفته شده که ملاک را برای تعیین دیه، منفعت قرار داده است، برای جایی است که فقط منفعت زایل شده باشد و جرم زبان از بین نرفته باشد (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۴۹)؛ زیرا اولاً دلیل بر شمول روایات بر موردی که زایل شدن منفعت همراه قطع بعضی از زبان باشد و ملاک، میزان تکلم زائل شده باشد، وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۷۷) و ثانیاً مواردی پیش می‌آید که قسمتی از زبان قطع می‌شود و در ادای حروف مشکلی پیش نمی‌آید. در این حالت مناسب این است که ملاک، مقدار مقطوع از زبان باشد؛ زیرا در غیر این صورت، به ادله دال بر ثبوت دیه کامل در قطع زبان عمل نمی‌شود و همین امر موجب نقض حق مجنی علیه می‌شود.

۳-۱-۲. اجماع

اجماع اقامه شده است بر اینکه ملاک در تعیین مقدار دیه جنایت، بر اساس منافع غالب است و منفعت غالب زبان تکلم است؛ زیرا بیشتر مردم به تکلم زبان نیازمندند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۸۸).

به لحاظ کبروی با توجه به اینکه مستند آرای فقیهان روایات است، مدرکی بودن اجماع گفته شده یقینی است؛ زیرا اجماع در صورتی که مستند اجماع کنندگان به طور صریح دلیل دیگری در مقام باشد، مدرکی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۹۰؛ منصور، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۵۶)؛ اما به لحاظ صغروی باید گفت اجماع در مسئله ثابت نیست و نظرات مقابلی وجود دارد.





۴. آرای فقیهان درباره دیه در مسئله هم‌زمانی جنایت موجب نقصان تکلم و قطع بخشی از زبان

در مسئله مجموعاً چهار نظر و احتمال وجود دارد.

۱. مشهور قائل بر این هستند که در صورتی که فردی قسمتی از زبان دیگری را قطع کند و موجب از بین رفتن تکلم و ادای برخی از حروف گردد، تعیین دیه بر اساس تعداد حروف غیر قابل ادا خواهد بود، به این نحو که مجموع دیه بر میزان حروف تقسیم می‌شود و به اعتبار حرفی که قدرت ادای آن را ندارد از دیه تعیین می‌گردد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۴۰۰؛ حلی سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۴۹۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۲۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۸۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۰۸؛ شبیری زنجانی، ۱۴۲۸ق، ص ۶۷۵). در این میان برخی تصریح کرده‌اند حکم مذکور برای جایی است که از بین رفتن نطق و جرم زبان مقارن هم باشند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۱۳؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۶۴) و مقدار مقطوع زبان و طول و عرض آن مدخلیتی در تعیین دیه ندارد، بلکه ملاک همان مقدار نقصان از تکلم و نطق است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۴۸). بنابر این نظر در صورتی که نصف زبان قطع گردد و یک چهارم حروف را نتواند ادا کند، یک چهارم دیه کامل ثابت می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۷۵؛ فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۱۰).

اشکال‌هایی که بر این نظر وارد است، این است که مستند قول مشهور اجماع و روایات است. حال استناد به اجماع روشن گردید و اما در خصوص استناد به روایات علاوه بر آنچه که گفته شد باید متذکر شد شمول روایات به جایی که با قطع زبان، تکلم نیز زائل شود با مانعی اساسی روبه‌رو است و آن هم اینکه با توجه به آنچه در بحث روایات گفته شد، اول اینکه روایت اول هم از ضعف سندی و هم از ضعف دلالتی برخوردار بود و گفته شد که گرچه فقیهان در مباحث مبنایی‌شان متذکر آن روایت شده‌اند، هیچ‌کدام مطابق با آن فتوا نداده‌اند. اشکال دوم اینکه در مورد به دسته دوم روایات باید گفت اولاً در روایات سخنی از قطع زبان به میان نیامده است و ثانیاً امکان اطلاق‌گیری از روایت وجود ندارد؛ زیرا به‌طور صریح ضربه به سر را مقید به جنایت بر تکلم کرده است. اگر هم اطلاق‌گیری ممکن باشد و شامل مورد مقارنت زوال تکلم و

قطع زبان باشد، در این صورت حکمش ناقص حکم ادله دال بر ثبوت دیه کامل در قطع زبان است. اشکال دیگر اینکه جنایت در فرضی که قطع زبان همراه با زایل شدن تکلم باشد، قاعدتاً نسبت به موردی که فقط زبان قطع می‌شود، شدیدتر است؛ درحالی که دیه این مورد کم می‌شود؛ زیرا قائلان به این نظر همگی فتوا داده‌اند در صورتی که با قطع نصف زبان، یک چهارم تکلم از بین رود، بنابر قول مشهور یک چهارم دیه ثابت می‌شود؛ درحالی که در اولی نصف دیه کامل ثابت می‌شود؛ پس قول مشهور با قاعده کلی دیه اعضای تکی، در مواردی نقض می‌شود.

۲. دومین احتمال این است که تعیین دیه بر اساس مقداری از جرم زبان باشد که بر اثر جنایت از بین رفته است و بالتبع مجنی علیه بخشی از تکلم خود را نیز از دست داده باشد و نصوص متعرض حکم تعیین دیه بر اساس تکلم اشاره‌ای به قطع قسمتی از زبان ندارند و اختصاص به جایی دارند که فقط منفعت زبان یعنی تکلم از بین رفته باشد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۲۶۰)؛ زیرا در صورت از بین رفتن جرم زبان و تکلم، برای زبان به لحاظ مساحت مقطوع و اندازه گیری وجود دارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۷۷).

در ارزیابی این احتمال باید گفت بر فرض پذیرش اینکه نصوص متعرض حکم، مختص جایی است که فقط منفعت زبان یعنی تکلم از بین رفته باشد، حال چه دلیلی وجود دارد بر اینکه مبنای محاسبه دیه، مقدار مقطوع باشد؟ بله اگر مبنا را روایت دال بر ثبوت دیه کامل در زبان بدانند، سخن صحیحی است؛ ولی باز هم ادله آن را نمی‌توان به حالتی که قطع زبان همزمان با زوال تکلم باشد، تعمیم داد؛ زیرا چه بسا با قطع نصف زبان، سه چهارم تکلم از بین برود و در این حالت هم با عمل به ادله قطع زبان، ادله دال بر ثبوت دیه کامل در تکلم، کنار گذاشته می‌شود.

۳. سومین نظر همان گونه که صاحب ریاض به آن معتقد است، عبارت است از اینکه مجموع دو دیه تکلم و زبان ثابت می‌شود تا اینکه بین دو دلیل جمع شود (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۵۲). برخی نیز احتیاط را در این می‌دانند که میان دیه قطع و دیه زوال تکلم جمع شود (منتظری، ۱۴۱۳ق، ص ۵۶۵؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۳، ص ۴۱۰).

در ارزیابی نظر سوم باید گفت علاوه بر اینکه این نظر بدون مبنا است، در جنایات





طولی بر اعضایی که منافی قائم به آن اعضا است، فتوا به ثبوت دو دیه داده نشده است؛ مانند بینایی که قائم به چشم است و عقل که قائم به وجود عضو است. حال بر چه مبنایی در این مسئله حکم به ثبوت دو دیه داده شود؟ بعداً خود مرحوم صاحب ریاض اشاره می‌کنند که در اینکه دو دیه تداخل می‌کنند، فقها اتفاق دارند (حائری طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۴۸۸)؛ اما در مورد استناد به احتیاط باید گفت چنین احتیاطی که موجب حفظ حق مجنی علیه و حتی بیشتر از حق آن می‌شود، و خسارات بدنی وی جبران می‌شود حَسَن است؛ اما از آنجایی که عمل به احتیاط موجب ضرر بی دلیل بر جانی می‌شود، نکوهیده است. اگر هم احتیاط جاری باشد اقتضایش این است که بیشترین دیه از زبان و تکلم ثابت باشد و بدین گونه به ادله دیه زبان و منفعت عمل شود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۷۷). باید دقت داشت با اینکه احتیاط در شرع نیکو است، اما رعایت احتیاط توسط قاضی در حکم میان حقوق الناس، در جایی که مقام قضاوت میان دو نفر است، مقتضی تزییع نشدن حق از دو طرف است؛ پس نباید احتیاط به گونه‌ای باشد که حق مجنی علیه را حفظ کند و در مقابل سبب تزییع حق جانی شود.

۴. برخی قائل بر این هستند که مقدار اکثر از دو دیه تکلم و جرم زبان ثابت می‌شود به نحوی که اگر نصف زبان قطع شود و یک چهارم تکلم از بین رود، نصف دیه کامل ثابت می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۵۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۳۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۷۴)، به این کیفیت که در صورتی که مقدار اکثر نصف تکلم باشد، به این دلیل است که جنایت بر زبان به حسب حروف زبان تعیین می‌گردد و هر مقدار از آن که ناقص باشد (یعنی میزان حروف از میزان مقطوع تجاوز کند) به همان مقدار از دیه اخذ می‌شود و در صورتی که مقدار مقطوع بیشتر از میزان تکلم زائل شده باشد، زبان گویا است که دیه کامل در کل آن ثابت است و در بعضی از آن به نسبت از دیه ثابت می‌شود (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۷۸۰).

در مقام تقریب استدلال گفته شده است که وجه دو دیه به این نحو است که اولاً زبان، گویا است و اینکه از جمله اعضای تکی در بدن است و در آن دیه کامل ثابت است و در بعضی از آن به نسبت دیه ثابت است؛ ثانیاً اینکه در تکلم، دیه کامل ثابت

است که دیه تقسیم بر تعداد حروف می شود و بین این دو دیه جمع نمی شود و مقدار اکثر ثابت می شود (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، صص ۶۹۱-۶۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۱۷).

اگر مقدار هر دو یکی باشد به این نحو که نصف زبان قطع شود و نصف حروف را نتواند ادا کند، در این صورت دو دیه تداخل می کنند و هر دو دلیل مشترک هستند؛ همان گونه که در ازبین رفتن تمام زبان و عدم قدرت بر ادای آن فقط یک دیه کامل ثابت می شود؛ اما در صورتی که مثلاً نصف زبان قطع شود و یک چهارم حروف را نتواند ادا کند، در این صورت، دو دلیل در مقدار یک چهارم تداخل می کنند و یک چهارم ثابت می شود و اما در یک چهارم دیگر که مشترک نیستند نیز همان ثابت می شود؛ پس جانی باید نصف دیه مجموع را پرداخت کند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۷).

پس مقداری که تداخل می کنند با شبهه اجماع از بین می رود و اینجا قیاس اولویت هم مستفاد است، بدین نحو که در قطع کل زبان و زوال تکلم، تداخل دو دیه ثابت است؛ پس به طریق اولی در ازبین رفتن بعضی از زبان جاری می شود و مازاد از مقداری که تداخل می کند، تحت دلیل خود قرار می گیرد (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، صص ۴۵۲-۴۵۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۲۶۱).

همچنین به این نحو استدلال شده که اگر یک چهارم زبان قطع شود و نصف تکلم از بین رود به اعتبار زبان نصف دیه ثابت می شود با این توضیح که یک چهارم زبان قطع شده است و بعد از قطع هم، یک چهارم زبان هم بی حس یا فلج شده است؛ برای اینکه با حروف سنجیده شد و پی به بی حس بودن آن برده شد و دانسته شد که یک چهارم قطع شده و یک چهارم فلج شده است؛ پس حکم به نصف دیه کامل داده شد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۵۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق (ب)، ج ۹، ص ۳۸۲).

نظر منتخب

از میان نظر گفته شده آنچه موافق با نتایج حاصله از ارزیابی ادله است. نظر اخیر است؛ اما جهت تدقیق لازم است که مطالبی اشاره شود.



فقه



شایان ذکر است در ادله‌ای که دلالت بر ثبوت دیه کامل در زبان دارای منفعت تکلم دارد (به نحوی که زوال منفعت با قطع عضو امری قطعی است)، شارع با علم به چنین مطلبی حکم به دیه واحد کرده است؛ پس دیه عضو و دیه منفعت قائم به عضو در جنایت واحد، تداخل می‌کند. بنا بر همین مطلب، منفعت را ملاک در تعیین دیه قراردادن موجب صدور امر لغو است و انتساب چنین امری به شارع دور از شأن و باطل است؛ پس اگر هم قرار بر ملاک بودن یکی از منفعت و زبان باشد، ملاک بودن مقدار مقطوع زبان قریب‌تر به ذهن است؛ زیرا در صورت ملاک بودن منفعت، با قطع کل زبان (گرچه بر در اثر جنایات متعدد)، باز هم دیه کامل ثابت نخواهد شد؛ زیرا در ادای تعدادی از حروف نیازی به زبان نیست و اصطلاحاً حروف حلقوی و شفوی نامیده می‌شوند. ولی ملاک را مقدار مقطوع قراردادن هم در مواردی با مانع مطروح شدن دلیل ثبوت دیه کامل در تکلم و گویایی خواهد شد.

علاوه بر دلیل دال بر ثبوت دیه کامل در قطع زبان، اجماع وجود دارد که دو دیه تداخل می‌کنند؛ اما در اینکه زائد از چه بابی ثابت می‌شود، باید گفت اولاً در جنایات، اصل جبران کامل جنایت اقتضا دارد که دیه زائد از هر یک از زبان و تکلم نسبت به دیگری، پرداخت شود؛ پس وقتی که مقدار اکثر، دیه زبان باشد، دلیل ثبوت دیه کامل در زبان حاکم است و اگر مقدار اکثر دیه منفعت باشد، دلیل قائم بر ثبوت دیه کامل در تکلم، حاکم خواهد بود.

۵. ناهمخوانی مواد ۶۱۱ و ۶۱۳ با ملاک م. ۵۴۵ و ۵۴۶ ق. م. ۱

دقت در سخن قانونگذار در مواد ۵۴۵ و ۵۴۶ و ۶۱۱ و ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی خواننده را به این مطلب رهنمون می‌شود که مقنن از رویه واحدی در مسئله تبعیت نکرده است و آنچه را که در مواد ۶۱۱ و ۶۱۳ همان قانون آورده با ملاک دو ماده ۵۴۵ و ۵۴۶ در تعارض است. مطابق با ملاک ماده ۵۴۵ از آنجایی که ادای بسیاری از حروف قائم به زبان است در جنایت بر زبان که جنایت بر تکلم نیز در طول آن واقع می‌شود باید دیه هر کدام از قطع زبان و زوال تکلم که بیشتر باشد، ثابت شود. همچنین مطابق با

ملاک ماده ۵۴۶ و الغای خصوصیت از آن،^۱ اگر با قطع زبان، گویایی نیز زایل گردد، بنابر تصریح مقنن دیه قطع در دیه زوال گویایی تداخل می‌کند و دیه‌ای که بیشتر است، ثابت می‌شود.

پس نوعی تعارض در مواد قانون مجازات اسلامی در مسئله وجود دارد و باید گفته شود که قطع زبان و زوال تکلم خصوصیت خاصی ندارد تا گفته شود که این تعارض از باب عام و خاص است که باید عام را در این مسئله بر خاص حمل کرد، بلکه روایات همان‌گونه که اشاره شد در مقام بیان دیه زوال تکلم‌اند و در مقام تحدید حق مجنی‌علیه در دیه منفعت زبان نیستند؛ چراکه این امر در مواردی موجب تضييع حق مجنی‌علیه می‌شود.

ممکن است این اشکال شود که ماده ۶۱۳ در مقام تعیین تکلیف در موردی است که تعدد جانی وجود داشته و حکم مواد ۵۴۵ و ۵۴۶ در حالتی که جانی واحد است، جاری می‌شود.

در پاسخ باید گفته شود که بر فرض که م. ۶۱۳ برای جایی است که جانی متعدد باشد، اما کلام ایشان در م. ۶۱۱ حکایت از این دارد که تفاوتی در بحث میان جانی واحد و متعدد نگذاشته است؛ بنابراین بر فرض شمول م. ۶۱۳ برای موارد تعدد جانی، طبق م. ۶۱۱، در صورت واحد بودن جانی نیز ملاک برای تعیین دیه را حروف غیر قابل ادا می‌داند؛ پس قانونگذار تفاوتی میان این دو مورد نمی‌گذارد.

بعد از روشن شدن تعارض این دو دسته از مواد، لازم است توضیح داده شود که نتایج حاصل در این پژوهش ضعف تعیین دیه بر اساس منفعت را روشن ساخت و مبنای اتخاذی نگارندگان در مسئله مورد پژوهش، تفاوت میان جانی واحد و متعدد را نمی‌پذیرد؛ زیرا در صورت تعدد نیز اگر در اثر دو جنایت کل زبان قطع شود، باید مجموع میزان دیه پرداختی به مجنی‌علیه به اندازه دیه کامل باشد؛ زیرا در قطع زبان دیه

۱. زیرا در خود ماده نیز شکستن سر و زوال عقل به‌عنوان نمونه اشاره شده و خصوصیتی ندارد و می‌شود همین ملاک را در دیگر جنایات تبعی منافع تسری داد.





کامل ثابت است؛ درحالی که قطعاً مجموع دیه پرداختی از دیه کامل کمتر خواهد بود.^۱ همان گونه که رویکرد قانونگذار نیز در هر دو فرض یکی است.

۶. ملاک در دیه زبان، زبان تکلم مجنی علیه

یکی از نکاتی که لازم است به آن اشاره شود اینکه با این است که روایات در تعیین دیه به حروف معجم عربی اشاره داشته‌اند، منافاتی با این ندارد که این حروفی که ملاک در تعیین دیه منفعت تکلم‌اند، به اعتبار زبان مجنی علیه، متفاوت باشد، به نحوی که دیه فرد فارسی زبان بر اساس حروف فارسی و عرب زبان بر اساس حروف عربی باشد و به همین منوال در دیگر زبان‌ها هم رعایت شود و در این میان برخی از فقیهان به طور صریح به این مطلب اشاره کرده‌اند (مشکینی، بی تا، ص ۲۵۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۶۱).

۷. ملاک در حروف، کل حروف زبان مجنی علیه

با توجه به اینکه روشن شد ملاک، تعداد حروف زبانی است که مجنی علیه با آن تکلم می‌کند باید به این امر نیز اشاره شود که ملاک در تعیین دیه در موارد جنایت تبعی بر منافع، فقط حروف قابل ادا با زبان نیست، بلکه حروفی که با لب‌ها و حلق ادا می‌شوند نیز داخل در تعداد حروف‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق (ب)، ج ۹، ص ۳۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۲۱۳؛ عاملی ترحینی، ۱۴۲۷ق، ج ۹، ص ۶۲۴؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۶۹۱) و دلیل آن پرواضح است که عبارت است از اینکه همان گونه که در ابتدای مقاله آمد، از طرفی دیه کامل برای نطق به طور مطلق ثابت است و تمامی حروف هم داخل در این نطق‌اند. از طرف دیگر، روایات نیز مؤید و دلیل بر این امرند.

نتیجه گیری

با ارزیابی اقوال و مستندات، این نتایج جدید حاصل گردید که روایت اول، علاوه بر

۱. برای نمونه، در زبان فارسی که دارای ۳۲ حرف است، فقط ۲۵ حرف آن با زبان ادا می‌شود و ۴ تا از آن حروفی است که با لب ادا می‌شوند و ۳ مورد آن از حروف حلقو‌اند.

ضعف سندی، با قصور دلالی نیز همراه است و روایات دسته دوم، صرفاً برای موردی است که فقط تکلم و گویایی شخص مورد جنایت واقع شده باشد. همچنین قابلیت استناد به اجماع در مسئله روشن گردید که علاوه بر مدرکی بودن، به لحاظ صغروی نیز امری ثابت نیست. علاوه بر این نمایان شد که ادله دال بر ثبوت حکم دیه کامل در زبان صحیح، مانع از این می‌شود که ملاک در تعیین دیه در صورت هم‌زمانی نقصان تکلم و قطع زبان، تعداد حروف غیر قابل ادا و مجموع دیه باشد؛ زیرا در لسان ادله، روشن است که با قطع زبان قطعاً مقداری از تکلم از بین می‌رود و شارع هم به این علم داشته است و با این حال نه ملاک را منفعت قرار داده و نه مجموع و در نهایت حکم به دیه کامل داده است؛ اما دلیل عدم پذیرش میزان مقطوع به‌عنوان ملاک، این است که در این حالت نیز ادله دال بر ثبوت دیه کامل در زوال تکلم، در برخی موارد کنار گذاشته می‌شود؛ زیرا چه‌بسا با قطع یک‌چهارم زبان، نصف تکلم از میان رود؛ اما اینکه ملاک، میزان اکثر از دیه قطع زبان و زوال تکلم است به این جهت که با این حکم میان ادله جمع می‌شود و لذا نقض حقی که در مواردی بر اساس نظرات قبلی بر مجنی‌علیه یا جانی تحمیل می‌شد، در نظریه منتخب نمود ندارد.

همچنین روشن شد مبنای مورد پذیرش در این پژوهش با نظر مقنن در م. ۵۴۵ و ۵۴۶ ق.م.ا هماهنگ است؛ پس اصلاح مواد ۶۱۱ و ۶۱۳ و اتخاذ رویه واحد به قانونگذار محترم پیشنهاد می‌گردد.

همچنین نتیجه شد در دیه گویایی، کل حروف زبانی که مجنی‌علیه به آن تکلم دارد، محور محاسبه قرار خواهد گرفت، به این نحو که دیه کامل تقسیم بر تعداد این حروف خواهد بود و به میزان حروف غیر قابل ادا، از دیه کامل پرداخت می‌گردد.

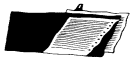


فهرست منابع

۱. اصفهانی (مجلسی اول)، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقين (چاپ دوم). قم: مؤسسه کوشانبور.
۲. اصفهانی (مجلسی دوم). محمدباقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول (چاپ دوم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۳. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. تبریزی، جواد. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحكام - کتاب الديات (چاپ اول). تهران: دارالصدیقة الشهيدة علیها السلام.
۵. حائری طباطبائی، سیدعلی. (۱۴۰۹ق). الشرح الصغير (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۶. حائری طباطبائی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. حکیم، سیدمحمدسعید. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دارالصفوة.
۹. حلّی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. حلّی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۱. حلّی سیوری، مقداد. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۱۲. حلبی، ابو الصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۳. حسینی روحانی، سیدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (چاپ اول). قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. حسینی عاملی، سیدجواد. (بی تا). مفتاح الکرامة، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۵. حکیم، سیدمحمد. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دارالصفوة.
۱۶. خوانساری، سیداحمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. سیزواری، سیدعبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۱۸. شبیری زنجانی، سیدموسی. (۱۴۲۸ق). المسائل الشرعية (چاپ اول). قم: مؤسسه نشر الفقهة.



۱۹. شهيد اول، محمد بن مكى. (۱۴۱۰ق). اللعة دمشقية (چاپ اول). بيروت: دارالتراث - الدار الإسلامية.
۲۰. شهيد ثانی، زين الدين بن على. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية (المحشى - كلاتر (چاپ اول). قم: كتاب فروشى داورى.
۲۱. شهيد ثانی، زين الدين بن على. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام (چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۲. شيخ صدوق، محمد بن على. (۱۴۱۳ق). من لا يحضره الفقيه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۲۳. طوسى، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية.
۲۴. طوسى، محمد بن حسن. (۱۳۹۰). الاستبصار (چاپ اول). تهران: دار الكتب الإسلامية.
۲۵. طوسى، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذيب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب الإسلامية.
۲۶. عاملى ترحينى، سيدمحمدحسين. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية (چاپ چهارم). قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۲۷. علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۲۸. علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق) (الف). قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۲۹. علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۱۳ق) (ب). مختلف الشيعة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۳۰. علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۳۱. عميدى، سيدعميدالدين. (۱۴۱۶ق). كنز الفوائد (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۳۲. فاضل لنكرانى، محمد. (۱۴۱۸ق). تفصيل الشريعة - الدييات (چاپ اول). قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليه السلام.
۳۳. فاضل لنكرانى، محمد. (۱۴۲۵ق). ثلاث رسائل (چاپ اول). قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليه السلام.
۳۴. فاضل هندی، محمد. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.



۳۵. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ط - الإسلامية) (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (ط - دار الحدیث) (چاپ اول). قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۳۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع (چاپ ششم). قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
۳۹. مشکینی، میرزا علی. (بی تا). مصطلحات الفقه. بی جا.
۴۰. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا. (۱۴۰۸ق). کتاب الديات (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۴۲. مغربی، نعمان بن. (۱۳۸۵). دعائم الإسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۳. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق علیه السلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه انصاریان.
۴۴. منتظری، حسین علی. (۱۴۱۳ق). الأحكام الشرعية (چاپ اول). قم: نشر تفکر.
۴۵. منصورى، ایاد. (۱۴۲۷ق). البیان المفید (چاپ اول). قم: انتشارات حسین علیه السلام.
۴۶. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (چاپ اول). قم: مؤسسه دارالعلم.
۴۷. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول). قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۴۸. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۹. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم). قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.



فقه

References

1. Allamah al-Hilli, H. (1410 AH). Irshad al-Azhan (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
2. Allamah al-Hilli, H. (1413 AH). Mokhtalif al-Shi'a (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
3. Allamah al-Hilli, H. (1413 AH). Qawaid al-Ahkam (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
4. Allamah al-Hilli, H. (1420 AH). Tahrir al-Ahkam (1st ed.). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
5. Amidi, S. A. (1416 AH). Kanz al-Fawa'id (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
6. Amili Tarhini, S. M. H. (1427 AH). al-Zubdah al-Fiqhiyyah (4th ed.). Qom: Dar al-Fiqh for printing and publishing. [In Arabic].
7. Ardabili, A. (1403 AH). Majma al-faida wal-burhan fi sharh irshad al-adhan (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
8. Ayatollah Khomeini. (n.d.). Tahrir al-Wasila (1st ed.). Qom: Institute of Science. [In Arabic].
9. al-Hurr al-Amili, M. (1409 AH). Wasa'il al-Shi'a (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
10. al-Kulayni, M. (1407 AH). Usul al-Kafi (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
11. al-Kulayni, M. (1429 AH). Usul al-Kafi (1st ed.). Qom: Dar al-Hadith for printing and publishing. [In Arabic].
12. al-Shahid al-Awwal. (1410 AH). al-Lum'ah ad-Dimashqiya (1st ed.). Beirut: Dar al-Turath - al-Dar al-Islamiya. [In Arabic].
13. al-Shahid al-Thani. (1410 AH). al-Rawda al-Bahiyya (1st ed.). Qom: Dawari. [In Arabic].
14. al-Shahid al-Thani. (1413 AH). Masalik al-Ifham ila Tanqih Shari' al-Islam (1st ed.). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic].



فقہ

15. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). Man La Yahduruahu al-Faqih (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
16. Fayyaz Kabuli, M. I. (n.d.). Minhaj al-Salehin. n.p. [In Arabic].
17. Fazel Hindi, M. (1416 AH). Kashf al-Latham (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
18. Fazel Lankarani, M. (1418 AH). Tafsil al-Shari'a - al-Diyat (1st ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams. [In Arabic].
19. Fazel Lankarani, M. (1425 AH). Thalath Rasail (1st ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams (PBUTH). [In Arabic].
20. Haeri Tabatabaei, S. A. (1409 AH). al-Sharh al-Saghir (1st ed.). Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi (Ra). [In Arabic].
21. Haeri Tabatabaei, S. A. (1418 AH). Riyadh al-Masail (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
22. Hakim, S. M. (1415 AH). Minhaj al-Salehin (1st ed.). Beirut: Dar Al-Safwa. [In Arabic].
23. Hakim, S. M. S. (1415 AH). Minhaj al-Salehin (1st ed.). Beirut: Dar al-Safwa. [In Arabic].
24. Halabi, A. S. (1403 AH). al-Kafi fi al-Fiqh (1st ed.). Isfahan: Library of Imam Amir al-Mo'menin (PBUH). [In Arabic].
25. Helli Sivari, M. (1404 AH). al-Tanqih al-Ra'i (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
26. Helli, M. (1387 AP). Idhah al-fawaid (1st ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
27. Helli, M. (1410 AH). al-Saraer (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
28. Husseini Ameli, S. J. (n.d.). Miftah al-Karama. Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
29. Husseini Rouhani, S. S. (1412 AH). Fiqh al-Sadiq (1st ed.). Qom: Dar al-Kitab - Imam Sadiq (PBUH) School. [In Arabic].



30. Isfahani, M. B. (1404 AH). *Mirror of Minds* (2nd ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
31. Isfahani, M. T. (1406 AH). *Rawzat al-mottaqin* (2nd ed.). Qom: Kushanbour Institute. [In Arabic].
32. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jami' al-Madarek* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
33. Madani Kashani, R. (1408 AH). *Kitab al-Diyat* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
34. Maghrebi, N. (1385 AP). *Daim al-Islam* (2nd ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
35. Mansuri, A. (1427 AH). *al-Bayan al-Mofid* (1st ed.). Qom: Hasanein. [In Arabic].
36. Marashi Najafi, S. Sh. (1406 AH). *Minhaj al-Mu'minin* (1st ed.). Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi (Ra). [In Arabic].
37. Meshkini, M. A. (n.d.). *Jurisprudence terms*. n.p. [In Arabic].
38. Mohaqeq Helli, J. (1418 AH). *al-Mukhtasar al-Nafi'* (6th ed.). Qom: Religious Press Foundation. [In Arabic].
39. Montazeri, H. A. (1413 AH). *al-Ahkam al-Shar'ia* (1st ed.). Qom: Tafakor. [In Arabic].
40. Mousavi Khoei, A. (1422 AH). *Mabani Takmela Al-Minhaj* (1st ed.). Qom: Foundation for the Revival of the Works of Imam al-Khoei. [In Arabic].
41. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). *Fiqh of Imam Sadiq (PBUH)* (2nd ed.). Qom: Ansarian Institute. [In Arabic].
42. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-kalam* (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
43. Sabzewari, S. A. A. (1413 AH). *Moadhab al-Ahkam* (4th ed.). Qom: al-Minar Institute. [In Arabic].
44. Shaykh Tusi, M. (1387 AP). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya* (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Library. [In Arabic].



فقہ

45. Shaykh Tusi, M. (1390 AP). al-Istibsar (1st ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
46. Shaykh Tusi, M. (1407 AH). Tahdhib al-Ahkam (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
47. Shobeiri Zanjani, S. M. (1428 AH). al-Masail al-Shari'a (1st ed.). Qom: Fiqh Publishing Foundation. [In Arabic].
48. Tabrizi, J. (1428 AH). Tanqih Mabani al-Ahkam, Kitab al-Diyat (1st ed.). Tehran: Dar al-Sadiqah al-Shuhada. [In Arabic].
49. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). Minhaj Al-Salehin (5th ed.). Qom: Imam Baqir (PBUH) School. [In Arabic].



فقه



A Jurisprudential Examination of Writing an Electronic Sale without the Words of Demand and Acceptance

Mohammad Ali Khademi Kusha¹

Received: 24/11/2019

Accepted: 28/04/2020

Abstract

According to the jurists and based on the legal articles, in order to conclude a sale, writing a practical or verbal contract is necessary, and according to Article 340 of the Civil Code, the words and phrases of demand and acceptance must be clarified in the meaning of sale. However, in some cases of electronic sale, verbal or written demand and acceptance is not used and instead, the transfers are done without exchanging and only by selecting a part such as "Send to cart" or "Order registration" and sometimes by clicking on the picture. As a result, the validity and necessity of electronic sale without the occurrence of exchanging and without the usual demand and acceptance, is questioned and the prevalence of electronic sale has caused public demand and the need for a jurisprudential answer to this question. In order to answer the above question, and to prove the need for the composition of the sale without exchanging - using the jurisprudential method - this paper has examined the verbal arguments for demand and acceptance and based on the results of electronic data in electronic sale, it has been concluded that the need for jurisprudential arguments is the validity of the conclusion of sale with any customary implication, even non-verbal. Therefore, the contract of sale is concluded using electronic data - if they indicate the occurrence of the sale and Article 340 of the Civil Code needs to be amended and it should be noted that the demand and acceptance with any argument of the sale - both verbal and non-verbal - is sufficient.

Keyword

Electronic contract, electronic sale, demand and acceptance, contract writing, contract form.

1. Assistant Professor, Department of Knowledge related to Jurisprudence, Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy. khademi@isca.ac.ir

بررسی فقهی انشای بیع الکترونیکی بدون الفاظ ایجاب و قبول

محمدعلی خادمی کوشا^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۰۳

چکیده

مطابق نظر فقها و بر اساس مواد قانونی، برای انعقاد بیع، وجود انشای فعلی یا انشای لفظی لازم است و طبق ماده ۳۴۰ قانون مدنی، باید الفاظ و عبارات ایجاب و قبول صریح در معنای بیع باشند. این همه در حالی است که در مواردی از بیع الکترونیکی، از ایجاب و قبول لفظی یا کتبی استفاده نمی‌شود و بلکه نقل و انتقال، بدون انجام داد و ستد و تنها با انتخاب قسمتی مثل «ارسال به سبد خرید» یا «ثبت سفارش» و گاهی با کلیک کردن بر روی تصویر انجام می‌گیرد. در نتیجه، صحت و لزوم بیع الکترونیکی بدون وقوع داد و ستد و بدون ایجاب و قبول متعارف، مورد سؤال واقع می‌شود و رواج بیع الکترونیکی موجب مطالبه عمومی و ضرورت پاسخ فقهی به این سؤال شده است. این مقاله در پاسخ به سؤال فوق برای اثبات میزان نیاز به لفظ در انشای بیع بدون داد و ستد - با استفاده از روش فقهی - ادله لفظی بودن ایجاب و قبول را بررسی کرده و با تطبیق نتیجه بر داده‌های الکترونیکی در بیع الکترونیکی به این نتیجه رسیده است که مقتضای ادله فقهی صحت عقد بیع با هر گونه دلالت عرفی حتی غیرلفظی است. از این رو، عقد بیع با استفاده از داده‌های الکترونیکی - در صورتی که دلالت بر وقوع بیع داشته باشند - منعقد می‌شود و لازم است ماده ۳۴۰ قانون مدنی اصلاح شود و عنوان شود که ایجاب و قبول با داشتن هر گونه دلالت کننده بر انجام بیع - اعم از لفظ و غیر لفظ - کافی است.

کلیدواژه‌ها

قرارداد الکترونیکی، بیع الکترونیکی، ایجاب و قبول، انشای عقد، صیغه عقد.

۱. استادیار گروه دانش‌های وابسته به فقه، پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

khademi@isca.ac.ir



فقه

سال بیست و هشتم، شماره دوم (پیاپی ۱۰۲)، تابستان ۱۳۹۹

مقدمه

می‌دانیم در بین قراردادهای نقل و انتقال ملک، قرارداد بیع از اهمیت و آثار مورد توجهی در فعالیت‌های اقتصادی برخوردار است که امروزه در سطح گسترده‌ای به شکل الکترونیکی انجام می‌شود. بیع الکترونیکی که عبارت است از انجام بیع با استفاده از وسایل الکترونیکی بیشتر در محیط اینترنتی منعقد شده و به اقتضای الکترونیکی بودن تفاوت‌های روشنی با عقود سنتی و متعارف گذشته دارد و گاهی این تفاوت‌ها خاستگاه مشکلات فقهی یا قانونی است که با توجه به فراوانی بیع الکترونیکی در مبادلات اقتصادی بررسی و رفع مشکلات یا شبهات فقهی و قانونی ضروری است.

یکی از مسائل قابل طرح در تطبیق فقه اسلامی و قانون مدنی جمهوری اسلامی بر بیع الکترونیکی این است که مطابق مشهور (چنان‌که در ادامه مقاله می‌آید) در بیع غیر معاطاتی، وجود الفاظ و عبارت در ایجاب و قبول لازم است و طبق ماده ۳۳۹ ق م نیز بیع به دو صورت منعقد می‌شود: یا با ایجاب و قبول یا با داد و ستد. طبق ماده ۳۴۰ ق م باید الفاظ و عبارت ایجاب و قبول صریح در معنای بیع باشد. این همه در حالی است که در مواردی از بیع الکترونیکی عبارت ایجاب و قبول برای انجام قرارداد بیع استفاده نشده و صرفاً با داده‌های الکترونیکی و مثل انتخاب بر روی کالای مورد نظر یا مثل کلیک کردن بر «ارسال به سبد خرید» یا «ثبت سفارش» و امثال آن، قرارداد بیع منعقد می‌شود. در نتیجه با توجه به فقدان داد و ستد، این سؤال مطرح می‌شود: در مواردی که در انجام بیع الکترونیکی از ایجاب و قبول لفظی استفاده نشده است و داد و ستد نیز صورت نگرفته است، انشای بیع با داده‌های الکترونیکی از نظر فقهی چه حکمی دارد؟

مشکل فوق با قول به صحت و لزوم انشای عملی رفع نمی‌شود؛ زیرا برخلاف فرض ما در بیشتر موارد بیع الکترونیکی است و با قول به عدم لزوم صیغه نیز برطرف نمی‌شود؛ زیرا بیشتر کسانی که صیغه را لازم نمی‌دانند، برای وقوع بیع انجام داد و ستد یا به کارگیری مطلق الفاظ دلالت‌کننده را لازم دانسته‌اند؛ در حالی که در بیع الکترونیکی مواردی وجود دارد که صرفاً با کلیک کردن بر روی تصویر یا نام کالا انجام می‌شود.





بنابراین متون و تحقیقات فقهی که در اثبات صحت و لزوم بیع معاطاتی یا اثبات نیاز نداشتن به لفظ مخصوص، تدوین شده‌اند، پاسخگوی کامل سؤال تحقیق حاضر نیستند. نوآوری این نوشتار این است که انعقاد بیع را بدون لفظ ایجاب و قبول متعارف و بدون انجام دادوستد ممکن دانسته و انشای بیع را با هر دلالت‌گر عرفی حتی صرفاً با علائم و داده‌های الکترونیکی امکان‌پذیر دانسته است (برخلاف ماده ۳۴۰ ق م و بسیاری از متون فقهی که در ادامه ذکر می‌شود).

لازم است توجه شود بحث ما در وقوع عقد بیع و ترتب احکام خاص بیع است، وگرنه اصل تملیک نیاز به سبب خاصی ندارد (نجفی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۳۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۲۱۳) و چنان‌که شیخ انصاری تصریح کرده است ادعای توقف ملکیت بر اسباب خاص قابل‌پذیرش نیست چرا؛ که مواردی از تملیک مال بدون سبب خاص مورد اتفاق است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۶۰).

مشکل بالا در قالب این سؤال طرح می‌شود که انجام بیع الکترونیکی بدون استفاده کردن از الفاظ عرفی ایجاب و قبول و بدون دادوستد چه تأثیری در اجرای احکام بیع دارد؟

برای پاسخ به این سؤال، ابتدا بیان منظور از شرط لفظ و بعد بررسی پیشینه شرطیت لفظ به منظور آشنایی با مقصود فقیهان و تطور تاریخی این شرط و بررسی ادله اعتبار آن لازم است.

۱. منظور از شرط لفظ و امکان تطبیق آن بر بیع الکترونیکی

واژه «لفظ» که از نوع مصدر است، می‌تواند به معنای مصدری یعنی تکلم کردن یا به معنای کلام باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۱۶۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۹) که به صورت اسمی و جمع آن الفاظ است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۵۵۵). در این صورت، اسم برای واژه تکلم شده است مثل اینکه گفته می‌شود «العام لفظ مستغرق...» و روشن است که معنای دوم شامل الفاظ مکتوب هم می‌شود؛ چه به زبان تلفظ بشود چه نشود.

ظاهر سخنان برخی فقیهان که علاوه بر اشتراط لفظ خاص کتابت آن لفظ را کافی

ندانسته‌اند، این است که منظورشان از لفظ به معنای مصدری یعنی تلفظ کردن است و اگر در سخن شیخ طوسی به‌عنوان نقطه شروع در روی آوردن فقیهان به شرطیت لفظ اندکی دقت کنیم، درمی‌یابیم که منظور ایشان دو مطلب بوده است: یکی به کارگیری واژگان مخصوص در انشای عقد و دیگری تلفظ کردن آن؛ زیرا گفته است: بیع تا زمانی که مشتری بعد از انشای ایجاب نگفته است «خریدم» یا «قبول کردم» صحیح نیست (طوسی (شیخ)، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۹).

از سوی دیگر ظاهر استدلال برخی دیگر خلاف نظر بالا است؛ زیرا دلیل ماضی بودن لفظ را داشتن دلالت صریح دانسته‌اند و با توجه به عمومیت دلیل مذکور معنایش این است که کتابت لفظ در مقام انشای عقد و به قصد انشای قرارداد نیز همانند تلفظ کردن لفظ است؛ زیرا دلالت لفظ در این دو حالت (تلفظ و کتابت) با هم فرقی ندارد و هر دو فقط در صورتی دلالت روشن بر انشای عقد دارند که در مقام انشای عقد و به قصد انشا صادر شده باشند.

اگر لفظ را به معنای اول بدانیم، قطعاً این معنا در بسیاری از موارد قرارداد الکترونیکی مصداقی ندارد و این نوع قرارداد در بسیاری از موارد فاقد شرط لفظ به معنای اول است؛ اما اگر به معنای دوم بدانیم، در اغلب موارد قرارداد الکترونیکی واجد شرط مذکور خواهد بود و نیز اگر در بررسی ادله شرطیت لفظ به این نتیجه برسیم که آن دلیل‌ها نهایت چیزی که اثبات می‌کنند، وجود ابزاری برای دلالت بر انشای عقد است و انحصاری در لفظ ندارد، در این صورت نیز انشای بیع با داده‌های الکترونیکی در صورت وجود فهم عرفی صحیح خواهد بود.

۲. پیشینه شرطیت لفظ

در متون متقدمان از جمله در عبارت شیخ مفید سخن از لفظ یا لفظ مخصوص برای انعقاد بیع نیست و ایشان حتی گفتگو در مورد فروش متاع با رضایت را برای انعقاد بیع کافی می‌داند بدون اینکه عقد مخصوص و الفاظ ایجاب و قبول را لازم بدانند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۱). پس از ایشان در سخن سید مرتضی لفظ «بعث» به‌عنوان ایجاب دانسته شده، اما وقوع بیع را



فقه



در آن منحصر نکرده است و در مورد قبول فقط داشتن دلالت بر قبول صریح را لازم دانسته است (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۱۹ و ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۱)؛ هم‌چنان که در نظر برخی مثل حلبی (حلبی، تقی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۵۲) و دیگران انعقاد بیع بر وجود ایجاب و قبول متوقف است، اما لفظ یا دالّ خاصی را شرط نکرده‌اند (دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۴۲).

اولین زمزمه‌های شرطیت لفظ به عصر شیخ طوسی باز می‌گردد. شیخ طوسی فقدان ایجاب و قبول را برای حکم به انتفای بیع کافی دانسته است (طوسی، (شیخ)، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۶۲) و در جای دیگر آورده است: «لم یصح البیع حتی یقول المشتري بعد ذلك «اشتریت او قبلت» (طوسی، (شیخ)، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۹). از این سخن چنین برمی‌آید که برای انشای قبول اولاً لفظ لازم است، ثانیاً انشای قبول با لفظ «اشتریت» یا «قبلت» تحقق می‌گیرد، بلکه از این عبارت شیخ برمی‌آید که انشای قبول در این دو لفظ انحصار دارد و عین این الفاظ در نظر شیخ طوسی برای انشای قبول خصوصیت دارد.

عبارت‌های فقهای بزرگی مثل شیخ طوسی سرآغاز شرطیت لفظ شد و بعدها برخی فقها توانستند با اطمینان شرط لفظ و ماضی‌بودن آن را در صحت بیع ذکر کنند. هرچند تا قرن ششم تصریحی بر این شرط دیده نمی‌شود و ظاهراً اولین کسی که علاوه بر وجود ایجاب و قبول، شرط لفظی‌بودن و ماضی‌بودن آن دو را صریحاً ذکر کرده، ابن حمزه از فقهای قرن ششم است (طوسی، محمد بن علی بن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۳۷).

از قرن ششم به بعد بحث‌های شرایط الفاظ ایجاب و قبول در بیع و غیربیع در بین کتاب‌های فقهی به چشم می‌خورد. فقهای مثل ابن‌ادریس و محقق اول (حلی، ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۰؛ حلی، محقق، نجم‌الدین، ۱۴۰۸ق، ج ۲، صص ۷ و ۲۱۷ و ۲۴۷ و ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۶۹) و در پی ایشان نیز فقیهانی مثل فاضل‌آبی و ابن‌سعید حلی و علامه حلی (آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۹۸؛ حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ق، ص ۲۴۶؛ حلی، علامه، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۷۵ و ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۵۹) این شرط را گاهی در بیع و گاهی در نکاح و برخی به‌عنوان احتیاط و برخی نیز با جزم و قطع ذکر کرده‌اند، تا اینکه در پی فقیهان مذکور برخی از فقیهان بر لزوم به‌کارگیری لفظ در انشای معاملات، ادعای اجماع یا اتفاق کردند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۹۴).

ادعای اتفاق بر لزوم لفظ در انعقاد بیع در حالی انجام شده است که ظاهر سخن علامه در تذکره و مختلف این است که نه تنها اتفاقی نیست، بلکه مشهور برخلاف آن است؛ زیرا ایشان در تذکره اشهر بودن لزوم صیغه را در بیع ادعا نموده است (حلی، علامه، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۷) و در مختلف (ج ۵، ص ۵۱) به اکثر علمای امامیه نسبت داده است که مستلزم مشهور بودن و کثیر بودن صاحبان قول مقابل (عدم لزوم لفظ) است. برخی نیز مثل صاحب مناهل تصریح به نبود اتفاق علما کرده‌اند (حائری طباطبایی، بی تا، ص ۲۶۴).

فقیهان عصر حاضر ضمن نپذیرفتن لزوم لفظ در انعقاد بیع و پذیرش بیع معاطاتی اما ظاهر عبارت‌های برخی فقیهان معاصر شرط بودن لفظ در انعقاد بیع غیر معاطاتی است (اصفهانی، سید ابو الحسن، ۱۴۲۲ق، ص ۳۳۲؛ امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰۴؛ سبزواری، بی تا، ص ۲۶۹؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۵۱) و صحیح و لازم دانستن بیع معاطاتی به معنای بی‌نیازی از بحث شرایط صحت عقد لفظی نیست؛ زیرا عقد لفظی اگر فاقد شرط صحت باشد و بدون معاطات انجام شود از نوع بیع معاطات نیست (طاهری خرم‌آبادی سیدحسن، ۱۴۱۸ق، ص ۲۸۹).

بررسی پیشینه شرطیت لفظ در ایجاب و قبول به روشنی بیانگر فقدان اتفاق و حتی شهرت در بین فقیهان سلف و فقدان اتفاق در بین فقیهان متأخر است و بیانگر وجود اختلاف قابل توجهی در بین فقیهان است؛ بنابراین با نگاهی به پیشینه مذکور معلوم است که نمی‌توان بدون بررسی ادله شرطیت لفظ در انعقاد عقد، صحت و لزوم قرارداد الکترونیکی را بدون به کارگیری الفاظ ایجاب و قبول به شرع مقدس نسبت داد.

۳. ادله شرط بودن لفظ در انشای بیع

بررسی ادله شرط بودن لفظ به دو منظور است: اولاً معلوم شود که آیا این ادله می‌توانند لزوم به کارگیری عبارت‌های لفظی یا کتبی در عقد بیع را ثابت کنند؛ ثانیاً رابطه آنها با قرارداد الکترونیکی معلوم شود، به این صورت که آیا می‌توانند مانع به کارگیری امور دیگری مثل داده‌های الکترونیکی در انعقاد عقد باشند.

بررسی کتاب‌های فقهی که در ادامه خواهیم گفت، حاکی از این است که بیشتر فقیهان متقدم برای شرط لفظ در ایجاب و قبول به صراحت دلیلی ذکر نکرده‌اند و فقط





از برخی سخنان ایشان می‌شود بعضی از ادله را برداشت کرد؛ اما پس از شیخ طوسی تعدادی از فقیهان خصوصاً از زمان ابن‌زهره برای لزوم لفظ در صحت بیع و عقود صریحاً استدلال‌هایی ارائه دادند تا اینکه در اعصار اخیر برخی مانند صاحب مناہل دلیل‌های هر دو طرف را جمع‌آوری کرده و ادله لزوم لفظ را نقد کرده‌اند. در ذیل به ذکر دلیل‌هایی که از سخن فقیهان به دست می‌آید یا به‌صراحت ذکر کرده‌اند، می‌پردازیم و آنها را بررسی می‌کنیم:

۳-۱. فقدان صدق عرفی بیع یا عقد بر فاقد لفظ

از سخن شیخ طوسی چنین برمی‌آید که تا زمانی که لفظ ایجاب و قبول در بیع به کار گرفته نشده باشد، بیع تحقق نمی‌گیرد (طوسی، شیخ، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۶۲). از نظر ایشان به جهت رعایت و انحفاظ بر صدق عنوان بیع، شرط لفظ در ایجاب و قبول یک شرط لازم است؛ چراکه قوام بیع به این شرط است.

پیش از بررسی و ردّ یا قبول این دلیل باید توجه داشت که اگر این دلیل مورد نظر فقها باشد، به‌روشنی می‌توان گفت که بیع در بیشتر موارد شامل بیع کتبی و الکترونیکی و بدون تلفظ هم می‌شود؛ زیرا لفظ بیع در مراحل انعقاد بیع کتبی و بیع الکترونیکی در موارد زیادی به کار گرفته شده است و فقط تلفظ نشده است و عرفاً تلفظ در صدق عنوان بیع دخالتی ندارد، بلکه از نظر عرفی و لغوی، «بیع» همان انشای تملیک است و تلفظ کردن در صدق مفهوم بیع اثری ندارد و حتی همان‌طور که برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند بیع از مقوله معنی است (امام خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۱)، و گرنه اگر از مقوله لفظ بود یا لفظ یکی از اجزای مفهوم بیع بود، انشای بیع با لفظ، به دلیل لزوم دور امکان‌پذیر نبود؛ به همین دلیل برخی فقیهان تعریف بیع را نقل عین با صیغه مخصوص دانسته‌اند تا از این اشکال‌رهایی یابند. گو اینکه باز هم اشکال دور بر ایشان وارد شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰).

در سده‌های بعدی شهید ثانی نیز هم‌صدا با شیخ طوسی به دلیل بالا استناد کرده است و البته دایره دلیل مذکور را وسعت داده و در مورد هر عقدی جاری دانسته است.

ایشان در باب عاریه ضمن اینکه عقد را اسمی برای ایجاب و قبول دانسته است، برای اثبات لزوم لفظ در ایجاب و قبول به صدق مفهوم عقد استناد کرده است. ایشان بر این عقیده است که اگر ایجاب به صورت لفظی انشا نشود، مفهوم عقد تحقق نمی‌گیرد؛ به همین دلیل وجود لفظ را اگرچه لفظ مخصوص نباشد، برای انعقاد بیع لازم دانسته است و آن را ظاهر سخن بسیاری از اصحاب فقه امامیه دانسته است (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۱۳۲).

استدلال مذکور از جهات ذیل دارای ملاحظات است:

اولاً وابسته بودن مفهوم عقد به تلفظ ایجاب و قبول به گونه‌ای که قراردادهای کتبی و غیرلفظی را نتوان مصداقی برای مفهوم عقد دانست، صرفاً یک ادعای بدون اثبات است و هیچ شاهی از عرف و لغت ندارد (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۶)، بلکه برخلاف لغت و عرف است؛ چراکه عقد در لغت به معنای مطلق «عهد» است (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۷، ص ۴۶۴۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۹۷) و مقید کردن آن به عهد لفظی برخلاف لغت است، و سلب اسم عقد از بیع بدون لفظ برخلاف معنای عرفی است (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۶؛ نراقی، احمد، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۲۴۹)؛ زیرا با عنایت به اینکه عرف امروز براساس معنای عرفی پیشینیان بدون هیچ مجاز گویی توافقنامه‌های کتبی و بیع الکترونیکی را مصداق عقود می‌داند، می‌توان گفت سلب عقد از بیع الکترونیکی برخلاف عرف است.

ثانیاً نفی عقد از بیع غیرلفظی برخلاف روایات است، زیرا در روایات صحیحیه عقد به معنای عهد ذکر شده است (عاملی، حرّ، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص ۳۲۷) و روشن است که عهد شامل معاهدات غیرلفظی مثل پیمان‌های کتبی و از جمله عقود الکترونیکی می‌شود.

ثالثاً شرط کردن انشای لفظی در صدق عقد برخلاف سخن فقیهان است؛ زیرا عقد را به معنا عهد محکم ذکر کرده‌اند (اردبیلی، بی‌تا، ص ۴۶۳؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۶۹؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۲) و حتی محقق نراقی این معنا را به اتفاق فقیهان نسبت داده است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱) و از نظر برخی مطلق عهد است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۶؛ رشتی، ۱۳۱۱ق، ص ۹؛ فشارکی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۵۰). چنان‌که دیده می‌شود فقیهان در معنای مذکور هر عهد محکم یا هر عهدی را عقد دانسته‌اند، بدون اینکه وجود لفظ را شرط کنند یا اینکه محکم بودن





را به معنای لفظی بودن بدانند؛ بنابراین طبق ظاهر سخن بسیاری از فقیهان قرارداد کتبی و الکترونیکی که عرفاً عهد شمرده می‌شود از مصادیق عقد است.

رابعاً استدلال مذکور شامل بیع و عناوین خاص عقود نمی‌شود، زیرا در مورد انشای عقود خاص صدق عنوان اصلی ملاک حکم است و نیازی به احراز صدق عقد نیست؛ مثلاً برای استنباط حکم بیع از احل الله البیع در مورد بیع معاطاتی با وجود صدق عرفی بیع بر آن می‌توان احکام بیع را جاری دانست و احراز صدق عقد مدخلیتی ندارد. همین سخن در مورد قرارداد الکترونیکی نیز جاری است؛ البته با این توضیح که مفهوم لغوی یا عرفی بیع که در عصر تشریح وجود داشته است بر قرارداد الکترونیکی صدق می‌کند. خامساً اگر صدق عقد را از عناوین خاص عقود جدا ندانیم با صدق عرفی عنوان خاصی از عقود مثل بیع بر موارد عاری از لفظ مثل بیع معاطاتی می‌توان دریافت که وجود لفظ در صدق عرفی عقد دخالتی ندارد.

۳-۲. اجماع بر عدم تحقق بیع بدون لفظ ایجاب و قبول

اجماع یکی از دلیل‌هایی است که ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴). است (حلبی، ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴).

استناد به اجماع در مسئله مورد بحث به دلایل ذیل اعتباری ندارد:

اولاً اساساً اجماع در چنین مسئله‌ای که مورد استناد به ادله فقهی است، اجماع تبعدی نیست تا حجیت داشته باشد و اجماع مدرکی یا محتمل‌المدرک است که فاقد ارزش اثباتی است.

ثانیاً اجماع در تحقق مفاهیم عرفی حجیت ندارد و عقد از موضوعات عرفی است و چنانچه از نظر عرف تحقق بگیرد، ادله و عمومات عقود شامل آن می‌شود، مگر اینکه اجماع تبعدی بر اشتراط لفظ در امضای شرعی منعقد شده باشد که در ادامه معلوم می‌شود چنین اجماعی نداریم.

ثالثاً قول به عدم شرطیت لفظ مشهور بوده است؛ زیرا همان‌گونه که شیخ انصاری از سخن علامه برداشت کرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۸)، مشهور فقها تا عصر ایشان

وجود لفظ را لازم نمی‌دانسته‌اند؛ چراکه ایشان شرط وجود صیغه را در کتاب مختلف به بیشتر فقها نسبت داده و در تذکرة نیز لزوم لفظ را مشهورتر دانسته است (حلی، علامه، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۷). وقتی قول به لزوم صیغه «اشهر» باشد، قول به عدم لزوم آن مشهور است.

گذشته از سخن علامه حلی، شرطیت لفظ در بین فقیهان متقدم به صراحت مطرح نشده است و در بین متأخران نیز اختلاف بوده و بزرگانی مثل محدث کاشانی و محقق اردبیلی به موافقت با نظر شیخ مفید مبنی بر عدم شرطیت لفظ تصریح کرده‌اند (فیض، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۱۳۹). شاید به همین دلیل محقق نراقی عدم شرطیت لفظ را ظاهر سخن بیشتر فقها دانسته است (نراقی، مولی احمد، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۲۴۹) و در نظر او سخن برخی فقیهان که معاطات را نزد مشهور از مصادیق بیع دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۳۶۰)، ناظر به همین است.

۴۵



فقه

بررسی فقهی انشای بیع الکترونیکی بدون الفاظ ایجاب و قبول

۳-۳. قاعده عدم الدلیل دلیل العدم

از سخنان ابن زهره فهمیده می‌شود ایشان به قاعده «عدم الدلیل دلیل العدم» استناد کرده است و با توجه به وجود دلیل بر صحت عقد با ایجاب و قبول لفظی و اعتقاد به نبود دلیل بر صحت عقد بدون لفظ، حکم به لزوم لفظ در وقوع عقد داده است (حلی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴).

این دلیل با توجه به اصل اولی فساد در معاملات در فرض عدم دلالت دلیل بر شرط نبودن لفظ قابل اعتماد است؛ اما در آینده خواهیم دید که دلیل‌های متعددی بر آن وجود دارد.

۳-۴. اصل فساد (استصحاب عدم انتقال ملک)

ابن زهره استدلال به اصل فساد به معنای استصحاب عدم انتقال ملک را بیان کرده است (حلی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴) و صاحب مناهل آن را به علامه و شهید ثانی و غیر ایشان نسبت داده است (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۴).



این دلیل از آن جا که اصل عملی است، زمانی قابل اعتماد است که از اقامه دلیل بر عدم شرطیت لفظ بازمانیم و از آنجا که در آینده ادله شرطیت را بیان و اثبات خواهیم کرد، جایی برای استناد به این اصل باقی نمی ماند.

۳-۵. حدیث نبوی نهی از بیع الملامسه

حدیث نبوی «نهی صلی الله علیه و آله و سلم عن بیع الملامسة و المنابذة...» (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۲۱؛ صدوق، ۱۴۰۳ق، ص ۲۷۸) یکی از دلایل هایی است که ابن زهره به آن استناد کرده است (حلبی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴) وجه استدلال این است که در این حدیث از بیع ملامسه و... نهی شده است و این بیعها بدون صیغه است. مثلاً بیع الملامسه به گفته فقیهان بیعی است که بدون صیغه و بدون مشاهده است و انعقاد بیع با لمس مبیع تحقق می یابد (حلی، علامه، ۱۴۱۳ق (قواعد)؛ ج ۲، ص ۱۴؛ ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص ۳۴۴).

این استدلال به دلایل ذیل قابل مناقشه است:

اولاً سند این روایت به دلیل ارسال آن ضعیف است

ثانیاً دلالت این روایت بر لزوم لفظ روشن نیست و در هر صورت به وسیله ادله عدم شرطیت لفظ که از سوی فقیهان اقامه شده و در ادامه خواهد آمد، مردود است.

ثالثاً عمومیت دادن علت نهی در این نوع معاملات بر اساس ظن و گمان و نوعی

قیاس ظنی است که بطلان آن نیاز به بیان ندارد.

رابعاً جهل به مبیع در این معاملات وجود دارد که آن موجب بطلان است؛ به همین

دلیل برخی از فقیهان در استدلال مذکور مناقشه کرده اند (حائری طباطبایی، بی تا، ص ۲۶۴).

خامساً حتی با پذیرش استدلال مذکور باز هم نهی مذکور شامل قرارداد

الکترونیکی نخواهد بود؛ زیرا در این نوع قرارداد خرید فروش با لمس مبیع و حتی داد و

ستد نیست و بیشتر به صورت کتبی و در مواردی نیز که با داده های الکترونیکی

غیرلفظی منعقد می شود و تمامی مراحل قبل با استفاده از عبارت های روشن و خالی از

جهالت است.

۳-۶. شهرت فتوایی

به نقل صاحب مناهل نظر گروهی از فقیهان مثل علامه و شهید ثانی و مقدس اردبیلی و محقق سبزواری این است که مشهور فقیهان بر این نظرند که داد و ستد بدون وجود لفظ برای وقوع نقل و انتقال کفایت نمی‌کند، حتی اگر اماراتی بر اراده بیع دلالت کنند. این مطلب را برخی نزدیک به اجماع دانسته‌اند؛ در نتیجه بنا بر اینکه شهرت موجب گمان قوی و اصل در آن حجیت باشد، می‌توان به لزوم لفظ در معاملات حکم کرد (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۴).

این دلیل نیز به دلایل ذیل قابل استناد نیست:

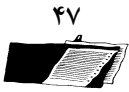
اولاً قبلاً گفتیم که شرطیت لفظ اختلافی است و بلکه گفتیم که از سخن علامه مشهور بودن عدم شرطیت لفظ برداشت می‌شود.

ثانیاً شهرت ارزش اثباتی ندارد و مبنای مذکور اعتباری ندارد و شهرتی که حجیت آن قابل دفاع است و برخی محققان حجت دانسته‌اند، شهرت فتوایی قدما است (امام خمینی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۴۲۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۲۸) و با بررسی پیشینه معلوم شد که در بین فقیهان متقدم چنین فتوایی شهرت نداشته است.

۳-۷. قصور دلالت غیر لفظ

برخی مثل صاحب مفتاح الکرامه بر این عقیده‌اند که افعال از بیان مقاصد باطنی مثل تملیک و تملک و انشا و رضایت و قصد بیع قاصرند و چیزی بیشتر از ظن و گمان نمی‌رسانند و ظن و گمان در اسباب شرعی اعتباری ندارد؛ چراکه پیروی از ظن و گمان در کتاب و سنت منع شده و به اتفاق فقها اسباب شرعی متوقف بر علم یا ظن معتبر شرعی‌اند و نیز معاملات برای نظام معیشت بناگذاری شده‌اند و چون امر معاملات خاستگاه اختلاف و تنازعات است، باید با امور روشن و کاشف از مقاصد ضابطه‌مند شوند که همان الفاظ است نه افعال (عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۲۰۳).

برخی بزرگان فقه مثل صاحب مناهل (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۵) در استدلال بالا مناقشه کرده‌اند و قابل استناد ندانسته‌اند و نقدهای ذیل را بر آن وارد دانسته‌اند:



فقه



اولاً افعال هم مانند الفاظ دارای اقسامی هستند و تعداد زیادی از افعال دارای دلالت علمی هستند.

ثانیاً ظن حاصل از افعال مانند ظن حاصل از افعال قابل اعتماد عقلا است و ریشه در ظواهر دارد و به عبارت دیگر ظواهر لفظی با ظواهر فعلی در میزان اعتبار فرقی ندارند؛ زیرا هر دو بر اساس بنای عقلا هستند و بنای عقلا در هر دو به صورت قطعی وجود دارد؛ اگرچه مفاد الفاظ و افعال به حد یقین نرسد.

ثالثاً این گونه ادله که تکیه بر الفاظ دارند، دلالتی بر لزوم تلفظ ندارند و با عقد کتبی و الکترونیکی که بر اساس دلالت الفاظ منعقد می‌شوند، منافاتی ندارند.

۳-۸. روایت «انما يحلل الكلام»

برخی برای اثبات لزوم لفظ در صحت بیع و عقود به حدیث «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۰۱) استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۲۲ق، ص ۴)؛ اما با توجه به اینکه همه فقیهان در مورد بیع معاطاتی (چه قائلان به افاده ملکیت و چه قائلان به افاده اباحه) بر افاده حلیت اتفاق نظر دارند، معلوم است که در نظر فقها با توجه به قرائن داخلی در این روایت؛ این قسمت روایت به ایجاب و قبول در عقد لازم نظر ندارد و در جای خود توسط بزرگانی مثل شیخ انصاری بحث شده و احتمالات زیادی که در مورد این حدیث است بررسی شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۶۰).

پس از بیان ادله شرطیت لفظ در صحت عقود و نقد آنها می‌توان دریافت دلیل متقن و قابل اعتمادی برای لزوم لفظی بودن عقد وجود ندارد و جا دارد که فقها وجود صیغه و لفظ را در تحقق مفهوم بیع لازم ندانند و چنان که گفتیم دلیل فقها برای ضرورت لفظ، صراحت دلالت آن است که می‌تواند بیانگر انشای متعاقدان باشد و روشن است که این دلیل بر فرض پذیرش آن فقط وجود ابزار دلالت صریح مثل الفاظ صریح یا هر دلالت‌گر دیگر را ثابت می‌کند و با به‌کارگیری کتابت یا داده‌های الکترونیکی در انعقاد عقد منافاتی ندارد؛ به همین دلیل علاوه بر فقهای پیشین برخی از فقهای عصر اخیر نیز وجود لفظ خاص یا تلفظ را برای انجام بیع، شرط ندانسته‌اند (حائری طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۶۷)؛

خویی، بی تا، ج ۲، ص ۹۹) و صرفاً صدق عرفی عقد یا بیع را حتی اگر هیچ لفظی به کار گرفته نشود؛ برای تحقق آن کافی دانسته‌اند؛ زیرا از نگاه عرفی بیع، اعتباری نفسانی است که ابراز شده است و ابراز آن نیز به گونه‌ای که قابل انکار نباشد، وابسته به فهم عرفی است (ابراز آن محدودیتی ندارد؛ از این رو بیع معاطاتی از انواع بیع عرفی شمرده شده است؛ همان‌گونه که بیع الکترونیکی امروزه از مصادیق مسلّم بیع نزد عرف است.

در نظر شیخ انصاری نیز بیع از مقوله معنا است نه لفظ و به همین دلیل بر تعریف بیع به ایجاب و قبول و عقد لفظی اشکال کرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰)؛ البته برخی از فقیهان مثل سید یزدی درباره اینکه بیع از مقوله معنا باشد، این نظر را دارند که مراد شیخ انصاری از این سخن این است که بیع نقل و انتقال خارجی است نه صرف لفظ یا لفظ با قصد (یزدی طباطبایی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۹). بنا بر این تفسیر از سخن شیخ انصاری نمی‌توان نظر ایشان را با نظر کسانی که بیع را اعتبار نفسانی دانسته‌اند، یکی دانست.

۴. ادله کفایت ایجاب و قبول الکترونیکی

علاو بر آنچه در نقد دلیل شرطیت لفظ ذکر شد، برای اثبات کفایت ایجاب و قبول الکترونیکی می‌توان از دلایلی که قائلان به عدم شرطیت لفظ در تحقق بیع اقامه کرده‌اند، بهره‌گیری کرد. برخی از این دلایل از سخنان محقق نراقی و صاحب مناهل در باب بیع معاطاتی (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۲۴۹؛ حائری طباطبایی، بی تا، ص ۲۶۵) قابل برداشت است. این ادله به اختصار به شرح ذیل است:

۴-۱. وجود صدق عرفی

بنا به شواهد ذیل صدق عنوان بیع، وابسته به وجود لفظ در فرایند نقل و انتقال نیست: الف) کاربرد لفظ بیع در مورد بیع معاطاتی: معاطات که بیع بدون ایجاب و قبول لفظی است، نزد فقیهان و از نظر عرفی بدون هیچ تأویلی از مصادیق بیع و عقد است و این نشانه توقف نداشتن مفهوم حقیقی بیع و عقد بر ایجاب و قبول لفظی است.





در استدلال بالا مقدمه دوم روشن است و اما مقدمه اول طبق تصریح برخی، صدق بیع بر معاطات معروف و مشهور است، حتی نزد کسانی که معاطات را باطل می‌دانند؛ زیرا آنها می‌گویند معاطات بیع فاسد است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۳۶۰).

البته این سخن با ادعای اجماع بر بیع نبودن معاطات منافاتی ندارد؛ زیرا اجماع فقط در مسائل شرعی حجیت دارد و به همین قرینه معلوم است که منظور از ادعای اجماع مذکور نفی صحت شرعی است نه صدق عرفی. از نظر محقق نراقی نیز فقهای که بیع معاطاتی را بیع ندانسته و بر آن ادعای اجماع یا اتفاق کرده‌اند، ظاهراً منظورشان بیع شرعی بوده است؛ یعنی گمانشان این بوده که صیغه خاصی از نظر شرعی در تحقق بیع شرط شده است؛ بنابراین با ادعای اجماع بر صدق عرفی بیع منافاتی نخواهد داشت (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۲۴۹). در غیر این صورت اگر منظور آنان اتفاق بر عدم صدق عرفی باشد، این ادعا با تصریح بسیاری بر بیع بودن آن غیر قابل قبول است.

ب) صحیح نبودن سلب لفظ بیع با همان معنای لغوی: منظور این است که عرف امروزی با حفظ معنای زمان گذشته، سلب اسم بیع از بیع معاطاتی و بیع الکترونیکی را نمی‌پذیرد.

ج) تبادل معنای نقل مال از لفظ بیع بدون توجه به وجود صیغه یا لفظ خاص.

۴-۲. فقدان دلیل شرعی

با توجه به اینکه معاملات مالی و خصوصاً بیع بسیار مورد ابتلا است، اگر ایجاب و قبول لفظی برای صحت بیع و عقد یک شرط لازم بود، حتماً باید دلیل و شاهد عرفی روشنی می‌داشت یا باید در بیانات شرعی مشهور و متواتر می‌بود؛ در حالی که می‌بینیم در روایات معصومان علیهم‌السلام هیچ اشاره‌ای به لزوم لفظ ایجاب و قبول نشده است، با وجود اینکه احکام غیرضروری و مستحب و مکروه در مقیاس وسیعی بیان شده‌اند و به گفته محقق اردبیلی این سکوت نشانه این است که شکل انجام عقد و بیع مانند دیگر امور عرفی بر عرف احاله شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۱۴۰).

۳-۴. شمول ادله عقود بر عقود عرفی فاقد لفظ

با توجه به اینکه صدق عرفی عقد با همان معنای لغوی که قبلاً بیان شد، بر بیع الکترونیکی وجود دارد، در صورت شک در شرطیت شرعی لفظ و شک در امضای شرعی آن، با توجه به اطلاق ادله عقود و ادله بیع، باید به اطلاق و عموم تمسک کرد و با وجود این ادله اجتهادی، عدم شرطیت لفظ اثبات می‌شود؛ به همین دلیل برخی از بزرگان برای اثبات انعقاد بیع با غیر صیغه مخصوص به اطلاقات ادله تمسک کرده است (فیض، بی تا، ج ۳، ص ۴۸).

نتیجه گیری

حکم قرارداد الکترونیکی از این جهت که از ایجاب و قبول لفظی استفاده نشده و قبض و اقباضی هم نشده است متوقف بر این است که آیا وقوع بیع فقط با استفاده از الفاظ ایجاب و قبول است یا اینکه با هر چه که دلالت بر وقوع بیع داشته باشد اعم از لفظ و غیر لفظ واقع می‌شود.

با وجود شهرت شرط بودن لفظ در وقوع بیع در بین متأخران، بررسی کتاب‌های فقهی حاکی از فقدان اتفاق و بلکه شهرت در بین فقیهان گذشته در خصوص شرط بودن لفظ در انعقاد بیع است و اساساً فقیهان در مورد شرطیت لفظ تا قبل از عصر شیخ طوسی نه بیان صریح دارند و نه دلیلی ذکر کرده‌اند. شهرت و ادعای اتفاق در این زمینه پس از عصر شیخ طوسی پدید آمده است.

بررسی ادله شرطیت لفظ و نیز ادله عدم شرطیت لفظ در بیع و عقود بیانگر این است که نه در مفهوم بیع و عقد و نه در تحقق آنها هیچ لفظی شرط نیست تا چه رسد به لفظ خاص که برخی گفته‌اند؛ بنابراین با هر وسیله‌ای که انشای بیع و قرارداد انجام شود، خصوصاً به وسیله داده‌هایی در قراردادهای الکترونیکی که دلالت روشنی بر قصد و عقد بیع دارند، در صورت دارا بودن دیگر شرایط صحت عقد از جمله قصد انشای عقد، انعقاد بیع و قرارداد اجتناب‌ناپذیر است.



با توجه به نتیجه بالا به راحتی حکم قرار دادهای الکترونیکی از جهت شرط لفظ معلوم می شود و صحت و لزوم آنها از این جهت قابل تردید نیست. حکم مذکور اختصاصی به بیع یا عقود معین ندارد، بلکه هر عقد عقلایی از نوع عقود نامعین نیز همین حکم را دارند و دلیل آن صدق واژه عقد بر عقود غیرلفظی است و در نتیجه مشمول «اوفوا بالعقود» می شوند.

از نگاه حقوقی نیز مواد قانونی بسیاری از کشورهای اسلامی خصوصاً قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به کارگیری لفظ را در صحت عقود شرط نکرده است و در ماده ۱۹۱ قانون مدنی با وجود اینکه همراهی قصد با چیزی که دلالت بر آن کند، شرط شده است، اما لفظ خاص یا تلفظ را شرط نکرده است. بر این اساس پیشنهاد می شود ماده ۱۳۹ و ۱۴۰ ق م اصلاح شود و عنوان شود انشای بیع با هر چه که دلالت بر انشای بیع داشته باشد، منعقد می شود، اعم از لفظ و غیرلفظ.



فهرست منابع

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). كشف الرموز فی شرح مختصر النافع (ج ۲، چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲. اصفهانی، سیدابوالحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی) (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۴). قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). زبدة البیان فی أحكام القرآن (تحقیق و تصحیح: محمدباقر بهبودی، چاپ اول). تهران: المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵. انصاری، شیخ مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب (ج ۶، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. بجنوردی، حسن. (۱۳۸۰). منتهی الأصول. (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، مؤسسه چاپ و نشر عروج.
۷. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۸. حائری طباطبایی (سید محمد مجاهد کربلایی). (بی تا). كتاب المناهل (ج ۱). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة) (۲۳ جلدی). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع (ج ۱). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۱. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین. (۱۴۰۳ق). الكافي فی الفقه (ج ۱، چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۱۲. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۳، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۳. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.





۱۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (۱۵ج، چاپ اول). مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۱۵. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام (۳ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (۹ج، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (۱۴ج). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشریعة علی مذهب الإمامیة (۶ج، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۹. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (۴ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیة (۲ج، چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۲۱. حلّی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیة.
۲۲. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام (۱۲ج، چاپ اول). بیروت: دار الفکر المعاصر.
۲۳. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۱۵ق). کتاب البیع، الطبعة الخامسة (ج ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۴. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۳ق). تهذیب الأصول (چاپ اول). قم: اسماعیلیان.
۲۵. امام خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). تحریر الوسیلة (۲ج، چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۲۶. خوبی، سیدابوالقاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب) (۷ج). بی جا، بی نا.
۲۷. دیلمی، سلاّر، حمزة بن عبد العزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة و الأحكام النبویة (۱ج، چاپ اول). قم: منشورات الحرمین.
۲۸. رشتی، میرزا حبیب الله گیلانی، نجفی. (۱۳۱۱ق). کتاب الإجارة (۱ج، چاپ اول). بی جا، بی نا.

۲۹. سیزواری، سید عبد الأعلى. (بی تا). جامع الأحكام الشرعية (ج، چاپ نهم). قم: مؤسسه المنار.
۳۰. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۷ق). المسائل الناصريات (ج). تهران: رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامية.
۳۱. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف المرتضی (ج، چاپ اول). قم: دار القرآن الکریم.
۳۲. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (ج، چاپ اول). بیروت: عالم الكتاب.
۳۳. صدوق قمی، شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۰۳ق). معانی الأخبار (ج). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. طاهری خرم آبادی، سیدحسن. (۱۴۱۸ق). کتاب البیع (تقریرات درس امام خمینی) (ج). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۵. طبرسی، امین الإسلام، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف (ج، چاپ اول). مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۳۶. طوسی، (شیخ) ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. طوسی، محمد بن علی بن حمزه. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (ج ۱). قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي نجفی علیه السلام.
۳۸. عاملی حسینی، سیدجواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة (ج، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۴۱. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (ج، چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
۴۲. فشارکی، سیدمحمد بن قاسم طباطبایی. (۱۴۱۳ق). الرسائل الفشاركية (ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.





۴۳. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع (۳ج، چاپ اول). انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته.
۴۴. فیومی، احمد بن محمد مقری. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (۱ج، چاپ اول). قم: منشورات دار الرضی.
۴۵. قمی، میرزا ابو القاسم بن محمد حسن گیلانی. (۱۴۲۷ق). رسائل المیرزا القمی (۲ج، چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی، شعبه خراسان.
۴۶. کرکی عاملی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (۱۳ج). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۷. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (۸ج، چاپ چهارم) تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۸. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (۱۴۱۳ق). هدایة العباد (۲ج، چاپ اول). قم: دار القرآن الکریم.
۴۹. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (۲ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. مصری (ابن منظور)، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (۱۵ج، چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
۵۱. مغربی، ابوحنیفه، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام (۲ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۲. مفید (شیخ)، بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعة (۱ج، چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمته.
۵۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (۴۳ج، چاپ هفتم) بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۴. نجفی، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - کتاب البیع (۱ج، چاپ اول) نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۵. نجفی، کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق). شرح خيارات اللمعة (۱ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۶. نجفی، کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر. (۱۴۲۴ق). منهل الغمام فی شرح شرائع الإسلام (۳ج، چاپ اول). نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.

۵۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة (۱۹ج، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۵۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام (۱ج، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۹. یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب (۲ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.



References

1. Abi Haty, F. (1417 AH). *Kashf al-Romuz fi Sharh. Mokhtasar al-Nafe'* (3rd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
2. Allamah al-Hilli. (1410 AH). *Irshad al-Azhan ila Ahkam al-Iman* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
3. Allamah al-Hilli. (1412 AH). *The end of the material in the research of religion* (1st ed.). Mashhad: Islamic Research Complex. [In Arabic].
4. Allamah al-Hilli. (1413 AH). *Mokhtalif al-Shia' fi Ahkam al-Sharia'* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
5. Allamah al-Hilli. (1413 AH). *Qawaid al-Ahkam fi Ma'rifa al-Halal wal-Haram* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
6. Allamah al-Hilli. (1414 AH). *Tadhkirat al-Fuqaha*. Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
7. Allamah al-Hilli. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Sharia' A'la Madhab al-Imamia* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
8. Amili Husseini, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Karama fi Sharh Qawaid al-Allama* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
9. Ansari, Sh. M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic].
10. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma al-faida wal-burhan fi sharh irshad al-adhan*. Qom, Islamic Publications Office. [In Arabic].
11. Ardabili, A. (n.d.). *Zobda al-Bayan fi Ahkam al-Quran* (M. B. Behboodi, Ed., 1st ed.). Tehran: al-Ja'fari Library for the Revival of al-Ja'fari Works. [In Arabic].
12. Ayatollah Khomeini. (1415 AH). *Kitab al-bay'* (5th ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publishing Foundation. [In Arabic].
13. Ayatollah Khomeini. (1423 AH). *Tahdhib al-Usul* (1st ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].



فقه

14. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *Tahrir al-Wasila* (1st ed.). Qom: Dar al-Elam Press Institute. [In Arabic].
15. al-Hurr al-Amili. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
16. al-Kulayni. (1407 AH). *Usul al-Kafi* (4th ed.) Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
17. al-Shahid al-Thani. (1413 AH). *Masalik al-Iffham* ila Tanqih Shari' al-Islam (1st ed.). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic].
18. al-Shaykh al-Mufid. (1413 AH). *Al-Muqna'a* (1st ed.). Qom: Sheikh Mofid (Ra) Millennium World Congress. [In Arabic].
19. al-Shaykh al-Saduq. (1403 AH). *Ma'ani al-Akhbar*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
20. Bahrani Aal-Asfour, Y. (1405 AH). *al-Hadaiq al-Nazira fi Ahkam al-Itrat al-Tahira* (1st ed.). Qom: Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic].
21. Bojnordi, H. (1380 AP). *The end of the principles*. (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
22. Daylami, S. H. (1404 AH). Alawite ceremonies and prophetic rules (1st ed.). Qom: Publications of the two shrines. [In Arabic].
23. Farahidi, Kh. (1410 AH). *Kitab al-'Ayn* (2nd ed.). Qom: Hijrat Publishing. [In Arabic].
24. Fayumi, A. (n.d.). *al-Misbah al-Munir in Gharib al-Sharh al-Kabir lil-Rafi'i*. Qom: Dar al-Razi Publications. [In Arabic].
25. Fayz Kashani, M. (n.d.). *Miftah al-Sharia'* (1st ed.). Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
26. Fisharaki, S. M. (1413 AH). al-Rasail al-Fisharakiyah (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
27. Golpayegani, S. M. (1413 AH). *Hedayat al-Ibad* (1st ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic].



28. Haeri Tabatabaei. (n.d.). *Kitab al-Manahel*. Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
29. Halabi, A. S. T. (1403 AH). *al-Kafi fi al-Fiqh* (1st ed., Vol. 1). Isfahan: Imam Amir al-Mo'menin (PBUH) Public Library. [In Arabic].
30. Halabi, H. (1417 AH). *The richness of development to the science of principles and branches* (Vol. 1). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
31. Hilli, M. (1410 AH). *al-Sarair al-Hawi li Tahrir al-Fatawi* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
32. Hilli, Y. (1405 AH). *al-Jami' lil-Sharai'* (1st ed., Vol. 1). Qom: Seyyed al-Shohada Scientific Foundation. [In Arabic].
33. Humairi, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum wa Dawaa Kalam al-Arab min al-Kulum* (1st ed.). Beirut: House of Contemporary Thought. [In Arabic].
34. Husseini Amili, S. M. (1419 AH). *Mifatah al-Karama fi Sharh Qawaid al-Allama*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
35. Ibn Manzur. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr for printing, publishing and distribution - Dar Sader. [In Arabic].
36. Isfahani, S. A. (1422 AH). *Wasila al-Nahajh* (with the notes of Imam Khomeini) (1st ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
37. Kashif al-Ghatta', A. (1422 AH). *Sharh Khiyarat al-Luma'* (1c, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
38. Kashifa al-Ghatta', A. (1424 AH). *Minhal al-Ghamam fi Sharh Shari' al-Islam* (1st ed.). Najaf Ashraf: Kashif Al-Ghatta Institute. [In Arabic].
39. Kashifa al-Ghatta', H. (1422 AH). *Anwar al-fiqaha - Kitab al-bay'* (1st ed.). Najaf: Kashif al-Ghatta' Institute. [In Arabic].
40. Khoei, S. A. M. (n.d.). *Misbah al-Fiqh*. n.p. [In Arabic].
41. Korki Amili (Mohaqqiq Thani), A. (1414 AH). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawaid*. Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].



42. Maghribi, N. (1385 AP). *Da'aim al-Islam* (2nd ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
43. Maraghi, S. M. A. (1417 AH). *The titles of jurisprudence* (1st ed.). Qom: Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic].
44. Muhaqqiq al-Hilli. (1408 AH). *Sharai' al-Islam fi Masail al-Halam wal-Haram* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
45. Muhaqqiq al-Hilli. (1418 AH). *al-Mukhtasar al-nafi` fi fiqh al-Imamiyah* (6th ed.). Qom: Religious Press Foundation. [In Arabic].
46. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam* (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
47. Naraqi, A. (1415 AH). *Documentary of Shiism in the rules of Sharia* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
48. Naraqi, A. (1417 AH). *Awaid al-Ayam fi Bayan Qawaid al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic].
49. Qommi, M. A. (1427 AH). *Rasail of Mirza Al-Qomi* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary, Khorasan Branch. [In Arabic].
50. Rashti, M. H. G, N. (1311 AP). *Kitab al-Ijarah* (1st ed.). n.p. [In Arabic].
51. Sabzwari, S. A. A. (n.d.). *Jami' al-Ahkam al-Sharia'* (9th ed.). Qom: al-Manar Institute. [In Arabic].
52. Sahib Ibn Ibad, I. (1414 AH). *al-Muhit fi al-Lugha* (1st ed.). Beirut: Book World. [In Arabic].
53. Sharif Murtaza, A. (1405 AH). *Rasa'il al-Sharif al-Murtada* (1st ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic].
54. Sharif Murtaza, A. (1417 AH). *al-Masail al-Naseriyat*. Tehran: Cultural Relations and Islamic Relations. [In Arabic].
55. Shaykh Tusi. (1407 AH). *al-Khalaf* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].



56. Tabarsi, F. (1410 AH). *Mu'talif min al-mukhtalif bayna a'immat al-salaf* (1st ed.). Mashhad: Islamic Research Complex.
57. Taheri Khorramabadi, S. H. (1418 AH). *Kitab al-bay'* (Imam Khomeini's lesson lectures). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
58. Tusi, M. (1408 AH). *al-Wasila ila Neil al-Fadila* (Vol. 1). Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
59. Yazdi Tabatabaei, S. M. K. (1421 AH). *Hashiya al-Makasib* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].



فصل



An Analysis of the Amount of Diya for the Incision of the Two Sides of Abdomen Divesting of the title "Ja'efatain" (two sides of abdomens) in the incision of the abdomen in criminal law

Taha Zargarian¹

Mahdi Chegeni²

Mohammad Hossein Siyadat³

Received: 12/11/2019

Accepted: 29/06/2020

Abstract

The term "Ja'efeh" (an injury that the instrument such as knife is inserted into inside the body and it is equal to one-third of diya) is used for one of the injuries in criminal jurisprudence. According to Article 711 of the same law, the Islamic Penal Code has defined and stated the rulings of Ja'efeh injury. The last part of the article is as follows: "If the instrument enters from one side and exits from the other, it will be considered as two ja'efeh injuries." As can be seen from the explicit text of the article, whenever the instrument enters the abdomen on one side and gets out of the abdomen from the other side, as if it enters the abdomen and exits the waist, then two diya of ja'efeh will be required. This view of the legislator is based on one of the three views in criminal jurisprudence. The other two views are as follows: Some believe that in the mentioned injury, the diya will be a ja'efeh along with an arsh (compensation for injury) and another group of jurists believes that the aforementioned injury is not ja'efeh but a special injury with a diya of 433 dinars and a third of a dinar. The present paper criticizes and examines the existing arguments based on a descriptive-analytical method and seeks to prove the view that the diya for the injury is 433 dinars and one third of the dinars.

Keywords

Ja'efeh, Diya, Injury, Islamic Penal Code.

1. Researcher at the Center for the Studies of Forensic Medicine. Qom, Iran (Author in charge). tahazargariyan93@gmail.com

2. Assistant Professor of Law, Ayatollah Boroujerdi University. Boroujerd, Iran. mahdi.chegeni@abru.ac.ir

3. Assistant Professor of Law, Ayatollah Boroujerdi University. Boroujerd, Iran. siadat@abru.ac.ir

واکاوی میزان دیه شکافته‌شدن دو طرف جوف (سلب عنوان جائفین از نافذه جوف در قوانین جزایی)

طه زرگریان^۱ مهدی چگنی^۲ محمدحسن سیادت^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۲۱

چکیده

عنوان «جائفه» برای یکی از جراحات موجود در فقه جزایی وضع شده است. قانونگذار مجازات اسلامی بر اساس ماده ۷۱۱ همان قانون به تعریف و بیان احکام جراحات جائفه پرداخته است. قسمت اخیر ماده مذکور از این قرار است: «... در صورتی که وسیله مزبور از یک طرف وارد و از طرف دیگر خارج گردد، دو جراحات جائفه محسوب می‌شود». همان‌طور که از نص صریح ماده برمی‌آید هرگاه آلت جارحه از یک طرف جوف داخل شود و از طرف دیگر جوف خارج شود مانند اینکه از ناحیه شکم داخل و از ناحیه کمر خارج شود در این هنگام، دو دیه جائفه لازم خواهد بود. این دیدگاه قانونگذار مبتنی بر یکی از سه دیدگاه موجود در فقه جزایی است. دو دیدگاه دیگر به این شرح است که برخی قائل هستند در جراحات مذکور، دیه یک جائفه همراه با ارش ثابت است و گروه دیگری از فقها بر این باور هستند که جراحات مورد نظر، جائفه نیست بلکه یک جراحات خاص است که دیه آن ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار است. مقاله حاضر بر اساس روش توصیفی تحلیلی به نقد و بررسی ادله موجود پرداخته و در صدد اثبات دیدگاهی است که دیه جراحات مورد نظر را ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار می‌داند.

کلیدواژه‌ها

جائفه، دیه، جراحات، قانون مجازات اسلامی.

۱. پژوهشگر مرکز مطالعات فقه پزشکی قانونی. قم، ایران (نویسنده مسئول) tahazargariyan93@gmail.com
۲. استادیار حقوق دانشگاه آیت الله بروجردی رحمته‌الله علیه. بروجرد، ایران. mahdi.chegeni@abru.ac.ir
۳. استادیار حقوق دانشگاه آیت الله بروجردی رحمته‌الله علیه. بروجرد، ایران. siadat@abru.ac.ir

■ زرگریان، طه؛ چگنی، مهدی؛ و سیادت محمدحسن. (۱۳۹۹). واکاوی میزان دیه شکافته‌شدن دو طرف جوف (سلب عنوان جائفین از نافذه جوف در قوانین جزایی). فصلنامه فقه، ۲۷ (۱۰۲)، صص ۶۴-۹۲.

Doi: 10.22081/jf.2020.56025.1941



ففا

بیان مسئله

جراحت جائفه از جمله جراحاتی است که در کتاب‌های فقهی بحث و بررسی شده است. قانونگذار مجازات اسلامی به تبع فقه جزایی برای جراحت جائفه قانون وضع کرده و در ماده ۷۱۱ ق.م.ا مقرر کرده است: «ماده ۷۱۱- جائفه جراحی است که با وارد کردن هر نوع وسیله و از هر جهت به درون بدن انسان اعم از شکم، سینه، پشت و پهلو ایجاد می‌شود و موجب یک سوم دیه کامل است. در صورتی که وسیله مزبور از یک طرف وارد و از طرف دیگر خارج گردد، دو جراحت جائفه محسوب می‌شود». ماده مذکور به سه موضوع مهم اشاره دارد. موضوع اول و دوم در مورد تعریف جائفه و میزان دیه آن است. موضوع سوم که اساس مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد، قسمت اخیر ماده مذکور است. قسمت اخیر ماده ۷۱۱ از این قرار است: «در صورتی که وسیله مزبور از یک طرف جوف وارد و از طرف دیگر جوف خارج شود، دو جراحت جائفه محسوب می‌شود». قانونگذار به صراحت تمام ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف را دو جائفه می‌داند. مانند آنکه گلوله‌ای از شکم وارد شود و از کمر خارج شود. بر اساس ماده ۷۱۱ ق.م.ا جراحات در مثال‌های مذکور دو جائفه محسوب می‌شود و بالتبع دو دیه جائفه لازم می‌شود. این در حالی است که گروهی از فقهای اسلامی و صاحب‌نظران حقوقی ورود و خروج ابزار جراحت جائفه را مقوم ایجاد دو جرح جائفه ندانسته و جانی را مشمول پرداخت دو دیه جائفه نمی‌دانند. با تتبع در منابع فقه فریقین معلوم می‌شود که درباره موضوع مورد بحث سه دیدگاه جدی وجود دارد. مقاله حاضر در صدد است با واکاوی آرای مختلف به دیدگاه درست برسد و میزان دقیق دیه را معلوم کند.

ضرورت تحقیق

تعیین دقیق میزان دیات در جنایات و جراحات می‌تواند علاوه بر حرکت در طریق شریعت، کمک شایانی به تحقق عدالت قضایی کند. پژوهش حاضر بر پایه مبانی فقهی در صدد تغییر تقدیر دیه شکافته‌شدن دو طرف جوف در قانون است که در فرض اثبات، تفاوت دو دیدگاه قابل توجه خواهد بود.





پیشینه تحقیق

به بحث جراحی جائفه در کتاب‌های فقهی از جمله جواهر الکلام اثر آیت‌الله محمدحسن نجفی پرداخته شده است؛ اما براساس تتبعات نگارندگان، اثری که در قالب مقاله معتبر علمی، موضوع میزان دیه شکافته شدن دو طرف جوف را در نقد و بررسی کند و به نتیجه کاربردی برسد، در میان آثار علمی یافت نشد.

۱. مفهوم‌شناسی

شناخت واژه جائفه در لغت و اصطلاح از ضروریات ابتدایی پژوهش حاضر است.

۱-۱. جائفه در لغت

واژه «الجائفة» از مشتقات کلمه «جوف» است و کلمه جوف برگرفته از سه حرف اصلی جیم، واو و فاء به معنای توخالی است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۹۵). بر اساس تحقیقات انجام شده می‌توان گفت: واژه «جوف» قابل اطلاق بر هر چیزی است که توخالی است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۹۵).

۱-۲. جائفه در اصطلاح فقه

فقه‌های اسلامی جائفه را در یک تعریف کلی جراحی می‌دانند که آلت جارحه به باطن بدن یا به همان جوف بدن نفوذ کند. هرچند فقه‌های اسلامی در جزئیات خاص این جراحی مانند محل جراحی، آلات موجد جراحی و کیفیت تحقق جراحی اختلاف نظرهای عمیقی دارند، در اینکه آلت جارحه لازم است به جوف بدن برسد، متفق‌اند و تحقق جراحی جائفه را منوط به آن می‌دانند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۴۱۱).

۱-۳. نافذه در اصلاح فقه

درباره ماهیت جراحی نافذه، دو دیدگاه کلی در میان فقه‌های امامیه موجود است. یکی

از دیدگاه این است که جراحی نافذ را به مطلق نفوذ آلت جارحه در عضوی از اعضای بدن، تعریف می‌کند و میزان خاصی از این نفوذ را تشریح نمی‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۵۹). دیدگاه دیگر آن است که نافذ را جراحی می‌داند که آلت جارحه با نفوذ در عضوی از اعضای بدن، موجب شکافته شدن دو طرف عضو شود؛ مانند آنکه آلت جارحه از یک طرف ساعد دست با شکافتن پوست و گوشت نفوذ پیدا کرده و منجر به شکافته شدن گوشت و پوست از سوی دیگر ساعد شود (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ص ۳۶۲؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۲۷). با تفحص در تحقیقات فقهی معلوم می‌شود دیدگاه دوم سازگاری بیشتری با موازین فقهی دارد، و صحیح‌تر آن است که گفته شود شرط تحقق جراحی نافذ، شکافته شدن هر دو طرف عضو مجروح است (ر.ک: زرگریان و وطنی، ۱۳۹۶، صص ۳۰-۳۱).

۶۷



فقه

واکاوی میزان دیه شکافته شدن دو طرف جوف

۲. ارزیابی میزان دیه در فرض شکافتن دو طرف جوف

سؤال اصلی پژوهش همان‌طور که اشاره شد کشف صحیح میزان دیه جراحی است که آلت جرح، دو طرف جوف را شکافته باشد؛ اما این مهم حاصل نمی‌شود، مگر آنکه ماهیت دقیق جراحی ایجاد شده معلوم شود.

۳. ماهیت‌شناسی شکافته شدن دو طرف جوف

بر اساس مطالعات صورت گرفته در منابع فقه اسلامی می‌توان سه دیدگاه متفاوت را در مورد ماهیت جراحی مورد بحث، به شرح ذیل مشاهده کرد:

۳-۱. دیدگاه اول دو جائفه بودن جراحی

گروهی از فقهای اسلامی بر این عقیده هستند که ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف، دو جائفه حاصل می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۲، ص ۲۳۲؛ الجوبینی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۶، ص ۳۳۸؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۴۷۵).



۲-۳. دیدگاه دوم یک جائفه بودن جراحت

هرگاه آلت جارحه از یک طرف بدن وارد جوف شود و از طرف دیگر بدن خارج شود مانند آنکه نیزه از شکم وارد شده و از کمر خارج شود، در این صورت تنها یک جراحت جائفه رخ داده که دیه آن ثلث دیه کامل است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۳۴۴). جراحت اضافه بر جائفه که در طرف دیگر بدن یعنی در کمر حاصل شده است، مشمول ارش خواهد بود (الجوینی، ۱۴۲۸، ج ۱۶، ص ۳۳۹).

۳-۳. دیدگاه سوم خاص بودن جراحت

هرگاه آلت جارحه از یک طرف جوف بدن نفوذ کند و از طرف دیگر جوف خارج شود، دیه آن به میزان ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار خواهد بود. تحقیقات صورت گرفته بیانگر آن است که نخستین فقیهی که قائل به این دیدگاه شد^۱ ابن حمزه طوسی است (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۴۵۰)؛ اما بعد از ایشان جدی ترین قائل به این دیدگاه را می توان محقق خوینی دانست (خوینی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۴۷۹). بعد از وی بعضی از شاگردان و شارحان کتاب ایشان به همین باور درآمدند (فیاض، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۷)، با دقت در این دیدگاه دریافت می شود که ورود و خروج آلت جارحه به جوف بدن یک جراحت خاص با یک دیه خاص در نظر گرفته شده است؛ براین اساس دیگر سخن از یک جائفه یا دو جائفه بی معنا است.

۴-۳. ادله و ارزیابی دیدگاهها

برای جلوگیری از تشویش مطالب بعد از بیان ادله هریک از دیدگاهها بلافاصله ذیل همان دیدگاه به ارزیابی آن ادله پرداخته می شود.

۱. گفتنی است جراحی که صاحب وسیله با واژه «نقب» از آن سخن می گوید، دقیقاً همان جراحت جائفه را مد نظر دارد؛ زیرا علاوه بر اینکه موضع این جراحت، جنبین است و جنبین دارای جوف است، میزان دیه «أربعمائه و ثلاثه و ثلاثون دینارا و ثلث دینار» در روایت ظریف که بعداً خواهد آمد، درباره جائفتین است. همچنین فقهای امامیه همین برداشت را از عبارت صاحب وسیله داشته اند (مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۶۶۰).

۳-۴-۱. ادله دیدگاه اول (دوجائفه بودن)

فقه‌های اسلامی برای دیدگاه دو جائفه به سه دلیل «روایات»، «عدم اعتبار کیفیت تحقق جائفه» و «اجماع» استناد کرده‌اند که تفصیل آنها از قرار ذیل است:

۳-۴-۲. روایات

قائلان دیدگاه اول به چهار روایت ذیل استناد جسته‌اند:

روایت اول، روایت دعائم الاسلام: در روایت مذکور میزان دیه آلت جارحه‌ای که از طرف دیگر جوف خارج شود، دو سوم دیه کامل تعیین شده است. این حاکی از آن است که ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف در روایت مذکور دو جائفه دانسته شده است (مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۳۷).

ارزیابی روایت دعائم الاسلام: هرچند روایت منقول از کتاب دعائم الاسلام تنها روایتی است که با این مضمون در فقه امامیه یافت می‌شود و بالتبع می‌توان به مثابه دلیل مستقل از آن استفاده کرد، اما بزرگان امامیه روایات دعائم الاسلام را به سبب نیامدن سند، مرسله می‌دانند و استناد مستقل به این روایات را صحیح نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۳۴۸).

روایت دوم، روایت منقول از ابوبکر: ابوبکر درباره مردی که تیر در بدن او نفوذ کرده بود، به دو ثلث دیه کامل حکم کرد. بسیاری از فقهای عامه که قائل به دوجائفه بودن روایت مورد بحث هستند، به روایت مذکور استناد می‌جویند (العینی، ۱۴۲۰، ج ۱۳، ص ۱۹۲). هرچند تا آنجا که از منطوق روایت مذکور برمی‌آید، برداشت دوجائفه بودن و اساساً ربط روایت به موضوع جائفه مشکل است، اما فقهای عامه روایت مذکور را این چنین تفسیر می‌کنند که هرگاه آلت جارحه از طرفی وارد آمد و از طرف دیگر خارج شد، دوجائفه محسوب می‌شود و دو دیه لازم می‌آید (العینی، ۱۴۲۰، ج ۱۳، ص ۱۹۲).

روایت سوم، روایت منقول از ابوبکر: ابوبکر در مورد مردی که آلت جارحه به دو طرف وی وارد آمده بود، بر اساس دوجائفه بودن به دو ثلث دیه کامل دیه حکم کرد





(الطبرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۱۲۵). روایت مذکور را منابع فقهی عامه به همین معنا نقل کرده‌اند (الزلیعی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۷۶).

روایت چهارم، روایت منقول از عمر: عمر در موردی که آلت جارحه به دو موضع نفوذ کند، به دو دیه جائفه حکم کرد. حکم به دو جائفه بودن در جراحت مذکور مانند این است که آلت جارحه دو بار زده می‌شد و حکم به دو جائفه می‌شود (ابن ضویان، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۵۳).

ارزیابی روایات دوم، سوم و چهارم: با بررسی منابع فقهی عامه معلوم می‌شود که صاحب نظران حدیثی اهل عامه روایت دوم و سوم را که منقول از «سعید بن مسیب» و «مکحول» هستند، مرسل می‌دانند (الزلیعی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۷۵). در مورد سعید بن مسیب آمده است وی اساساً ابوبکر را درک نکرده است که بخواهد از او روایتی نقل کند (الشافعی المصری، ۱۴۲۵ق، ج ۸، ص ۴۹۰. ن). نام عمر و بنشعب در سند روایت چهارم به چشم می‌خورد. فقهای عامه در عمل به روایت منقول از «عمر و بن شعب» اختلاف دارند و در مورد عمل به آن توقف کرده و بدان عمل نمی‌کنند (البانی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۳۳۱).

۳-۴-۳. تحقق جائفه با نفوذ آلت جارحه خواه از داخل یا خارج جوف

گروهی از فقهای عامه و امامیه بر این باور هستند که هرگاه آلت جارحه از یک طرف جوف وارد شده و از طرف دیگر جوف خارج شود، مانند اینکه از شکم وارد شده و از کمر خارج شود، در این فرض دو جائفه لازم می‌آید؛ زیرا در فرضی که هر کدام از این ضربات مستقل از هم وارد می‌آید و هر ضربه به جوف می‌رسید، قطعاً دو جائفه محسوب می‌شد. بر این اساس اگر آلت جارحه از یک طرف جوف وارد شده و از طرف دیگر جوف خارج شود، مانند این است که آلت جارحه دو بار مستقل از هم به جوف رسیده است (العینی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۳، ص ۱۹۲). خواه ضربه واحد باشد یا متعدد فرقی در تحقق جائفین ندارد؛ زیرا با ورود و خروج آلت جارحه از جوف بدن در واقع دو عضو مختلف بدن (مانند شکم و کمر) مورد هدف قرار گرفته است که هر دو منتهی به جراحت جائفه شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۵۲). فقهای که به دلیل مورد بحث

استناد می‌جویند، توجهی به چگونگی رسیدن نوع آلت جارحه به جوف بدن ندارند؛ یعنی خواه آلت جارحه از خارج بدن به جوف بدن برسد یا اینکه آلت جارحه از داخل جوف بدن به خارج نفوذ کند. در هر دو فرض جائفه تحقق یافته است و صدق لغت جائفه بر هر دو صورت صحیح است (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۵، ص ۲۳۲). آنچه نزد این فقیهان در تحقق جراحت جائفه معتبر است، مطلق رسیدن آلت جارحه به جوف بدن است (ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۲۳۵). فقهای عامه بر این باورند که هرگاه آلت جارحه به جوف بدن برسد، جراحت جائفه رخ داده است، حال به هر طریقی که می‌خواهد برسد؛ زیرا صورت فعل مهم نیست، بلکه حصول معنای جائفه مهم است که با ورود آلت جارحه به جوف، این معنا حاصل می‌شود (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۴۷۶). یکی دیگر از دلایلی که فقهای عامه را به کیفیت نفوذ آلت جارحه به جوف بی‌اهمیت می‌کند، توجه نکردن به چگونگی رسیدن آلت جارحه به جوف بدن در روایات منقول از ابوبکر و عمر است (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۴۷۶).

ارزیابی این دلیل: آنچه نزد فقیهان گفته شده در تحقق جراحت جائفه معتبر است، مطلق رسیدن آلت جارحه به جوف بدن است؛ اما گروهی از فقهای اسلامی برخلاف دیدگاه مذکور بر این باورند که چگونگی نفوذ آلت جارحه به محل جوف معتبر است. از نظر این فقیهان لازم است آلت جارحه از خارج جوف به باطن جوف نفوذ کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۲۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۶۴). به سخن دیگر لازم است آلت جارحه از ظاهر به باطن برسد (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۴۷۵). بعضی از فقهای اهل سنت اعتبار کیفیت تحقق جراحت جائفه را دیدگاه برتر در مذهب اهل سنت می‌دانند (عوده، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۳). تحقیقات صورت گرفته حاکی از آن است که دلایل فقهای گروه اول مبنی بر عدم اعتبار کیفیت نفوذ آلت جارحه به جوف قابلیت دفاع ندارد؛ زیرا روایات جائفه سخن از رسیدن و نفوذ به جوف می‌کند نه سخن از برون و خروج جوف. دقت در عین عبارات بعضی از فقهای امامیه و عامه حاکی از آن است که تحقق جائفه منوط به نفوذ آلت جارحه از خارج به داخل جوف است. در عبارات فقها آمده است: «الجائفة هی الجراحة التي تخرق الى الجوف» یا «الجائفة كلما خرق إلى الجوف» (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲،





ص ۴۷۴؛ سبحانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۴۷۲. سیاق معنایی که با الفاظ خرق کردن و رسیدن به جوف آمده است، بیانگر شکافتن از خارج جوف به داخل جوف است. براساس مطالب مذکور اگر آلت جارحه از بیرون جوف به درون جوف نفوذ کند، یک جراحت جائفه تحقق یافته است؛ اما اگر همین آلت جارحه که درون جوف است با فشار دیگری به خارج جوف نفوذ کند، جراحت جائفه محقق نشده است؛ زیرا ما کیفیت را معتبر دانستیم.

۳-۴-۱. اجماع: دلیل دیگری که از جمله مستندات فقهای عامه شمرده می‌شود، اجماع است. گروهی از فقهای عامه بر دو جائفه بودن جراحت مورد بحث به دلیل اجماع استناد جسته‌اند (الجزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۳۱۸).

ارزیابی دلیل اجماع: دلیل اجماع از سوی فقهای عامه مطرح شده است؛ اما این اجماع مورد تأیید نیست. اگر از مباحث شرطیت کاشفیت از قول معصوم علیه السلام که از مبانی اصول امامیه است بگذریم، موضوع آن است که اساساً فقهای عامه چنین اتفاق نظری ندارند. گروهی از فقهای عامه به صراحت بر این باورند که اگر آلت جارحه از یک طرف جوف نفوذ کند و از طرف دیگر جوف خارج شود، دو جائفه محسوب نمی‌شود (الجوبنی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۶، ص ۳۳۹ و ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۴۷۵).

براساس مطالب گفته شده هیچ‌یک از ادله دو جائفه دانستن جراحت مورد بحث قابل دفاع نیست و به نظر می‌آید این دیدگاه قابلیت استناد ندارد.

۳-۴-۴. ادله دیدگاه دوم (یک جائفه بودن)

فقهایی که قائل به دیدگاه دوم‌اند، برای اثبات دیدگاه خود به سه دلیل ذیل استناد می‌جویند:

۳-۴-۱. شرطیت تحقق جائفه به نفوذ آلت جارحه از خارج به داخل جوف

گروهی از فقهای اسلامی بر این باورند که چگونگی به وجود آمدن جراحت جائفه معتبر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۶۴). براساس نظر این گروه از فقها لازم است آلت

جارحه از خارج به جوف بدن نفوذ کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۲۵). به سخن دیگر لازم است آلت جارحه از ظاهر به باطن برسد (عوده، بی تا، ج ۲، ص ۲۸۳). بر این اساس اگر آلت جارحه از داخل جوف به خارج جوف راه یابد، جائفه محقق نشده است. مطابق با مطالب مذکور وقتی آلت جارحه از شکم به پشت کمر راه یافته است، نفوذ آلت جارحه تا درون شکم جائفه است و نفوذ بیشتر تا خروج از کمر عنوان جرحی دیگری دارد؛ زیرا در این فرض آلت جارحه از داخل جوف به خارج جوف راه یافته است.

۳-۴-۲. اتحاد جنایت در نظر عرف

گروهی از فقهای اسلامی به دلیل «عرف» استناد می‌جویند. این گروه از فقیهان بر این باورند که هرگاه آلت جارحه از طرفی وارد جوف بدن شود و از طرف دیگر خارج شود، در بیان عرف یک جراحت محسوب می‌شود؛ به این بیان که عرف می‌گوید: جراحت جائفه برای مجنی‌علیه اتفاق افتاد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۴۶۶).

۳-۴-۳. اصل برائت

اصل بر این است که بر عهده جانی آن چیزی مستقر است که متیقن است و آن یک جراحت جائفه است. جراحت جائفه نیازمند دلیل است که در مسئله مورد بحث، در مورد ادله ثبوت جائفه دوم شک وجود دارد. بر این اساس جانی نسبت به جائفه دوم بری الذمه است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۴۶۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۴۶۶).

۳-۴-۴. احترام اموال مردم

شهید ثانی بر این باور است که جراحت مورد بحث یک جائفه است؛ زیرا نسبت به مسبب جائفه دوم شک وجود دارد و با شک نمی‌توان حکم به تسلط فردی بر اموال فرد دیگری داد (جعی‌العالمی، همان)، زیرا مجنی‌علیه با جائفه دوم به میزان ثلث دیه کامل بر اموال جانی مسلط می‌شود.

از آنجاکه نگارندگان با همه ادله بالا موافق هستند و از آنجاکه سعی شد ادله بالا به‌طور مفصل و تحلیلی ارائه شود، توضیحی زائد بر مطالب گفته شده ضرورت ندارد.





هر چند نگارندگان، دلایل دیدگاه دوم را قابل قبول می‌دانند، لکن این بدان معنی نیست که دیدگاه ارجح نزد نگارندگان همین است. بعد از بررسی دیدگاه سوم به معرفی دیدگاه ارجح اقدام خواهد شد.

۳-۴-۵. ادله دیدگاه سوم (جراحت خاص)

بر اساس تحقیقات صورت گرفته می‌توان گفت تنها دلیل قائلان به این دیدگاه روایت است. قائلان به دیدگاه مورد بحث به بخشی از روایت طولانی معروف به روایت ظریف استناد می‌کنند.

۳-۴-۱-۵. روایت ظریف

معتبره ظریف از امیرالمؤمنین علیه السلام: در جراحت جائفه یک سوم دیه نفس به میزان ۳۳۳ و سه و یک سوم دینار است و اگر از هر دو طرف با تیر یا نیزه‌ای که در پوست زیرین یا پوست شکم قرار گیرد، سوراخ کند دیه‌اش ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۰۴؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۸ و حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۳۰۵؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۸).

ارزیابی روایت ظریف: دیدگاه سوم از این قرار بود که ورود و خروج آلت جارحه را از دو طرف جوف یک جراحت خاص معرفی می‌کرد و برای آن دیه‌ای خاص به میزان ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار تعیین شد. قائلان به این دیدگاه تنها یک دلیل ارائه کردند و آن استناد به روایتی معروف به روایت ظریف بود. اکنون منطقی‌ترین روش جهت ارزیابی دیدگاه مورد نظر، بررسی روایت معروف به ظریف است؛ اما دقت در بررسی روایت در گرو ارزیابی روایت از حیث سندی و از حیث دلالت است. ظریف بن ناصح امام محمد باقر علیه السلام و امام جعفر صادق علیه السلام را درک کرده و از امام صادق علیه السلام روایات زیادی نقل کرده است. او در بغداد نشو و نما یافته است (ابن داود، ۱۳۸۳ق، ج ۱، ص ۱۱۳). نجاشی در رجال خود از وی کتب دیات، حدود، نوادر و الجامع فی سائر أبواب الحلال و الحرام را نقل می‌کند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۰۹). رجالیان امامیه او را بر مذهب

امامیه و در زمره راستگویان و از ثقات دانسته‌اند (حلی، ۱۳۸۱، ص ۹۱). روایت مورد بحث در چهار منبع روایی مهم امامیه اعم از الکافی (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۳۸)، وسائل الشیعه (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۳۰۵)، تهذیب الاحکام (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۳۰۴) و من لایحضره الفقیه (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۸۸) نقل شده است. هر چند روایت ظریف در چهار منبع روایی مذکور با ادبیات واحد نقل نشده است و حتی در مواردی میزان دیات برخی جراحات در هر چهار منبع روایی یکسان نیست، اما تحقیقات صورت گرفته حاکی از آن است که روایت مذکور در این چهار منبع دارای طرق صحیحه است.

اما نخستین گام برای بررسی دلالت روایت مورد نظر، شناخت روایات مورد بحث در هر چهار منبع مهم تهذیب الاحکام، من لایحضره الفقیه، الکافی و وسائل الشیعه است.

۷۵



ف

واکاوی میزان دبه شکافته شدن دو طرف جوف

- (الف) روایت ظریف در کتاب الکافی: «وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ فَإِنْ نَفَذْتَ مِنَ الْجَائِبِينَ كَلِيهَمَا رَمِيَةً أَوْ طَعْنَةً فَدِيَتُهَا أَرْبَعُمِائَةٍ دِينَارٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا - وَ ثُلُثُ دِينَارٍ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۳۸).
- (ب) روایت ظریف در کتاب تهذیب الأحکام: «وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ فَإِنْ نَقِبَ مِنَ الْجَائِبِينَ كَلِيهَمَا بِرَمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ وَ قَعَتْ فِي الصَّفَاقِ فَدِيَتُهَا أَرْبَعُمِائَةٍ دِينَارٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا أَوْ ثُلُثُ دِينَارٍ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۳۰۴).
- (ج) روایت ظریف در کتاب وسائل الشیعه: «وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ - ثَلَاثُ مِائَةٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ - وَإِنْ نَفَذْتَ مِنَ الْجَائِبِينَ كَلِيهَمَا رَمِيَةً أَوْ طَعْنَةً - فَدِيَتُهَا أَرْبَعُمِائَةٍ دِينَارٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۳۰۵).
- (د) روایت ظریف در کتاب من لایحضره الفقیه: «وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ ثَلَاثُ مِائَةٍ دِينَارٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ وَإِنْ نَقِبَ مِنَ الْجَائِبِينَ كَلِيهَمَا بِرَمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ وَ قَعَتْ فِي السُّفَاقِ فَدِيَتُهَا أَرْبَعُمِائَةٍ دِينَارٍ وَ ثَلَاثَةٌ وَ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَ ثُلُثُ دِينَارٍ» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۸۸).



روایت ظریف را در هر چهار منبع بالا می‌توان به سه بخش ذیل تقسیم کرد و ارزیابی‌های دقیق را درباره بخش مورد نظر صورت داد.

۱. میزان دیه جائفه: در هر چهار منبع روایی به جراحت جائفه اشاره شده است و بدون هیچ تفاوتی در الفاظ و معنا دیه آن جراحت به میزان یک سوم دیه نفس تعیین شده است.

۲. میزان دیه جراحی که آلت جارحه از دو طرف جوف ورود و خروج کرده است: هر چهار منبع روایی در پایان بخش روایی مورد نظر، به میزان دیه جراحی که آلت جارحه از دو طرف جوف ورود و خروج کرده است، اشاره کرده و به طور مشترک دیه آن را ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار تعیین کرده‌اند.

۳. کیفیت ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف بدن: سومین بخش مشترک روایت در چهار منبع مورد نظر، بخشی از روایت است که کیفیت ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف را توضیح داده است. این قسمت از روایت است که باید درباره آن بحث و بررسی دقیق انجام داد تا معلوم شود آیا این بخش از عبارت می‌تواند دلالت بر ورود و خروج آلت جارحه از دو طرف جوف کند تا دیه آن به میزان ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار وضع شود یا خیر.

۴. ارزیابی کیفیت شکافتن دو طرف جوف بر اساس روایت ظریف

بخش مورد نظر در روایت ظریف در هر چهار منبع روایی با الفاظ مشترک نقل نشده است، بلکه برخی الفاظ در برخی منابع با منابع دیگر متفاوت‌اند؛ از این رو قسمت مورد نظر روایت از هر چهار منبع روایی استخراج و برای بحث و بررسی به شرح ذیل تحریر می‌شود.

بخش مورد نظر روایت در کتاب الکافی: فَإِنْ نَقَدَتْ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كِلَيْهِمَا رَمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.

بخش مورد نظر روایت در کتاب وسائل الشیعه: وَإِنْ نَقَدَتْ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كِلَيْهِمَا رَمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.

بخش مورد نظر روایت در کتاب تهذیب الاحکام: فَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بَرْمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ وَقَعَتْ فِي الصَّفَاقِ.

بخش مورد نظر روایت در کتاب من لایحضره الفقیه: وَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بَرْمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ وَقَعَتْ فِي الشُّفَاقِ. برای بررسی دقیق تفاوت‌ها و شباهت‌های عبارات بالا، عبارت مورد نظر را به سه بخش تقسیم می‌کنیم و به ارزیابی آنها می‌پردازیم.

بخش سوم: وَقَعَتْ فِي الصَّفَاقِ يَا وَقَعَتْ فِي الشُّفَاقِ	بخش دوم: مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بَرْمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ	بخش اول: وَإِنْ نَفَذَتْ يَا وَ إِنْ نُقِبَ
--	---	---

۴-۱. ارزیابی بخش اول روایت ظریف (وَ إِنْ نَفَذَتْ يَا وَ إِنْ نُقِبَ)

آغاز بخش اول روایت از حرف «فَإِنْ» تا واژه «طَعْنَةٌ» است. شایسته است بخش مورد نظر برای دقیق‌تر دیده شدن تشابه‌ها و تفاوت‌های چهار منبع روایی به جدول ذیل درآیند.

تهذیب الاحکام: فَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بَرْمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.	الکافی: فَإِنْ نَفَذَتْ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا رَمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.
من لایحضره الفقیه: وَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بَرْمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.	وسائل الشیعه: وَإِنْ نَفَذَتْ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا رَمِيَةٌ أَوْ طَعْنَةٌ.

همان‌طور که در جدول بالا قابل مشاهده است، تنها واژه متفاوت در بخش اول روایت واژه بعد از حرف «فَإِنْ» است. بعد از حرف «فَإِنْ» در دو منبع روایی الکافی و وسائل الشیعه واژه «نَفَذَتْ» آمده است؛ در حالی که بعد از حرف «فَإِنْ» در دو منبع روایی تهذیب الاحکام و من لایحضره الفقیه واژه «نُقِبَ» آمده است.

اکنون نخستین سؤال پیش‌رو آن است که تفاوت دو واژه «نَفَذَتْ» و «نُقِبَ» چیست. بعد از کشف پاسخ می‌توان مقصود بخش اول روایت را دریافت.





۴-۱-۱. مفهوم‌شناسی واژه «نَفَذْتُ»

نافذ از مشتقات ماده نَفَذَ (الشیءُ)، نَفَذًا، يَنْفُذُ، تُفْذَأُ، تُفْذَأُ، نَفَاذًا - با مصادر مختلف و اضافه شدن به مفاهیم متفاوت، حاکی از معانی نزدیک به هم است. نَفَذَ در اضافه شدن به فیه و مِنْه به معنای «در آن داخل و از طرف دیگر آن خارج شد» است (انیس، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰۴). معنای مذکور در اضافه شدن لغت نَفَذَ به مِنْه در قرآن کریم قابل مشاهده است (طریحی، ۱۴۲۶ق، ج ۳: ص ۱۹۱): «يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ إِنِ اسْتَعْظَمْتُمْ أَنْتَفِقُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ: ای گروه جنیان و انسیان اگر می‌توانید از کرانه‌های آسمان‌ها و زمین به بیرون رخنه کنید؛ پس رخنه کنید (ولی) جز با (به دست آوردن) تسلطی رخنه نمی‌کنید» (الرحمن: ۳۳). همچنین در اضافه شدن لغت نَفَذَ به عَنْه، معنای «از آن گذشت و رد شد» ذکر شده است (انیس، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰۴). نَفَذَ در اضافه شدن به الْقَوْمَ حاکی از معنای «از آن قوم گذر کرد و آنان را پشت سر خود بر جای گذاشت» است (انیس، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰۴). «نَفَذَ السَّهْمَ الرَّمِيَّةَ» به معنای «خالط جوفها ثم خرج طرفه من الشق الآخر؛ ورود و خروج تیر و گذر تیر از آن است» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۵۱۴ و واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۴۰۴). در معنای اضافه شدن دو لغت «النافذة» و «طعنة» به یکدیگر آمده است: «نیزه که دو عضو را به هم بدوزد و در اندام‌ها نفوذ کند یا از یک سو برود و از سوی دیگر به در آید». همچنین در معنای لغت «النافذة» به «روزنه و پنجره» اشاره شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۵۱۵).

۴-۱-۲. مفهوم‌شناسی واژه «نَقَبَ»

الناقبة از ماده نَقَبَ (نَقَبَهُ، يَنْقُبُهُ، نَقْبًا) است. هرچند واژه «نَقَبَ» در معانی‌ای همانند «به سفر پرداختن» یا «کاوش کردن» به کار رفته است، لکن سوراخ کردن، معنی مشهور و پرکاربرد واژه «النَّقْبُ» است (واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۴۳). واژه نَقَبَ به معنای سوراخ کردن از عباراتی است که در مصادیق مختلف به کار رفته است؛ مانند آنجا که گفته می‌شود: «ناقبه دملی چرکین است که در پهلوئ انسان سر باز می‌کند و سر آن داخل بدن است» همچنین گفته می‌شود: سوراخ کردن پوست یا دیوار یا مانند اینها (انیس، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱۳).

اهل لغت در معنای «المشكاة» می نویسند: «هی الکوة» (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۳۵۱۹) و در معنای «الکوة» می نگارند: «الکوة: نُقباً لبيت؛ سوراخی در دیوار» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۴۷۸) یا «سوراخی که نفوذکننده نیست» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۶۹) یا گفته شده است: «الکوة: سوراخ غیر نفوذکننده‌ای است که محل قرار گرفتن چراغ است» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۵۸). از تلاش لغویان در ذکر معنای «الکوة» به خوبی واضح می شود که لغت «نقب» چیزی غیر از لغت «نفذ» است و به تبع آن لغت «ناقبه» بیانگر معنایی مستقل از لغت «نافذه» است. مطابق با معانی مذکور می توان گفت معنای مشهور و پرکاربرد «نقب» و «ناقبه» همان سوراخ غیر نافذ است؛ سوراخی که از یک طرف وارد می شود، اما از طرف دیگر خارج نمی شود.

براساس مطالبی که گذشت معلوم می شود معنای مشترک واژه «نفذ» و «نقب» سوراخ کردن است؛ البته نباید فراموش کرد که دو واژه مورد نظر تفاوت‌های ظریفی دارند که هرگاه شارع از آن دو واژه اراده معنای اصطلاحی کند، قطعاً عنایت به همان تفاوت‌های ظریف داشته است؛ اما مواردی هست که شارع از یک واژه اراده لغوی می کند؛ هر چند آن واژه در یک معنای خاص مصطلح شده باشد. در هر صورت نقطه اشتراک دو واژه «نفذ» و «نقب» از حیث لغوی معنای «سوراخ کردن» است.

۴-۲. ارزیابی بخش دوم روایت ظریف (مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيهِمَا بِرْمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ)

درباره مفهوم این عبارت دو فرضیه ذیل متصور است:

فرضیه اول: مفهوم عبارت آن است که تیر یا شمشیر از یک طرف پهلو وارد شده است و از طرف دیگر پهلو خارج شده است: «مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيهِمَا بِرْمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ».

فرضیه دوم: مفهوم عبارت آن است که جانی با آلت تیر یا شمشیری که در دو دست خود دارد، به هر پهلو یک ضربه وارد کند؛ مانند آنکه نخست با دست راست، شمشیر را به پهلو راست وارد کند و بعد از آن یا به طور هم‌زمان با دست چپ، شمشیر دیگری را وارد پهلو چپ کند: «مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيهِمَا بِرْمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ».

هر چند اگر عبارت «مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيهِمَا بِرْمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ» فارق از قرائن ذیل و مباحث





فقها در نظر گرفته شود، قابلیت آن را دارد که هر دو معنای فوق را پوشش دهد، اما قرائن ذیل مانع از پذیرش مفهوم دوم می‌شود.

به تحقیق می‌توان گفت که هیچ‌یک از فقهای که در این باره به بحث و بررسی پرداخته‌اند، معنا و مفهوم دوم را مورد توجه قرار نداده‌اند. همه فقهای که به این بخش از عبارت روایی ظریف توجه کرده‌اند، آن را ذیل بحث یک جائفه یا دو جائفه طرح کرده‌اند و عبارت مورد نظر را این‌گونه معنا کرده‌اند که «اگر آلت جارحه از یک طرف جوف وارد شود و از طرف دیگر جوف خارج شود» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۴۶ و حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۹۴).

اگر گفته شود مفهوم عبارت مورد بحث آن است که شمشیر یک بار از پهلوئی راست وارد شود و یک بار از پهلوئی چپ وارد شود، در این فرض دیه این جراحت واضح است که دیه هر جراحت یک‌سوم دیه کامل است؛ زیرا هر ضربه شمشیر به پهلو موجب شده است که شمشیر از ظاهر جوف به باطن جوف نفوذ کند و هر کدام یک جائفه ایجاد کند، بر این اساس چرا در روایت میزان دیه این جراحت ۴۳۳ دینار تعیین شده است؟ از دو حالت خارج نیست: یا گفته شود که عدد ۴۳۳ دینار در روایت اشتباه املائی است و باید به قاعده دو جائفه می‌آمده است یا گفته شود که عدد ۴۳۳ دینار صحیح است و باید مفهوم دقیق عبارت روایی را یافت که چه جراحتی مورد نظر روایت است. فرض اشتباه املائی در این باره متصور نیست؛ زیرا اولاً دیه جراحت مورد نظر روایت در هر چهار منبع روایی به میزان ۴۳۳ دینار نقل شده است؛ ثانیاً معمولاً اشتباه املائی در جاهایی است که قرائن قوی بر مفهوم دوم وجود داشته باشد و همچنین شباهت‌های املائی در حروف میان دو مفهوم موجود باشد؛ در حالی که هیچ قرینه یا شباهتی در بحث حاضر موجود نیست.

بر اساس مطالب بالا می‌توان گفت مقصود بخش دوم روایت مورد نظر آن است که آلت جارحه از یک سوی جوف وارد شده است و از سوی دیگر جوف خارج شده است: «مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلَيْهِمَا بِرْمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ».

۳-۴. ارزیابی بخش سوم روایت ظریف (وَقَعَتْ فِي الصَّفَاقِ يَا وَقَعَتْ فِي الشُّقَاقِ)

آغاز بخش دوم روایت از واژه «طَعْنَةٌ» تا انتهای روایت است؛ لکن روایت مورد نظر در دو منبع روایی الکافی و وسائل الشیعه تا انتهای همان بخش اول است که بحث آن گذشت و ادامه ندارد؛ اما روایت مورد نظر در دو منبع تهذیب الاحکام و من لایحضره الفقیه ادامه‌ای دارد که جهت مقایسه و بررسی آنها در جدول ذیل تقسیم می‌شوند.

من لایحضره الفقیه: وَ إِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيَهُمَا بِرَمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ وَقَعَتْ فِي الشُّقَاقِ.	تهذیب الاحکام: فَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَلِيَهُمَا بِرَمِيَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ وَقَعَتْ فِي الصَّفَاقِ.
---	--

همان‌طور که در جدول بالا قابل مشاهده است تنها واژه متفاوت در بخش دوم روایت میان منابع روایی تهذیب الاحکام و من لایحضره الفقیه آخرین واژه روایت است. در منبع روایی تهذیب الاحکام آخرین واژه روایی کلمه «الصَّفَاقِ» است؛ در حالی که بخش روایی مورد نظر در منبع من لایحضره الفقیه با واژه «الشُّقَاقِ» به پایان رسیده است.

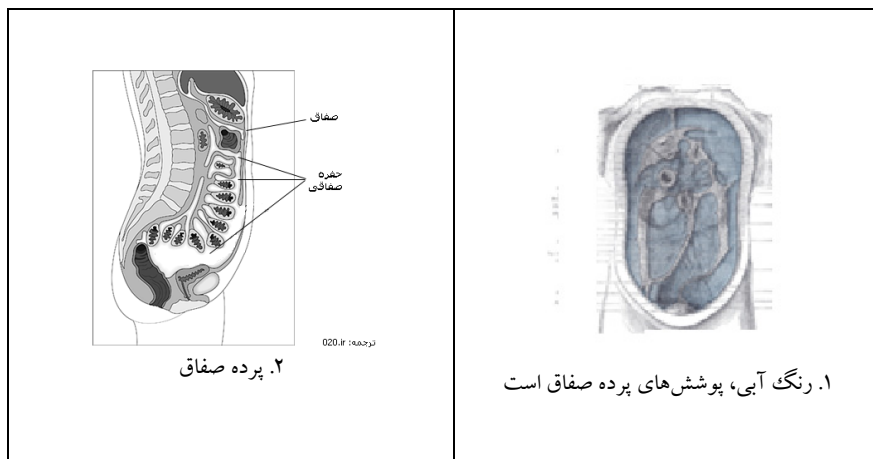
اکنون سؤال پیش‌رو آن است که تفاوت دو واژه «الصَّفَاقِ» و «الشُّقَاقِ» چیست. بعد از کشف پاسخ می‌توان مقصود بخش دوم روایت را دریافت و از این طریق مقصود شارع را از کل روایت دریافت کرد.

۳-۴-۱. مفهوم‌شناسی واژه «الصَّفَاقِ»

واژه «الصَّفَاقِ» اسم است و جمع آن «صَفَقِ» است. واژه «صَفَاقِ» در منابع لغوی به پوست زیر پوست اصلی یا همان پوست دور امعاء و احشاء ترجمه شده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۲۰۲). در کتاب القاموس الطبی العربی در ترجمه «الصَّفَاقِ» آمده است: صَفَاقِ پرده‌ای غضروفی شکل است که تمام حفره‌های شکمی را مسدود کرده و منطقه شکمی را پوشش می‌دهد (البلدی، ۱۴۲۵ق، ص ۶۷۳). با جستجو در کتاب‌های آناتومی بالینی معلوم می‌شود که پرده صَفَاقِ همان پرده پریتونئوم (Peritoneum) است. در کتاب‌های پزشکی آمده است صَفَاقِ یک غشای سروزی نازک است که جداره‌های حفره‌های شکم و



لگن را آستر می‌کند و احشای آنها را می‌پوشاند. صفاق را می‌توان به شکل بادکنک تصور کرد که ارگان‌ها از بیرون بر روی آن فشرده شده‌اند (اسنل، ۱۳۹۵، ص ۲۱۴).



۲-۳-۴. مفهوم‌شناسی واژه «الشَّقَاق»

درباره مفهوم واژه «الشَّقَاق» در میان صاحب‌نظران فقه امامیه اختلاف است. بعضی از فقها بر این باورند که اساساً این واژه در این عبارت روایی نامتناسب است و معنایی که همسو با مفاد روایت باشد در آن وجود ندارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۸۱). این گروه از فقها اضافه می‌کنند شاید منظور از واژه «الشَّقَاق» در متن روایی مورد نظر اصابت تیر یا نیزه به فرد در حال جنگ و نزاع باشد که البته این هم نسبت به حکم مورد نظر - میزان دیه - خصوصیتی ندارد؛ یعنی فرقی ندارد که نیزه در حال نزاع و جنگ به فرد بخورد یا در غیر جنگ و نزاع مگر اینکه این تقیید حمل بر اغلب شود (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۶۶۱). با تتبع در منابع لغوی می‌توان معانی متعددی را برای واژگان «الشَّق» و «الشَّقَاق» یافت. «الشَّق» در کتاب‌های لغت به بخشی از یک چیز یا پهلو و کنار آن چیز ترجمه شده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۵۰۲) و برای واژه «الشَّق» معانی متعددی مانند مشقت، رنج، تَرَك، شکاف، پارگی، سوراخ ذکر شده است (انیس، ۱۳۸۹، ص ۱۰۴۴). ابن‌منظور لغت‌شناس مشهور، واژه «الشَّقَاق» را از ریشه «الشَّق» می‌داند. وی واژه «الشَّقَاق» را به

ترک شدن پوست در اثر بیماری یا در اثر سرما معنا می‌کند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۱۸۱). اللبدی صاحب کتاب قاموس الطبی العربی واژه «الشقاق» را به معنای تکه تکه شدن پوست می‌داند (البدی، ۱۴۲۵ق: ص ۶۵۱). براساس معانی‌ای که صاحبان لسان العرب و قاموس الطبی برای واژه قائل می‌شوند، شاید بتوان گفت منظور از واژه «الشقاق» در روایت من لایحضره الفقیه همان واژه «الصفاق» در روایت تهذیب الاحکام است و هر دو به معنای پرده پریتونئوم هستند؛ زیرا دور از ذهن نیست که این پرده پریتونئوم به جهت برجستگی‌های کوچک و ریزی که دارد به تکه تکه شدن پوست شبیه شده و با واژه «الشقاق» در روایت به تصویر درآمده است. اگر هم این فرضیه از ذهن دور باشد، می‌توان به قول فیض کاشانی استناد جست که ایشان بر این باور است که شاید در املائی واژه «الشقاق» سهوی صورت گرفته است و کاتب به جای اینکه بنویسد «الصَّفَاق» نوشته است: «الشقاق» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۷۹۷).

براساس مفهوم‌شناسی‌ای که از واژگان «الصَّفَاق» و «الشَّقَاق» گذشت، می‌توان بخش روایی مورد نظر را به‌طور مشترک در منابع تهذیب الاحکام و من لایحضره الفقیه به شرح ذیل ترجمه کرد:

«وَإِنْ نُقِبَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كِلَيْهِمَا بِرَفِيقَةٍ أَوْ طَعْنَةٍ وَفَعَتْ فِي الصَّفَاقِ أَوْ الشَّقَاقِ؛ «اگر تیر یا نیزه دو طرف پهلو را سوراخ کند و پرده پریتونئوم را شکافته و درون آن واقع شود». نتیجه ترجمه مذکور آن است که آلت جارحه وارد جوف بدن شده است؛ زیرا همان‌طور که در گفتار نخست گفته شد: «همین که آلت جارحه پرده پریتونئوم شکم را شکافت و وارد جوف شکم شد، جراحی جائفه تحقق یافته است». اکنون که ارزیابی‌های سه بخش مورد نظر انجام شد، می‌توان در ارائه مفهوم دقیق روایت مورد نظر به شرح ذیل اقدام کرد:

اگر تیر یا نیزه از یک طرف جوف پرده پریتونئوم را بشکافتد و وارد جوف شود و با فشار بیشتر از طرف دیگر جوف خارج شود، میزان دیه‌ی این جراحی ۴۳۳ دینار و یک‌سوم دینار خواهد بود.



نتیجه گیری

در مورد اینکه اگر آلت جارحه از یک طرف جوف وارد شود و از طرف دیگر جوف خارج شود، سه دیدگاه طرح شد. گروهی جراحی مذکور را یک جائفه دانستند و برای مقدار جراحی زائد بر جائفه ارش تعیین کردند. گروه دوم جراحی مذکور را دو جائفه دانستند و گروه سوم جراحی مذکور را نه یک جائفه و نه دو جائفه دانستند، بلکه آن را یک جراحی خاص با دیه ۴۳۳ دینار دانستند. ارزیابی‌های هر سه دیدگاه انجام شد. نگارندگان تلاش کردند با نقد و بررسی ادله، دیدگاه دو جائفه دانستن جراحی مورد نظر را مردود اعلام کند.

نگارندگان آن‌چنان که گفته شد ادله دیدگاه یک جائفه به اضافه ارش را مردود نمی‌دانند؛ اما ادله دیدگاه سوم را قوی‌تر می‌دانند؛ همان دیدگاهی که جراحی مورد بحث را یک جراحی خاص معرفی می‌کند و برای آن دیه ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار قائل است؛ زیرا یکی از مهم‌ترین دلایل‌هایی که دیدگاه سوم دارد و دیدگاه یک جائفه به اضافه ارش ندارد؛ استناد به روایت ظریف است که برای آن هیچ معارضی (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۹۱) نیست. بر این اساس پیشنهاد می‌شود قانونگذار در مورد اصلاح قسمت اخیر ماده ۷۱۱ بدین شرح اقدام نماید: «... در صورتی که وسیله مزبور از یک طرف وارد و از طرف دیگر خارج گردد، دیه به میزان ۴۳۳ دینار و یک سوم دینار محاسبه خواهد شد».



فقه

فهرست منابع

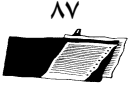
۱. ابن براج، عبدالعزيز. (۱۴۰۶ق). المهذب (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن حمزة، الطوسی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة (چاپ اول). قم: مطبعة الخيام - مكتبة آيت الله العظمى المرعشي النجفي رحمته الله.
۳. ابن داوود، تقی الدين الحسن بن علی بن داود الحلبي. (۱۳۸۳). رجال ابن داود. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴. ابن فارس، ابوالحسن احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقائيس اللغة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن احمد. (۱۳۸۸). المغنى. بی جا: مكتبة القاهرة.
۶. ابن مفلح، ابراهيم بن محمد بن عبدالله. (۱۴۱۸ق). المبدع في شرح المقنع (چاپ اول). لبنان: دارالكتب العلمية.
۷. ابنصويان، ابراهيم بن محمد. (۱۴۰۹ق). منار السبيل في شرح الدليل (چاپ هفتم). بی جا: المكتب الإسلامي.
۸. أبو القاسم الطبراني، سليمان بن احمد. (۱۴۰۵ق). مسند الشاميين (چاپ اول). بيروت: مؤسسة الرسالة، بيروت.
۹. ابوالمعالي الجويني، عبد الملك بن عبدالله. (۱۴۲۸ق). نهاية المطلب في دراية المذهب (چاپ اول). [بی جا]: دارالمنهاج.
۱۰. اردبيلي، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. اسکافي (ابن جنيد)، محمد بن احمد. (۱۴۱۶ق). مجموعة فتاوى ابن جنيد (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. اصفهانی (مجلسی دوم)، محمداقر بن محمد تقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آيت الله مرعشي نجفي رحمته الله.





۱۴. الالبانی، محمد ناصرالدین. (۱۴۰۵ق). إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منار السبیل (چاپ دوم). بیروت: المكتب الإسلامی.
۱۵. انیس، ابراهیم. (۱۳۸۹). معجم الوسیط (چاپ سوم). تهران: انتشارات اسلامی.
۱۶. بدرالدین العینی، ابو محمد محمود بن احمد بن موسی. (۱۴۲۰ق). البناية شرح الهدایة (چاپ اول). لبنان: دارالکتب العلمیة.
۱۷. البلدی، عبدالعزیز. (۱۴۲۵ق). القاموس الطبی العزی (چاپ اول). الاردن: دارالبشیر.
۱۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحکام - کتاب الدیات (چاپ اول). قم: دار الصدیقة الشهیدة سلام الله علیها.
۱۹. جزیری، عبدالرحمن بن محمد. (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البيت علیهم السلام (چاپ اول). لبنان: دار الثقلمین.
۲۰. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة (چاپ اول). لبنان: دارالعلم للملایین.
۲۱. الحر العاملی (شیخ حر عاملی)، محمد بن الحسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۲. حلّی، (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. حمیری، نشوان بن سعید الحمیری. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الكلوم (چاپ اول). لبنان: دارالفکر المعاصر.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۵. الرویفی الإفريقي (ابن منظور)، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دارصادر.
۲۶. ریچارداس، اسنل. (۱۳۹۵). آناتومی بالینی (ترجمه: شیرازی و اسفندیاری). تهران: انتشارات اندیشه رفیع.
۲۷. الزبیدی (واسطی)، سیدمحمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). لبنان: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۸. زرگریان، طه؛ و وطنی، امیر. (۱۳۹۶). تبیین ماهیت جراحت نافذه در فقه جزایی امامیه، فصلنامه فقه پزشکی، ۹ (۳۰-۳۱)، صص ۳۳-۴۵.

٢٩. الزيلعي، جمال الدين ابو محمد عبدالله بن يوسف. (١٤١٨ق). نصب الراية (چاپ اول). لبنان: مؤسسة الريان للطباعة و النشر.
٣٠. السبحاني، جعفر. (١٣٩٢). أحكام الديات في الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
٣١. شافعي المصري (ابن ملقن)، عمر بن علي. (١٤٢٥ق). البدر المنير (چاپ اول). الرياض: دار الهجرة للنشر و التوزيع.
٣٢. صدوق (شيخ صدوق)، ابو جعفر محمد بن علي بن بابويه. (١٤١٣ق). من لا يحضره الفقيه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٣٣. طريحي، فخرالدين. (١٤١٦ق). مجمع البحرين (چاپ سوم). تهران: كتاب فروشي مرتضوى.
٣٤. طوسى (شيخ طوسى)، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٣٨٧). المبسوط فى فقه الإمامية (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٣٥. طوسى (شيخ طوسى)، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذيب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دارالكتب الإسلامية.
٣٦. طوسى (شيخ طوسى)، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق «الف»). الخلاف. قم: مؤسسة النشر الاسلامي
٣٧. عاملى جبعى (شهيد ثاني)، شيخ زين الدين بن علي. (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٣٨. عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني. (١٤١٩ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة) (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٣٩. علامه حلى، الحسن بن يوسف. (١٣٨١). رجال العلامة (خلاصة الأقوال) (چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعة الحيدرية.
٤٠. علامه حلى، الحسن بن يوسف. (١٤١٠ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٤١. عودة، عبدالقادر. (بى تا). التشريع الجنائي الإسلامى مقارن بالقانون الوضعى. بيروت: دارالكاتب العربى.
٤٢. فيض كاشانى، محمد محسن. (١٤٠٦ق). الوافى. اصفهان: كتابخانه امام اميرالمؤمنين علي عليه السلام.



ف

۴۳. کابلی، محمد اسحاق فیاض. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۴۴. الکلینی الرازی (شیخ کلینی)، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). کافی (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۵. مجلسی (مجلسی دوم)، محمد باقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۶. مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵). دعائم الإسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۷. نجاشی، ابی العباس احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی (فهرست أسماء مصنفی الشيعة). قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۴۸. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). لبنان: دار احیاء التراث العربی.



References

1. Abu al-Ma'ali al-Juwini, A. (1428 AH). *Nihaya al-Matlab fi Diraya al-Madhab* (1st ed.). n.p.: Dar Al-Minhaj. [In Arabic].
2. Abu al-Qasim al-Tabarani, S. (1405 AH). *Musnad al-Shamin* (1st ed.). Beirut: al-Risalah Foundation. [In Arabic].
3. Allamah al-Hilli. (1381 AP). *Rijal al-Allama* (2nd ed.). Najaf: al-Haydari Press. [In Arabic].
4. Allamah al-Hilli. (1410 AH). *Irshad al-Azhan ila Ahkam al-Iman*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
5. Allamah al-Hilli. (1413 AH). *Mokhtalif al-Shi'a* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
6. Amili, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Karama fi Sharh al-Qawaid al-Allama* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
7. Anis, I. (1389 AP). *Mu'jam al-Wasit* (3rd ed.). Tehran: Islamic Publications. [In Arabic].
8. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma al-faida wal-burhan fi sharh irshad al-adhan* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
9. al-Albani, M. (1405 AH). *Irwa al-Ghailil* (2nd ed.). Beirut: Islamic School. [In Arabic].
10. al-Baladi, A. (1425 AH). *al-Qamus al-Tabi al-Azi* (1st ed.). Jordan: Dar al-Bashir. [In Arabic].
11. al-Hurr al-amili. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
12. al-Husayni al-Zabidi, S. M. M. (1414 AH). *Taj al-Arus Min Jawahir al-Qamus* (1st ed.). Lebanon: Dar al-Fikr. [In Arabic].
13. al-Kulayni. (1407 AH). *Usul al-Kafi* (4th ed.). Tehran: Islamic Library. [In Arabic].
14. al-Shahid al-Thani. (1413 AH). *Masalik al-Iffham ila Tanqih Shari' al-Islam* (1st ed.). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic].



فقه

15. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
16. al-Zila'ei, J. (1418 AH). *Nasb al-Rayah* (1st ed.). Lebanon: al-Riyadh Foundation. [In Arabic].
17. Badra al-Din al-Ayni, A. (1420 AH). *al-Binayah fi Sharh al-Hidayah* (1st ed.). Lebanon: Dar al-Kitab al-Alamiya. [In Arabic].
18. Fayz Kashani, M. (1406 AH). *al-Wafi*. Isfahan: Library of Imam Amir al-Mo'menin Ali (PBUH). [In Arabic].
19. Fazel Hindi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
20. Humairi, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum wa Dawa Kalam al-Arab min al-Kulum* (1st ed.). Lebanon: Contemporary Dar al-Fikr. [In Arabic].
21. Ibn Baraj, A. (1406 AH). *al-Mohadhab* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
22. Ibn Davoud, T. (1383 AP). *Rijal Ibn Davoud*. Tehran: University of Tehran Press. [In Arabic].
23. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mu'jam maqayis al-lughah* (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic].
24. Ibn Junaid, M. (1416 AH). *Collection of Fatwas of Ibn Junaid* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
25. Ibn Manzur. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr - Dar Sadr. [In Arabic].
26. Ibn Muflah, I. (1418 AH). *al-Mubdie fi Sharah al-Muqana'* (1st ed.). Lebanon: Dar al-Kitab al-Alamiya. [In Arabic].
27. Ibn Qudamah al-Maqdisi, A. (1388 AP). *al-Mughni*. n.p.: Cairo School. [In Arabic].
28. Ibn Zawyan, I. (1409 AH). *Manar al-Sabil Fi Sharh al-Dalil* (7th ed) n.p.: Islamic School. [In Arabic].



29. Jaziri, A R. (1419 AH). *al-Fiqh Ala al-Mazahib al-Arba'a wa Mazhab Ahl al-Bayt* (1st ed.). Lebanon: Dar al-Thaqalin. [In Arabic].
30. Johari, I. (1410 AH). *Taj al-Lughah wa Sihah al-'Arabiyah* (1st ed.). Beirut: Dar Al-Elm Lil Mala'ain. [In Arabic].
31. Kabuli, M. (n.d.). *Minhaj al-Salehin*. n.p. [In Arabic].
32. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmela Al-Minhaj* (1st ed.). Qom: Founding the Works of Imam Al-Khoei. [In Arabic].
33. Maghribi, N. (1385 AP). *Da'aim al-Islam* (2nd ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
34. Majlisi, M. B. (1404 AH). *Mir'at al 'Uqul Fi Sharh Akhbar Aal al-Rasul*. Tehran: Islamic Library.
35. Majlisi, M. B. (1406 AH). *Malaz Al-Akhyar fi Fahm Tahzib Al-Akhbar* (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
36. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam* (7th ed.) Lebanon: House of Arab Heritage Revival. [In Arabic].
37. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi* (list of names of Shiite authors). Qom: Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic].
38. Owda, A. (n.d.). *Islamic criminal legislation comparable to the legal situation*. Beirut: Dar al-Katib al-Arabi. [In Arabic].
39. Shafi'i al-Masri (Ibn Mulqan), U. (1425 AH). *al-Badr al-Munir* (1st ed.). Riyadh: Dar Al-Hijrah. [In Arabic].
40. Shaykh Tusi. (1387 AP). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya* (3rd ed.). Tehran: al-Mortazavi Library for the Revival of al-Jaafari Works. [In Arabic].
41. Shaykh Tusi. (1407 AH a). *al-Khilaf*. Qom: Islamic Publishing Foundation. [In Arabic].
42. Shaykh Tusi. (1407 AH b). *Tahdhib al-Ahkam* (4th ed.). Tehran: Islamic Library. [In Arabic].
43. Snell, R. (1395 AP). *Clinical Anatomy* (R. Shirazi and I. Esfandiari, Trans.). Tehran: Andisheh Rafi Publications. [In Persian].



فقه

44. Sobhani, J. (1392 AP). *Ahkam al-Diyat fi al-Sharia' al-Islamiyya al-Gharra*.
Qom: Imam al-Sadiq (PBUH) Foundation.
45. Tabrizi, J. (1428 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam, Kitab al-Diyat* (1st ed.).
Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahida, (PBUH). [In Arabic].
46. Tarihi, F. (1416 AH). *Majma-ul-Bahrain* (3rd ed.) Tehran: Mortazavi
Bookstore. [In Arabic].
47. Tusi, H. (1408 AH). *al-Wasila* (1st ed.). Qom: al-Khayyam. [In Arabic].
48. Zargariyan, T & Watani, A. (1396 AP). Explaining the nature of penetrating
injury in Imami criminal jurisprudence. *Medical Jurisprudence*, 9(31-30), pp.
33-45. [In Persian].





Exceptions to Precaution in Tawasoli Rulings

Alireza A'arafi¹ Ehsan Khalili² Mohammad Din Mohammadi³

Received: 22/03/2020

Accepted: 05/07/2020

Abstract

Most jurists - in the field of ijtiḥād and taqlīd - have considered the permission of precaution in pure Tawasoliyat (the deals in which it does not include the intention of proximity to God) as an obvious matter and have ignored it and paid less attention to its aspects. However, when one pays attention to the scope of the Tawasoliyat rulings, there are rulings in which the decree of the precautionary measure is not clear and is accompanied by an obstacle. These obstacles exclude these rulings from the scope of the precautionary measure in Tawasoliyat. The major question of the study is to discover these exceptions of precaution in the tawasoli rulings. This paper, with the aim of explaining in detail the general ruling of the precautionary permission in tawasoliyat, examines the most important exceptions of this ruling in jurisprudence by analyzing the qualitative historical content. The most important rulings that are excluded from the precautionary permission are in the two categories of intrinsic exceptions and incidental exceptions. The first category is the rulings that are not inherently cautious; such as the scientific, belief and cautious rulings in conflict. The second category includes some topics that are subject to caution and cannot be considered as permissible, such as harm, hardship, difficulty, and denial of religion, which in some cases in other certain circumstances there is no possibility of precaution.

Keywords

Exceptions to precaution, rulings, tawasoliyat, belief rulings, intrinsic exceptions, incidental exceptions.

1. Professor and Head of Islamic Seminary of Qom, Iran. arafi@gmail.com

2. Researcher at Ishraq Institute and Seminary student in level four of Islamic Seminary, Qom, Iran. (author in charge), ehkh14@gmail.com

3. PhD Student in Contemporary Muslims Thought at Al-Mustafa University and Instructor at Al-Mustafa Virtual University, Qom, Iran. mdm1360@gmail.com

مستثنیات احتیاط در احکام توصلی

علی‌رضا اعرافی^۱ احسان خلیلی^۲ محمد دین‌محمدی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۰۳

چکیده

بیشتر فقها - در مباحث اجتهاد و تقلید - جواز احتیاط در توصلیات محض (معاملات بالمعنی الاعم) را امری واضح دانسته و از کنار آن عبور کرده‌اند و کمتر به جوانب آن پرداخته‌اند، اما وقتی در دایره احکام توصلیات دقت می‌شود، احکامی به چشم می‌خورد که حکم جواز احتیاط در آنها روشن نیست و بلکه با مانع همراه است. این موانع سبب استثناء این احکام از دایره جواز احتیاط در توصلیات می‌شود. سؤال اصلی تحقیق، کشف همین مستثنیات احتیاط در احکام توصلی است. با هدف تبیین دقیق حکم کلی جواز احتیاط در توصلیات، با روش تحلیل محتوای کیفی تاریخی به بررسی مهم‌ترین استثنائات این حکم در فقه می‌پردازد. مهم‌ترین احکامی که از حکم جواز احتیاط استثناء می‌شود در دو دسته مستثنیات ذاتی و مستثنیات عارضی قرار می‌گیرد. دسته اول احکامی هستند که ذاتاً قابل احتیاط نیست؛ مانند احکام علمی، اعتقادی و احتیاط در تزاحم. دسته دوم، شامل برخی عناوینی است که عارض بر احتیاط شده و سبب عدم جواز آن می‌شود؛ مانند اضرار، غمسر و حرج، و هن دین یا مذهب که در برخی به صورت مطلق و در برخی دیگر در شرایطی خاص امکان احتیاط وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها

مستثنیات احتیاط، احکام، توصلیات، احکام اعتقادی، مستثنیات ذاتی، مستثنیات عارضی.

arafi@gmail.com

۱. استاد و مدیر حوزه علمیه قم، ایران.

ehkh14@gmail.com

۲. پژوهشگر موسسه اشراق و دانش پژوه سطح ۴ حوزه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

mdm1360@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری رشته اندیشه معاصر مسلمین دانشگاه المصطفی و مربی دانشگاه مجازی المصطفی، قم، ایران.

■ اعرافی، علی‌رضا؛ خلیلی، احسان و دین‌محمدی، محمد. (۱۳۹۹). مستثنیات احتیاط در احکام توصلی. فصلنامه

فقه، ۲۷(۱۰۲)، صص ۹۴-۱۲۵.

Doi: 10.22081/jf.2020.57198.2019



فقه

مقدمه

مكلف در عمل به هر تكلیفی می‌تواند یکی از سه راه اجتهاد، تقلید یا احتیاط را انتخاب کند. امتیاز احتیاط نسبت به اجتهاد و تقلید در جامع‌الاطراف بودن آن است. با احتیاط می‌توان به تحقق تکلیفی که از ناحیه شارع مقدس برای وی مقرر شده، یقین حاصل کرد؛ زیرا تمامی احتمالاتی که در هر مسئله‌ای وجود دارد، از سوی مكلف محتاط اتیان شده است؛ پس قطع به اتیان تکلیف واقعی نزد شارع، حاصل می‌شود.

مراد از احتیاط در این مقام این است که با آگاهی از نظرهای مختلف در هر مسئله، میان تمام نظرها جمع کند تا یقین کند تکلیف واقعی را انجام داده است. این نوع احتیاط در شبهات حکمیه است و با احتیاط در شبهات موضوعیه که در اصول عملیه مطرح می‌شود، متفاوت است. کسی که می‌خواهد به احتیاط عمل کند، برای او نسبت به اجتهاد و تقلید چهار حالت متصور است:

۱. متمکن از هر دوی اجتهاد و تقلید هست.

۲. تنها متمکن از اجتهاد است.

۳. تنها متمکن از تقلید است.

۴. متمکن از هیچ کدام نیست و تنها قادر بر احتیاط است.

مورد چهارم از محل بحث خارج است؛ زیرا در این صورت بحث از جواز احتیاط درباره او بی‌معنا است؛ چرا که غیر از احتیاط راهی برای او باقی نمانده تا به تکلیفش عمل کند.

حکم احتیاط در سه مقام توصلیات^۱ محض، معاملات و تعبدیات بررسی می‌شود. این مقاله در صدد بررسی مستثنیات احتیاط در توصلیات است. شیوه گردآوری اطلاعات در این مقاله، روش کتابخانه‌ای است که با روش تحلیل محتوای کیفی ابعاد گوناگون این قضیه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مراد از توصلیات در مفهوم‌شناسی روشن خواهد شد.





۱. پیشینه تحقیق

در کلان‌ترین حالت ممکن ابتدا پیشینه بحث احتیاط در عبارات فقها بررسی می‌شود. احتیاط مطرح در بین متقدمان ارتباطی به احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید ندارد. سید مرتضی درباره معنای اجتهاد و حکم آن (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، صص ۳۱۶-۳۲۸) و شیخ طوسی در خصوص تقلید و مسائل آن مباحثی دارند (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۷۲۳-۷۳۲) که مباحث ایشان نیز ناظر به جواز تقلید در فروع و عدم جواز آن در اصول است؛ اما هیچ‌کدام به مباحث احتیاط به‌عنوان راهی در عرض اجتهاد و تقلید اشاره‌ای ندارند.

برخی از متأخران از قول به بطلان نماز جاهل به احکام - که از دوران سید مرتضی (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۸۳) مطرح و علامه (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۱۵) و شهیدین (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۳۲۵ و عاملی، ۱۴۰۲ق، ج ۲، ص ۱۰۵۸) نیز آن را نقل کرده‌اند - بطلان عمل به احتیاط را برداشت کرده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۳۴۳).

در سخنان شهید اول در الفیه^۱ (عاملی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۹) و شهید ثانی در کتاب روض الجنان (عاملی، ۱۴۰۲ق، ج ۲، ص ۶۶۳) اجمالاتی در تبیین مقدماتی درباره نماز واجب وجود دارد که راهی غیر از اجتهاد و تقلید را برای مکلف نمی‌پذیرند؛ در نتیجه نماز کسی که به غیر از اجتهاد و تقلید عمل کند، در نظر ایشان باطل است که عمل به احتیاط در سخن ایشان ضمن تقلید قرار بگیرد و معنای تقلید اعم از تقلید از یک مجتهد یا چند مجتهد باشد که در این صورت وارد در محل بحث است.

محقق حلی در خاتمه کتاب معارج^۲ (حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۹۸) عمل به احتیاط را غیرلازم می‌داند و به بررسی ادله قائلان به وجوب احتیاط می‌پردازد. اگر ظهور سخن ایشان در احتیاط در شبهات حکمیه پذیرفته شود، ایشان نخستین کسی هستند که از احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید سخن گفتند و به صورت مختصر به آن پرداختند؛ اما با توجه به

۱. «ان المكلف بها الآن من الرعية صنفان: مجتهد... و مقلد... فمن لم يعتقد ما ذكرناه و لم يأخذ كما وصفناه فلا صلاة له»

۲. «المسألة الثالثة: العمل بالاحتياط غير لازم»

بررسی‌های ایشان در بررسی ادله مخالفان، خصوصاً مثالی که برای توضیح آن می‌آورند، به نظر می‌رسد ظهور کلام ایشان، احتیاط در شبهات موضوعیه یا احتیاط در اصول عملیه است و ارتباطی به احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید ندارد.

البته ایشان دو مسئله پیش از این مطرح می‌کند که ممکن است بی‌ارتباط با احتیاط نباشد. یک مسئله در خصوص عمل به اکثر است (حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۹۴) و دیگری در خصوص عمل به ائقل (حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۹۵). ممکن است مراد از این دو همان عمل مطابق احتیاط باشد یا حداقل احتیاط مصداقی از این دو عنوان به‌شمار برود که در این صورت با بحث احتیاط مرتبط خواهد بود.

جناب فاضل تونی در کتاب الوافیة فی الاصول باب مستقلی به بحث اجتهاد و تقلید اختصاص داده و در ذیل بحث تقلید به این مسئله نیز تنبه می‌دهد و قائل به وجود راه سوم و جواز احتیاط می‌شود و می‌گوید که اگر کسی بدون اجتهاد و تقلید، اعمال خود را بر وجه صحیح به جا آورد، نمی‌توان به بطلان عمل او حکم کرد^۱ (تونی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۰۸)؛ بنابراین به‌ظاهر ایشان اولین کسی است که عنوان احتیاط را بر راه سومی غیر از اجتهاد و تقلید به کار گرفت.

پس از ایشان جناب حسین بن شهاب الدین کرکی عاملی در کتاب هدایة الأبرار بابی را به اجتهاد و تقلید اختصاص می‌دهد و در باب ششم از این کتاب در خصوص احتیاط بحث می‌کند. طرح این بحث به صورت مستقل (و نه ذیل بحث اجتهاد و تقلید) توسط ایشان موجب شده مباحث ایشان صبغه اصالة الاحتیاط و ادله آن را به خود بگیرد (عاملی، ۱۳۹۶، ص ۲۲۳).

جناب سیدمحمد مجاهد طباطبایی حائری در کتاب مفاتیح الاصول در خصوص مسئله «احتیاط در عمل به احکام» قائل به عدم لزوم احتیاط شده است (طباطبایی، ۱۲۹۶، ص ۵۰۶).^۲

۱. «من احتاط فی العبادة، بحيث تحصل الصحّة علی کلّ تقدیر، فحينئذ لا وجه للقول ببطلان تلك العبادة»
۲. باب ادله احکام ذیل عنوان «القول فی الأدلة العقلية و القواعد و الأصول الشرعية و الفوائد».





مرحوم شیخ انصاری در بحث اجتهاد و تقلید حکم احتیاط را در دو بخش معاملات و عبادات بررسی می‌کند. مطابق نظر ایشان نباید یک حکم واحد برای احتیاط در تمام ابواب فقه صادر کرد، بلکه به لحاظ ادله و کلمات فقها، حکم احتیاط باید در دو بخش عبادات و معاملات به صورت مستقل بررسی شود (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۴۸-۵۳). ریشه این تقسیم برگرفته از تبویب محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام است.

ایشان جواز احتیاط در معاملات را اجماعی دانستند و دلیل آن را نیز ترتب آثار بر اسباب معاملات که با احتیاط احراز می‌شود، عنوان می‌کنند. احتیاط در عبادات را نیز جایز می‌دانند و آن را مفصل بررسی می‌کند. وی عمده خللی را که به سبب احتیاط ممکن است بر عبادت عارض شود، خلل در قصد وجه و تمیز دانسته است که ایشان قصد وجه و تمیز را در عبادات لازم نمی‌داند و خلل به قصد قربت را نیز وارد نمی‌داند؛ زیرا مطابق نظر ایشان قصد قربت با احتیاط هم سازگار است و احتیاط در عبادت مشکلی از این ناحیه ندارد.

مرحوم نایینی در اجود التقریرات بحث مستقلی در خصوص احتیاط ندارد؛ اما ذیل بحث قطع درباره امثال اجمالی و تفصیلی مباحثی دارد که به مناسبت از احتیاط در معاملات و عبادات بحث می‌کند. ایشان معتقد به جواز احتیاط در معاملات است؛ ولی در عبادات قائل به تفصیل است. در نظر ایشان احتیاط در عبادتی که مستلزم تکرار نباشد، جایز است، اما احتیاطی که نیازمند تکرار باشد، جایز نیست (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۴۴). همچنین ایشان در شک بدوی قبل فحص نیز احتیاط را جایز نمی‌داند و معتقد است در صورت تمکن از امثال تفصیلی، باید علم تفصیلی حاصل شود و احتیاط جایز نیست (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۴۶).

مرحوم سید کاظم یزدی در عروة الوثقی با رویکرد فقه فتوایی به جواز احتیاط فتوی می‌دهد و طی چهار مسئله حکم برخی از مسائل احتیاط را بیان می‌کند از جمله تکرار در احتیاط، احتیاط به فعل یا ترک و طبیعتاً اشاره‌ای به ادله آن ندارد و دو بخش عبادات و معاملات را تفکیک نمی‌کند و البته جواز آن را قول اقوی می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص ۳-۴).

مرحوم حکیم در مستمک عروه بر مسائل احتیاط عروه حاشیه زده است و قدری مباحث آن را تفصیل می‌دهد. ایشان با طرح برخی ادله منع جواز احتیاط، مقداری وارد مباحث استدلالی این مبحث شدند و در نهایت جواز آن را می‌پذیرد (طباطبایی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، صص ۶-۹).

مرحوم آقا مرتضی حائری یزدی نیز در شرح عروه به‌طور مفصل از احتیاط بحث می‌کند و مناقشات آن را پاسخ می‌دهد و معتقد به جواز آن در مطلق عبادات و معاملات (توصلیات و معاملات بالمعنی الأخص) است (یزدی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، صص ۲۶-۳۵).

مرحوم خوئی در کتاب التنقیح به‌طور مفصل به بررسی زوایای بحث احتیاط می‌پردازد و آن را در دو مقام عبادات و معاملات بررسی می‌کند و معتقد به جواز آن است (خوئی، ۱۴۱۸ق، صص ۶۷-۷۶).

مرحوم آیت‌الله تبریزی نیز به‌طور مفصل به زوایای این بحث پرداخته و با بررسی مناقشات وارده به جواز احتیاط، آنها را پاسخ می‌دهد و در نهایت احتیاط را در مطلق عبادات و معاملات جایز می‌داند (تبریزی، ۱۴۲۶ق، صص ۸-۱۴).

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، اکثر فقها عنایت خاصی به احتیاط در توصلیات یا همان احکام نداشته‌اند.

۲. ضرورت تحقیق و سؤالات تحقیق

همان‌گونه که از پیشینه پژوهش قابل استنباط بود، فقها یا عنایتی به مباحث احتیاط در احکام نداشته‌اند یا به‌صورت کلی از آن عبور کرده‌اند. نپرداختن به اصل این مسئله باعث شده است که ابعاد گوناگون این امر، مخصوصاً بحث استثنائات توصلیات به طریق اولی شامل مباحث فقها نشود. همین امر پرداخت به این مسئله را دارای اهمیت می‌کند. از طرف دیگر یکی از سؤالات مهم و مشترک در فضای فقاہت و کلام، بحث تقلید و عدم تقلید در مسائلی مانند اصول دین است. مشهورترین عبارت در این فضا این است که امکان تقلید در فضای اعتقادات و عقاید است که در نتیجه امکان امثال امر مولی از دو طریق (اجتهاد و احتیاط) همچنان امکان‌پذیر است. با توجه به پیشینه بیان شده ملاحظه شد که فقها به‌طور کلی توجه چندانی به فرایند احتیاط در حالت‌های مختلف،



به‌ویژه در احکام توصلی (معاملات بالمعنی العام) نداشته‌اند و بیشتر توجهشان به احتیاط در عبادات و معاملات معطوف شده است و همین نکته برای ضرورت تحقیق و بررسی احتیاط در توصلیات و استثنائات جواز آن کافی است.

احتیاط از جهت کبروی که همان بحث از امکان احتیاط در مقام امثال است، بدیهی است و نزاعی ندارد؛ چون احتیاط استیفاکننده قطعی غرض مولی است و بدون شک با عمل به احتیاط تکلیف مولی امثال شده و غرض شارع استیفا می‌شود؛ اما آنچه محل نزاع است بحث در جهت صغروی مسئله است؛ یعنی پس از آنکه امکان احتیاط در استیفای اغراض مولی پذیرفته شد آیا طریق جمعی برای تحقق احتیاط وجود دارد یا خیر و آن به چه صورت است؟ یعنی از چه راهی و با چه کیفیتی احتیاط محقق می‌شود؟ و در چه مقام‌هایی امان احتیاط وجود ندارد؟ این مقاله در صدد بررسی این سؤالات در فضای توصلیات و علی‌الخصوص مسائل اعتقادی است.^۱

۳. چهار چوب مفهومی

در این قسمت واژه «احتیاط» و «توصلیات» به‌عنوان دو واژه مهم در فرایند تحقیق از نظر مفهومی بررسی می‌شود.

۳-۱. احتیاط

واژه «احتیاط» از ریشه «حوط» حاط یحوط حیاطه به معنی «جمع کردن» است^۲ (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۳ ص ۲۷۶). برخی نیز آن را به «حفظ و نگهداری» معنا کرده‌اند^۳ (ابن سیده، ۱۴۲۱ق،

۱. درباره گسترش فقه نسبت به مسائل اعتقادی، به دیگر آثار نویسنده مراجعه شود. ر.ک: اعرافی، موسوی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۳۰؛ اعرافی، ۱۳۹۱، ج ۱، پیوست ۳ (پیشینه احکام عقیدتی)، صص ۴۸۹-۵۰۸؛ اعرافی، ۱۳۹۱، ج ۲، پیوست ۳ (شماری از احکام عقیدتی) صص ۲۹۳-۳۶۲.
۲. «حاطٌ یحوط حَوَطًا و حِیاطَةً. و الحمار یحوط عانته: یجمعها»
۳. «حاطَه حَوَطًا و حِیاطَةً: حَفْظُهُ و تَعَهُّدُهُ»

ج ۳، ص ۴۸۳. واژه «احتیاط» از باب «افتعال» به معنی «اخذ به محکم‌ترین وجه» است^۱ (فیومی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۵۷). برخی نیز آن را به معنی «گردش به دور یک چیز» معنا کردند که کنایه از احاطه و استیلا به آن چیز است (موسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۱۳)؛ اما متقدمان اهل لغت آن را به معنی «احراز کردن و علم به حد نهایت یک شیء» دانستند (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۱۹). ماده «حوط» در باب افتعال است؛ ظاهراً به معنی اتخاذ (از معانی متداول باب افتعال) به کار رفته است؛ در معنای آن آمده است: «الأخذ بأوثق الوجوه» (فیومی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۵۷).

تعریف اصطلاحی احتیاط با معنای لغوی سازگار است. تعابیر متعددی برای تعریف احتیاط در کتاب‌های فقهی آمده است که روح همه آنها به همین معنای لغوی برمی‌گردد که همان «جمع بین احتمالات برای احراز واقع (علوی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۱۶) و یقین به اتیان و اسقاط تکلیف»^۲ (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ص ۴؛ قمی، ۱۴۱۷ق، صص ۷-۸؛ سیستانی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۰؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص ۱۶۲. است).



فقه

۲-۳. توصیلات

عنوان «توصیلات» با هدف ساماندهی به احکامی که ذیل عبادات و معاملات قرار نمی‌گیرد، از تقسیم مرحوم محقق حلی در شرایع (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۴) و علامه در تحریر الأحکام (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۴۱)^۳ الهام گرفته شده است. با الهام از آن تقسیم می‌توان مباحث احتیاط را در سه مقام بررسی کرد:

۱-۲-۳. مقام اول: توصیلات محض (معاملات بالمعنی الاعم)

در این مقام احتیاط در توصیلات محض بررسی خواهد شد. از این مقام با عنوان «معاملات بالمعنی الاعم» هم نام برده شده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۸) و مراد از آن احکامی است

۱. «احتاط للشيء: أخذ بأوثق الوجوه»

۲. «هو العمل الذي يتقن معه براءة الذمة من الواقع المجهول»

۳. القاعدة الثانية، ج ۲، ص ۲۴۵ و القاعدة الثالثة، ج ۴، ص ۴۷ و القاعدة الرابعة، ج ۴، ص ۴۴۵



که نه متقوم به انشاء است و نه متقوم به قصد قربت و صرفاً انجام آن مطلوب است؛ گرچه قصدی هم برای انجام آن نباشد؛ مانند تطهیر لباس نجس که حتی اگر باد هم لباس را در آب کریندازد و دیگر شرایط هم مانند از بین رفتن عین نجاست موجود باشد، لباس تطهیر خواهد شد؛ گرچه هیچ قصد و انشایی نیز در کار نیست. برخی از مواردی که ذیل توصیلات قرار دارد، اما به دلیل ویژگی خاصی که دارد حکم احتیاط در آنها باید به طور جداگانه بررسی شود، احکامی است که دارای حیثیت علمی یا اعتقادی است. احکامی که متعلق آنها علم یا اعتقاد است و علم یا اعتقاد در آنها موضوعیت دارد.

موضوع این دسته از احکام فعل یا افعال جوارحی نیست، بلکه افعال جوارحی و درونی است و از سنخ افعال باطنی به شمار می‌رود. این نوع از احکام احکامی هستند که باید در فقه‌العلوم یا فقه‌العقیده قرار بگیرند (ر.ک: اعرافی، موسوی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۳۰). در شریعت اسلامی احکامی وجود دارد که موضوع آنها علم و آگاهی است یا احکام دیگری که موضوع آنها اعتقاد و التزام است مانند اعتقاد به معاد، اعتقاد به رجعت و سایر اعتقاداتی که از طریق روایات و ادله نقلی اثبات می‌شود و اعتقاد به آنها واجب است.

این دسته از احکام ذیل توصیلات قرار دارد؛ یعنی در آنها هیچ‌یک از قصد تقرب و قصد انشا اخذ نشده است؛ اما به دلیل حیثیت علمی و اعتقادی آنها حکم احتیاط در آنها متفاوت است.^۱ این احکام از سنخ عبادات و معاملات نیست و متعلق آنها اصلاً فعل جوارحی و عمل خارجی نیست، بلکه از سنخ افعال درونی است که بر اساس ملاک و وجه تقسیم‌بندی صاحب شرایع، بهتر است در توصیلات قرار گیرد؛^۲ اما در خصوص

۱. مطابق یافته‌های ما احتیاط در احکام اعتقادی، اخلاقی و دیگر مستثنیات به‌طور خاص (احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید، نه احتیاط اصل عملی) بحث نشده است و اگر هم جایی متعرض بحث احتیاط در توصیلات (معاملات بالمعنی‌الاعم) شده‌اند، حکم به جواز آن به صورت مطلق داده‌اند و استثنا نفرموده‌اند (یزدی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۲۶؛ خویی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۷).

۲. ظاهراً در تقسیم ایشان احکام اعتقادی و اخلاقی لحاظ نشده است؛ اما بر اساس مبنای گسترش فقه به اعتقادات و اخلاق (اعرافی، موسوی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۳۰) احکام اعتقادی و اخلاقی می‌توان در تقسیم صاحب شرایع آن را در قسمت توصیلات قرار داد.

حکم احتیاط ذیل توصلیات قرار نمی گیرد.

به طور خلاصه باید گفت موضوع احکام در یک نگاه کلی به دو بخش افعال جوارحی و افعال جوانحی تقسیم می شود در بخش افعال جوارحی علم به عنوان طریق است برای کشف واقع و موضوعیتی ندارد؛ اما افعال جوانحی و درونی انواع مختلفی دارد که حداقل دو نوع از آنها احکامی است که موضوع آنها فعل جوانحی است و علم در آن موضوعیت دارد یا علم به عنوان مقدمه است و حیثیت اعتقاد و التزام در آنها موضوعیت دارد که در مجموع دو نوع می شود (ر.ک: اعرافی، موسوی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۳۰). این ویژگی خاصی است که سبب می شود حکم احتیاط در آنها با دیگر توصلیات متفاوت باشد.

۲-۲-۲. مقام دوم: معاملات

در این مقام احتیاط در معاملات اعم از عقود و ایقاعات بررسی خواهد شد. از این مقام با عنوان «معاملات بالمعنی الأخص» نیز نام برده شده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۸) و مراد از آن معاملاتی است که متقوم به انشا است اعم از عقد که متقوم به دو طرف «ایجاب» و «قبول» است و ایقاع که متقوم به یک طرف «ایجاب» است و صرفاً با انشا و ایجاب از طرف منشی محقق خواهد شد. برای عقد می توان به بیع و نکاح و وکالت مثال زد و برای ایقاع می توان به صیغه طلاق و جعاله مثال زد.

۲-۲-۳. مقام سوم: عبادات

در این مقام احتیاط در مطلق عبادات بررسی خواهد شد. مراد از عبادات نیز همان تعبدیات است که قصد قربت در آنها شرط است مانند نماز و روزه. این مقاله به استثنائات موجود در مقام اول (توصلیات) می پردازد.

۴. بررسی موانع احتیاط در احکام توصلی

احتیاط در توصلیات در نگاه اول امری جایز (یزدی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۲۶)، بلکه راجح (ر.ک:





خوبی، ۱۴۱۸ق، ص ۶۷) شمرده شده است؛ اما موانعی می‌تواند مانع از جواز آن در برخی احکام توصلیات شود. این موانع از یک منظر به موانع ذاتی و موانع عارضی تقسیم می‌شود.

موانع ذاتی در احکامی وجود دارد که حکم آنها از طریق احتیاط قابل امتثال نیست؛ یعنی ذات موضوع چنین قابلیت ندارد، مانند احکام علمی، اعتقادی، اخلاقی. موانع عارضی در احکامی است که حکم آنها از راه احتیاط ذاتاً قابل امتثال است؛ اما گاهی عنوان ثانویه‌ای عارض می‌شود و مانع از جواز احتیاط در آن می‌شود؛ مانند: اضرار، وهن مذهب، اختلال نظام. در این نوشتار موانع ذاتی با عنوان «مستثنیات ذاتی» و موانع عارضی با عنوان «مستثنیات عارضی» بررسی می‌شود.

۴-۱. مستثنیات ذاتی

۴-۱-۱. احکام علمی

احکامی که موضوع یا متعلق آنها علم باشد (علم در آنها موضوعیت داشته باشد) احتیاط در آنها ممکن و معقول نیست. این مسئله مبتنی بر پذیرش این نکته است که علم و دانش، متعلق یا موضوع احکام قرار می‌گیرد.

در جایی که علم واجب نفسی یا واجب غیری باشد، به این معنی است که اصل علم و دانایی موضوعیت دارد و مطلوب مولی است؛ در این صورت احتیاط معقول نیست و باید به علم برسد؛ زیرا احتیاط بر اساس احتمالات بنا می‌شود و علمی در آن وجود ندارد؛ البته در جایی که علم به صورت طریقی اخذ شده است و موضوعیت ندارد، مسئله متفاوت است و از این ناحیه اشکالی برای احتیاط در آن وجود ندارد.

برای مثال اجتهاد سه نوع است:

اول: اجتهاد برای عمل خود شخص؛

دوم: اجتهاد برای عمل مقلدان (افتاء)؛

سوم: اجتهاد فی نفسه (یعنی اجتهاد برای اجتهاد، نه برای عمل خود و نه برای عمل دیگران).

در دو نوع اول علم طریق برای عمل خود یا دیگران است؛ اما در نوع سوم علم موضوعیت دارد و اجتهاد فی نفسه مستحب یا واجب می‌شود.^۱ در این نوع که علم موضوعیت دارد، احتیاط معقول نیست؛ اما در دو نوع اول احتیاط ممکن است.

۴-۱-۲. احکام اعتقادی

احکام اعتقادی مواردی است که شارع ما را به باور و اعتقاد به یک مسئله‌ای مأمور کرده است یا از اعتقاد به مسئله‌ای نهی کرده است.

نکته‌ای که در امور اعتقادی باید به آن توجه شود، آن است که اساساً اعتقاد امری اختیاری است^۲ و نتیجه اختیاری بودن، تعلق احکام به آن است. سؤالی که به دنبال آن مطرح می‌شود آن است که در واجبات اعتقادی، باور و اعتقاد متوقف بر علم است یا بر اساس احتمال نیز اعتقاد و باور در نفس پدید می‌آید؟

در پاسخ به این سؤال سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: اعتقاد تنها از طریق علم یا ظن حاصل می‌شود. پس از آنکه یک ترجیحی - به نحو علمی یا ظنی - در نفس انسان شکل گرفت، اعتقاد به دنبال آن پدیدار می‌شود.

احتمال دوم: علاوه بر علم و ظن، از طریق احتمال نیز اعتقاد و باور در انسان شکل می‌گیرد؛ اما شارع باور و اعتقادی که بر اساس احتمال باشد، نمی‌پذیرد. مانند امور خرافی که به صرف یک احتمال، باور به یک مسئله‌ای در شخص ایجاد می‌شود.

۱. این قسم از اجتهاد (نه برای عمل خود و نه برای مقلدان) فی نفسه مستحب است؛ به دلیل روایات فراوان در فضیلت علم و عالم و مذمت جهل؛ اما در برخی شرایط با عروض عناوینی واجب می‌شود؛ مانند زمانی که با ترک اجتهاد، خوف اندراس فقاقت و انحطاط طرق اجتهاد و استنباط لازم آید.

۲. مراد از اختیاری بودن اعتقاد، اختیاری بودن مقدماتی است که با حصول آنها اعتقاد قهراً حاصل می‌شود. مانند اعتقاد به روز یا شب بودن که کافی است با اختیار خود چشم را باز کند و به روز یا شب بودن آن هنگام علم پیدا کند و نیز مانند اعتقاد به وجود خدا یا صفاتش که با مطالعه و استدلال و برهان حاصل می‌شود.





احتمال سوم: این احتمال نیز مانند احتمال قبل است که علاوه بر علم و ظن، احتمال نیز می‌تواند باورساز باشد و سبب ایجاد اعتقاد شود؛ اما معنی از سوی شارع برای اعتقاد از طریق احتمال وجود ندارد.

در احتمال دوم و سوم اعتقاد می‌تواند بدون هیچ ترجیحی در نفس حاصل شود؛ اما در احتمال اول، تنها زمانی اعتقاد حاصل می‌شود که از طریق علم یا ظن، ترجیحی در نفس پدید آمده باشد.

بر اساس احتمال اول احتیاط در اعتقاد معقول نیست، چون اعتقاد متوقف بر ترجیح علمی یا ظنی است و در احتیاط هیچ ترجیحی وجود ندارد. بر اساس احتمال دوم احتیاط در اعتقاد معقول است؛ اما از سوی شارع پذیرفته نیست. بر اساس احتمال سوم احتیاط در اعتقاد، هم امری ممکن و معقول است و هم از سوی شارع پذیرفته می‌شود. در میان احتمالات به نظر می‌رسد احتمال اول، یعنی تقوم اعتقاد و باور بر علم، اظهر و اولی باشد؛ گرچه تحقیق در مسئله مبتنی بر مباحث پیچیده فلسفی و کلامی است.

۳-۱-۴. احکام اخلاقی

مراد از احکام اخلاقی تکالیفی است که به حوزه صفات نفسانی انسان ارتباط دارد. صفات و احوال نفس - چون فعل اختیاری نیست - به‌طور مستقیم متعلق حکم تکلیف قرار نمی‌گیرد، بلکه حکم تکلیفی به «اكتساب و اجتناب» آنها تعلق گرفته است.

فعل اختیاری اعم از افعال جوراحی و جوانحی است. افعال جوانحی که همان صفات و احوال نفسانی از جهت تمهید مقدمات یا از جهت اکتساب و اجتناب تحت اختیار انسان قرار می‌گیرد و به این دلیل می‌تواند متعلق تکلیف واقع می‌شود و از نظر فقهی حکم تکلیفی پیدا می‌کند؛ برای مثال شارع می‌تواند تخلق به برخی صفات مانند توکل بر خدا را واجب بداند و در مقابل تخلق به برخی مانند حسد و کبر را حرام بشمارد (ر.ک: اعرافی، ۱۳۹۰، ج ۱، صص ۴۷۳-۴۷۹ و اعرافی، موسوی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۳۰).

با توجه به این نکته محل بحث این است که در صورت تخلق به صفتی، آیا می‌توان در آن احتیاط کرد و از مسیر اجتهاد و تقلید امثال نشود؟

در این مسئله نیز باید روشن شود که آیا تخلق به اخلاق متوقف بر اعتقاد به حُسن و مطلوبیت آن فضیلت است یا خیر؟ اگر بخواهد متخلق به صفتی شود، آیا باید به حُسن آن نیز معتقد باشد یا تنها بر اساس احتمال نیز می‌تواند صفت مورد نظر را در خود ایجاد کند؟ در پاسخ به این سؤال نیز مانند مورد قبل سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: تخلق به صفات و اکتساب و اجتناب آنها، متوقف بر علم و اعتقاد به مطلوبیت و حُسن آنها است.

احتمال دوم: عدم توقف تخلق بر علم، اما شرط شارع به تخلق ناشی از علم؛ یعنی چنین توقفی وجود ندارد و با احتمال نیز تخلق به صفات ممکن خواهد بود؛ اما شارع تنها تخلق ناشی از اعتقاد و علم را می‌پذیرد و آن را مشروط کرده است.

احتمال سوم: عدم توقف و عدم شرط شارع. یعنی علاوه بر آنکه چنین توقفی برای تخلق به صفات وجود ندارد، شارع نیز چنین شرطی مبنی تخلق ناشی از علم و اعتقاد ندارد و تخلقات ناشی از احتمال را نیز می‌پذیرد. در این احتمال صرف تخلق نزد شارع مطلوب است.

بر اساس احتمال اول احتیاط معقول نیست. بر اساس احتمال دوم احتیاط معقول است، ولی جواز ندارد و پذیرفته نیست؛ اما بر اساس احتمال سوم، احتیاط ممکن و جایز خواهد بود. به نظر می‌رسد در این مسئله برخلاف مسئله قبل احتمال اول اضعف احتمالات باشد و تخلق به صفات متوقف بر علم و اعتقاد نباشد؛ زیرا معقول و متصور است که کسی اعتقاد به حُسن و مطلوبیت صفتی نداشته باشد؛ اما با صرف احتمال به مطلوبیت، آن صفت را در خود ایجاد کند. مطلوبیت و حسن بسیاری از صفات روشن و بدیهی نیست، بلکه به صرف اینکه شارع گفته است، احتمال به مطلوبیت آن می‌دهد.

از سوی دیگر به نظر می‌رسد میان احتمال دوم و سوم، احتمال دوم اقوی باشد و این احتمال وجود دارد که شارع چنین شرطی برای تخلق به صفات اخلاقی قرار داده باشد؛ بنابراین امکان احتیاط در واجبات اخلاقی معقول و متصور است؛ اما یک تردید جدی در خصوص اشتراط تخلق، به باور و اعتقاد از سوی شارع وجود دارد.^۱

۱. بررسی اشتراط یا عدم اشتراط از رسالت نوشتار خارج است.





۴-۱-۴. احتمال بین اثبات و نفی

اگر امر دائر بین اثبات و نفی باشد،^۱ برای مثال امر دائر بین واجب و حرام باشد، احتیاط ممکن نخواهد بود.

۴-۱-۵. تراحم

در جایی که تراحم باشد و مکلف تنها قادر بر انجام یکی از دو یا چند فعل باشد (حلی (علامه)، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۳۶-۳۷؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، صص ۳۱۸-۳۲۰؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۷۰۴؛ حسینی، ۲۰۰۷، ص ۱۱۳)، احتیاط و تکرار افعال ممکن نخواهد بود.

۴-۲. مستثنیات عارضی

اصل اولی در مقام «توصلیات محض» جواز احتیاط است؛ اما به حسب عارض شدن عناوین ثانویه ممکن است حکم آن تغییر کند؛ به این معنی که آنچه تاکنون مصداق امثال امر مولی به شمار می‌رفت به سبب عروض عنوان ثانوی دیگر امثال محسوب نشود. از این رو باید عناوین عارضی بر احتیاط در این مقام بررسی شود.

عناوین ثانویه منحصر به عناوین مطرح شده در ادامه نیست، بلکه عناوین دیگری نیز ممکن است عارض شود و بر حکم جواز احتیاط تأثیرگذار باشد.

ملاک در عروض عناوین ثانویه علاوه بر یقین، احتمال عقلایی نیز است؛ یعنی در جایی که یقین به عروض ندارد، اما احتمال عقلایی برای عروض وجود دارد، مانع از جواز احتیاط است؛ زیرا ملاک اسقاط تکلیف امثال قطعی است و در جایی که احتمال

۱. شیخ انصاری در بحث انسداد به این مورد اشاره می‌کند؛ ولی معتقد به تخییر می‌شود (البته با محل بحث احتیاط در توصلیات متفاوت است) (کلاتری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۱۹۴). شیخ همچنین در اصول عملیه ضمن نکته‌ای درباره دوران امر بین متباینین و احتیاط در آن را مطرح می‌کند که مرتبط با بحث احتیاط اصول عملیه است و با احتیاط در توصلیات در عرض اجتهاد و تقلید متفاوت است (کلاتری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۴۰۸). ابوالحسن مشکینی (محشی کفایه) نیز ضمن نکته‌ای احتیاط در توصلیات را مطلقاً جایز می‌داند (و استثنایی نمی‌آورد)؛ اما چند سطر پس از آن به یکی از موارد احتیاط مستلزم تکرار را اشاره می‌کند که همین احتیاط در دوران امر بین متباینین است و اشاره‌ای به عدم امکان احتیاط در توصلیات در این مورد ندارد (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۳۰).

عروض این عناوین و به تبع آن عدم اجزای احتیاط باشد، نمی‌توان احتیاط را مسقط یقینی تکلیف دانست و از عرض اجتهاد و تقلید خارج می‌شود.

بنابراین حتی احتمال عقلایی نیز مانع تحقق یقین برای شخص محتاط می‌شود و عمل او در عرض اجتهاد و تقلید قرار نگرفته و مجزی نخواهد بود. در نتیجه احراز عروض این عناوین برای منع از احتیاط لازم نیست، بلکه احتمال عقلایی هم می‌تواند مانع از جواز احتیاط بشود. عناوین ثانویه به اعتبار موضوع و مکلف سه حالت دارند:

حالت اول: عنوان ثانوی در موضوع واحد عارض بر مکلف واحد می‌شود. مانند اضرار یا عسر و حرج در جایی که صور احتمالات فراوان باشد و اگر شخص بخواهد بر اساس احتیاط به همه آنها عمل کند، باید متحمل اضرار یا عسر و حرج بشود.

حالت دوم: عنوان ثانوی در موضوعات متعدد عارض بر مکلف واحد می‌شود؛ برای مثال اگر در یک موضوع احتیاط کند، مشکلی نیست؛ اما پس از احتیاط در چندین موضوع موجب وسواس یا اختلال نظام خواهد شد.

حالت سوم: عنوان ثانوی بر مجموعی از مکلفان عارض می‌شود؛ برای مثال تمامی مکلفان در یک جامعه اجتهاد و تقلید انجام ندهند و بنای بر احتیاط بگذارند، در این صورت تعطیلی حوزه فقهت یا وهن مذهب لازم می‌آید؛ چراکه مثلاً احتیاط در تمام مسائل نجاست و طهارت در کیفیت تنجیس و تعداد آنها و... مستلزم کارهای غیرعقلایی برای آنها می‌شود و استهزای دین و مذهب را برای ناظران این افراد به همراه خواهد داشت.

حالت اول و دوم ذیل عناوین مستثنیات عارضی بررسی می‌شوند؛ اما در حالت سوم (عنوان ثانوی بر مجموعه‌ای از مکلفان عارض می‌شود) اگر شخص محتاط یقین پیدا کند که با احتیاط او، روزی مجموعه‌ای از مکلفان به دنبال او محتاط می‌شوند و موجب عروض این عناوین خواهد شد، نباید احتیاط کند و احتیاط برای او حرمت خواهد داشت.

برخی از مهم‌ترین عناوین ثانویه مطرح در مستثنیات عارضی جواز احتیاط از قرار زیر است:





۴-۲-۱. عسر و حرج

گاهی عمل به احتیاط فرد محتاط را به سختی و رنج‌های فراوان می‌اندازد که احتیاط مستلزم عسر و حرج برای محتاط خواهد بود.^۱ حصول عسر و حرج به سبب عمل به احتیاط به دو صورت متصور است (طباطبایی المجاهد، ۱۲۹۶ق، ص ۵۳۶): صورت اول جایی است که در یک مورد به تنهایی حرج حاصل می‌شود مانند احتیاط در نفقه‌دادن و صورت دوم جایی است که پس از تعدد و اجتماع چند عمل، عسر و حرج رقم می‌خورد مانند احتیاط در نجاسات اجتناب تعداد معدود و موارد محدودی از نجاسات مستلزم عسر و حرج نیست، اما به تدریج در اجتماع چندین مورد تعدد موارد مختلف عسر و حرج لازم می‌آید. به حالت اول عسر و حرج «موردی» اطلاق می‌شود و به حالت دوم عسر و حرج «مجموعی» گفته می‌شود.^۲

محل بحث در عنوان عسر و حرج جایی است که اصل قدرت بر احتیاط در فرد محتاط همچنان باقی است، اما متحمل رنج و سختی‌های فراوانی شده است. با این فرض این سؤال مطرح می‌شود که آیا چنین عسر و حرجی جواز احتیاط را برمی‌دارد یا خیر.

ارتفاع جواز احتیاط به دلیل «عسر و حرج» متوقف بر دو امر است:

اول: دلیل شرعی یا دلیل عقلی بر مانعیت یا رافعییت عسر و حرج وجود داشته باشد.

مراد از «مانعیت» منع از جواز و مراد از «رافعییت» رفع وجوب و الزام است.

دوم: عسر و حرج مانع از جواز احتیاط باشد، نه آنکه تنها وجوب و لزوم آن را

بردارد و جواز آن باقی بماند.

امر اول خود نیازمند بررسی ادله عسر و حرج است، اما بر فرض آنکه ادله شرعی یا

۱. مطابق یافته‌های ما کسی متعرض عدم جواز احتیاط در توصیلات به سبب عسر و حرج نشده است؛ اما شیخ انصاری به مناسبت بحث انسداد و رابطه آن با احتیاط نکاتی دارند. در این باره به مطارح الأنظار مراجعه کنید (کلاتری، ج ۳، ص ۱۸۹).

۲. سابقه‌ای برای نام‌گذاری عسر و حرج به موردی و مجموعی در فقه یافت نشد؛ اما از برخی تقسیمات و نام‌گذاری‌های مشابه موجود در فقه و اصول (مانند نام‌گذاری یکی از اقسام عموم به عام مجموعی در مقابل عام بدلی و استغراقی) می‌توان چنین نام‌هایی را با هدف نظم‌دهی به مباحث وام گرفت.

عقلی دلیل عسر و حرج را ثابت کند، هنوز امر دوم محقق نمی‌شود؛ زیرا عسر و حرج تنها می‌تواند وجوب و لزوم را بردارد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، صص ۴۲۵-۴۲۶؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۱۱۸)؛ درحالی‌که احتیاط اصلاً از ابتدا وجوب و لزوم نداشت؛^۱ زیرا راه احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید قرار دارد و مکلف مخیر میان هریک از این سه راه است، وجوبی برای او ندارد و بحث از ارتفاع جواز توسط عسر و حرج، خود نیازمند بحث مستقلی است.

اما تحمل عسر و حرج نه قبح عقلی دارد و نه حرمت شرعی تا مانع جواز احتیاط شود؛ بنابراین عسر و حرج نمی‌تواند مانع جواز احتیاط باشد و فرد محتاط می‌تواند با تحمل عسر و حرج به احتیاط عمل کند و مرتکب کار حرامی هم نشود. بنابراین ادعای رفع جواز احتیاط به جهت عسر و حرج پذیرفته نیست و عمل به احتیاط با وجود عسر و حرج مجزی است؛ در نتیجه این عنوان برای مانعیت از جواز احتیاط تام نیست و مورد قبول نیست.

۴-۲. اضرار

گاهی عمل به احتیاط مستلزم تحمل ضرر می‌شود. مانند آنکه دچار بیماری روحی و سواس شود یا متحمل ضررها و ابتلائات جسمی برای خود یا دیگران شود؛ بنابراین اضرار عنوان دیگری است که می‌تواند مقابل احتیاط قرار بگیرد. اضرار ابعاد گوناگونی مانند ضرر روحی، جسمی و مالی دارد و گاهی ممکن است احتیاط موجب یکی از این ضررها شود.

اصل اضرار حرام است و حرمت آن قریب به اتفاق است؛ اما در دامنه حرمت اضرار به نفس (در مقابل اضرار به غیر) اختلاف وجود دارد. اقوال مختلف در دامنه اضرار به نفس بدین ترتیب است:

۱. مکلف برای عمل به تکالیف شرعی، مخیر بین اجتهاد، تقلید و احتیاط است. مراد از عدم وجوب در اینجا وجوب تعیینی برای احتیاط است، وگرنه چه بسا وجوب برای این سه به نحو وجوب تخییری ثابت شود که حتی بر فرض ثبوت وجوب تخییری خللی به بحث ما در اینجا وارد نمی‌شود.





قول اول: اضرار به نفس در حد قتل نفس و نقص عضو حرام است و کمتر از آن حرمتی ندارند. آقای خویی در دوره دوم درس خود قائل به چنین نظری است (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۶۳۷).

قول دوم: اضرار به نفس در حد ضرر معتدبه حرام است. هر جا عرفاً ضرری ثابت شود، حرام خواهد بود. مشهور مانند مرحوم صاحب جواهر (النجفی، بی تا، ج ۳۶، صص ۳۷۰-۳۷۱)، محقق خویی در کتاب منهاج الصالحین (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۴۷) قائل به این نظر هستند.

قول سوم: در قبال دو قول قبل، طبیعتاً قول سومی نیز می تواند مطرح شود و آن حرمت مطلق اضرار است. هر ضرری به هر نحوی باشد، حرام خواهد بود و باید اجتناب شود (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۴۶۱).

عروض اضرار بر اساس هریک از مبانی، احتیاط را به همان اندازه تحریم می کند و از دایره جواز بیرون می آورد. بر اساس مبنای آقای خویی اضرار به نفس تنها در صورت قتل نفس و قطع عضو می تواند احتیاط را از دایره جواز خارج کرده و حرام کند و همچنین بر اساس مبنای مشهور و مبنای حداکثری، به همین ترتیب حکم می شود. دایره حرمت اضرار به غیر از اضرار به نفس وسیع تر است و اغلب ضررهای به غیر (ضررهای روحی، جسمی، مالی و...) از نوع اضرار محرم است؛ گرچه اختلافات اندکی نیز در اینجا وجود دارد.

بنابراین در اضرار به نفس عروض اضرار بر احتیاط آن را در همان محدوده اضرار محرم از دایره جواز خارج کرده و موجب حرمت آن می شود و در اضرار به غیر نیز به همین ترتیب حکم می شود؛ در نتیجه هر موردی که اضرار حرام بر احتیاط عارض شود، موجب تحریم احتیاط خواهد شد.

از جهت دیگر نیز مانند عسر و حرج به اضرار موردی و مجموعی تقسیم می شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۵، صص ۱۷۰-۱۷۱ و خویی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۰۹، سؤال ۹۶۰) که در اضرار موردی به یک مورد به تنهایی ضرر حاصل می شود و در اضرار مجموعی از اجتماع چندین مورد ضرر محقق می شود.

اضرار موردی سبب حرمت احتیاط در همان مورد خواهد شد و در اضرار مجموعی تا جایی که صدق اضرار نکند احتیاط مانعی ندارد و از هر جا که مصداق اضرار محقق شود، حرمت نیز به دنبال آن خواهد آمد.

اضرار موردی حالت‌هایی دارد: حالت اول آنکه از ابتدا اتیان محتملات، همراه با ضرر است که این حالت موارد اندکی دارد و حکم آن روشن است؛ حالت دوم آنکه در ابتدا ضرری ندارد، بلکه در ادامه با ضرر همراه می‌شود، که این مورد بیشتر است و عمده بحث در این مورد است. از طرفی نیز این احتیاط تنها در صورتی در عرض اجتهاد و تقلید قرار می‌گیرد که جمیع محتملات اتیان شود؛ اما در اینجا که با اتیان چند محتمل غیر ضرری، اتیان مابقی آنها با ضرر همراه خواهد شد و حرمت احتیاط را به دنبال خواهد داشت، موجب احتمالی شدن امتثال می‌شود و به امتثال تکلیف واقعی قطع پیدا نمی‌کند تا تکلیف از ذمه او ساقط شود؛ پس نمی‌تواند در عرض اجتهاد و تقلید قرار گیرد و به تبع آن، اتیان محتملات اولیه که ضرری نبود نیز ارزش امتثال قطعی به نحو احتیاط را نخواهد داشت و مجزی از تکلیف واقعی نخواهد بود و تکلیف از ذمه او ساقط نشده است. البته موارد ابتدایی که ضرر ندارد مانعی از اتیان آنها وجود ندارد و نمی‌توان آنها را حرام دانست، بلکه جایز است و علاوه بر آن حُسن هم دارد، اما مجزی و مسقط تکلیف نیست؛ زیرا موجب یقین به براءت ذمه او نمی‌شود و ذمه او همچنان مشغول است و تا احتمال تکلیف باقی است، ذمه نیز از تکلیف خالی نشده است؛ بنابراین در اضرار موردی پیمودن راه اجتهاد و تقلید متعین شده است و احتیاط از طرفین تخیر خارج می‌شود.

به خلاف اضرار مجموعی که هر مورد به‌تنهایی تکلیف مستقلی است و حرمت احتیاط به سبب اضرار در موارد متأخر، مستلزم عدم اجزای موارد متقدم نمی‌شود؛ مانند عمل به احتیاط در طهارت و نجاست در موارد متعدد که پس از عمل به احتیاط در چند تکلیف مستقل ضرری مانند وسواس عارض خواهد شد که مستلزم حرمت احتیاط در دیگر موارد می‌شود. پس از عروض اضرار و تحریم احتیاط، عمل به احتیاط حرام است و راه اجتهاد و تقلید متعین می‌شود؛ اما این موجب نمی‌شود که عمل به احتیاط در موارد





قبل از ارزش امثال قطعی ساقط شود، برخلاف اضرار موردی؛ زیرا موارد قبلی هر کدام امر جداگانه داشتند و امثال آنها از یکدیگر مستقل بود؛ بنابراین عدم اجزا در موارد متأخر به اجزا در موارد متقدم ضرری وارد نمی‌کند.

نسبت میان عنوان «اضرار» با عنوان «عسر و حرج» عموم و خصوص من وجه است. گاهی هر دو عنوان در جایی صدق می‌کند و گاهی یکی از دو عنوان صادق است و دیگری نیست؛ اما آنچه احتیاط را از دایره جواز خارج می‌کند «اضرار» است که اضرار به دلیل حرمتی که دارد مانع از جواز احتیاط خواهد شد و حکم آن را تغییر می‌دهد، برخلاف عسر و حرج که تنها الزام را برمی‌دارد و قادر بر تغییر حکم جواز نیست؛ بنابراین این عنوان برای معارضه با جواز احتیاط قوی‌تر و محکم‌تر است.

۲-۳. وهن دین یا مذهب و اضلال

عمل به احتیاط گاهی موجب وهن دین یا مذهب می‌شود، گاهی نیز موجب اضلال و گمراهی دیگران می‌شود.^۱

عمل به احتیاط در برخی موارد مستلزم تکرار عمل یا انجام اعمالی است که جلوه خوب و نیکویی از دینداری به نمایش نمی‌گذارد، بلکه موجب سخیف جلوه دادن دین و مذهب می‌شود. مانند احتیاط کامل در طهارت و نجاست که با تطهیرهای متعدد به سبب هر احتمال کوچکی، نمایش سخیفی از عمل به دستورهای دینی و مذهبی جلوه می‌کند.

همین‌طور در مورد افرادی که شناخت کافی از دین و احکام اسلام ندارند با دیدن افراد محتاط، دین اسلام و عمل به احکام آن را سخت و مشقت‌بار می‌پندارند و گمان می‌کنند که جزو افراد بی‌دین هستند و دینداری حقیقی آن است که فرد محتاط به نمایش گذاشته است؛ به این ترتیب عمل به احتیاط موجب دین‌گریزی دیگران و فاصله گرفتن آنها از حقیقت دینداری و گمراهی آنها می‌شود.

۱. این دو عنوان جداگانه هستند، اما با هم مطرح می‌شوند.

هر دو عنوان به دو قسم موردی و مجموعی تقسیم می‌شوند؛ یعنی گاهی احتیاط در یک مورد به تنهایی موجب وهن و اضلال است و گاهی از اجتماع چند مورد وهن و اضلال رقم می‌خورد.

ملاک در تشخیص و صدق وهن نیز عرف عادی و سالم است و مسائلی مانند حجاب زن که از متن دین است، گرچه مستلزم وهن شود، موجب رفع وجوب حجاب نخواهد شد؛ بنابراین ملاک در صدق این گونه عناوین عرف عادی و ذهن غیرمشوب خواهد بود نه عرف معاند دین و مانند آن.^۱

این دو عنوان نیز اگر عارض بر احتیاط شود، موجب نفی جواز از آن خواهد شد و به تبع آن مجزی نیست و عدل اجتهاد و تقلید قرار نمی‌گیرد.

۴-۲-۴. اختلال نظام اجتماعی

عنوان دیگری که در صورت عروض بر احتیاط مستلزم نفی جواز از آن است، اختلال نظام اجتماعی است؛ یعنی احتیاط به گونه‌ای باشد که نظم اجتماعی مختل شود (حیدری، ۱۴۱۲ق، ص ۳۱۶).

عمل به احتیاط در تمام یا عمده‌ی تکالیف نیازمند تسلط بر مبانی و نظرات گوناگون فقهی از زمان شروع فقاہت در اسلام تا زمان حاضر است و همچنین نیازمند یادگیری روش جمع بین نظرات و احتیاط بر اساس تمامی مبانی است و این به معنی صرف وقت بسیار و مدت زمان طولانی برای عمل به احتیاط است. با این فرض اگر همه یا اغلب مکلفان به دنبال احتیاط در عمل به احکام باشد موجب تعطیلی کارهای روزمره و مسئولیت‌های اجتماعی شده و بی‌نظمی تمام جامعه را فرا می‌گیرد.

۱. برای روشن شدن مراد از «عرف عادی» در متن؛ در یک تقسیم‌بندی می‌توان عرف را به سه قسم تقسیم کرد: الف) «عرف متشرعه» که عرف رایج میان دینداران است؛ ب) «عرف ضد دین» که عرف رایج میان کسانی است که با شبهات و القائات مختلف دشمنی با دین دارند؛ ج) «عرف عادی» که حالت میانی دو عرف قبل است که دیندار نیست و سخن دین به او نرسیده؛ ولی القائات و شبهات منفی نیز ذهن او را پر نکرده است و مراد ما این نوع سوم از عرف است.





همچنین عمل به احتیاط در مسائل گوناگون شرعی ممکن است موجب ایجاد بحران‌های اجتماعی زیادی شود برای مثال اگر همه یا بیشتر مکلفان در مسائل طهارت به احتیاط عمل کنند، مستلزم مصرف مقدار زیادی آب می‌شود که جامعه را با بحران کمبود آب مواجه می‌کند یا در موارد دیگر عمل به احتیاط و انجام احتمالات مختلف در هر تکلیف موجب صرف وقت بسیاری به انجام این امور می‌شود و مسئولیت‌های اجتماعی مکلفان ادا نمی‌شود و همین موجب اختلال در نظام اجتماعی می‌شود.

۴-۲-۵. اندراس فقاہت

اگر حکم به جواز احتیاط سبب شود که تمام مکلفان از راه احتیاط، امتثال تکلیف کنند، موجب عدم رجوع به آیات و روایات برای به دست آوردن حکم الهی خواهد شد و این به معنی تعطیلی حوزه فقاہت و بنیان‌های فقهی خواهد بود. بنابراین اگر چنین عنوانی لازم بیاید مستلزم نفی جواز احتیاط خواهد شد.

نتیجه‌گیری

این نوشتار با هدف تبیین حکم احتیاط در دایره احکام توصیلات محض نگاشته شد. پس از بررسی منابع و موارد احکام توصیلی (معاملات بالمعنی الاعم) به نظر رسید که نمی‌توان حکم احتیاط را در تمام این احکام جایز دانست؛ چراکه در بیشتر منابع یا به حکم احتیاط پرداخته نشده بود و یا مباحث صورت گرفته ارتباطی با احتیاط در عرض اجتهاد و تقلید نداشت یا در صورت پرداختن، جواز آن در تمام موارد مطلق انگاشته و به مواردی چون عروض برخی عناوین ثانویه - که امری مسلم است - اشاره‌ای نشده است و یا فقط متعرض بخش خاصی از تقسیمات احتیاط مانند بررسی احتیاط در دوران امر بین متباینین - که مستلزم تکرار است - شده‌اند و به احکام توصیلی (معاملات بالمعنی الاعم) هیچ وقت عنایتی نداشته‌اند، همچنین در احکام اعتقادی و اخلاقی که براساس مبنای تعلق احکام به آنها، در فقه داخل می‌شود و ذیل توصیلات قرار می‌گیرد، اما احتیاط در آنها ممکن نیست که پرداختن به این نکته از سوی علما در حکم جواز احتیاط در توصیلات، یافت نشد.

مهم‌ترین احکامی که از حکم جواز احتیاط استثنا می‌شوند، در دو دسته مستثنیات ذاتی و مستثنیات عارضی قرار می‌گیرند. دسته اول احکامی هستند که ذاتاً قابل احتیاط نیستند، مانند احکام علمی، اعتقادی و احتیاط در تراحم و دوران امر بین اثبات و نفی؛ دسته دوم شامل برخی عناوینی است که عارض بر احتیاط شده و سبب عدم جواز آن می‌شود؛ مانند اضرار، عسر و حرج، وهن دین یا مذهب که در برخی به صورت مطلق و در برخی دیگر در شرایطی خاص، احتیاط جواز ندارد، گرچه به‌عنوان اولی جایز است، اما با عروض عناوین ثانویه جواز آن برداشته می‌شود.



فهرست منابع

۱. ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق). المحکم و المحيط الأعظم (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲. ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة (چاپ اول). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳. اعرافی، علیرضا. (۱۳۹۱). فقه تربیتی. مبانی و پیش فرضها (تحقیق و نگارش: سیدنقی موسوی). قم: مؤسسه اشراق و عرفان.
۴. اعرافی، علی رضا، و موسوی، سیدنقی. (۱۳۹۰). گسترش موضوع فقه نسبت به رفتارهای جوانحی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۱۸ (۷۰)، صص ۸۷-۱۳۰.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول. (چاپ نهم). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). المسائل المنتخبة (چاپ پنجم). قم: دار الصدیقة الشهيدة سلام الله علیها.
۷. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی العروة - کتاب الاجتهاد و التقليد (چاپ اول). قم: دار الصدیقة الشهيدة سلام الله علیها.
۸. تونی، عبدالله بن محمد. (۱۴۱۵ق). الوافية فی أصول الفقه (چاپ دوم). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۱۰. حسینی، محمد. (۲۰۰۷م). الدلیل الفقهي تطبیقات فقهیة لمصطلحات علم الأصول. دمشق: مرکز ابن ادریس الحلی للدارسات الفقهیة.
۱۱. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. (چاپ اول). قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۲. حلّی (علامه)، محمد بن حسن. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



۱۳. حلی (علامه)، محمد بن حسن. (۱۳۸۶). نهاية الوصول الى علم الاصول. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۱۴. حلی (علامه)، محمد بن حسن (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثية) (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۱۵. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). معارج الأصول (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۶. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعيليان.
۱۷. حيدري، سيدعلي نقی. (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط (چاپ اول). قم: لجنة إدارة الحوزة العلمية.
۱۸. خوانساری، سيداحمد بن يوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارك في شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعيليان.
۱۹. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸ق). التنقيح في شرح العروة الوثقى (چاپ اول). قم: بی نا.
۲۰. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۶ق). صراط النجاة (المحشى) (چاپ اول). قم: مكتب نشر المنتخب.
۲۱. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۷ق). قاعدة الفراغ و الصحة و الاجتهاد و التقليد (مصباح الأصول)، تقريرات واعظ محمد سرور حسینی بهسودی (چاپ پنجم). قم: كتابفروشی داوری.
۲۲. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحين (چاپ بیست و هشتم). قم: نشر مدينة العلم.
۲۳. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۴. خويی، سيدابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۴ق). رسائل فقهية. (چاپ اول). قم: كنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری.
۲۵. حسینی سيستانی، سيدعلي. (۱۴۲۲ق). المسائل المنتخبة (چاپ نهم). قم: دفتر حضرت آيت الله سيستانی.
۲۶. شريف مرتضى، علي بن حسين موسوی. (۱۴۰۵ق). رسائل الشريف المرتضى (چاپ اول). قم: دار القرآن الكريم.



فقه



۲۷. طباطبایی المجاهد، محمد بن علی. (۱۲۹۶ق). مفاتیح الأصول (چاپ اول). قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (چاپ دوم). بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحشی) (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۱۷ق). العُدّة فی أصول الفقه (چاپ اول). قم: محمدتقی علاقبندیان.
۳۱. عاملی، حسین بن شهاب الدین کرکی. (۱۳۹۶ق). هداية الأبرار إلى طريق الأئمة الأطهار (چاپ اول). نجف اشرف: رثوف جمال الدین، حی المعلمین.
۳۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۹ق). ذکرى الشيعة فی أحكام الشريعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۰۸ق). الالفیه فی فقه الصلاه الیومیه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین. (۱۴۰۲ق). روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان (ط - الحدیثه) (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۵. عاملی (کرکی)، علی بن حسین (محقق ثانی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۶. علوی، سیدعادل بن علی بن الحسین. (بی تا). القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد (چاپ اول). قم: بی نا.
۳۷. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین. (چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
۳۸. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (چاپ دوم). قم: مؤسسه دار الهجرة.
۳۹. قمی، سیدمحمد حسینی روحانی. (۱۴۱۷ق). المسائل المنتخبة (لروحانی، السید محمد) (چاپ اول). کویت: شركة مكتبة الألفین.
۴۰. کلانتری تهرانی، ابوالقاسم. (۱۴۲۵ق). مطارح الانظار. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۴۱. مشکینی، ابوالحسن. (۱۴۱۳ق). حاشیه بر کفایه الاصول. قم: انتشارات دارالحکمه.

۴۲. موسی، حسین یوسف. (۱۴۱۰ق). الإفصاح (چاپ چهارم). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۴۳. نائینی، محمدحسین. (۱۳۵۲). اجود التقریرات (تقریرات ابوالقاسم خویی، چاپ اول). قم: مطبعه العرفان.
۴۴. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶). فوائد الأصول (تقریرات محمدعلی کاظمی خراسانی، چاپ اول). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر). (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۶. یزدی، مرتضی بن عبد الکریم حائری. (۱۴۲۶ق). شرح العروة الوثقی (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



References

1. Aarafi, A. R., & Mousavi, S. N. (1390). Expanding the subject of jurisprudence in relation to youthful behaviors. *Journal of Jurisprudence*, 18(70), pp. 87-130. [In Persian].
2. Alawi, S. A. (n.d.). *al-Qawl al-rashid fi al-ijtihad wa-al-taqlid* (1st ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
3. Allamah al-Hilli. (1386 AP). *Tahrir al-Ahkam*. Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute.
4. Allamah al-Hilli. (1413 AH). *Mokhtalif al-Shi'a* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
5. Allamah al-Hilli. (1420 AH). *Writing the Shari'a rulings on the Imamiyya religion* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute.
6. Arafī, A. (1391 AP). *Educational jurisprudence. Principles and presuppositions* (S. N. Mousavi, Ed.). Qom: Ishraq and Irfan Institute. [In Persian].
7. Azhari, M. (1421 AH). *Tahdhib al-Lugha* (1st ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
8. al-Karaki al-'Amili, H. (1396 AH). *Hidayat al-abrar ild tariq al-a'imma al-athar* (1st ed.). Najaf Ashraf: Raouf Jamaluddin, Hay Al-Moallem. [In Arabic].
9. al-Muhaqqiq al-Karaki. (1414 AH). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawaid* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
10. al-Shahid al-Awwal. (1408 AH). *al-Alfiya fi Fiqh al-Salah al-Yomiyya*. Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic].
11. al-Shahid al-Awwal. (1419 AH). *Zekra al-Shia' fi Ahkam al-Sharia* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
12. al-Shahid al-Thani. (1402 AH). *Rawz al-Jinan fi Sharh Irshad al-Azhan*. Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic].
13. Farahidi, Kh. (1409 AH). *Kitab al-Ayn*. (2nd ed.). Qom: Hijrat. [In Arabic].



14. Fayumi, A. (1414 AH). *al-Misabah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabir li Rafe'ei* (2nd ed.). Qom: Hijra. [In Arabic].
15. Group of Author. (1426 AH). *Encyclopedia of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt* (S. M. Hashemi, Ed., 1st ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt. [In Arabic].
16. Haydari, S. A. N. (1412 AH). *Usul al-Istinbat* (1st ed.). Qom: The Board of Administration of the Scientific Field. [In Arabic].
17. Husseinii Sistani, S. A. (1422 AH). *al-Masail al-Montakhaba* (9th ed.). Qom: Office of Ayatollah Sistani. [In Arabic].
18. Husseinii, M. (2007). *al-Dalil al-Fiqhi Tatbiqat al-Fiqhiyya lil-Mostalahat Elm al-Usul*. Damascus: Ibn Idris al-Hali Center for Jurisprudential Studies. [In Arabic].
19. Ibn Sayyidah, A. (1421 AH). *al-Mohkam wal-muhit al-Azam* (1st ed.). Beirut: Dar Al-Kitab al-Elamiya. [In Arabic].
20. Kalantari Tehrani, A. (1425 AH). *Matarih al-Inzar*. Qom: Islamic Thought Association. [In Arabic].
21. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jami' al-Madarik fi Sharh Mokhtasar al-Manafi'* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
22. Meshkini, A. (1413 AH). *Notes on Kifaya al-Usul*. Qom: Dar al-Hikma. [In Arabic].
23. Mohaqiq Hilli. (1403 AH). *Ma'arij al-Osul* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
24. Mohaqiq Hilli. (1408 AH). *Sharai' al-Islam fi Masail al-Halam wal-Haram* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan.
25. Mousavi Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj Al-Salehin* (28th ed.). Qom: Publication of the City of Science. [In Arabic].
26. Mousavi Khoei, S. A. (1414 AH). *Rasail Fiqhiyya*. (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic].



27. Mousavi Khoei, S. A. (1416 AH). *Sirat al-Naja* (1st ed.). Qom: al-Montakhab Publishing School. [In Arabic].
28. Mousavi Khoei, S. A. (1417 AH). *Qaida al-Firaq wal-Sihha wal-ijtihad wal-imitation* (Misbah al-Usul) (5th ed.). Qom: Dawari. [In Arabic].
29. Mousavi Khoei, S. A. (1418 AH). *al-Tanqih fi Sharh al-Urwa al-Wathqa* (1st ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
30. Mousavi Khoei, S. A. (1418 AH). *Encyclopedia of Imam al-Khoei* (1st ed.). Qom: Imam al-Khoei Revival Foundation. [In Arabic].
31. Musa, H. Y. (1410 AH). *al-Ifsah* (4th ed.). Qom: Islamic Media School. [In Arabic].
32. Naeini, M. H. (1352 AP). *Ajwad al-Taqrirat* (lectures of Abu al-Qasim Khoei, 1st ed.). Qom: al-Irfan Press. [In Arabic].
33. Naeini, M. H. (1376 AP). *Fawaid al-Usul* (Lectures of Mohammad Ali Kazemi Khorasani, 1st ed.). Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic].
34. Najafi, M. H. (n.d.). *Jawahir al-Kalam* (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
35. Ruhani Qommi, S. M. H. (1417 AH). *al-Masail al-Montakhaba* (1st ed.). Kuwait: Al-Alfin School of Companies. [In Arabic].
36. Sharif Murtaza, A. (1405 AH). *Rasa'il al-Sharif al-Murtada* (1st ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic].
37. Shaykh al-Ansari. (1428 AH). *Faraid al-Osul*. (9th ed.). Qom: Islamic Thought Association. [In Arabic].
38. Shaykh Tusi. (1417 AH). *Uddat fi Usul al-Fiqh* (1st ed.). Qom: Mohammad Taghi Alaqbandian. [In Arabic].
39. Tabatabaei Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsak al-'Urwa al-Wuthqa*. (1st ed.). Qom: Institute of Interpretation.



فقه

40. Tabatabaei Mujahid, M. (1296 AH). *Mafatih al-Usul* (1st ed.). Qom, Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
41. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1409 AH). *al-'Urwa al-wuthqa* (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation for Publications. [In Arabic].
42. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1419 AH). *al-'Urwa al-wuthqa* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
43. Tabrizi, J. (1426 AH). *Tanqih Mabani al-Urwa - Book of Ijtihad wa Taqlid* (1st ed.). Qom: Dar al-Sadiqa al-Shahida (PBUH). [In Arabic].
44. Tabrizi, J. (1427 AH). *Selected Issues* (5th ed.). Qom: Dar al-Sidiqah al-Shahid (PBUH). [In Arabic].
45. Tony, A. (1415 AH). *al-Wafia fi Usul al-Fiqh* (2nd ed.). Qom: Islamic Thought Association. [In Arabic].
46. Yazdi, M. (1426 AH). *Sharh al-'Urwa al-wuthqa* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [In Arabic].



فقه



An Examination of the Validity of Temporary Marriage with the Intention of Being Mahram with a Third Person

Maryam Sadat Banihashemi¹

Received: 02/11/2019

Accepted: 13/06/2020

Abstract

Temporary marriage with the intention of creating Mahramiat (In Islam, a mahram is a member of one's family with whom marriage would be considered haram; mahramiat is the state of being mahram) between one of the spouse and a third person has become common with the prevalence of adoption in Iran, especially among religious people. For this reason, this paper examines and investigates the validity and invalidity of this type of Mahramiat as a type of marriage, and the main question is whether it is possible to correct this type of marriage contract. For this purpose, through the library method, the views of jurists in this field and their arguments have been studied. During the study of the different viewpoints of Shiite jurists and their reasons in this regard, the validity of this type of Mahramiat has been faced serious challenges, because the spouses do not have a serious intention to get married. Although they intend to write a sigheh (marriage vows), "intention" is one of the components of any marriage contract. In addition, basically, such marriages have not been reported in the Shari'a tradition in the era of the Imams (as). Furthermore, the validity of this type of Mahramiat cannot be relied on general and absolute arguments for the validity of marriage, since there exists doubts in its being marriage.

Keywords

Marriage, Mahramiat, intention, Sigheh, saghir (small), temporary marriage.

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Tehran University of Principles of Religion, Tehran, Iran. m.banihashemi.m@gmail.com

بررسی صحت نکاح موقت به قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث

مریم سادات بنی‌هاشمی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۱۱

چکیده

نکاح موقت به قصد ایجاد محرمیت بین یکی از زوجین و فرد ثالث با شیوع فرزندخواندگی در کشورمان و به‌ویژه در میان متدینین رواج پیدا کرده است. به همین دلیل در این مقاله به بررسی و تحقیق در صحت و بطلان این نوع ایجاد محرمیت به‌عنوان نوعی نکاح پرداخته شده است و پرسش اصلی، امکان یا عدم امکان تصحیح این نوع عقد است. به این منظور به روش کتابخانه‌ای دیدگاه‌های فقها در این زمینه و مستندات آنها بررسی شده است. در خلال کنکاش آرای متفاوت فقهای شیعه و دلایل آنها در این زمینه، صحت این نوع ایجاد محرمیت با چالش جدی مواجه می‌شود؛ زیرا متعاقباً فاقده قصد جدی برای نکاح هستند، هر چند قصد انشاء صیغه را دارند؛ در حالی که «قصد» از جمله مقومات هر عقدی است. افزون بر این که اصولاً در سیره متشرعه متصل به عصر ائمه علیهم‌السلام این گونه نکاح گزارش نشده است. افزون بر این، نمی‌توان بر صحت این نوع محرمیت به عموماً و اطلاقات ادله صحت نکاح استناد کرد؛ زیرا اصولاً شک در نکاح بودن آن وجود دارد.

کلیدواژه‌ها

نکاح، محرمیت، قصد، صیغه، صغیر، مُتعه.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه اصول دین واحد تهران، تهران، ایران. m.banihashemi.m@gmail.com

■ بنی‌هاشمی، مریم‌سادات. (۱۳۹۹). پژوهشی فقهی در صحت نکاح موقت به قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث.

Doi: 10.22081/jf.2020.55955.1935

فصلنامه فقه، ۲۷ (۱۰۲)، صص ۱۲۷-۱۵۱.



فقه

مقدمه

معاملات صوری از جمله مسائلی است که در تمام دنیا بخشی از مباحث حقوقی را به خود اختصاص داده است؛ چنان که در حقوق مدنی در باب قصد و رضا مواردی بیان شده است که طرفین عقد با توجه به معانی الفاظ و داشتن اراده انشائی دارای اراده حقیقی نبوده‌اند و در ضمنی مثال‌هایی بطلان بعضی از آنها اعلام شده است (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۲).

از جمله این معاملات ازدواج‌های صوری است که به انگیزه‌های مختلفی ممکن است شکل بگیرد، مثل اخذ تابعیت کشوری خاص یا رسیدن به هدفی خاص که شرط تأهل در آن لحاظ شده است. در این نوع ازدواج‌ها اگر زوجین به صوری بودن عقد واقف بوده و قصد جدی بر ایجاد علقه زناشویی نداشته باشند، به واسطه نبودن عنصر قصد عقدی تحقق پیدا نمی‌کند. این در صورتی است که زوجین در نبود قصد جدی بر عقد اذعان داشته باشند؛ اگرچه اسناد را امضا نموده یا تشریفات مخصوص را به جا آورده‌اند. اما مواردی از ازدواج وجود دارد که ممکن است زوجین قصد واقعی برای نکاح را نداشته باشند، ولی برای ایجاد یک اثر از آثار نکاح مبادرت به خواندن صیغه نکاح می‌کنند؛ مثل مواردی که قصد آنها یا اولیای آنها ایجاد محرمیت بین افرادی به غیر از زوجین است.

از آنجایی که مصاهره به عنوان یکی از اسباب ایجاد محرمیت در فقه اسلام مطرح است و به عنوان یکی از آثار و احکام ازدواج صحیح، افرادی غیر از زوجین نیز به آنها محرم می‌شوند، مثل مادر زن، پدر شوهر و فرزندان همسر، این مسئله باعث شده گاهی برای ایجاد این محرمیت تبعی، ازدواج‌هایی موقت و با زمان‌هایی کوتاه، شکل بگیرد؛ بدون اینکه ازدواج فی حد نفسه مطلوبیتی داشته باشد. از آنجایی که قصد نکاح از مقومات عقد است، این شائبه پیش می‌آید که در مواقعی که قصد واقعی از عقد، حلیت نکاح بین زوجین نیست، بلکه محرمیت دیگران است، چگونه می‌تواند عقد محقق شود. مخصوصاً زمانی که این عقد بین کودکان واقع شده و مصلحت آنها در نکاح در نظر گرفته نشده است یا زمانی که بزرگسالان هم به این عقد به عنوان نکاح نمی‌نگرند و آن را صیغه محرمیت می‌دانند.



فقه

آیا می‌توان گفت که چون قصد انشای نکاح شده و انگیزه نیز حلال است یا رضایت اطراف عقد یا اولیای آنها موجود است، همان واقع می‌شود یا اینکه مسئله را به عدم توقیفیت در معاملات استناد کرد و این را نوعی جدید از نکاح دانست. در این مقاله این نوع ازدواج‌ها از نظر فقهی بررسی و ادله صحت و عدم صحت آن ارزیابی می‌شود. از آنجایی که این گونه ازدواج‌ها در میان کسانی که کودکانی را به فرزندخواندگی می‌گیرند، مرسوم است، مخصوصاً در میان متدینان، بررسی صحت این گونه نکاح‌ها و به تبع آن آثاری که اصالتاً مد نظر آنها است، ضروری می‌باشد.

بنابراین از میان انواع ایجاد محرمیت که ممکن است به انگیزه‌های مختلفی ایجاد شود، در این مقاله تنها نوعی خاص از آن که هدف از انجام نکاح ایجاد محرمیت بین یکی از زوجین و فرد ثالث است، مورد ارزیابی فقهی قرار گرفته است؛ درحالی که چه بسا انواعی دیگر از نکاح صوری هم وجود داشته باشد. نکته قابل توجه دیگر این است که ما به دنبال بررسی روش‌های شرعی فرزندخواندگی نیستیم؛ هرچند از این نوع محرمیت به عنوان یک روش شرعی مطرح است. در واقع می‌خواهیم بدانیم آیا این نوع نکاح در زمره ازدواج‌های صوری قرار می‌گیرد یا خیر؟

برای رسیدن به این منظور ابتدا به تعریف عقد صوری می‌پردازیم و سپس تاریخچه مسئله را بررسی و در نهایت ادله صحت و عدم صحت این نوع ازدواج‌ها را به تفصیل ذکر می‌کنیم و در ضمن آن به ارزیابی مستندات می‌پردازیم.

۱. تعریف عقد صوری

واژه صوری از نظر لغوی منسوب به صورت و به معنی ظاهری و در مقابل معنوی (دهخدا، ۱۳۶۵، صص ۳۲، ۳۷۰) و ساختگی و دروغی (سیاح، ج ۱، ص ۱۰۸۶) معنا شده است.

اصطلاح معاملات صوری اصطلاحی جدید است که در کتاب‌های متقدم نیامده است. کتاب فرهنگ فقه بیع صوری را «صورت بیع بدون قصد آن» معرفی می‌کند و توضیح می‌دهد «بیع صوری به معامله‌ای گفته می‌شود که برحسب ظاهر بیع است، لیکن قصد جدی نسبت به آن از دو طرف معامله یا یکی از آنها وجود ندارد. در صورتی که





فروشنده و خریدار یا یکی از آن دو قصد انشای تملیک را نداشته باشند، اثری بر داد و ستد مترتب نمی‌شود» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۱۸۷).

در ترمینولوژی حقوق هر معامله‌ای را که ظاهرش بر خلاف باطن آن است، معامله صوری می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۳۴۲۱). یکی از معاصران معاملات صوری را معاملات بدون قصد جدی، دانسته، آن را باطل می‌شمرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۱۷۹). بنا براین می‌توان گفت معامله صوری به معامله‌ای گفته می‌شود که ظاهر و صورت معامله را داشته باشد، ولی فاقد آثار و نتایج عقد صحیح باشد.

۲. پیشینه تحقیق

گفتنی است مطلبی در مورد این نوع از ایجاد محرمیت در روایات نیامده است. در میان سخنان فقهای متقدم نیز مطلبی یافت نشده مگر در قالب نکاح صغیر و صغیره که آن‌هم در جایی است که حقیقتاً نکاح منظور است و نه محرمیت یکی از زوجین با فرد ثالث. محقق بحرانی رحمته‌الله به صراحت این مطلب را بیان کرده است؛ ولی با وجود این از قول علما و بزرگان عصر خود به صحت این نوع عقد اعتراف می‌کند و حتی از شیخ سلیمان بن عبدالله بحرانی رحمته‌الله مواردی از عمل به آن را نقل می‌نماید (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۲۰۵). ایشان سپس می‌فرماید: مدتی نزدیک چهل سال این گونه گذشت تا اینکه مدتی در شیراز زندگی کردم و با بعضی از طلاب برخورد کردم که در حلیت نگاه، در این نوع عقد تشکیک می‌کردند با اینکه عقد را صحیح می‌دانستند. مدتی بعد که به عراق رفته و مجاور امام حسین علیه‌السلام گشتم، دیدم که این شبهه به عرب‌ها هم سرایت کرده تا جایی که یکی از بزرگان هم عصر آن را به کلی باطل می‌داند. به این علت که این نوع نکاح از قاعده «العقود» تبعیت نمی‌کند و قصد محرمیت یکی از زوجین با فرد ثالث شده و استمتاع زوجین که تنها فایده شرعی نکاح است، قصد نشده است (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۲۰۶).

به نظر می‌رسد بزرگی که مرحوم بحرانی رحمته‌الله بیان می‌کند، مرحوم بهبهانی رحمته‌الله باشند که در رساله‌ای با عنوان حکم متعه صغیره با این نوع ایجاد محرمیت‌ها مخالفت می‌کند و آن را صحیح نمی‌داند (بهبهانی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۲۹).

این مسئله با عنوان متعه صغیره در میان بزرگان ارزیابی شده است. میرزای قمی رحمته الله علیه و مرحوم نراقی رحمته الله علیه بر وجوهی از آن تشکیک نموده‌اند (گیلانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۳۱۱؛ گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۷۵؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۹۸). شیخ انصاری رحمته الله علیه حتی با عدم قصد تمتع آن را صحیح می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۴۴). در میان معاصران نیز مسئله با احتیاط و تشکیک بیان شده و حداقل نسبت به زمان محرمیت، اشکال وارد شده و لازم دانسته‌اند که زمان به مقداری در نظر گرفته شود که دختر بالغ شود یا حداقل استمتاع ممکن باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، صص ۳۰، ۱۷۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۲۷؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۶۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۷۸).

فقه‌های گران‌قدر بر نفی و اثبات این مسئله ادله‌ای ارائه داده‌اند، مثل لزوم مصلحت در نکاح صغیره و اینکه باید به مهرالمثل باشد؛ اما از آنجایی که موضوع مقاله متعه صغیره نیست، بلکه نکاح برای ایجاد محرمیت است که حتی در مواردی نکاح بزرگسالان را نیز در بر می‌گیرد (جایی که قصد ایجاد محرمیت برای افرادی غیر از زوجین است و حصول محرمیت بین زوجین اصلاً تصور نمی‌شود) (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۷)، تنها از این ناحیه مطلب را ارزیابی می‌کنیم؛ درحالی‌که بیشتر علما در مورد افراد بزرگسال مطلبی نداشته‌اند. به غیر از مرحوم میرزای قمی رحمته الله علیه که در مواردی مسئله را به بزرگسالان هم سرایت داده است (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۷).

۳. ادله صحت و فساد ازدواج به قصد محرمیت با فرد ثالث

بر صحت و فساد این نوع ایجاد محرمیت ادله و مستندات وجود است که به تفکیک به آنها می‌پردازیم.

۳-۱. مستندات صحت این نوع نکاح

بعضی از بزرگان که قایل به صحت این نوع نکاح هستند مستندات بر صحت آن ارائه داده‌اند:



۳-۱-۱. وجود قصد فی الجمله

از جمله ادله‌ای که برای صحت این گونه ازدواج‌ها بیان شده این است که قصد موجبات عقد ولو فی الجمله، کافی است و لازم نیست همه آنچه بر عقد مترتب است قصد شود؛ زیرا دلیلی بر لزوم قصد تمام موجبات عقد نداریم. اگر مردی با زنی مسن به علتی غیر از نکاح مثلاً استیلا بر ثروت او ازدواج کند، شکی در صحت این عقد نیست (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۲۱۱)؛ پس قصد همه غایات لازم نیست، بلکه قصد یک غایت [که حصول محرمیت بین داماد و مادر زن و یا بین عروس و پدر شوهر است] کافی است. اگر برای خرید خانه غایاتی است و فردی تنها برای اجاره دادن، آن را بخرد کافی است؛ در حالی که عمده‌ترین غایت خرید خانه، سکونت است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۳۲؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۳۳۳؛ بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶).

در پاسخ می‌توان گفت به لازم نیست همه موجبات و غایات عقد قصد شود، ولی قصد عقد نکاح ضروری است؛ درحالی که در این گونه عقدها چنین قصدی وجود ندارد. چنانچه از زوجین و مخصوصاً زوجه یا ولی او پرسیم آیا اگر او حقیقتاً به خواستگاری تو یا دخترت می‌آمد، راضی به ازدواج بودی، قطعاً خواهد گفت خیر. این مسئله در مواردی آنقدر واضح است که حتی از گفتن اینکه صیغه نکاح خوانده شود، اکراه دارند و آن را صیغه محرمیت می‌دانند؛ درحالی که چنین عقدی نه در میان عقلاً موجود است و نه در متون شرعی به آن اشاره شده است.

تشبیه مورد به ازدواج فردی با زن یا مرد مسن به قصد استیلا بر اموال او نیز بی‌جاست؛ زیرا همین اشکال در این موارد هم موجود است (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۷)، با این تفاوت که موردی که برای استیلا بر ثروت ازدواج صورت گرفته، زوجین اغلب قصد نکاح دارند ولی نه برای رسیدن به هدف اصلی ازدواج، بلکه برای رسیدن به غایات فرعی. علاوه بر اینکه تنها یک طرف، قصدی این گونه دارد، ولی طرف مقابل قصد جدی دارد. نسبت به مواردی مثل خرید خانه هم قصد بیع و ملکیت به عوض، موجود است اگرچه برای غایتی فرعی؛ درحالی که در نکاح صورتی اصولاً قصد زوجیت نیست یا در اغلب موارد نیست.



در واقع اشکال و بحث بر روی این مطلب است که قرائن نشان می‌دهد اصولاً قصد جدی بر نکاح در اغلب موارد نیست.

«حاصل اینکه قصد بیع صحیح موجب ترتب همه آثار عقد می‌شود و قصد نکردن یک اثر ضروری به مسئله نمی‌زند. حتی اگر بسیاری آثار به سبب مانعی امکان‌پذیر نباشد نیز مشکلی ایجاد نمی‌کند. عمده‌ترین چیز قصد بیع صحیح است» (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۷).

۳-۲. تشبیه مسئله به راه‌های فرار از ربا، شفعه و حیل شرعی

از جمله ادله ارائه شده بر صحت این گونه ازدواج‌ها تشبیه آن به حیل‌های شرعی است (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶؛ گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۴). حیل‌های شرعی و جواز اجمالی آن از جمله مسائل پذیرفته شده در فقه امامیه و حتی دیگر فرقه‌های اسلامی است تا جایی که در کتاب خلاف آن را بین همه مسلمانان مسلم دانسته که تنها بعضی از تابعین آن را رد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۹۰).

میرزای قمی رحمته‌الله این شبهه را از جمله اشکالات قوی دانسته است؛ ولی در عین حال مسئله را به گونه‌ای بیان کرده است که گویی حتی در حیل شرعی و راه‌های فرار از ربا نیز «قاعده العقود» مانع از صحت آن راهکارها است. ایشان با این حال، مسئله را با بیان مقدمه‌ای و بیان تفاوت بین غایت و فائده و غرض در افعال توضیح می‌دهد؛ سپس می‌فرماید: افعال الهی نیز معلل به اغراضی است؛ ولی گاهی بر افعال او آثاری بار می‌شود که غرض او نیست؛ مثلاً غرض شارع از حلیت نکاح تکثیر نسل و بقای نسل و سد باب فجور است و بر اساس مقدورات بشر به انواعی تقسیم شده است. امتثال نیز باید بر اساس اغراض خداوند باشد و نمی‌شود آنچه را غرض نیست، غرض شمرد. حتی در جایی که مسئله از اختراعات بشر است و امضایی می‌باشد نیز خداوند بر وفق غرض واضع، آن را امضا کرده است؛ به عنوان مثال بیع در عرف و عادت، برای نقل و انتقال ملک بر وجه خاص وضع شده است؛ پس کسی که معامله بیع را اراده می‌کند، ناچار است که این غرض خاص را قصد کند، وگرنه بیع واقع نمی‌شود؛ بنابراین اگر کسی به





این قصد که وراثت از اموال او ارث نبرند آنها را فروخت و قصد انتقال به بائع را نکرد، بیع او صحیح نخواهد بود (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۴).

نکته مهم دیگر در پاسخ به این اشکال، خدشه به کبرای مسئله است. اگرچه جواز حیل شرعی در میان علمای بزرگ اجمالاً پذیرفته شده است، ولی نسبت به مصادیق با تردیدهایی همراه بوده است. شیخ طوسی رحمته آن را در مباحات به طور کلی جایز می‌داند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۹۰؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۵۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۹۵) و محقق حلی رحمته، علامه حلی رحمته، شهید ثانی رحمته و فیض کاشانی رحمته آن را در مباحات جایز دانسته، ولی معتقدند در حیله‌هایی که از طرق نامشروع واقع می‌شود نیز علی‌رغم گناهکار بودن فاعل، حیله کارساز است (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۲۰؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۲۱؛ حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۵۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۰۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۳۳).

مرحوم اردبیلی رحمته اکثر راه‌های فرار از ربا را جایز نمی‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۴۵۳). محقق بحرانی رحمته آن را در محدوده آنچه در روایات آمده یا موافق قواعد است، جایز می‌داند و بعضی را نیز باطل اعلام می‌کند (بحرانی، ۱۴۲۳ق، ج ۲۵، ص ۳۷۶). صاحب جواهر رحمته راه‌هایی را که منجر به نقض غرض شارع از اصل مشروعیت حکمی می‌گردد، باطل می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۲۰۲). علامه مجلسی رحمته آن را در محدوده روایات صحیح دانسته و با وجود این، دوری از حیل را برای جلوگیری از سقوط و لغزش توصیه می‌کند (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۲۲۸). مرحوم بجنوردی رحمته تنها در صورت قصد حقیقی معامله را صحیح می‌داند و در صورتی که قصد حقیقی از معامله موجود نباشد و تنها صورت و شکل از مثلاً بیع داشته باشد، آن را باطل می‌داند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۲۷۵).

امام خمینی رحمته در تحریر الوسیله می‌فرماید: «برای خلاصی یافتن از ربا راه‌هایی را در کتاب‌ها ذکر کرده‌اند و من در این مسئله تجدید نظر کردم و این نتیجه را گرفتم که تخلص از ربا به هیچ راهی از این راه‌ها، جایز نیست. آنچه جایز است خلاصی یافتن از مثل هم‌بودن (عوضین) با اضافه گرفتن است، مانند فروش یک من گندم که در قیمت مساوی دو من جو یا دو من گندم نامرغوب است، که اگر کسی بخواهد از خرید و

فروش دو مثل هم با اضافی خلاص شود، به ناقص، چیزی ضمیمه می کند تا از حرام به حلال فرار کند و این در حقیقت خلاصی از ربا و اضافه گرفتن نیست، و اما تخلص از آن با هیچ قسم از اقسام حیلها جایز نیست» (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۱۲).

ایشان در کتاب بیع علت این مسئله را این گونه توضیح می دهد که علت و حکمت حرمت ربا ظلم بودن و ایجاد فساد است و ظاهر آیه قرآن دلالت بر این امر دارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۵۴۲)، جایی که می فرماید: «وَإِنْ تَبَيَّنْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره: ۲۷۹)؛ چنان که در روایاتی علت تحریم ربا، ایجاد تزلزل در بازار، رهاشدن تجارت، فراموشی معروف و فساد اموال معرفی شده است (صدوق، ۱۳۸۶، ج ۱ و ۲، ص ۴۸۲؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۶۷، ح ۴۹۳۷؛ صدوق، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۲، ح ۲؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۶۶، ح ۴۹۳۵؛ صدوق، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۳، ح ۳؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۶۶، ح ۴۹۳۶؛ صدوق، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۸۳، ح ۴؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۶۵، ح ۴۹۳۴).



۱. «حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُبَيْدٍ اللَّهُ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَشِيرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْعَبَّاسِ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ عَنْ هِشَامِ بْنِ الْحَكَمِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ عَلِيٍّ تَحْرِيمِ الرِّبَا قَالَ إِنَّهُ لَوْ كَانَ الرِّبَا حَلَالًا لَتَرَكْتُ النَّاسَ التَّجَارَاتِ وَ مَا يَخْتَجُونَ إِلَيْهِ فَحَرَّمَ اللَّهُ الرِّبَا لِتَقْرِ النَّاسِ عَنِ الْحَرَامِ إِلَى التَّجَارَاتِ وَ إِلَى الْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ فَيُضِلُّ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ فِي الْقَرْضِ».
۲. «أَخْبَرَنِي عَلِيُّ بْنُ حَاتِمٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ ثَابِتٍ قَالَ حَدَّثَنَا عُبَيْدُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالَ إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ الرِّبَا لِئَلَّا تُمْتَنِعُوا عَنِ اضْطِنَاعِ الْمُعْرُوفِ».
۳. «وَ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو الْقَاسِمِ حُمَيْدٌ قَالَ حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ النَّهْجِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ الطَّاطِرِيِّ عَنْ دُرِّشْتِ بْنِ أَبِي مَنْصُورٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَطِيَّةٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَ إِذَا حَرَّمَ اللَّهُ الرِّبَا لِئَلَّا يَذْهَبَ الْمُعْرُوفُ».
۴. «حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْعَبَّاسِ قَالَ حَدَّثَنَا الْقَاسِمُ بْنُ الرَّبِيعِ الصَّحَّافِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ أَنَّ أَبَا الْحَسَنِ عَلِيَّ بْنَ مُوسَى الرُّضَاعِ كَتَبَ إِلَيْهِ فِيمَا كَتَبَ مِنْ جَوَابِ مَسَائِلِهِ عَلَيْهِ تَحْرِيمِ الرِّبَا إِذَا نَهَى اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمِينَ كَانَ نَعْنُ الدَّرْهَمَ دَرْهَمًا وَ نَعْنُ الْآخَرَ بِاطِلَا فَيَبِغِ الرِّبَا وَ شِرَاؤُهُ وَ كُنَّ عَلَى كُلِّ حَالٍ عَلَى الْمُشْتَرِي وَ عَلَى الْبَائِعِ فَحَظَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى عَلَى الْعِبَادِ الرِّبَا لِئَلَّا يَفْسُدَ الْأَمْوَالُ كَمَا حَظَرَ عَلَى السَّيْفِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ لِمَا يَتَحَوَّفُ عَلَيْهِ مِنْ إِفْسَادِهِ حَتَّى يُؤْتَسَ مِنْهُ رُشْدًا فَلِهَذَا عَلِيٌّ حَرَّمَ اللَّهُ الرِّبَا وَ بَيْعِ الدَّرْهَمِ بِدَرْهَمَيْنِ يَدَأُ بِيَدٍ وَ عَلَيْهِ تَحْرِيمِ الرِّبَا بَعْدَ الْبَيْتَةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِشْتِخْفَافِ بِالْحَرَامِ وَ هِيَ كَبِيرَةٌ بَعْدَ الْبَيَانِ وَ تَحْرِيمِ اللَّهِ تَعَالَى لَهَا وَ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْهُ إِلَّا اسْتِخْفَافًا بِالْمَحْرَمِ لِلْحَرَامِ وَ الْإِشْتِخْفَافُ بِذَلِكَ دُخُولٌ فِي الْكُفْرِ وَ عَلَيْهِ تَحْرِيمِ الرِّبَا بِالنَّيْسِيَّةِ لِئَلَّا يَذْهَبَ الْمُعْرُوفُ وَ تَلَفَ الْأَمْوَالُ وَ رَغِبَةَ النَّاسِ فِي الرِّبْحِ وَ تَوَكُّبَهُمُ الْقَرْضِ وَ صَنَائِعِ الْمُعْرُوفِ وَ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ وَ الظُّلْمِ وَ فَنَاءِ الْأَمْوَالِ».



امام علیه السلام در جایی دیگر از این کتاب موارد مجاز را مواردی می‌داند که از نظر عرف و عقلا ربا نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۴۳).

در واقع از نظر امام علیه السلام حکم حرمت بر روی موضوع ربا رفته است و هر جا ربا موضوعاً محقق شود، حرمت بر روی آن بار می‌شود و در این راه‌ها از نظر عرف و عقلا ربا است و حیل‌ها باعث نمی‌شود که موضوع از ظلم و فساد بودن خارج شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۴۴).

امام علیه السلام در بر خورد با روایات صحیح‌های که در بیان طرق فرار از ربا از ائمه رسیده است، معتقد به لزوم تأویل یا بازگرداندن علم آن به صاحبش است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۴۴)؛ اگر چه سپس تک‌تک روایات را بررسی کرده، در مورد آنها نظر اجتهادی خود را بیان می‌کنند.

ایشان در پاسخ به کسانی که ظلم و فساد را نکته جعل حکم می‌دانند و نه علت آن، به دو نکته اساسی اشاره کرده، می‌فرماید: «این امری مسلم است ولی تنها باعث می‌شود که تخصیص و یا تقیید حکم در مواردی صحیح گردد. اما نمی‌توان به‌طور کلی با تمام دلالت آن مخالفت نمود. در اینجا هم حکمت حرمت ربا مفاسدی است که در همه طرق ارائه شده رهایی از آن امکان‌پذیر نیست و در غیر این صورت لغویت در جعل پیش می‌آید.

اینکه علت حرمت ربا را فساد و ظلم و ترک تجارت بدانیم، ولی تنها با تغییر عنوان همه آن را حلال اعلام کنیم، موجب می‌شود که تناقض در جعل و یا لغویت در آن پیش آید» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۴۵).

نکته دومی که امام در پاسخ به اشکال و به‌عنوان تأییدی بر عدم جواز راه‌های فرار از ربا بیان می‌کند، این است که «اگر به همین سادگی حیل‌ها می‌توانست اثرگذار باشد و حرمت اکل ربا را بردارد، چرا پیامبر عظیم‌الشان صلی الله علیه و آله به آنها اشاره نکرده تا به جای وقوع در حرام از آنها در جهت حلال استفاده نمایند. حرامی که عنوان محاربه با خدا و رسول را دارد (بقره، ۲۷۹)^۱ و یک درهم از آن معادل هفت مرتبه زنا با محارم

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ».

است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۴۴، ح ۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۴، ح ۶۱) ^۱ چرا پیامبر فرمان قتال رباخواران را صادر نمود، درحالی که می توانست به آنها بیاموزد که تنها با ضمیمه کردن و تغییر کلام و به سهولت می توان از آن بهره مند شد و به این وسیله خون مسلمین هم حفظ می گردید؛ لذا چاره‌ای برای فرار از این موبقه بزرگ نیست» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۴۶).

با این توضیحات مشخص می شود که صحت راه‌های فرار از ربا با اشکالات جدی مواجه است و تشبیه ازدواج‌های این گونه به آن راه‌ها نمی تواند موجب صحت این نوع نکاح شود.

۲-۳. مستندات عدم صحت این نوع نکاح

در نقطه مقابل بعضی دیگر از فقها در صحت این نوع ایجاد محرمیت تردید کرده و ادله‌ای ارائه نموده‌اند:

۱-۲-۳. نبود قصد جدی

عمده‌ترین دلیل بر فساد این نوع عقدها، نبودن قصد جدی از ایجاد رابطه زوجیت و حلیت استماع است و از این حیث شبیه عقد هازل و غافل است (بهیانی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۳۶؛ گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۳).

عقد عبارت است از عهد مؤکد و عهد امر قلبی است و صیغه، آلت انشای آن امر قلبی در عالم اعتبار است و بدون قصد نسبت به مورد عهد، امکان وقوعی ندارد. به اعتباری عقد تعهد اشخاص با هم در امری است و نتیجه عقد حصول آن چیزی است که مورد تعهد واقع شده است در عالم اعتبار و این ممکن نیست مگر با قصد آن معنی برای متکلم و منشی در حال انشاء. به طور خلاصه وقوع امر قصدی بدون قصد ممکن نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۱۳۶-۱۳۸ و صص ۱۴۲-۱۴۳).

۱. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: دَرَّهْمٌ رِبَاً أَشَدُّ مِنْ سَبْعِينَ زَنْبِيَّةً كُلُّهَا بِدَاةٍ مَحْرَمٍ».



فقه



شیخ انصاری رحمته الله علیه می فرماید: از جمله شرایط متعاقدان، قصد آنها نسبت به مدلول لفظی است که تلفظ می کنند. شرطیت قصد به این معنی در صحت عقد، بلکه در مفهوم عقد از جمله چیزهایی است که اختلافی در آن نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۹۵).

میرزای قمی رحمته الله علیه در توضیح، عقد را از افعال قلبی می داند که بدون قصد محقق نمی شود؛ پس از نظر ایشان نیز قصد از مقومات خود مفهوم عقد است (گیلانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۹۳۰).

سیره عقلانی نیز بر این است که برای عقد فاقد قصد اثری قائل نیستند؛ اگرچه در ظاهر همه ویژگی های عقد را داشته باشد.

الفاظ نکاح به مانند اذکار و اوراد نیستند که در عالم واقع تأثیر بگذارند. صاحب مقابس رحمته الله علیه متذکر شدند که اصولاً عقد بدون قصد عقد نیست؛ اگرچه از نظر الفاظ ایجاب و قبول بدون اشکال باشد؛ چراکه تأثیر صیغه در عقود تعبدی و از قبیل تأثیر الفاظ در عبادات نیست، بلکه ایجاب و قبول در کنار قصد، عقد نامیده می شود. در حقیقت قصد از امور معتبر در خود صیغه است (کاظمی تستری، بی تا، ص ۱۱۴).

به قول شهید بهشتی «کلام بجا، بی اثر نیست. کلام منحرف شده از جایش بی اثر است. کلام بی معنی را هم نمی گویم؛ گرچه بعضی ها واقعاً هم بی معنی است. اما برای اینکه یک فرمول در دستشان باشد که چه چیزی بی اثر است، آن کلام منحرف شده از جای طبیعی اش می باشد که تا آخر دنیا هم بی اثر است. آن قاعده "إِنَّمَا يَحْرِمُ الْكَلَامُ وَ يَجِلُّ الْكَلَامُ" هم هیچ ناظر به این کلام نیست. کلام بی اثر، کلام منحرف شده از جای خودش را هیچ فقهی و هیچ حدیثی و هیچ قاعده فقهی هم نگفته که مؤثر است» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۲۳۷).

این نوع ازدواج ها امروزه نه با عنوان ازدواج بلکه با عنوان صیغه محرمیت مطرح می شود؛ یعنی چه بسا در اوایل و قبل از شیوع این نوع ازدواج قصد واقعی نکاح در زوجین وجود داشت؛ ولی به مرور و با شیوع این پدیده نکاحیت نکاح فراموش شده و آنچه باقی می ماند قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث است. آنچه مهم است قصد متعاملین از ایجاد یک علقه است که آن را گاهی با لفظ و گاهی با عمل بروز می دهند. در واقع

آنها قصد می کنند که یک رابطه زوجیت ایجاد کنند که در نتیجه آن انس و الفت بین زوجین شرعاً بدون اشکال شود؛ سپس با لفظ یا عمل آن را در عالم اعتبار محقق می کنند؛ در حالی که در ازدواج برای ایجاد محرمیت بین یکی از زوجین و فرد ثالث، اصلاً زوجیتی که نتیجه حداقلی آن انس و الفت بین زوجین باشد، مطرح نیست. به این علت که چه بسا اصلاً زوجین همدیگر را نینند یا در اعماق وجودشان مایل به ایجاد این انس و الفت نباشند، بلکه هدفشان صرفاً ایجاد محرمیت با فرد ثالث باشد. پسری که در خانواده‌ای به فرزندی پذیرفته شده و زمان ازدواجش رسیده و برای محرم شدن همسرش به پدر خوانده، راضی می شود صیغه‌ای موقت بین همسر آینده‌اش و برادر ناتنی‌اش که فرزند واقعی پدر است، خوانده شود، آیا اصلاً به نکاح بودن این صیغه فکر می کند. برادر ناتنی او چه؟ زوجه آینده چگونه واقعاً راضی می شود ابتدا به نکاح موقت برادر دریابد. این همه تنها در صورتی است که اصولاً به نکاح بودن فکر نکنند و تنها به معجزه کلمات بیندیشند. حال آنکه کلمات در نکاح بدون قصد واقعی اثری ندارند. در واقع حتی اگر بپذیریم که متعاقبین قصد انشای صیغه را دارند، تمام قرائن گواهی می دهند که قصد نکاح را ندارند. به این ترتیب می توان آن را عقدی صوری شمرد.

۳-۲-۲. تمتع وجه تشریح نکاح موقت

از آنجایی که در تمام این ازدواج‌ها، نکاح به صورت موقت انجام می شود، بعضی از ادله ناظر به این نوع نکاح است؛ از آن جمله اینکه عقد منقطع برای تمتع از همسر وضع شده است و این نکته‌ای است که از ظاهر آیه قرآن (نساء، ۲۴)^۱ و کلمه تمتع و اخبار باب متعه فهمیده می شود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، باب اول از ابواب متعه، صص ۷-۱۲، ح ۷، ۸، ۹، ۲۶ و ۲۷)؛ مخصوصاً در مورد علت و جوه مختلف نکاح این گونه تشریح شده است تا بندگان بر اساس توانایی‌شان از انواع آن بهره ببرند. مراد بهر مندی از خود همسر است نه مادر او. همچنین لزوم وجود اجر که در آیه و روایات آمده و از ارکان نکاح منقطع شمرده

۱. «... وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا...».





می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۱۵۳) دلالت بر تمتع دارد؛ زیرا اجرت در قبال عمل است؛ در حالی که اینجا نه عملی واقع شده و نه تمتعی (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۷۶). در کتاب جواهر در فرق بین نکاح دائم و منقطع آمده است: «منظور از نکاح دائم ازدیاد نسل است و در متعه انتفاع و بهره‌بری» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۱۶۲).

از اخباری که در مورد متعه آمده این گونه فهمیده می‌شود که دلیل تشریح آن کمک به کسانی است که امکان ازدواج دائم یا بهره‌مندی از ملک یمین را ندارند (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۳).

از جمله مؤیدات بر این مسئله روایاتی است مبنی بر اینکه اگر از نظر زمانی به مقدار ذکر شده در عقد وفا نشد و یا خوف آن وجود داشت، می‌توان از مهر به مقداری که متناسب آن باشد کسر نمود یا حبس کرد (بهبهانی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۳۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۶۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح متعه)^۱ که اشعار به اصل بودن تمتع زوجین در نکاح متعه دارد؛ در حالی که در ازدواج‌های مورد بحث، اصلاً هیچ نوع از انواع تمتع قصد نشده و حتی وقتی که زوجه کبیره است، ایا از چنین قصدی و استنکاف از آن شدیدتر است (بهبهانی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۳۵).

صرف الفاظ ایجاب و قبول بدون ملاحظه علتی که برای آن وضع شده و علت غایی برای تشریح آن بوده است و صرفاً به غرض ایجاد اثری از آثار آن و هدف قراردادن آن فایده‌ای ندارد (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۵).

به عبارتی ترک اغراض شارع و اکتفا به آثار قسری و جبری، مخالف حکمت واضع و وضع است (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۸)؛ حتی عقلاً هم مقصودشان از نکاح غیر از ایجاد محرمیت بین اشخاص ثالث است.

در اشکال به این استدلال چنین بیان شده است که آیه قرآن و روایات حکمت جعل متعه را بیان می‌کنند؛ ولی ظهوری در اینکه انتفاع علت منحصره است ندارند، به گونه‌ای که موضوع حکم واقع شوند و با نبود آن متعه جایز نباشد. شاهد بر این مسئله

۱. «بَابُ جَوَازِ حَبْسِ الْمَهْرِ عَنِ الْمَرْأَةِ الْمُتَمَتِّعِ بِهَا بِقَدْرِ مَا تُخْلِفُ مِنَ الْمُدَّةِ إِلَّا أَيَّامَ حَيْضِهَا فَإِنَّهَا لَهَا».

جواز ازدواج با زنان مسن است که همه فقها بر آن متفق هستند (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۵۳).

در جواب از این اشکال به آنچه از ملا احمد نراقی رحمته الله رسیده ارجاع می‌دهیم: «پس بدان که ایقاع عقد تمّتع به قصد محرمیت نه استمتاع یا به این نحو است که علاوه بر عدم اراده استمتاع اراده حلیت استمتاع را هم بر فرض اراده ندارند و نمی‌خواهند حلال شدن آن را از اجراء صیغه تمّتع، و می‌خواهند محض حصول محرمیت را، پس این موجب بطلان عقد است بالبدیهه، چه از این عقد قصد حصول زوجیت منقطع که ملزوم حلیت تمّتع است نکرده‌اند و مثل این است که کسی از عقد بیع قصد نقل ملک نداشته باشد، و لا محاله چنین عقدی باطل است، چه صحّت عقد موقوف بر قصد به مقتضای آن است، پس این شخص متعتک گفته و جعلتک محرماً قصد کرده، و قصد أحللت التمتع منك یا جعلتک متعة که لازم آن حلیت تمّتع است نکرده. یا به این نحو است که منظور او عدم استمتاع است، نه عدم حلیت استمتاع، و می‌داند که تمّتع موجب حلیت استمتاع است، و مقصود او هم از اجراء صیغه تحقّق جمیع آثار شرعیّه او هست که از آن جمله حلیت استمتاع و محرمیت و غیر اینها باشد، و از لفظ «متعتک» جعلتک زوجتی المنقطعة محلّلة الفرج و الاستمتاع قصد کرده، و لیکن اصلاً در نظر ندارد که تمّتعی برده باشد و با او مقاربت کرده باشد، در این صورت عقد صحیح است و اصلاً ضرری ندارد؛ زیرا که عموماً جواز تمّتع و اطلاقات آن و سایر اخباری که در آن رسیده شامل این هست و دلیلی بر اشتراط اراده تمّتع نیست. این مثل کسی است که زن هفتاد ساله‌ای را به عقد دوام می‌گیرد به جهت خوردن مال او یا استعانت از اقوام او، و اصلاً قصد مجامعت و تصرّف در بضع آن ندارد، اما مقصود او از صیغه حصول زوجیت شرعیّه است، گو منظور او از حصول زوجیت انتفاع از یک اثر آن باشد» (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، بخش ۲، ص ۹۹).

از نظر ایشان اگر امکان انتفاع به هیچ وجه وجود نداشته باشد، اگرچه به احتمال بعید، متعه صحیح نیست (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، بخش ۲، ص ۱۰۰).

چه بسا اینکه در حالت اول آن را بدیهی البطلان دانسته‌اند به این علت باشد که



فقه



اصولاً قوام عقد به قصد است. به عبارتی نکاح ماهیتی دارد که در میان تمام عقلا شناخته شده است و منظور عقلا از آن ایجاد رابطه‌ای است که در نتیجه آن حداقل انس و الفت زوجین و بهرمندی جنسی آنها از هم مشروع و قانونی می‌شود؛ اگرچه در تمام دوران ازدواج امکان این مسئله فراهم نشود؛ ولی مادامی که قصد حلیت وجود دارد، نکاح هم محقق می‌شود؛ اما اگر از اول قصد این ماهیت نشود، نکاح که ماهیتی جز اعتبار و قصد ندارد، محقق نشده است.

۳-۲-۳. نکاح نبودن این نوع ازدواج‌ها در نزد عقلا

عقلا چنین عقدی را از افراد نکاح نمی‌دانند یا حداقل در این مسئله شک وجود دارد؛ پس نمی‌توان به عمومات و اطلاقات این بخش برای صحت چنین عقدی تمسک جست؛ زیرا انواع نکاح از نظر شرع مشخص است (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۳). عقد تمتع به نوعی از مخترعات اسلام به‌شمار می‌آید و چیزی با عنوان صیغه محرمیت نداریم. در میان عقلای عالم هم چنین نکاحی موجود نیست تا تحقق عقلایی موضوع را دلیل بر صحت تمسک بر عمومات و اطلاقات دانست؛ درحالی که یکی از مهم‌ترین ادله کسانی که این نوع عقد را صحیح می‌دانند، عمومات و اطلاقات باب نکاح است. به قول شهید بهشتی حتی اگر در افریقا هم بروی و بگویی چنین ازدواجی انجام شده به ما می‌خندند و این «انکحت» را انکحت نمی‌دانند (بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۲۳۶).

۳-۲-۴. عدم دلیل بر امضای این نوع عقود

از آنجایی که این نوع استفاده از قالب نکاح تنها در میان شیعیان و در قرون اخیر متداول شده، به گونه‌ای که در کتب گذشتگان از آن نشانی نیست، به نوعی می‌توان آن را سیره جدید متشرعان دانست که چون در گذشته باب نبود، امضای شارع را به همراه ندارد. در طول تاریخ با وجود اینکه شرایط از حیث نیاز به ایجاد محرمیت و فرزندخواندگی تفاوت نکرده و این نیاز از جمله اقتضات جدید بشر نیست، با این حال موردی یافت نمی‌شود که ائمه چنین روشی را پیشنهاد کرده باشند. با وجود اینکه به نظر می‌رسد به

علت اتهام‌هایی که به شیعه در مورد نکاح متعه زده شده، ائمه می‌توانستند به‌عنوان یک فایده عقلایی به ایجاد محرمیت در این نوع نکاح اشاره کنند و به این ترتیب شائبه فساد و بی‌عفتی ناشی از نکاح موقت را از بین برند.

۳-۲-۵. مخالفت با هدف از نکاح در قرآن

هدف از ازدواج طبق صریح قرآن انس و الفت بین زوجین است (روم، ۲۱)؛^۱ در حالی که در این نوع ازدواج حتی حداقل مراتب انس و الفت بین زوجین نیز قصد نشده است. قرائن حالی موجود دلالت بر نبود چنین چیزی دارد.

۳-۲-۶. شک در احراز قصد نکاح

از آنجایی که در این نوع ازدواج‌ها احراز قصد نکاح مشکل است و دست کم با شک همراه است، با شک در تحقق قصد، ماهیت نکاح و تحقق آن مورد شک واقع می‌شود؛ بنابراین چاره‌ای جز استصحاب عدم تحقق زوجیت نداریم. در واقع در مقام ثبوت الفاظ و شکل ظاهری عقد گویای قصد واقعی اشخاص است و ظهور دارد بر اینکه آنها چه چیزی را قصد کرده‌اند، مگر قرائن چیز دیگری را بگویند. در این‌گونه عقود صوری قرائن همه دلالت دارند بر این که قصد نکاح واقعی نشده است لذا ظهوری وجود ندارد که بتوان به آن استناد نمود.

۳-۲-۷. اهتمام به زمان و مهردر نکاح موقت

از جمله مواردی که می‌تواند به‌عنوان مؤیدی بر عدم صحت این‌گونه ازدواج‌ها مطرح شود و میرزای قمی رحمته‌الله به آن اشاره نموده این نکته است که شارع اهتمام ویژه‌ای به زمان و مهر در نکاح متعه دارد و آن را به‌عنوان ارکان عقد در نظر گرفته است؛ در حالی که این دو در غالب ازدواج‌هایی که به قصد محرمیت شکل می‌گیرد، اگر چه ذکر می‌شوند، اعتنای در خوری؛ آنها نمی‌شود (گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۶۳).

۱. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُتَفَكَّرُونَ».



فقه

۳-۲-۸. اصطلاح «عقدہ نکاح»

خداوند متعال در دو مورد از عبارت «عُقْدَةُ النِّكَاحِ» نام برده است (بقره، ۲۳۵ و ۲۳۷). علامه طباطبایی رحمته اللہ علیہ در ذیل آیه ۲۳۵ سوره بقره در جایی که «عقدہ النکاح» به همراه «عزم» آمده است اشاره ظریفی می‌فرماید: در این آیه علقه زوجیت به گره تشبیه شده است؛ گره‌ای که ناشی از پیوند دو ریسمان است. در پیوند زناشویی، زوجین با عقد به هم پیوند می‌خورند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۲۲۴). درحالی که در ازدواج صوری هیچ گره‌ای بین زوجین وجود ندارد.

نتیجہ گیری

از مجموع آنچه ذکر گردید، مشخص می‌شود صحت ازدواج‌های که به قصد محرمیت انجام می‌شود، جداً با اشکال مواجه است؛ البته اگر قصد ازدواج موقت در آنها نشده باشد که در اغلب مواقع این‌گونه است. این نوع ازدواج‌ها امروزه نه با عنوان ازدواج، بلکه با عنوان صیغہ محرمیت مطرح می‌شوند؛ یعنی چه‌بسا در اوایل و قبل از شیوع این نوع ازدواج قصد واقعی نکاح در زوجین وجود داشت؛ ولی به مرور و با شیوع این پدیده نکاحیت نکاح فراموش شده و آنچه باقی می‌ماند قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث است. شبیه به آنچه امروزه در بانک‌ها به اسم وام خرید خانه مطرح است. این وام‌ها شاید به صورت ظاهری و صوری در قالب بیع نقد و نسیه ریخته شده، ولی اصولاً آنچه مقصود دهنده وام و گیرنده است، قرض است و مشکلات به بار آمده، ناشی از این قصد واقعی است. آنچه سرمایه‌گذاران در قالب عقود اسلامی به بانک‌ها پرداخت می‌کنند در اغلب مواقع دهنده و گیرنده آن را با عنوان بهره پول می‌شناسند و اصولاً قالب عقدی آن فراموش می‌شود؛ یعنی به مرور آنچه باید قصد شود تا عقد صحیح واقع گردد، فراموش می‌شود. در مورد ازدواج‌هایی از این دست، غالباً آن را خواندن کلماتی می‌دانند که معجزه نموده و ایجاد محرمیت می‌کند بدون اینکه آن را نوعی ازدواج بدانند. درواقع حتی اگر بپذیریم که متعاقبین قصد انشای صیغہ را دارند، تمام قرائن گواهی می‌دهند که قصد نکاح را ندارند؛ پس کلام منحرف‌شده‌ای است که اثر ندارد.

۱۴۴



فقه

سال بیست و هشتم، شماره دوم (پیاپی ۱۰۲)، تابستان ۱۳۹۹

فهرست منابع

* قرآن مجید

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی) (۱ج، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳. امامی، حسن. (بی تا). حقوق مدنی (۶ج). تهران: انتشارات اسلامیة.
۴. انصاری شیرازی، قدرت الله؛ و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام. (۱۴۲۹ق). موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها (۴ج، چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). صراه النجاه (محمشی) (۱ج، چاپ اول). قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
۶. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ط - الحدیثه) (۶ج، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (چاپ اول). قم: نشر الهادی.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۲۳ق). الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه، بیروت: دارالمصطفی لاحیاء التراث (۴ج، چاپ اول).
۹. بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۹ق). الرسائل الفقهية (۱ج، چاپ اول). قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۱). ترمینولوژی حقوق (چاپ پنجم). تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۱. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (۳ج، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (۳۰ج، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۳. حسینی بهشتی، سید محمد. (۱۳۹۰). بانکداری، ربا و قوانین مالی اسلام (۱ج). تهران: نیاد نشر آثار و اندیشه های شهید دکتر بهشتی.

۱۴۵



فقه



۱۴. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (ج۴)، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة) (ج۶). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۹ق). نهاية الأحكام فی معرفة الأحكام (ج۲، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۷. خمینی، روح الله. (۱۳۷۹). تحریر الوسيلة (ج۲، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۸. خمینی، روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البيع (ج۵، چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۹. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج۲، چاپ بیست و هشتم). قم: نشر مدینه العلم.
۲۰. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۶۵). لغت نامه دهخدا. تهران: مؤسسه لغت نامه دهخدا.
۲۱. سیاح، احمد. (۱۳۷۷). فرهنگ بزرگ جامع نوین (ج۲، چاپ نوزدهم). تهران: منفرد.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج۱۵، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۳. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۸۶ق). علل الشرائع (ج۲، چاپ اول). قم: کتاب فروشی داوری.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. طباطبایی، محمد حسین. (۱۳۹۰ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج۲۰، چاپ دوم). بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج۶، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة (ج۸، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحكام (ج۱۰، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.

۲۹. فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). مفاتیح الشرائع (۳ ج، چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۳۰. کاظمی تستری، اسد الله. (بی تا). مقابس الأنوار و نفائس الأسرار (۱ ج، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). الکافی (۸ ج، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۲. گیلانی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (۴ ج، چاپ اول). تهران: مؤسسه کیهان.
۳۳. گیلانی، ابوالقاسم. (۱۴۲۷ ق). رسائل (۲ ج، چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۳۴. مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۴ ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (۲۶ ج، چاپ دوم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ق). أنوار الفقاهة - کتاب النکاح (۱ ج، چاپ اول). قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ ق). استفتائات جدید (مکارم) (۳ ج، چاپ دوم). قم: انتشارات مدرسة امام علی علیه السلام.
۳۷. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (۴۳ ج، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۸. نراقی، احمد. (۱۴۲۲ ق). رسائل و مسائل (۳ ج، چاپ اول). قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.



References

* Holy Quran.

1. Allamah al-Hilli. (1419 AH). *The end of the material in the research of religion* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
2. Allamah al-Hilli. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Sharia' A'la Madhab al-Imamia*. Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
3. Ansari Shirazi, Gh. (1429 AH). *Encyclopedia of the rules of children and their arguments* (1st ed.). Qom: Jurisprudential Center of the Imams (PBUTH). [In Arabic].
4. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma al-faida wal-burhan fi sharh irshad al-adhan* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
5. Ayatollah Khomeini. (1379). *Tahrir al-Wasila* (1st ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
6. Ayatollah Khomeini. (1421 AH). *Kitab al-bay'* (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
7. al-Hurr al-Amili. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
8. al-Kulayni. (1407 AH). *Usul al-Kafi* (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
9. al-Shahid al-Thani. (1413 AH). *Masalik al-Ifham ila Tanqih Shari' al-Islam* (1st ed.). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic].
10. al-Shaykh al-Saduq. (1386 AH). *Ilal al-sharayi* (1st ed.). Qom: Dawari. [In Arabic].
11. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].



12. Bahrani, Y. (1423 AH). *al-Durr al-Najafiyah min al-Multaqat al-Yusufiyah*. Beirut: Dar al-Mustafa al-Ihya al-Turath. [In Arabic].
13. Behbahani, M. B. (1419 AH). *Rasail al-Fiqhiyyah* (1st ed.). Qom: Allameh Vahid Behbahani Institute. [In Arabic].
14. Bojnordi, H. (1419 AH). *Qawaid al-Fiqhiyyah* (1st ed.). Qom: al-Hadi Publishing. [In Arabic].
15. Dekhoda, A. A. (1365). *Dekhoda dictionary*. Tehran: Dekhoda Dictionary Institute. [In Arabic].
16. Fayz Kashani, M. (n.d.). *Miftah al-Sharia'*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library Publications. [In Arabic].
17. Gilani, A. (1413 AH). *Jami' al-Shatat fi Ajwaba al-Swalat* (1st ed.). Tehran: Kayhan Institute.
18. Gilani, A. (1427 AH). *Rasail* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary - Khorasan Branch.
19. Group of Author. (1426 AH). *Eyclopedia of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt (PBUH)* (1st ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of Ahl al-Bayt. [In Arabic].
20. Husseini Beheshti, S. M. (1390 AP). *Banking, Riba and Islamic financial laws*. Tehran: Niad Publishing the works and thoughts of Dr. Beheshti. [In Persian].
21. Imami, H. (n.d.). *Civil law*. Tehran: Islamic Publications. [In Persian].
22. Isfahani, A. (1422 AH). *Wasila al-Najah* (with the notes of Imam Khomeini (Ra)) (1st ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
23. Jafari Langroudi, M. J. (1391 AP). *Law Terminology* (5th ed.). Tehran: Ganje-Danesh Library. [In Persian].



فقه

24. Kazemi Testari, A. (n.d.). *Maqabis al-anwar wa nafa'is al-asrar* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
25. Khoei, A. (1410 AH). *Minhaj al-Salehin* (28th ed.). Qom: City of Science. [In Arabic].
26. Majlisi, M. B. (1404 AH). *Mir'at al 'Uqul Fi Sharh Akhbar Al al-Rasul* (2nd ed.). Tehran: Islamic Books House.
27. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Referendums* (2nd ed.). Qom: Imam Ali (PBUH) School.
28. Makarem Shirazi, Nasser (1425 AH). *Anwar al-Fiqaha* (1st ed.). Qom: Imam Ali (PBUH) School.
29. Muhaqqiq al-Hilli. (1408 AH). *Sharai' al-Islam fi Masail al-Halam wal-Haram* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan.
30. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam* (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
31. Naraqi, A. (1422 AH). *Essays and issues* (1st ed.). Qom: Congress of Naraqi Mullah Mehdi and Mullah Ahmad.
32. Sayyah, A. (1377 AP). *The Great New Comprehensive Dictionay* (19th ed.). Tehran: Monfared. [In Arabic].
33. Shaykh al-Ansari. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (1st ed.). Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic].
34. Shaykh al-Ansari. (1415 AH). *Sirat al-Najah* (1st ed.). Qom: Congress in honor of Sheikh Ansari. [In Arabic].
35. Shaykh Tusi. (1387 AH). *al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya* (3rd ed.). Tehran: Al-Mortazavi Library for the Revival of al-Ja'afari Works. [In Arabic].
36. Shaykh Tusi. (1407 AH). *al-Khilaf* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].



فقه

37. Shaykh Tusi. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam* (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
38. Tabatabaei, S. M. H. (1390 AH). *al-Mizan fi Tafsir al-Quran* (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation for Publications. [In Arabic].

۱۵۱



فقه

پرسی صحت نکاح موقت به قصد ایجاد مخربیت با فرد ثالث



A Critique and Analysis of the Viewpoint of Choice of Rad and Arsh in Option of Defect (Article 422 of the Civil Code)

Hamid Mo'azeni Bistgani¹

Mohammad Reza Kaykha²

Received: 08/10/2019

Accepted: 05/06/2020

Abstract

In option of defect, most of the Imamiyah jurists believe that after the appearance of defect, the customer has the right to abolish and set arsh (compensation) at the same time. The Article 422 of Civil Code based on this viewpoint states that after the deal, if it becomes clear that the goods is defective, then the customer has the authority to take arsh or abolish the deal due to the defective goods. However, the study that has been carried out through descriptive-analytical shows that the arguments of this theory can be accepted. Therefore, using the general hadiths of "al-Nas Mosalatoun ala Amwalahom", "la Yahelo Mal Amro Moslem", "Adeloh la Zarar" as well as Jamil ibn Darraj's narrative and other arguments means lack of choice and the only way to receive arsh is related to the impossibility of Rad (abolition).

Keywords

Option of defect, Abolition of option, Article 422 of the Civil Code, arsh.

-
1. PhD student in Jurisprudence and principles of Islamic Law, Sistan and Baluchestan University, Iran. moazzeni62@gmail.com
 2. Associate Professor, Sistan and Baluchestan University, Iran. (Author in charge). kaykha@hamoon.usb.ac.ir

Mo'azeni Bistgani, H, & Kaykha, M, (2020). A Critique and Analysis of the Viewpoint of Choice of Rad and Arsh in Option of Defect (Article 422 of the Civil Code), Quarterly Journal of Fiqh, 27(102), pp. 153-177. Doi: 10.22081/jf.2020.55725.1923

نقد و تحلیل دیدگاه تخییر بین رد و ارش در خیار عیب (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)

حمید موذنی بیستگانی^۱ محمدرضا کیخا^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۱۶

چکیده

مشهور فقهای امامیه در خیار عیب، معتقدند که مشتری پس از ظهور عیب، حق فسخ و ارش را در عرض هم دارد. ماده ۴۲۲ قانون مدنی نیز مبتنی بر این دیدگاه، مقرر می‌دارد «اگر بعد از معامله، ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده مشتری، مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله»، اما این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که ادله این نظریه قابل خدشه بوده و از این رو، مستفاد از عموماً «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لا یحل مال امرؤ مسلم»، «ادله لاضرر» و نیز روایت جمیل بن دراج و برخی ادله دیگر، عدم تخییر بوده و امکان دریافت ارش تنها مربوط به فرض عدم امکان رد است.

کلیدواژه‌ها

خیار عیب، مسقطات خیار، ماده ۴۲۲ قانون مدنی، ارش.

۱۵۳



فقه

نقد و تحلیل دیدگاه تخییر بین رد و ارش در خیار عیب

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران. moazzeni62@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران. (نویسنده مسئول). kaykha@hamoon.usb.ac.ir

مقدمه

اگر عقد به صورت مطلق انجام شود، یعنی سخنی از وجود یا فقدان وصف صحت در متن عقد به میان نیاید یا طرفین، عقد را مقید به سلامت مبیع انجام دهند، چنانچه بعداً کشف عیب صورت گیرد، حکم به ثبوت خیار عیب می‌شود. در فرض وجود خیار عیب، مشهور فقها معتقدند مشتری هم حق فسخ و هم حق اخذ ازش را در عرض هم دارد. ماده ۴۲۲ قانون مدنی نیز مطابق همین دیدگاه تصریح می‌کند به اینکه «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ازش یا فسخ معامله».

اما اندکی از فقها خلاف دیدگاه مذکور را دارند. ایشان که دیدگاه مشهور را فاقد هرگونه دلیل موجه می‌دانند معتقد به تخییر طولی هستند؛ یعنی بر آن‌اند پس از ظهور عیب، مشتری در ابتدا فقط حق فسخ دارد و چنانچه در مبیع، تصرف کند؛ مثلاً آن را تلف و معدوم کند، حق اخذ ازش خواهد داشت (فیض، بی‌تا، ص ۶۹؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۹). شیخ انصاری صریحاً تنها دلیل بر تخییر بین رد و ازش را اجماع ادعاشده از سوی بعضی از فقها می‌داند و ابراز می‌کند چنانچه پای اجماع در میان نبود، هیچ دلیلی بر التزام به تخییر مشتری بین حق رد و حق اخذ ازش، وجود نداشت؛ چراکه اثری از آن در روایات ما وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۵)؛ از این رو مقاله حاضر می‌کوشد تا دیدگاهی را که پیش از این در میان اندکی از فقها مطرح بوده، تقویت کند و به نقد دیدگاه مشهور پردازد. در اینجا لازم است جهت بیان نوآوری مقاله پیش رو به این نکته اشاره شود که گرچه درباره خیار عیب، مقالات متعددی به نگارش درآمده و زوایایی از آن را مورد پژوهش قرار داده، پژوهشی که این فرع فقهی و ماده قانونی را نقد و بررسی کرده باشد، یافت نگردید؛ بنابراین تحقیق درباره آن ضروری به نظر می‌رسد.

۱. سازماندهی تحقیق

مطلب مهمی که جهت تبیین کیفیت سازماندهی بحث لازم است مورد اشاره قرار گیرد، این است که اثبات تخییر عرضی به این شکل است که به مقتضای پاره‌ای از ادله، ادعا



فقه

شده حق مشتری مبنی بر دریافت ارش، مطلق است و به مقتضای پاره‌ای ادله دیگر، گفته شده حق مشتری مبنی بر رد، مطلق است و از اطلاق این دو نتیجه گرفته شده است پس هر دو حق در عرض هم هستند؛ از این رو می‌بایست در ادامه مباحث، دو مبحث را تحت عنوان «ادله اثبات امکان رد مبیع» و «ادله اثبات حق دریافت ارش» مطرح سازیم؛ لکن از آنجایی که بر امکان رد مبیع و فسخ معامله، روایات مستفیضه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۵) و اساساً محل بحث ما نیست از ذکر مباحث آن تحت عنوان «ادله اثبات امکان رد مبیع» پرهیز کرده، صرفاً به ارائه و بررسی ادله‌ای که دلالت بر ثبوت حق اخذ ارش به محض ظهور عیب می‌کنند، می‌پردازیم.

۲. مفهوم‌شناسی واژه‌ها

۲-۱. خیار

خیار، اسم مصدر اختیار و به معنای اراده کردن بهترین از بین دو چیز است (جزری، بی‌تا، ج ۲، ص ۹۱)؛ همچنین درباره چیزی به کار می‌رود که انسان آن را برای خود خیر می‌داند؛ گرچه شاید واقعاً خیر نباشد (اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۰۱). این واژه در اصطلاح به معنای مالک بودن بر فسخ عقد است. بیشتر متأخران، خیار را این چنین تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱). برخی نیز گفته‌اند خیار به معنای مالک بودن بر تثبیت یا برهم زدن عقد است (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۴۳).

۲-۲. عیب

مقصود از عیب، هر چیزی است که برخلاف مقتضای خلقت اصلی خود باشد اعم از اینکه نقص باشد مثل کوربودن یا زیادت باشد مثل انگشت اضافی داشتن یا اینکه صرفاً یک اشکال عرفی محسوب شود مثل اینکه خانه در محله‌ای باشد که محل رفت و آمد نظامیان است. ضمناً اگر عیب در اغلب افراد یک صنف، وجود داشته باشد مثل مدخوله بودن کنیز، به لحاظ اصطلاحی عیب محسوب نمی‌شود (قمی، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۱).





۲-۳. ارش

ارش در لغت به معنای دیه جراحات است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۶۳) که برخی معتقدند اصل آن، خدش بوده، سپس بر دیه‌ای که در برابر خدش گرفته می‌شود، اطلاق شده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۵۴)؛ اما ارش در اصطلاح، نسبت تفاوت قیمت شیء معیوب و صحیح را نسبت به ثمن مسمی گویند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲)؛ البته این مالی که بدل از نقص مالی یا بدنی پرداخت می‌گردد، در صورتی ارش نامیده می‌شود که از مقدار معینی در شرع برخوردار نباشد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۰۱). چگونگی محاسبه آن بدین گونه است که قیمت مبیع صحیح و معیوب را جداگانه کارشناسی می‌کنند و به همان نسبت از ثمن را به عنوان ارش منظور می‌کنند (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۸۱).

۳. دیدگاه فقها درباره مقتضای خیار عیب

درباره اینکه آیا به مقتضای خیار عیب، چه حقی ثابت می‌شود، آیا صرفاً حق فسخ معامله و رد مبیع برای مشتری ایجاد می‌شود یا اینکه بدلیل آن، حق دریافت ارش هم پیدا می‌کند؛ دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: مشهور فقهای امامیه، قائل به تخییر عرضی هستند؛ یعنی پس از ظهور عیب، مشتری هم حق فسخ و هم حق اخذ ارش را در عرض هم دارد. شهرت در این قول به حدی است که بسیاری از فقها این نظریه را به جمیع فقها نسبت می‌دهند و آن را اجماعی می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶) قانون مدنی نیز مطابق همین دیدگاه است (قانون مدنی ماده ۴۲۲).

نظریه دوم: برخی از فقها معتقد به تخییر طولی‌اند؛ یعنی پس از ظهور عیب، مشتری در ابتدا فقط حق فسخ دارد؛ اما چنانچه مشتری در مبیع تصرف کند، مثلاً آن را تلف یا معدوم کند، حق اخذ ارش خواهد داشت (فیض، بی تا، ج ۳، ص ۶۹) (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۹). برخی ضمن آنکه قول مشهور را خالی از پیچیدگی نداشته‌اند، نظریه دوم را موافق احتیاط بلکه اقوی دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵). برخی نیز ابراز داشته‌اند اگر پای اجماع یا شهرت در میان نبود، نظریه دوم قوی‌تر به نظر می‌رسید (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۸).

اولین کسی که دیدگاه اول را فاقد هرگونه پشتوانه نقلی معرفی کرد و خاستگاه آن را صرفاً اجماع دانست. صاحب حدائق بود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۶۳).

۴. ادله مشهور بر تخییر عرضی بین رد و ارش در خیار عیب

گفتیم که مشهور فقهای امامیه، خیار عیب را مقتضی ثبوت حق رد و حق اخذ ارش می‌دانند. دایره این شهرت به قدری گسترده و وسیع است که بسیاری از فقها این دیدگاه را به تمام فقهای امامیه نسبت می‌دهند. قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت می‌کند. در اینجا به ارائه ادله ایشان مبنی بر اثبات حق دریافت ارش و بررسی آنها می‌پردازیم.

۴-۱. ادله اثبات حق دریافت ارش

۴-۱-۱. دلیل اول: روایات

روایت اول: در مقطوعه یونس از امام رضا علیه السلام آمده است شخصی کنیزی را به این شرط که باکره است، خریداری می‌کند، اما بعداً می‌بیند که باکره نیست. امام فرمودند: بایع می‌بایست تفاوت قیمت باکره و ثبیه را به مشتری پردازد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۴). کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری پس از خریدن کنیز، متوجه عیب او یعنی باکره نبودنش می‌شود. از آنجایی که در روایت، سخنی از تصرف مشتری در کنیز به میان نیامده، حکم به اطلاق آن می‌کنیم؛ بنابراین از حدیث گفته شده این به دست می‌آید که به محض اینکه مشتری، مبیع را معیوب بیابد، می‌تواند به نسبت عیب موجود، ارش دریافت کند، گرچه هنوز در آن تصرف نکرده باشد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸). وجود حق رد مبیع نیز که قبلاً گفته شد به مقتضای نصوص مستفیضه، ثابت است؛ پس نتیجه این می‌شود که دو حق در عرض یکدیگر برای مشتری ثابت می‌شود.

نقد: استدلال مشهور مبتنی بر اطلاق حدیث مذکور، صحیح نیست. جهت تبیین اینکه خبر مذکور، فاقد اطلاق است، به بیانی که شیخ انصاری در این باره دارد، اشاره می‌کنیم؛ البته به نظر می‌رسد نقد ایشان نیاز به تکمیل دارد که در ادامه بیان خواهد شد. شیخ اعظم در مقام نقد دلالت خبر مذکور می‌نویسد: «ظاهر حدیث که می‌گوید کنیز را باکره نیافت،





این است که مشتری در کنیز تصرف کرده است» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۷۴). توضیح مطلب آنکه تصرف در کنیز الزاماً منحصر در آمیزش با او نیست، بلکه استمتاعات مقدماتی، همگی مرتبه و مراتبی از تصرف محسوب می‌شوند. یکی از منافع کنیز، بلکه از مهم ترین منافع کنیز، تمتعات جنسی است که از او بُرده می‌شود. تمتعات جنسی اشکال و انواع مختلفی دارد که تحصیل هر مرتبه‌ای از مراتب آن، تحصیل منافع کنیز و تصرف در آن به‌شمار می‌رود. کسی که به بدن کنیز نگاه می‌افکند از کنیز - که مبیع در این بیع است - بهره جسته است و بهره جستن، تصرف در مبیع به‌شمار می‌رود؛ از این رو نمی‌توان ادعا کرد که حدیث مذکور، فرض عدم تصرف در مبیع را هم شامل می‌شود.

برخی از فقها و محققان معاصر نیز همین استظهار را از خبر مذکور داشته‌اند و در این باره ابراز کرده‌اند: «روایت یونس ظهور در صورت تصرف دارد؛ یعنی مشتری پس از آمیزش، آن را غیر باکره یافت» (خمینی، بی تا، ج ۵، ص ۲۷۴).

آنچه جهت تکمیل نقد مذکور باید ارائه شود، این است که شاید در مقام اشکال به نقد مذکور گفته شود چه بسا اطلاع از باکره نبودن کنیز از راه دیگری حاصل شده باشد مانند اینکه خود کنیز بگوید یا دیگری بگوید. جهت دفع این اشکال این می‌گوییم آنچه نیاز به احراز دارد، اطلاق خبر مذکور است که یک دلالت تعلیقی و معلق بر قطع به عدم نصب قرینه برخلاف و نیز قطع به عدم قرینه بودن قیود موجود است. وقتی چنین قطعی بر عدم قرینیت موجود نداشته باشیم، اطلاق گیری با خدشه مواجه خواهد شد.

روایت دوم: عمر بن یزید گوید: یک جریب لباس به چند مشتری فروختم. بهای هر لباس، فلان مقدار بود. مشتری‌ها پس از دریافت، آن را میان خود تقسیم کردند. آن‌گاه متوجه یکی از لباس‌ها شدند که معیوب بود؛ از این رو آن را به من برگرداندند. به آنان گفتم پول آن را به همان مبلغ که با شما حساب کرده بودم، به شما پس می‌دهم. گفتند نه! ما قیمت آن را می‌خواهیم. مطلب را با امام صادق علیه السلام در میان گذاشتم. ایشان فرمودند: وی ملزم است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۰).

کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری‌ها مبلغ مابه التفاوت بین صحیح و معیوب، یعنی ارزش را مطالبه کردند. امام هم فرمودند بایع، ملزم به پرداخت ارزش است.

این در حالی است که مشتری‌ها هنوز در مبیع، تصرف نکرده بودند. بنابراین آنچه از این حدیث فهمیده می‌شود آن است که مشتری به محض آنکه مبیع را معیوب یافت، حق دریافت ارش دارد، حتی اگر در آن تصرف نکرده باشد؛ در نتیجه حکم به اطلاق آن می‌شود (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

نقد: خبر مذکور از سویی به دو شکل متفاوت نقل شده و از دیگر سو، الفاظ درون متن آن نیز به گونه‌ای است که تا حدودی معنای آن را با ابهاماتی مواجه ساخته است. برخی از تعبیر خبر، چندوجهی و دارای چند احتمال است؛ از اینرو برخی از فقها تمسک به اطلاق آن را مبتنی بر پذیرش مبانی و احتمالات خاصی دانسته‌اند (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸) که در ادامه به آنها اشاره می‌شود:

مبنای اول: ضمیر مفعولی در یلزمه به صیغه مفرد باشد و به بایع برگردد.

جهت توضیح مطلب می‌گوییم دلالت خبر مذکور، مبتنی بر این است که امام، به دفاع از خریداران، بایع را ملزم به ردّ ارش کرده باشد. این در حالی است که اساساً مفرد بودن ضمیر مفعولی مذکور، تنها مطابق یکی از دو نقل است؛ زیرا گرچه طبق نقلی که از تهذیب ارائه شد، در عبارت *يَلْزِمُهُ ذَلِكَ* (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۰) ضمیر مفعولی به صیغه مفرد آمده است، اما در برخی نقل‌های دیگر عبارت *يَلْزِمُهُمْ ذَلِكَ* (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶) آمده است که ضمیر مفعولی در آن به صیغه جمع است. «چنانچه ضمیر مفعولی، جمع باشد، وجهی برای ارجاع آن به بایع باقی نخواهد ماند؛ در نتیجه روایت برخلاف دیدگاه مشهور خواهد بود» (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

افزون بر مطلب مذکور، حتی طبق نقلی که ضمیر مفعولی را به صیغه مفرد آورده است نیز امکان ارجاع آن به مشتری وجود دارد. مجلسی در روضه المتقین در مقام تبیین حدیث مذکور می‌نویسد: «قصود از یلزمه ذلك، این است که مشتری ملزم به اخذ ثمن است» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۹۳)؛ البته در این صورت، اشکالی مطرح خواهد شد و آن اینکه «ضمیر مفرد نمی‌تواند به مشتری که جماعتی هستند باز گردد» (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶)؛ اما این اشکال به این بیان پاسخ داده شده که «امکان دارد ضمیر، صرفاً به همان مشتری باز گردد که لباس معیوب به او رسیده است یا اینکه نظر به جنس، ضمیر مفرد





استعمال شده باشد» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۲۲۹). مقصود از نظر به جنس، این است که تعداد مشتریان، ملحوظ نباشد، بلکه جنس مشتری، لحاظ شده باشد و به این اعتبار، ضمیر مفرد به کار رفته باشد.

نظر به آنچه گذشت برخی محققان، دلالت خبر مذکور بر ملزم بودن بایع به پرداخت ازش را مخدوش می‌دانند و تصریح می‌کنند به اینکه «دلالت خبر مذکور، محل تأمل است؛ زیرا مراد از آن واضح نیست؛ چراکه معنای خبر، طبق دو نقل متفاوت، تفاوت می‌یابد» (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۴).

آیت‌الله اراکی نیز در مقام نقد دلالت خبر بر اطلاق می‌نویسد: «طبق نسخه تهذیب [که مشتمل بر ضمیر جمع است] خبر مذکور ربطی به بحث ما پیدا نمی‌کند و طبق نسخه‌های دیگر [که مشتمل بر ضمیر مفرد هستند] نیز لااقل، قائل به اجمال خبر خواهیم شد اگر نگوئیم اساساً ضمیر مفرد از آنجایی که غایب است، ظهور در رجوع به مشتری دارد [نه رجوع به بایع که مخاطب امام است]؛ در نتیجه نسخه‌ای که ضمیر را مفرد آورده با نسخه دیگر، متحد گردد» (اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

مبنای دوم: در صورتی استدلال مذکور، تمام است که مقصود از قیمت، ثمن معین یعنی قیمت ثوب - و نه قیمت بازار - باشد. توضیح مطلب آنکه برخی از فقها که اساساً این روایت را بیگانه از فتوای مشهور توصیف کرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵)، چرایی نامرتب بودن خبر مذکور به محل بحث را چنین بیان کرده‌اند که «این خبر دلالت بر آن دارد که بایع راضی شده تا خصوص ثوب معیوب را پس بگیرد و ثمن آن را - که در مبیعه، تعیین شده است - برگرداند. این کار گرچه موجب تبعض صنفه بر بایع می‌گردد، لکن خود بایع به چنین امری رضایت داده است؛ اما مشتری، قیمت بازاری ثوب - در وجه صحیح بودن ثوب - را مطالبه نموده است که امام در پاسخ می‌فرماید مشتری یا مشتریان، ملزم به اخذ ثمن معین شده در مبیعه - و نه قیمت بازاری آن - هستند؛ چراکه مقتضای فسخ، صرفاً اخذ ثمن است و ثمره آن در جایی ظاهر می‌شود که ثمن، کمتر از قیمت بازار باشد» (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵). «بر پایه چنین احتمالی اساساً خبر مذکور، بی‌ربط با محل بحث می‌گردد» (اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶). «دقیقاً به همین

جهت، برخی فقها که به خبر مذکور به نفع دیدگاه مشهور، استدلال کرده‌اند این استدلال را مبتنی بر آن می‌دانند که مشارالیه ذلک در یلزمه ذلک، قیمت ثوب یعنی ثمن معین در مبیعه باشد» (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

مبنای سوم: مراد بایع از ثمن، ثمن ثوب معیوب - نه قیمت جراب که مشتمل بر کل ثياب است - باشد و مراد مشتری نیز از قیمت، قیمت ثوب معیوب باشد و گرنه: - چنانچه مراد بایع، ثمن کل جراب یعنی بهای مجموع لباس‌ها و مراد مشتری، قیمت خصوص معیوب باشد، روایت مذکور بی‌ربط از محل بحث خواهد شد و در مقام بیان آن خواهد بود که الزام بایع بر پذیرش فسخ در خصوص بعض معیوب، جایز نیست؛ چراکه مستلزم تبعض صفقه است (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

- نیز چنانچه مراد بایع، ثمن کل جراب یعنی کل لباس‌ها باشد و متقابلاً مراد مشتری نیز همین باشد، ربطی به محل بحث یعنی مطالبه ارش، پیدا نمی‌کند، بلکه مربوط به فسخ خواهد بود.

مبنای چهارم: مقصود از تقسیم جراب، تصرف نباشد. جهت تبیین این مبنا فراهایی از متن خبر را بررسی خواهیم کرد. در متن خبر مذکور آمده «بَاعَ عُمَرُ جِرَاباً كُلَّ ثَوْبٍ بِكَذَا وَ كَذَا فَأَخَذُوهُ فَأَقْتَسَمُوهُ فَوَجَدُوا ثَوْباً فِيهِ عَيْبٌ» درباره اینکه مبيع، به چه شکل بوده است، دو برداشت از حدیث مذکور می‌توان داشت:

احتمال اول: مبيع، توپ پارچه‌ای بلندی بوده که عمر بن یزید، به فروش رسانده و چند مشتری آن را خریداری کرده‌اند. طبق این احتمال، مقصود از «كُلَّ ثَوْبٍ بِكَذَا» این نیست که پارچه در قالب چند ثوب بوده است، بلکه مقصود این است که یک پارچه‌ای که به اندازه چند ثوب بوده به فروش رسیده، نهایتاً در مقام قیمت‌گذاری، مقیاس اندازه‌گیری، ثوب قرار داده شده است؛ به این معنا که مبلغ هر قواره که به اندازه یک لباس است به فلان مبلغ باشد. آن‌گاه مقصود از «فَوَجَدُوا ثَوْباً فِيهِ عَيْبٌ» نیز به همین تناسب، چنین خواهد بود که مشخص شد یکی از قواره‌ها معیوب است.

بر پایه چنین معنایی مقصود از «فَأَقْتَسَمُوهُ» این خواهد بود که مشتریان، پس از تقسیم پارچه، متوجه عیب شدند. نتیجه آن خواهد بود که حدیث مذکور مربوط به فرض





تصرف مشتری در مبیع خواهد بود و ربطی به محل بحث نخواهد داشت.
احتمال دوم: مبیع کاملاً به صورت چند لباس مجزا بوده که تحویل مشتری‌ها شده است و مقصود از «فَأَقْتَسَمُوهُ» این است که مشتری‌ها این چند لباس را میان خود تقسیم کردند بی آنکه تصرفی در مبیع، صورت گرفته باشد.

گرچه به نظر می‌رسد خبر مذکور، منحصرأ ظهور در احتمال دوم، داشته باشد یا دست‌کم، ظهور آن در احتمال دوم قوی‌تر باشد، احتمال اول نیز قابل استظهار است؛ پس برخی از فقهاء که استدلال به اطلاق آن را مبتنی بر استفاده معنای دوم می‌دانند، تصریح به نفی ظهور خبر در معنای اول نکرده‌اند، بلکه صرفاً با نفی استبعاد و استعمال تعبیر «لا یبعد» (اراک، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶) ابراز داشته‌اند که بعید نیست احتمال دوم، مقصود باشد. فقهای دیگری نیز استظهار اطلاق از خبر مذکور را مبتنی بر پذیرش احتمال دوم دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

وجود چنین احتمالاتی در مقام دلالت خبر مذکور، بسیاری از فقها را بر آن داشته تا صریحاً به نفی ظهور آن در اطلاق تصریح کنند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۳؛ خمینی، روح‌الله بی‌تا، ج ۵، ص ۲۰؛ خمینی، مصطفی، بی‌تا، ج ۱، ص ۶).
برخی نه تنها خبر مذکور را ظاهر در ثبوت ارش نمی‌دانند، بلکه خلاف آن را برداشت کرده و چنین ابراز داشته‌اند که «روایت عمر بن یزید، هیچ ظهوری در این ندارد که بایع ملزم به پذیرش ارش باشد، بلکه خبر مذکور ظهور در خلاف آن دارد» (خمینی، روح‌الله، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۰).

روایت سوم: سکونی از امام صادق علیه السلام چنین نقل می‌کند که در زمان امیرالمؤمنین علیه السلام شخصی از دیگری یک ظرف روغن خریداری کرد؛ سپس دید که در آن ظرف، مقداری موارد ته‌نشین شده وجود دارد. آنان دعوی خود را به نزد علی علیه السلام آوردند. حضرت در مقام قضاوت به بایع فرمودند به همان مقدار ته‌نشین شده [که قابل استفاده نیست] باید روغن تحویل مشتری دهی. بایع گفت من ظرف را به صورت کلی فروختم. امام فرمودند او از تو روغن خریده نه این مواد ته‌نشین شده را (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۱۱).

کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری به محض آنکه میباید معیوب را یافت، حق دریافت ارش دارد با آنکه هنوز در میباید، تصرف نکرده است؛ بنابراین حدیث مذکور به صورت مطلق حق اخذ ارش را برای مشتری قائل است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).

نقد: خیر مذکور به جهت وجود نوفلی در سند آن ضعیف است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۰۰)؛ پس وجهی برای تمسک به آن باقی نمی ماند. این در حالی است که اشکالات دلالتی نیز متوجه آن است که عبارت انداز:

اولاً: مطابق این روایت، بر بایع لازم است که به مقدار مواد ته نشین شده روغن پرداخت کند و این ربطی به ارش ندارد (سبحانی، ۱۴۲۳ق، ص ۶۰)؛ زیرا قبلاً در تعریف ارش گفتیم «مالی را گویند که بدل از نقص مالی یا بدنی پرداخت می گردد به شرط آن که از مقدار معینی در شرع برخوردار نباشد» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۰۱)؛ پس «اینکه مطالبه روغن در مقابل مواد ته نشین شده را از باب مطالبه ارش بدانیم، دچار اشکال است؛ چراکه ارش نسبت تفاوت قیمت شیء معیوب و صحیح نسبت به ثمن مسمی را گویند» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲). بلکه اگر بیع به طور کلی واقع شده بود، قابلیت انطباق بر قواعد را داشت؛ اما نظر به آنکه خیر مذکور، ظهور در وقوع بیع بر مبیع شخصی است، دلالت آن با خدشه مواجه است (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۳، ص ۳۷۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲).

ثانیاً: در جایی که مقداری از ظرف، روغن باشد و مقداری از آن غیر روغن باشد، مجرای خیار تبعض صفت خواهد بود؛ از همین رو برخی فقها معتقدند مقصود امام در حدیث مذکور، واضح نیست؛ پس «فهم حدیث نیاز به توجیه دارد» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۵۵) و آن اینکه بگوییم مواد ته نشین شده مذکور، قاطی روغن شده یعنی روغن دارای عیب است؛ پس مشمول خیار عیب می شود (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)؛ اما این توجیه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا «اگر در شهر مکه، مواد ته نشین شده از روغن را عیب می شمردند، بر مشتری لازم بود که یا بیع را فسخ کند یا مطالبه ارش نماید نه اینکه در عوض آن، مطالبه روغن نماید» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲)؛ از این رو شیخ انصاری ابراز می دارد توجیه خیر مذکور به گونه ای که منطبق بر قواعد گردد مشکل است (حسینی روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۹۵).





روایت چهارم: حدیث فقه رضوی: در کتاب فقه منسوب به امام رضا علیه السلام آمده است اگر متاع معیوب در آمد و مشتری، علم به عیب پیدا کرد، حق خیار دارد؛ به این صورت که اگر خواست معامله را فسخ کند یا معامله را امضا کند یا ارش دریافت کند (منسوب به علی بن موسی علیه السلام، ۱۴۰۶ق، ص ۲۵۳). ظاهر این روایت، تخییر مشتری بین رد، امضا یا اخذ ارش است.

نقد: در بین ادله این باب، تنها حدیثی که دلالت بر تخییر بین رد و ارش دارد، حدیث مذکور است؛ پس شیخ انصاری «استفاده حکم تخییر از هر روایتی غیر از حدیث فقه رضوی را تکلف و امر صعب و دشوار توصیف می کند» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ اما اشکال جدی که درباره حدیث مذکور، وجود دارد این است که اساساً اعتبار و وجاهت کتاب فقه الرضا و انتساب آن به امام رضا علیه السلام ثابت نیست (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).

بنابراین روایات مذکور، مهم ترین روایاتی هستند که برای اثبات حق دریافت ارش به صورت مطلق به آنها تمسک شده است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸). با بررسی سند و دلالت آنها آشکار شد که هیچ یک از آنها نمی توانند مستندی بر ثبوت حق دریافت ارش به محض ظهور عیب باشند. به همین جهت به نظر می رسد از هیچ روایتی نمی توان تخییر بین رد و ارش در خیار عیب را استفاده کرد؛ زیرا «فقه رضوی که اصل خبر بودن آن مورد تردید است» (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)، روایات دیگر هم که درباره ارش وارد شده اند، هیچ کدام دال بر تخییر بین ارش و رد نیستند، بلکه مربوط به مواردی هستند که تصرف مشتری، مانع از رد شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

نظر به اشکالاتی که متوجه اخبار این باب بود، برخی از فقها و محققان، دلالت اخبار مذکور بر مدعا را ناتمام می دانند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵؛ خمینی، مصطفی، بی تا، ج ۱، ص ۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۴). اولین کسی که دلالت اخبار مذکور بر فتوای مشهور را نقد کرد صاحب حدائق بود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۶۳). برخی ضمن آنکه استظهار اطلاق از اخبار مذکور را «توهم» توصیف کرده اند (خمینی، روح الله، بی تا، ج ۵، ص ۲۰)، چنین ابراز داشته اند که «هیچ روایتی که بتوان از آن، اطلاق را برداشت کرد وجود ندارد» (همان) سیدمصطفی خمینی ضمن اشاره به اصرار صاحب جواهر مبنی بر ظهور خبر مذکور در

اطلاق، می نویسد: ثبوت اطلاق برای اخبار مورد تمسک از قبیل خبر عمر بن یزید، غیر واضح است گرچه سید فقیه یزدی بر این افاده اطلاق اصرار ورزیده است (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۶).

۴-۲. دلیل دوم: مقتضای قاعده بودن حق اخذ ارش

مطابق این استدلال گفته می شود تخیر، مشتمل بر دو حق در عرض یکدیگر یعنی حق فسخ و حق دریافت ارش است. حق فسخ که قطعی و مستفاد از اخبار است. تنها چیزی که باید اثبات شود این است که در عرض حق فسخ، حق اخذ ارش هم وجود دارد. طبق دلیل مذکور، اثبات حق اخذ ارش، نیاز به اخبار و ادله خاصه ندارد، بلکه اساساً حق اخذ ارش، مطابق قاعده است.

توضیح مطلب اینکه وصف صحت به منزله جزء است. همان طور که با فقدان جزء، حق خیار تبعض صفت پیدا می شود که علاوه بر جواز رد می توان مابه التفاوت دریافت کرد، در فقدان وصف صحت هم به همین شکل است؛ بنابراین نیاز به دلیل خاص نیست و گرفتن ارش، مطابق قاعده است (خمینی، روح الله، بی تا، ج ۵، ص ۱۸).

نقد: اولاً شیخ انصاری که این استدلال را ضعیف می داند در نقد آن ابراز می کند وصف صحت نه عرفاً به منزله جزء است و نه شرعاً دلیلی داریم که به منزله جزء باشد؛ پس در فقدان جزء می بایست به نسبت جزئی که مفقود شده، معامله باطل و ثمن عودت داده شود؛ اما در فقدان وصف صحت، چنین نیست که معامله نسبت به آن باطل شود، بلکه نهایتاً مشتری حق دریافت مابه التفاوت بابت تخلف از وصف دارد. ضمن اینکه بایع هیچ الزامی به پرداخت مابه التفاوت از محل ثمن ندارد، بلکه از هر مالی که خودش بخواهد می تواند ضرر مربوط به وصف فوت شده را جبران نماید که این خود، گواهی بر این است که جبران مافات به معنای پرداخت ارش نیست؛ زیرا پرداخت ارش می بایست از محل ثمن باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ البته این نقد بر آن مبنا است که ارش را جزئی از ثمن بدانیم.

ثانیاً اشکال دیگری که شیخ انصاری بر این استدلال دارد به این بیان است که در





خود جزء هم این طور نیست که همیشه به همان نسبت، از ثمن برگردد و مقداری از ثمن در مقابل جزء باشد، بلکه اگر در عین خارجی، جزء مفقود به عنوان جزئیت اخذ نشود، بلکه به عنوان شرطیت اخذ شود، هیچ نسبتی از ثمن، در مقابل جزء مفقود قرار نمی گیرد؛ مثل اینکه شخصی بگوید این زمین را می فروشم به شرط اینکه ده جریب (هر جریب ده هزار متر است) باشد. در اینجا جریب‌ها در واقع جزء زمین هستند؛ ولی در متن عقد به صورت شرط اخذ شده‌اند؛ پس در صورت تخلف نهایتاً حق خیار تخلف شرط ثابت می شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ از همین رو استفاده حکم تخییر از دلیل بالا، به مراتب دشوارتر از استفاده حکم گفته شده از اخبار است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

۳-۱-۴. دلیل سوم: اجماع

مهم ترین دلیلی که بر تخییر بین رد و ارش در باب خیار عیب آورده می شود، همین دلیل است.

نقد: اولاً علیرغم ادعای بسیاری از فقها بر وجود اجماع بر دیدگاه تخییر، اما با توجه به نظریات متفاوتی که در این باب ارائه کردیم، دانسته شد که ادعای اجماع مردود است و اساساً اجماعی بین فقها در این زمینه وجود ندارد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)؛ پس شاید بهتر بود فقهای که ادعای اجماع کرده‌اند به جای ادعای مذکور، مدعی عدم خلاف می شدند؛ نظیر شیخ انصاری که در مقام استدلال، از تعبیر بلاخلاف استفاده می کند تا بفهماند در بین اقوالی که تحصیل کرده مخالفی نیافته است؛ البته ایشان نیز در ادامه مبحث، از ادعای عدم خلاف، استدراک کرده و مدعی اجماع شده و می گوید: «فالظاهر عدم الخلاف فی المسئله بل الاجماع عل التخییر بین الرد و الارش» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

ثانیاً بر فرض که به فتوایی مخالف نظریه تخییر دست نیایم و نقض اجماع برای ما محرز نشود لکن همچنان تمسک به اجماع منقول به تنهایی نمی تواند حکم مذکور را ثابت کند زیرا اساساً اجماع منقول، حجیت ندارد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).

ثالثاً بر فرض که در این زمینه، اجماع وجود داشته باشد و بر فرض که اجماع منقول

به خبر واحد و یا منقول به خبر مستفیض را حجت بدانیم یا برفرض که کسی مدعی تحصیل اجماع شود و بگوید به اجماع محصل دست یافته است، از آنجایی که ملاک اجماع کنندگان منحصر در همین عمومات و ادله خاصه‌ای است که در این ابواب ارائه شده است، اجماع مذکور مدرکی یا محتمل دست کم المدرک خواهد بود. به تصریح اصولیان، اجماع مدرکی یا محتمل المدرک فاقد حجیت است (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۰۸).

۴-۱-۴. دلیل چهارم: جمع بین اخبار

سید یزدی در مقام استدلال بر تخییر، اخبار این باب را سه طایفه دانسته، کوشیده میان آنها جمع کند. دسته اول اخباری هستند که به صورت مطلق حق اخذ ارش را ثابت کرده‌اند. دسته دوم اخبار بسیار زیادی هستند که به صورت مطلق، حق فسخ معامله و برهم زدن آن را ثابت می‌کنند. دسته سوم اخباری هستند که تفصیل داده‌اند و در موردی که مشتری در مبیع، تصرف کرده است، حق اخذ ارش را ثابت می‌کنند و در موردی که مشتری، تصرف نکرده است، حق رد و فسخ معامله را ثابت کرده‌اند؛ بنابراین اخبار در جایی که مشتری در مبیع، تصرف نکرده است به حکم اخبار دسته اول، حق اخذ ارش برای او ثابت است؛ اما به حکم اخبار دسته دوم، چنین حقی برای او ثابت نیست؛ پس حکم به تعارض اخبار می‌شود. در مقام تعارض اخبار، چنانچه جمع بین ادله ممکن باشد، باید بین آنها جمع کرد، و گرنه برخی قائل به ترجیح خبر دارای مرجح هستند و برخی دیگر قائل به تخییرند. حال به نظر می‌رسد جمع بین ادله ممکن است؛ به این نحو که می‌گوییم مقتضای خیار عیب، تخییر بین ارش و رد است که اخبار دسته اول، یک فرد از افراد تخییر یعنی ارش را بیان می‌کنند و اخبار دسته دوم، فرد دیگر از افراد تخییر یعنی رد و فسخ را بیان می‌کنند. شاهد این جمع، حدیث فقه رضوی و اجماع فقها است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

نقد: اولاً قبلاً گفتیم که روایات دسته اول، به لحاظ سندی یا دلالی مخدوش هستند؛ پس اساساً فاقد حجیت هستند و در جایی که یک دسته دلیل، فاقد حجیت باشند اصلاً





قواعد باب جمع و قواعد باب تعارض جاری نمی‌شود؛ زیرا تعارض، فرع بر حجیت هر دو دسته دلیل است؛ از این رو گفته می‌شود تعارض بین حجت و لاجت معنا ندارد (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۲).

ثانیاً جمع در صورتی معتبر است که عرفی باشد و گرنه چنانچه جمع تبرعی باشد، مردود است. جمع عرفی، جمعی است که مورد پسند عرف واقع شود یا شاهی از دلیل ثالث بر آن اقامه شود (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۲۳۴). در اینجا هیچ‌یک از این دو عنصر وجود ندارد؛ زیرا از طرفی جمع مذکور، از نظر عرف، پسندیده نیست؛ چرا که عرف چنین روایاتی را از قبیل بیان دو فرد تخییر نمی‌داند، بلکه حکم به تعارض می‌کند. از طرف دیگر دلیل ثالثی که به عنوان شاهد ارائه شده است، حدیثی از کتاب فقه الرضا است که قبلاً گفتیم اعتباری ندارد.

ثالثاً جمع بین ادله، منحصر به جمع مذکور نیست، بلکه مطابق صناعت جمع، یکی از موارد جمع عرفی، حمل مطلق بر مقید است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۰۹)؛ پس باید اخبار مطلق را بر دسته سوم که بین فرض تصرف و عدم تصرف تفصیل داده‌اند، حمل کنیم. رابعاً با توجه به وجه جمعی که بیان کردیم، نوبت به تخییر نمی‌رسد. به همین جهات است که خود سید یزدی در نقد استدلال مذکور می‌گوید وجه جمع مذکور بدون شاهد است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

۵. دیدگاه مختار

گفتیم که مشهور فقهای امامیه خیار عیب را مقتضی ثبوت حق رد و حق اخذ ارش می‌دانند و دایره این شهرت به قدری گسترده و وسیع است که بسیاری از فقها این دیدگاه را به تمام فقهای امامیه نسبت می‌دهند. قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت می‌کند؛ اما با بررسی تمامی ادله این دیدگاه، ثابت شد که ادله دیدگاه مذکور، قابل نقد هستند تا آنجا که بسیاری از فقهاء صراحتاً می‌گویند چنانچه پای اجماع و شهرت در میان نبود و بیم مخالفت با بیشتر فقهای امامیه نمی‌رفت، هرگز فتوا به تخییر نمی‌دادند (خمینی، بی‌تا، ص ۸).

حال پس از نقد دیدگاه مذکور به بیان دیدگاه مختار می‌پردازیم. مطابق دیدگاه مختار، به نظر می‌رسد چنانچه متبایعین به معامله متاعی اقدام کنند، خواه عقد به صورت مطلق منعقد شده باشد یا مشروط به صحت و سلامت مبیع باشد، چنانچه پس از عقد مشخص شود مبیع معیوب بوده است، مشتری تنها حق فسخ دارد و حق امضای معامله و دریافت ارش را ندارد. ادله‌ای که به نفع این احتمال می‌توان اقامه کرد، عبارت‌اند از:

۵-۱. دلیل اول: روایت جمیل بن دراج

جمیل از امام باقر یا امام صادق علیه السلام درباره شخصی می‌پرسد که لباس یا متاعی را از دیگری خریداری می‌کند؛ سپس معلوم می‌شود که مبیع معیوب بوده است. امام در پاسخ می‌فرماید: اگر لباس هنوز عیناً مانند قبل، باقی است (کنایه از آنکه در آن تصرفی نشده است)، آن را به صاحبش برمی‌گرداند و ثمن خود را دریافت می‌کند؛ اما اگر لباس را خیاطی یا رنگ کرده یا آن را برش داده است، ارش آن را دریافت می‌کند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۷). این روایت، ظهور در آن دارد که قبل از تصرف، تنها حقی که مشتری دارد حق رد و فسخ معامله است و نمی‌تواند بایع را مجبور به پرداخت ارش نماید.

۵-۲. دلیل دوم: عمومیت ادله لاضرر

درباره مفاد ادله لاضرر، اصولیان تصریح می‌کنند به اینکه قاعده لاضرر در مقام امتنان بر امت، صادر شده است؛ پس نمی‌تواند جهت دفع ضرر از مکلفی، به مکلف دیگر ضرری را که وی مستحق آن نیست وارد سازد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۳). حال در فرض ما شارع حق فسخ معامله را تحت هر شرایطی برای مشتری به رسمیت شناخته است؛ پس بایع نمی‌تواند به بهانه اینکه متضرر می‌شوم از اجرای آن سرباز زند؛ اما در جایی که امضای معامله و دریافت ارش به ضرر بایع باشد، در فرضی که هیچ دلیلی بر ثبوت این حق برای مشتری نداریم، چنانچه مشتری بخواهد بایع را مجبور به پرداخت ارش کند، اگر مستلزم وارد ساختن ضرر بر بایع باشد، مشمول ادله لاضرر خواهد بود.





اگر اشکال شود که چگونه با جریان اصل صحت و از آن طرف ضرر خریدار قاعده لاضرر به نفع فروشنده جاری می‌گردد، در پاسخ می‌گوییم وقتی مطابق دیدگاه مختار، سخن از یک حق یعنی حق اخذ ارش به میان می‌آوریم، هم به مقتضای اصل صحت عمل شده و هم ضرر خریدار، جبران شده است؛ اما در جایی که هیچ دلیلی بر جواز رد نداریم و رد مبیع به ضرر فروشنده بینجامد به مقتضای ادله لاضرر، صرفاً حفظ جانب مشتری، ضرورت پیدا می‌کند.

۳-۵. دلیل سوم: مقتضای اصل هنگام دوران بین تعیین و تخییر

پس از نقد ادله‌ای که بر اثبات اطلاق ادله حق اخذ ارش بیان شد، اگر همچنان مردد باشیم که آیا مشتری، مخیر بین فسخ و دریافت ارش است یا اینکه حق او منحصراً متعین در فسخ است. در این صورت مسئله ما از باب دوران امر بین تعیین و تخییر خواهد بود. اصولیان تصریح می‌کنند به اینکه هنگام دوران بین تعیین و تخییر، حکم به تعیین می‌شود (حکیم، ۱۴۱۸ق، ص ۶۳۳).

۴-۵. دلیل چهارم: مقتضای جمع بین ادله

قبلاً گفتیم ادعا شده که سه دسته روایات در این باب وارد شده است: دسته اول روایاتی که به صورت مطلق، حق دریافت ارش را برای مشتری ثابت می‌کنند؛ دسته دوم روایاتی که به صورت مطلق، حق رد و فسخ معامله را برای مشتری قائل شده‌اند؛ دسته سوم روایاتی که حق اخذ ارش را مقید به تصرف در مبیع می‌کنند.

البته از مباحث گذشته آشکار شد که اساساً روایات دسته اول، فاقد حجیت هستند؛ پس اصلاً تعارض ادله در اینجا صدق نمی‌کند تا نوبت به جمع بین ادله برسد؛ زیرا گفتیم که تعارض، فرع بر حجیت همه ادله است، و گرنه تعارض بین حجیت و لاجت معنا ندارد؛ اما فارغ از این اشکال، بر فرض که روایات دسته اول، حجیت داشته باشند، می‌گوییم مقتضای صناعیت جمع، این است که در تعارض بین مطلق و مقید، ادله مطلق را حمل بر مقید کنیم؛ از این رو بر فرض که روایات دسته اول، واجد شرایط حجیت به

لحاظ سند و دلالت باشند، اما می‌بایست اطلاق آنها را حمل بر تقیید موجود در روایات دسته سوم کرد؛ پس می‌گوییم حق اخذ ارش به صورت مطلق برای مشتری وجود ندارد، بلکه تنها در فرض عدم امکان فسخ، این حق ثابت می‌شود.

نتیجه‌گیری

گرچه در باب خیار عیب، شهرت قریب به اجماع، حکایت از ثبوت حق رد و حق اخذ ارش برای مشتری دارد، واکاوی این مسئله و تأمل در ادله قائلان به آن، به خوبی روشن می‌سازد که قول مذکور، فاقد دلیل معتبر است، بلکه ادله کافی برخلاف آن وجود دارد. افزون بر عموماً «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لایحل مال امرؤ مسلم الا بطیب نفسه» و ادله لاضرر، دلیل خاصی نظیر روایت جمیل بن دراج، دال بر آن است که به محض کشف عیب، حق اخذ ارش برای مشتری ثابت نمی‌شود. برفرض که ادله مذکور، اجمال داشته باشند و در حکم مسئله، شک داشته باشیم، مقتضای اصل در دوران بین تعیین و تخیر، اخذ جانب تعیین است. همچنین تمام اخبار و ادله نقلیه‌ای که به عنوان دلیل بر ثبوت حق دریافت ارش به محض کشف عیب، آورده شده‌اند، به لحاظ دلالتی یا سندی مخدوش‌اند و گفتیم برفرض که ادله مذکور، حجیت داشته باشند، مقتضای جمع بین ادله، حمل روایات مطلق بر مقید است؛ یعنی روایاتی که به صورت مطلق، حق اخذ ارش را برای مشتری ثابت می‌کنند، می‌بایست با قیدی که در روایات مقید، ذکر شده است، مقید شوند و بگوییم مقصود از آنها اثبات حق اخذ ارش در فرض عدم امکان رد است.



فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن منظور، ابوالفضل؛ و جمال الدین، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۵)، ج ۶، چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق) (چاپ اول). قم: کفایة الأصول (طبع آل البيت علیهم السلام).
۳. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۴ق). الخيارات (للأراکی) (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه در راه حق.
۴. اصفهانی، محمد حسین کمپانی. (۱۴۱۸ق). حاشية کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة) (ج ۵، چاپ اول). قم: أنوار الهدی.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة) (ج ۶، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری علیه السلام.
۶. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ق). کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - القديمة) (ج ۳، چاپ اول). قم: منشورات دار الذخائر.
۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب (ج ۴، ج ۴، چاپ سوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی تا). النهاية فی غریب الحدیث و الأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (ج ۳۰، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا). ایصال الطالب إلى المکاسب (ج ۱۶، چاپ اول). تهران: منشورات اعلمی.
۱۲. حکیم، محمد تقی بن محمد سعید. (۱۴۱۸ق). الأصول العامة فی الفقه المقارن (چاپ دوم). قم: مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام.



۱۳. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (ج۴، چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۱۴. خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). کتاب البیع (للإمام الخمينی) (ج۵، چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۱۵. خمینی، سیدمصطفی. (بی تا). الخيارات (للسید مصطفی الخمينی) (ج۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن، (ج ۱، چاپ اول). لبنان - سوريه: دار العلم - الدار الشامیة.
۱۷. زبیدی حنفی، محب الدین سیدمحمد مرتضی حسینی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۲۰، چاپ اول). بیروت - لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۱۸. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۴ق). المختار فی أحكام الخیار، (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق رحمته الله.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۳ق). دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، (ج ۱). قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیة.
۲۰. شیخ صدوق، ابن بابویه محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. طباطبایی قمی، سیدتقی. (۱۴۱۳ق). مبانی منهاج الصالحین (ج ۱۰، چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۲۲. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۳۰ق). دراسات فی الأصول (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار رحمته الله.
۲۴. حسینی روحانی قمی، سیدصادق. (بی تا). منهاج الصالحین (لروحانی). قم: الاجتهاد.
۲۵. حسینی روحانی قمی، سیدمحمد. (۱۴۲۰ق). المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات (ج ۲، چاپ اول). تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی).
۲۶. کاشانی، فیض، محمد محسن بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع (ج ۳، چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله.



۲۷. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (۲۶ج، چاپ دوم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۸. مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القدیمة) (۱۴ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۲۹. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۵). أصول الفقه (چاپ پنجم). قم: طبع اسماعیلیان.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). انوار الأصول (چاپ دوم). مدرسہ امام علی علیه السلام.
۳۱. منسوب به علی بن موسی الرضا، امام هشتم علیه السلام. (۱۴۰۶ق). الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا علیه السلام (۱ج، چاپ اول). مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی. (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب (للیزدی) (۲ج، چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.



References

* Holy Quran.

1. Akhund Khorasani, M. K. (1409 AH). *Kifaya al-Usul* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
2. Araki, M. A. (1414 AH). *al-Khiyarat* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar Rahe Haq.
3. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *al-Khiyarat*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works (Ra). [In Arabic].
4. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *Kitab al-bay'* (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
5. al-Hurr al-amili. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
6. al-Husayni al-Zabidi, S. M. M. (1414 AH). *Taj al-Arus Min Jawahir al-Qamus* (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic].
7. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
8. Bahrani, Y. (1405 AH). *al-Hadaiq al-Nazira fi Ahkam al-Itrat al-Tahira* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
9. Fayz Kashani, M. (n.d.). *Miftah al-Sharia'* (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library. [In Arabic].
10. Fazel Movahedi Lankarani, Muhammad. (1430 AH). *Studies in Principles* (1st ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
11. Hakim, M. T. (1418 AH). *Public Principles in Comparative Jurisprudence* (2nd ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
12. Hilli, M. (1404 AH). *al-Tanqih al-Ra'i for the summary of Sharia*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library (Ra). [In Arabic].
13. Husseini Shirazi, S. M. (n.d.). *Isal al-talib ila al-makasib* (1st ed.). Tehran: A'lami. [In Arabic].



فقه

14. Ibn Athir. (n.d.). *al-Nahaya fi gharib al-Hadith wal-Athar*. Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
15. Ibn Manzur. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed., Vol. 6). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic].
16. Jurisprudence attributed to Imam al-Reza (PBUH). (1406 AH). (1st ed.). Mashhad: Aal al-Bayt Institute.
17. Kompany Isfahani, M. H. (1418 AH). *Hashiyat Kitab al-Makasib* (1st ed.). Qom: Anwar al-Hoda.
18. Majlisi, M. B. (1404 AH). *Mir'at al 'Uqul Fi Sharh Akhbar Al al-Rasul* (2nd ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
19. Majlisi, M. T. (1406 AH). *Rawdat al-Muttaqin fi Sharh Man La Yahduruhu al-Faqih* (2nd ed.). Qom: Kushanbour Islamic Cultural Institute. [In Arabic].
20. Makarem Shirazi, N. (1428 AH). *Anwar al-Osul* (2nd ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
21. Muzaffar, M. R. (1375 AP). *Principles of Jurisprudence* (5th ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
22. Qommi, S. M. H. R. (1420 AH). *al-Mortaqa ila Fiqh al-Arqa - Kitab al-Khiarat* (1st ed.). Tehran: al-Jalil Foundation for Cultural Research (Dar al-Jali). [In Arabic].
23. Qommi, S. S. H. R. (n.d.). *Minhaj Al-Salehin*. n.p. [In Arabic].
24. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Vocabulary of the words of the Qur'an*, (1st ed., Vol. 1). Lebanon - Syria: Dar al-Alam - al-Dar al-Shamiya. [In Arabic].
25. Shaykh al-Ansari. (1411 AH). *Kitab al-Makasib* (1st ed.). Qom: Dar al-Zakhair. [In Arabic].
26. Shaykh al-Ansari. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (1st ed.). Qom: World Congress in Honor of great Shaykh Ansari (Ra). [In Arabic].
27. Shaykh Tusi. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam* (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].



فقه

28. Sobhani Tabrizi, J. (1414 AH). *al-Mukhtar in the rulings of the option* (1st ed., Vol. 1). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
29. Sobhani Tabrizi, J. (1423 AH). *Curriculum studies in options and conditions* (Vol. 1). Qom: World Center for Islamic Studies. [In Arabic].
30. Tabatabaei Qommi, S. T. (1413 AH). *Mabani Minhaj al-Salehin* (1st ed.). Qom: Qalam al-Sharq. [In Arabic].
31. Tabrizi, J. (1416 AH). *Irshad al-Talib ila al-Ta'liq a'la al-Makasib* (3rd ed., Vol. 4). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
32. Yazdi, S. M. K. (1410 AH). *Hashiya al-Makasib* (1st ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].



A Critical Analysis of the Ruling of Transgender Permission in Transsexual People

Sayyid Mohammad Mahdi Ahmadi¹ Sayyid Mahdi Tabatabaei Eynaki²
Sayyid Hassan Abedian Kalkhoran³

Received: 04/12/2019

Accepted: 24/06/2020

Abstract

Transgender and its related issues in jurisprudence have long been studied and examined. What needs to be reviewed and carefully considered in this regard, and so far it has not been given the necessary value in terms of jurisprudential research, is to examine the ruling on transgender in people who have sexual dissatisfaction. This complication is considered as a mental and behavioral disorder and its sufferers fall into the category of a certain sex in terms of biological divisions. According to the famous fatwas of the jurists, there is no doubt that it is permissible to change the gender truly and turn a man into a woman and vice versa, as well as to change the gender in non-binary gender people. However, what will be examined in this study through an analytical- descriptive method is a thematic review of transgender in transsexual people, whether or not they are included in the transgender permission ruling. In this article, by referring to the process of identifying the subject and extracting related evidences from fatwas and narrations, the impermissibility of transgender in transsexual people is obtained. However, in the Islamic Republic of Iran, whose laws - according to Article 4 of the Constitution - must be regulated according to Islamic standards, this practice has been practiced for many years with the permission of the judiciary and their supervision over a significant number of these patients.⁴

Keywords

Gender, transgender, transsexual, non-binary gender.

-
1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Qom Branch. (Author in charge). ahmad@qom_iau.ac.ir
 2. PhD Student in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Qom Branch, Iran. sm.tabatabaei61@gmail.com
 3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Qom Branch. Mahbe4@yahoo.com
 4. This paper is taken from a PhD dissertation under the title of *The effect of gender reassignment in criminal matters according to Imami jurisprudence*.

Ahmadi, M., & Tabataba'ei Eynaki, M., & Abedian Kalkhoran, H., (2020). Taken from the PhD dissertation: The effect of transgender in criminal matters from the point of view of Imamiyah jurisprudence (Supervisor: Dr. Seyed Mohammad Mehdi Ahmadi). Islamic Azad University of Qom, Faculty of Humanities. Journal of Fiqh, 27 (102), pp. 179-205. Doi: 10.22081/jf.2020.56196.1956

تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترانس سکشوال‌ها

سیدمحمد مهدی احمدی^۱ سیدمهدی طباطبایی عینکی^۲ سیدحسین عابدیان کلخوران^۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۱۳

چکیده

تغییر جنسیت و مسائل مرتبط با آن در فقه، دیرپست که مورد بررسی و مذاقه قرار گرفته است. آنچه در این رابطه جای بازنگری و دقت نظر دارد و تا کنون بهای لازم از نظر پژوهش‌های فقهی به آن داده نشده است، بررسی حکم تغییر جنسیت در اشخاصی است که دارای نارضایتی جنسی هستند؛ این عارضه از جمله اختلالات روانی و رفتاری به حساب می‌آید و مبتلایان آن از نظر تقسیم‌بندی‌های زیستی، در زمره یک جنس معین قرار می‌گیرند. با استناد به فتوای مشهور فقها، شکی در مجاز بودن تغییر جنسیت واقعی و تبدیل شدن مرد به زن و برعکس و همچنین تغییر جنسیت در اشخاص خنثی وجود ندارد، اما آنچه در این پژوهش و به سبک تحلیلی - توصیفی مورد بازنگری قرار گرفته است، بررسی موضوعی تغییر جنسیت در ترانس سکشوال‌هاست که آیا وارد در موضوع حکم جواز تغییر جنسیت می‌شوند، یا نه؟ در این مقاله، با استناد به فرایند تشخیص موضوع و همچنین استخراج قرائن مرتبط با آن از میان فتاوا

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم. (نویسنده مسئول)

ahmad@qom_iau.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، ایران.
sm.tabatabaei61@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم.

Mahbe4@yahoo.com

■ احمدی، سیدمحمد مهدی؛ طباطبایی عینکی، سیدمهدی؛ عابدیان کلخوران، سیدحسین. (۱۳۹۹). تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترانس سکشوال‌ها. برگرفته از رساله دکتری: تأثیر تغییر جنسیت در امور کیفری از نظر فقه امامیه (استاد راهنما: دکتر سیدمحمد مهدی احمدی). دانشگاه آزاد اسلامی قم، دانشکده علوم انسانی. فصلنامه فقه، ۲۷ (۱۰۲)، صص ۱۷۹-۲۰۵.
Doi: 10.22081/jf.2020.56196.1956





و روایات، عدم جواز تغییر جنسیت در ترانس‌ها حاصل می‌شود؛ این در حالیست که در جمهوری اسلامی ایران که قوانین آن - بر اساس اصل چهارم قانون اساسی - باید بر اساس موازین اسلامی تنظیم شده باشد، سال‌هاست که این عمل با مجوز دستگاه‌های قضایی و نظارت آنها بر روی تعداد قابل توجهی از این بیماران در حال اجراست.^۱

کلیدواژه‌ها

جنسیت، تغییر جنسیت، ترانس سکشوال، خنثی.

مقدمه

تغییر جنسیت واژه‌ی مرکبی که امروزه علاوه بر جوامع علمی، به گوش عامه‌ی مردم جامعه نیز آشناست. هر جا که این واژه به چشم می‌خورد، معنای روشنی از آن در ذهن نقش می‌بندد: تغییر جنسیت اشخاص از زن به مرد و برعکس. گذشته از تمام بحث‌ها و تبادل نظرات تئوریک که تاکنون درباره این مسئله بیان شده، آنچه حائز اهمیت است، آن است که امروزه این عمل در حال تحقق است و در عالم واقع صورت می‌پذیرد. عمل تغییر جنسیت در مورد متقاضیان مبتلا به اختلال در هویت جنسی یا به عبارتی همان ترانس سکشوال‌ها (transsexual) به تعداد قابل ملاحظه‌ای، در حال انجام است. اهمیت پژوهش در این باره جایی آشکار می‌شود که این موضوع، از نظر فقهی بررسی شود؛ چرا که با توجه به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همه قوانین می‌بایست بر اساس موازین اسلامی وضع شوند؛ این در حالی است که بعد از گذشت چهار دهه از استقرار نظام اسلامی و تسلط آن بر حقوق موضوعه، همچنان قانونی در این باره وضع نشده و همچنان در حد رویه‌ای پذیرفته شده در دستگاه قضایی و اداری ایران در حال اجراست.

پرسش‌های اساسی در تبیین موضوع این است که حکم اولی در تغییر جنسیت بنابراین آنچه در تعریف آن آمده است و فتوای مشهور از فقها، حلیت و جواز است. آنچه هنوز

۱. این مقاله بر گرفته از رساله دکتری با عنوان (تأثیر تغییر جنسیت در امور کیفری از نظر فقه امامیه) است.

در هاله‌ای از ابهام مانده، آن است که آیا عمل‌هایی را که امروزه انجام می‌شود و به‌واسطه آن عضو تناسلی شخص متقاضی قطع و به جای آن پروتزی از آلت تناسلی جنس مخالف قرار داده می‌شود، می‌توان از مصادیق تغییر جنسیت دانست یا اینکه با توجه به عدم جواز تغییر جنسیت ظاهری که به عبارتی مصداق عمل‌هایی است که اکنون اجرا می‌شود و به رأی مشهور فقها صرفاً بر اشخاص خنثی یا کسانی که جنسیت مخفی از حیث آلت دارند، برای رهایی از عسر و حرج، تجویز شده است، بر افراد ترانس که دچار اختلالات جنسی و رفتاری می‌باشند نیز جایز است؛ تا به فرض انجام عمل از جنسیت اصلی و خدادادی خود خارج و منضم به جنس مخالف شوند؟ از طرفی اگر بر اساس حکم ثانوی، با توجه به شرایط حاد روحی شخص متقاضی، جواز عمل صادر شود، آیا شخص به صرف انجام این عمل ظاهری، واقعاً از جنسیت اصلی خود خارج می‌شود و احکام مختص با جنس جدید بر او مترتب می‌شود؟

درباره تغییر جنسیت و تأثیرات آن بر احکام وابسته به جنسیت مکلف، آثار فراوانی به چشم می‌خورد؛ اما بیشتر آثار منتشر شده، از حیث نتیجه با مقاله پیشرو متفاوت‌اند و به جز تعدادی اندک، تغییر جنسیت در ترانس سکشوال‌ها را جایز شمرده‌اند.

این پژوهش از چند بخش تشکیل شده است: ابتدا پس از توضیح و تعریف مصطلحات مرتبط با موضوع، اعم از تغییر جنسیت و انواع خنثی و احکام مربوط به آنها، به صورت خاص به مسائلی از قبیل آنچه در زیر بدان اشاره می‌شود پرداخته است: یک. منظور از ترانس سکشوالیسم و بسط آن از نظر فقهی و روایی. دو. چیستی احکام تغییر جنسیت در ترانس‌ها. سه. بررسی ادله موافقین جواز تغییر جنسیت و تحلیل آنها و در نهایت جمع‌بندی و نتیجه‌گیری.

پیشینه تحقیق

درباره تغییر جنسیت و تأثیرات آن بر احکام وابسته به جنسیت مکلف، آثار فراوانی به چشم می‌خورد؛ اما در هیچ‌یک از آنها مسئله مورد نظر پژوهش پیشرو موضوع اصلی نبوده است و صرفاً تغییر جنسیت از نظر حکم بررسی شده است. بیشتر آثار منتشر شده از





حیث نتیجه با مقاله پیشرو متفاوت‌اند و به جز تعدادی اندک، تغییر جنسیت را جایز شمرده‌اند و ترانس‌ها را از جمله مصادیق بارز در حلیت انجام چنین عملی دانسته‌اند. تعدادی از این آثار عبارت‌اند از: کریمی‌نیا، ۱۳۸۹؛ بجنوردی، ۱۳۸۶؛ سبحانی، ۱۳۹۱؛ عظیمی، ۱۳۹۷؛ کلانتری، ۱۳۹۰؛ خرازی، ۱۳۷۹؛ هاشمی، ۱۳۹۰؛ نوجوان، ۱۳۸۸؛ میرخانی، ۱۳۹۰ و ۱۳۹۱؛ روشن، ۱۳۹۰؛ گرایلی، ۱۳۹۶؛ باریکلو، ۱۳۸۲.

۱. تغییر جنسیت

۱-۱. تعریف تغییر جنسیت

تغییر جنسیت، در اصطلاح فقه تعریف مخصوص فراتر از آنچه از معنای لغوی آن می‌توان برداشت کرد، ندارد و براین اساس می‌توان گفت: تغییر جنسیت تبدیل ماهوی هریک از مرد و زن به دیگری، اصلاح جنسیت انسان‌های دو جنسی با عمل جراحی و مانند آن است (هاشمی شاهرودی و دیگران؛ ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۵۲).

۲-۱. حکم تغییر جنسیت در فقه

درباره مشروع یا ممنوع بودن تغییر جنسیت، نظریات متفاوتی ارائه شده است که در مجموع می‌توان این آرا و اقوال را به سه دسته تقسیم کرد: ۱. مشروعیت مطلق: منظور از مشروعیت مطلق مجاز شمردن تغییر جنسیت، تحت هر شرایط و وضعیت است. چه شخص سالم باشد و چه خنثی باشد و چه ترانس، تفاوتی نمی‌کند. اگر قصد تغییر جنسیت داشته باشد، می‌تواند جنسیت خود را (به صورت واقعی که تاکنون علم بدان نرسیده و محقق نشده است) تغییر دهد. طرفداران مشروعیت مطلق تغییر جنسیت در میان فقها اکثریت هستند. ۲. ممنوعیت مطلق. ۳. مشروعیت مشروط (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۲۱). نام تعدادی از ایشان را می‌توان این چنین برشمرد: ۱. امام خمینی (ره)؛ ۲. سیدعلی سیستانی؛ ۳. ناصر مکارم شیرازی؛ ۴. سیدعلی خامنه‌ای؛ ۵. لطف‌الله صافی؛ ۶. حسین علی منتظری؛ ۷. محمدابراهیم جناتی ۸. محسن خرازی (امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص

۵۵۸-۵۶۰؛ www.sistani.org؛ مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، نرم‌افزار گنجینه آراء قضایی، کد استفتاء ۵۲۵۶، رأی آیت‌الله خامنه‌ای؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، صص ۴۷۰-۴۷۲).

نکته قابل تأمل در این موافقت با تغییر جنسیت، بین فقها این است که همین تأیید و موافقت است که گمان را می‌برد سوی این که فقها، عمل تغییر جنسیت در ترانس‌ها را نیز مشروع دانسته‌اند؛ حال آنکه با مطالعه دقیق آثار ایشان و توضیحاتی که ایشان نسبت به رأی خود داده‌اند، روشن می‌شود مقصود فقها از جواز تغییر جنسیت، آن تغییر جنسیتی است که، شخص به واسطه آن از جنسیت خود با تمام خصوصیاتش به جنس مخالف با تمام خصوصیاتش تغییر کند یا بهتر آنکه گفته شود تبدیل شود؛ علاوه بر این، مخالفت صریح همین صاحب‌نظران درباره تغییر ظاهری صرف و عدم جواز آن و عدم تأثیر آن در احکام شخص اقدام‌کننده به عمل، در آثار و استفتائات ایشان کاملاً مشهود است. تغییر جنسیت به صورتی که مد نظر فقها مطرح است، هنوز در عالم واقع محقق نشده است و در حد فرضیه باقی مانده است.

۱۸۳



فقه

۱-۳. تغییر جنسیت در خنثی

۱-۳-۱. تعریف خنثی و انواع آن

در معنای مشهور فقهی، خنثی به کسی گفته می‌شود که در وجود خود هم آلت مردانه دارد و هم آلت زنانه (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۳۲) یا به تعبیر دیگر خنثی کسی است که هر دو آلت مردانه و زنانه را داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص ۱۷۷). در فقه خنثی یا هرمافروdit‌ها به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: یکی خنثای مشکل که به کسی گفته می‌شود که هر دو آلت مردانه و زنانه را در خود دارد و از طریق نشانه‌ها و علائم شرعی مشخص نمی‌شود که آیا زن است یا مرد؛ به بیان دیگر بدان سبب خنثی گفته می‌شود که ترجیحی برای مردانگی او بر زنانگی و زنانگی بر مردانگی‌اش وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۱۹۴) و دیگری خنثای غیرمشکل است که به کسی گفته می‌شود که می‌توان با توجه به امارات شرعی که شارع آنها را برای تشخیص قرار داده است، حکم



کرد که مرد است یا اینکه به واسطه همان امارات شرعی به زن بودن او حکم می‌شود. چنین کسی خنثای مشکل نیست؛ چراکه به واسطه امارات اشکال و شبهه برطرف می‌شود. (ر.ک: بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۹). با توجه به تعریفی که از خنثای غیرمشکل ارائه شد، می‌توان این نوع را به دو قسمت خنثای مؤنث و خنثای مذکر نسبت به کسانی که حالت زنی و حالت مردی در آنها غالب است، تقسیم کرد.

۱-۳-۲. حکم تغییر جنسیت در خنثی

بسیاری از فقها عمل تغییر جنسیت در افراد خنثی را جایز شمرده‌اند که البته نظر قریب به اتفاق ایشان در این مورد مشروط بر آن است که در صورت عدم ضرورت شرعی، در این فرایند، حرام دیگری مانند نظر به آلت تناسلی طرف مقابل توسط شخص غیرمجاز به آن اتفاق نیفتد و مهم‌ترین دلیلی که برای استدلال در این حکم بدان استناد شده است. نبود دلیل بر حرمت آن است (امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۵۵۸-۵۶۰؛ www.sistani.org؛ مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، نرم‌افزار گنجینه آرای قضایی، کد استفتاء ۵۲۵۶، رأی آیت‌الله خامنه‌ای؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، صص ۴۷۰-۴۷۲).

سبب اطلاق موجود در فتاوای یادشده و دیگر فتاوای از آن قبیل، در خنثای مشکل و غیر آن می‌تواند به این دلیل باشد که این تغییر و تحولات جنسی در خنثای مشکل است که می‌تواند اثر مستقیم در تکالیف شرعی شخص مبتلا داشته باشد، و گرنه در خنثای غیرمشکل که بر اساس امارات و علائم موجود تکلیف شخص مبتلا از نظر معین بودن جنس و روشن بودن تکالیف جای ابهامی ندارد و عمل تغییر جنسیت در این اشخاص به منظور رهایی از نقیصه یا زائده‌ای که در آن قسمت از بدن خود دارند به کار می‌رود و ثمر فقهی در تغییر کردن احکام مرتبط ندارد.

نکته دیگر اینکه براساس نظر بعضی از فقها این عمل‌های جراحی در مورد خنثی اعم از مشکل و غیرمشکل اساساً، تغییر جنسیت محسوب نمی‌شوند و حکم تغییر بر آن مترتب نمی‌شود و بنابر همین و با افتراض حرمت تغییر جنسیت هم، این حکم اساساً به خنثی تسری نمی‌یابد (خرازی، ۱۴۲۰ق، ص ۲۴۳).

۴-۱. تغییر جنسیت در اشخاص ترانس سکشوال

۱-۴-۱. تعریف ترانس سکشوالیسم

ترانس سکشوال به نوعی اختلال هویتی گفته می‌شود که شخص مبتلا به آن عقیده دارد متعلق به جنس مقابل است. به علاوه او احساس بیگانگی در مورد بدن خود دارد و آرزوی قوی برای زندگی کردن به عنوان فردی از جنس مقابل دارد و برای تغییر دادن ظاهر بدنی و تناسلی خود به شکل و ظاهر بدنی و تناسلی جنس مقابل تلاش می‌کند (رئسی و ناصحی، ۱۳۸۳، ص ۵۱). از این بیماری با عنوان اختلال هویت جنسی یاد می‌شود که شدیدترین درجه ملال جنسیتی است. در این اختلال از نظر جنسی بین جسم و روان تناقض و مغایرت وجود دارد و فرد در اجتماع به صورت جنس مقابل ظاهر می‌شود (ویسی و نظری، ۱۳۹۵، ص ۱۶). این اشخاص از نظر جسمی و عملکرد دستگاه تناسلی، جنسیت روشن و واضحی دارند: مثلاً مردی که تماماً و یقیناً مرد است، مبتلاً به این بیماری روحی و روانی می‌گردد و بر اساس آن خود را متعلق به جنس مخالف می‌پندارد و چالش‌هایش در زندگی آغاز می‌شود. می‌توان بحث در این مورد را موضوع اصلی پژوهش دانست که نیاز به بازنگری و روشنگری اساسی دارد.

امروزه بیشترین عمل‌های تغییر جنسیت بر روی همین اشخاص انجام می‌شود که کاملاً رسمی و مورد تأیید نظام حاکم قضایی و اداری در ایران است (ماده ۹۳۹ قانون مدنی و ماده ۴، بند ۱۸ قانون حمایت از خانواده). نکته حائز اهمیت در این میان، جایز بودن این عمل از نظر شرعی است که به عقیده نگارنده اشتباهی آشکار در این باره صورت گرفته که طی بحث پیش رو به آن پرداخته خواهد شد.

۲-۴-۱. حکم تغییر جنسیت ترانس‌ها

درباره حکم تغییر جنسیت ترانس‌ها مهم‌ترین سندی که به آن استناد می‌شود و حول آن بحث می‌شود و بر اساس آن تصمیمات حکومتی گرفته شده است، نظر امام خمینی علیه السلام در تحریر الوسیله و ماجرای عمل تغییر جنسیت آقای ملک‌آرا است (ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل و برعکس آن، حرام نیست و همچنین این عمل در





خنثی حرام نیست تا ملحق به یکی از دو جنس شود و آیا اگر زن در خود تمایلاتی از سنخ تمایلات مرد یا بعضی از آثار رجولیت را می‌بیند یا مرد در خود تمایلات جنس مخالف را یا بعضی از آثار آن را می‌بیند، تغییر آن واجب است؟ ظاهر آن است که واجب نیست، در صورتی که شخص، حقیقتاً از جنسی باشد و لیکن تغییر جنسیت او به آنچه که مخالف او است، ممکن باشد) (امام خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۴۸۰).

از نظر موافقان عمل تغییر جنسیت، همین فتوا خود به‌تنهایی نمایانگر رأی مثبت امام خمینی بر آن است و شامل اشخاص مبتلا به اختلال در هویت جنسی نیز می‌شود. کسانی که این فتوا را بر ترانس‌ها منطبق دانسته‌اند، به اطلاق موجود در فتوا و اجرای قیاس اولویت، آن را شامل ترانس‌ها نیز دانسته‌اند و به‌عنوان مؤید، ماجرای استفتای فریدون ملک‌آرا از امام خمینی علیه‌السلام را نقل کرده‌اند که از این طریق به‌وسیله عمل جراحی، تغییر جنسیت داده است و این رویداد را از جمله مصادیق عملی تحقق آن فتوا درباره ترانس‌ها دانسته‌اند (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰).

رد این استدلال و استناد موافقان، به فتوای امام خمینی و تغییر جنسیت فریدون ملک‌آرا، شامل توجه و تمرکز بر دو نکته است:

اول اینکه مراد امام خمینی از تغییر جنسیت مرد به زن و زن به مرد، تبدیل ماهوی این دو جنس به یکدیگر (که در حال حاضر از نظر علم پزشکی، امکان‌پذیر نیست) است که آن را مطلقاً جایز می‌داند و گرنه قطع آلت تناسلی به‌وسیله عمل جراحی کسی را از ماهیت جنسی خود خارج نمی‌کند؛ ضمن اینکه فراز دوم استفتا در مورد وجوب این عمل در صورت امکان تحقق آن، برای کسانی است که تمایلاتی از جنس مخالف در خود احساس می‌کنند و جواب در این بخش در ارتباط با حکم مسئله از حیث واجب‌بودن یا نبودن آن داده شده است، نه اینکه امام خمینی علیه‌السلام در این فراز از فتوای خود قصد استعمال قرینه برای فهماندن مفهوم ترانس‌سکشوالیسم را داشته باشد و با توجه به همان فرضیه تبدیل جنسیتی به جنس دیگر است که بحث حول حکم آن را نیز مطرح می‌کند.

دوم اینکه استناد علمی به ماجرای عمل تغییر جنسیت آقای فریدون ملک‌آرا که پس

از آن نامش را به مریم تغییر داد، برخلاف استنادی که به آن می‌شود، نمی‌توان مؤید شمول فتوای امام خمینی علیه السلام بر ترانس‌ها شمرد؛ چراکه اولاً اگر چنین بود دیگر نیازی به سال‌ها دوندگی برای ملاقات امام خمینی و گرفتن رأی موافق ایشان نبود، چه اینکه مگر نه این است که ایشان رأی شفاف و روشنی در تحریر الوسیله حتی در مورد اشخاص سالم داده‌اند؟ (از سال ۱۳۴۳). ثانیاً رأی مکتوبی که امام راحل به ایشان دادند، شروطی داشته که مهم‌ترین آن نظر پزشک متخصص بوده است؛ حال آنکه گویا ایشان با وجود داشتن این حکم در دست، تا سال ۸۱ شمسی موفق به انجام این عمل در ایران نشده و برای انجام این عمل عازم تایلند شده است و مراحل اداری سجلی پس از آن را با نفوذی که بین مسئولان داشته به سرانجام رسانده است (ر.ک: کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، صص ۳۹۷-۴۱۳)؛ بنابراین، استناد به فتوای امام علیه السلام در تحریر الوسیله برای اثبات جواز شارع بر چنین تغییری در افراد مبتلا به ترانس سکشوالیسم کافی نیست؛ چراکه از نظر فقهی ترانس‌ها سالم به حساب می‌آیند و صرف ملال و افسردگی از وضعیت جنسی و اجتماعی، در فقه، ملاک مناسبی برای سقوط یا تغییر تکالیف و احکام آن نمی‌باشد.

۱-۴-۳. ترانس سکشوال‌ها در روایات

در واقع مهم‌ترین حلقه مفقوده از میانه زنجیر استنباط حکم تغییر جنسیت در ترانس‌ها، مستحده دانستن این پدیده و ناهنجاری است که توگویی این انحراف در صدر اسلام وجود نداشته و ظهور آن متأخر است و سبب آن برخی تغییرات فرهنگی و زیستی در میان جامعه و خانواده است؛ حال آنکه با مراجعه به روایات و احادیث و نصوص فقهی، موضوع مورد بحث با عنوان مخنث‌ها و احکام ایشان در میان آن روایات آشکار می‌شود. این اختلال روحی و رفتاری در هویت جنسی از زمان حیات پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله در جامعه وجود داشته و روایات متعددی در ذم و نکوهش این اشخاص در دسترس است.

در کتاب‌های فقهی آمده است مخنث مردی است که به زنان تشبّه پیدا می‌کند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۳۵۹). بعضی گفته‌اند مخنث مردی است که در گفتار، نرمی





(حالتی زنانه) و در رفتار، کرشمه دارد (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲، ص ۴۹). (برخی گفته‌اند) مخنث مردی است که مفعول واقع می‌شود (محدث قمی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۷۴). از نظر امامیه، مخنث رجم می‌شود و تبعید او ثابت نشده است (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۹). بنابر روایاتی که از طریق شیعه رسیده، پیامبر ﷺ «هیت» و «مانع» را به «عرایا» که نام قلعه‌ای است در مدینه، تبعید کرد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۱، ص ۲۰۴). بنابر این روایات مخنث از مسجد یا از محله طرد می‌شود. روایاتی در لعن وی وارد شده است (طوسی، نجم‌الدین، ۱۴۲۷ق، ص ۱۷۷). از جمله روایاتی که در باب مخنثان یا همان ترانس سکشوال‌ها آمده می‌توان به روایت عبدالله بن میمون از امام صادق علیه السلام از امیرالمؤمنین علیه السلام اشاره کرد که شخصی نزد امام علی علیه السلام آمد و گفت جانم به فدایت همانا من شما اهل بیت را دوست می‌دارم. گفت در این شخص نرمشی وجود داشت. گفت و عده‌ای از این حالت شخص ستایش کردند. سپس امیرالمؤمنین به او فرمود: دروغ می‌گویی ما را هیچ مخنث و دیوث و ولدالزنا و کسی که مادرش در حیض خود بر او باردار شده باشد، دوست ندارد. گفت آن مرد رفت و در روز صفین همراه با معاویه کشته شد (ر.ک: حمیری، ۱۴۱۳ق، صص ۲۵-۲۶). همچنین در کتاب‌های متعدد، چندین روایت در خصوص مخنثان آمده است که رفتار امیرالمؤمنین و پیامبر را در قبال ایشان ترسیم می‌کند؛ این رفتارها عبارت‌اند از: بیرون‌راندن شخص مخنث از مسجد و لعن او، لعنت کردن متشبهان از مردان به زنان و زنان به مردان (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۵۲) (بارزترین خصوصیت ترانس‌ها تشبه‌شان به جنس مخالف در پوشش و رفتار و کردار است)، توصیه به بیرون‌راندن مخنثان از منازل به این دلیل که اینها پست‌ترین موجودات‌اند، روی گرداندن پیامبر صلی الله علیه و آله از شخص مخنث و ذکر این مطلب که این اشخاص در امتی باشند آن امت عذاب می‌شود (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۶۰۲). مراجعه به این روایات و روایات دیگر در این باره، موضع شارع را در مورد کسانی که خود را به شکل جنس مخالف درمی‌آورند، نمایان می‌کند. پرواضح است امروز نمی‌توان ادعا کرد که تخنث و ترانس سکشوالیسم امری جدید است و نمی‌توان از کتاب و سنت به حکم شرعی در مورد آنان دست یافت. آنچه می‌توان در این باره افزود این است که به‌واسطه پیشرفت علم و تکنولوژی راهی برای عمل

جراحی و ازاله آلت تناسلی پدید آمده است. عمل جراحی باعث تغییر جنسیت در اشخاص نمی‌شود و مانند این است که فردی در حادثه‌ای آلت جنسی خود را از دست بدهد در چنین حادثه‌ای هیچ‌کس در مورد جنسیت شخص حادثه دیده دچار شبهه نمی‌شود.

۲. ارزیابی ادله موافقان تغییر جنسیت

موافقان تغییر جنسیت بر این باورند که اکثر فقیهان معاصر شیعی موافق با تغییر جنسیت ترانس‌ها هستند و برای اثبات مدعای خود به ادله‌ای چند استناد کرده‌اند که این ادله عبارت‌اند از:

۱-۲. حدیث رفع

از جمله ادله‌ای که موافقان عمل تغییر جنسیت در اشخاص ترانس بدان استناد کرده‌اند، حدیث رفع است (چون دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد و مقتضای حدیث رفع، جواز ظاهری تغییر جنسیت است) (مطهری، ۱۴۰۳ق، ص ۱۹۰).

حدیث رفع: از امت من نه چیز برداشته شده است: اشتباه، فراموشی، آنچه که به آن اکراه شوند و آنچه را نمی‌دانند، آنچه را که توانایی انجام‌دادنش را ندارند، آنچه به آن مضطر شوند، حسد، فال بدزدن و اندیشه‌های وسوسه‌انگیز درباره خلقت و آفرینش، تا زمانی که بر زبان جاری نشود (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۶۹). با استناد به آن قسمت از حدیث که به «لا یعلمون» اشاره دارد، چنین برداشت شده که بنابر اینکه دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد، این مسئله از جمله مصادیق «لا یعلمون» شمرده شده و بنابراین، مسئله بدون اشکال خواهد بود.

جواب در رد این استدلال چنین است که عمل تغییر جنسیت الزاماتی دارد که حرمت آن حتمی است، از جمله قطع اعضای اصلی بدن و نگاه و لمس عورت اجنبی و اجنبیه. صرف اینکه گمان رود از آنجایی که برای موضوعی با عنوان تغییر جنسیت نصی وارد نشده است یا اگر وارد شده است، ما نمی‌دانیم و به دست ما نرسیده است، مجاز





خواهیم بود تا به انجام آن با هر شرایطی اقدام کنیم، خطا است؛ ضمن اینکه در بحث‌هایی که بین فقها و بزرگانی که در تغییر جنسیت، حدیث رفع را دلیل بر جواز دانسته‌اند، باز هم موضوع تغییر واقعی جنسیت بر اساس تعریف ارائه‌شده آن در فقه است نه آنچه امروزه بر روی ترانس سکشوال‌ها در حال انجام است و بر همین اساس است که ایشان با استناد به «مالا یعلمون» در این حدیث شریف، عمل به آن را بدون اشکال دانسته‌اند؛ نه در مواردی که هم از حیث لوازم، دارای حرمت است و هم آرای صریح فقها در تغییر جنسیت ظاهری دلالت بر حرمت آن دارد.

۲-۲. نبود دلیل بر حرمت تغییر جنسیت ترنس‌ها

موافقان تغییر نبود دلیل بر حرمت را به‌عنوان دلیلی بر جواز شرعی انجام عمل تغییر جنسیت در افراد مبتلا به ترانس سکشوالیسم ذکر کرده‌اند و آورده‌اند تقریباً تمام فقهای که به جواز تغییر جنسیت معتقدند، بر این باورند که برای حرمت تغییر جنسیت، دلیل قاطع و روشنی وجود ندارد (منتظری، ۱۴۲۷ق، ص ۱۱۳؛ منتظری، ۱۴۱۵ق، صص ۵۱۷-۵۱۸؛ امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۵۵۸-۵۶۰). ایشان (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۲۰۵) فتوای آیت‌الله منتظری را تأییدی بر مدعای خود دانسته‌اند که گفته است: تغییر جنسیت به خودی خود منع شرعی ندارد؛ بنابراین کسانی که زن هستند و تمایلات شدید مردانه دارند یا برعکس، می‌توانند تغییر جنسیت دهند؛ ولی اگر عمل جراحی برای تغییر جنسیت یا هرگونه اعمال دیگر مستلزم حرام (از قبیل لمس و نگاه به عورت) باشد، تغییر جایز نیست، مگر در موارد ضرورت (منتظری، ۱۴۲۷ق، ص ۱۱۳ و منتظری، ۱۴۱۵ق، صص ۵۱۷-۵۱۸).

با مراجعه به آثار آیت‌الله منتظری و بررسی نظر ایشان، واضح می‌شود که اولاً وقتی در این فتوا، از نبود دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت سخن به میان می‌آید، با توجه به مقتضیات عمل جراحی، عضوی از اعضای اصلی بدن (دیة آن معادل دیة نفس است)، از بدن جدا می‌شود یا از بین می‌رود، آن هم با انگیزه‌ای که نمی‌توان آن را از مصادیق ضرورت دانست که همانا حالات روحی در متقاضیان است؛ پس واضح است که منظور ایشان، حالتی است که در آن، تبدیل کلی و حقیقی و ماهوی صورت پذیرد، نه اینکه

صرفاً عملی در ظاهر بدن اتفاق بیفتد و پس از آن با استفاده از داروهای شیمیایی و هورمونی تغییراتی موافق با جنس مخالف در ابعاد بدن و صدا پدید آورند؛ چنان که در هر دو کتاب خود اشاره‌ای به همین مضمون داشته است که طبیعتاً موافقان از توجه به آن چشم‌پوشی کرده‌اند: «و أما تغییرها بالکلیة و تبدیل الموضوع حقیقة فلا یصدق علیه التَّشَبُّه کما هو واضح» (منتظری، ۱۴۱۵ق، ص ۵۱۷). در این فراز توضیح داده است که مراد از تغییر و تفاوت آن با تشبه این است که تغییر جنسیت باید منجر به تغییر تمام و کمال و تبدیل حقیقی موضوع باشد. منظور از تبدیل الموضوع، تبدیل موضوع مرد به زن و بالعکس است؛ بدین معنا که زنی کاملاً تبدیل به مرد و مردی کاملاً تبدیل به زن شود، آن هم به صورت حقیقی؛ یعنی مثلاً اگر مردی تغییر جنسیت دهد، سوای روحيات و شکل بدن باید از نظر ژنوتیپ و هرمون‌ها و کروموزوم‌ها نیز تبدیل به زن شود و قابلیت باروری و شیردهی و تمام خصوصیات را دارا شود که در حال حاضر امکان‌پذیر نیست.

آیت‌الله منتظری همچنین در جای دیگر گفته است تغییر جنسیت گاهی ضرورت پیدا می‌کند؛ مثلاً گاهی افراد دوجنسی (خنثی) دچار بیماری‌ها و اختلالات روانی و خانوادگی شدیدی می‌شوند، به طوری که پزشک متخصص تنها راه معالجه را در تغییر جنسیت می‌داند و علاوه بر این برای دو جنسی‌های حقیقی ضرورت دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه دوجنسی‌های حقیقی نسبت به احکام و انجام وظایف شرعی مشکلات بسیاری دارند، مثل احکام محرمیت، ازدواج، ارث، نماز و دیات و تنها راه خروج از این تنگناها تغییر دادن جنسیت آنها است تا اینکه یا به مردان ملحق شوند یا به زنان (منتظری، ۱۴۲۷ق، ص ۱۱۳). مبتنی بر نظرات این چنینی در آثار فقهی فقها است که صاحب‌نظران موافق عمل در ترانس‌ها این فقها را در شمار موافقان تغییر جنسیت در ترانس‌سکشوال‌ها شمرده‌اند و اظهار داشته‌اند که دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد که البته نادرست است.

علاوه بر آنچه در رد این دلیل بیان شد، عمل تغییر جنسیت را به صورتی که امروزه در حال انجام است، می‌توان از جمله مصادیق تنقیص در بدن و اضرار دانست که حرمت آن روشن است و عدم التفات بدین مفهوم خود جای شگفتی است. شکی در





مبغوضیت قطع کردن عضو، نزد شارع نیست و بعید نیست که شامل آیه «وَلَا تُقْتُلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (البقرة: ۱۹۵) شود؛ چراکه این کار عرفاً از مصادیق به‌هلاکت‌انداختن به دست خود است و با تتبع در اقوال فقها از متقدمان و متأخران و معاصران بسیار واضح است که نظرشان حرمت اضرار به نفس است، تا جایی که هیچ مخالفی در آن یافت نمی‌شود و حتی می‌توان در مورد حکم مسئله ادعای وجود اجماع کرد (ر.ک: سبحانی، ۱۴۱۵ق، صص ۱۶۵-۱۶۷).

بنابراین نتیجه این است که تغییر جنسیتی که فقهای معاصر در مورد آن بحث کرده‌اند و آن را جایز شمرده‌اند، یا تغییر ماهوی است که به دلیل عدم تحقق - انقلاب جنسیت به این معنی که مرد به صورت زن درآید چنان‌که گویا از اول او زن آفریده شده بود یا زن به صورت مرد درآید چنان‌که گویی از روز نخست مرد آفریده شده بود، قابل تصور هست؛ ولی جز از طریق اعجاز امکان‌پذیر نیست (سبحانی، ۱۳۹۱، ص ۷) - یک بحث فرضی است یا اینکه مرادشان تغییر در اشخاص خنثی یا همان دوجنسه‌ها است که به‌درستی به نبودن دلیلی بر حرمت آن استناد کرده‌اند؛ اما اینکه از نظر علمی بتوان داشتن شرایط حاد روحی در مرد و زن کامل و سالم را از مصادیق ضرورت دانست و آن را مبرّری برای جواز اضرار به نفس و بدن دانست ممکن نمی‌باشد و اکثر سوء برداشت‌های موجود در آثار علمی برخی از محققان به دلیل همین عدم توجه به جزئیات است.

۲-۳. اصل حلیت و اباحه

موافقان، بعد از اینکه هیچ دلیلی از کتاب و سنت در حرمت تغییر جنسیت در ترانس‌ها نیافته‌اند، اصالة‌الحلیة و اصالة‌الاباحه را به‌عنوان دلیل دیگری بر جواز تغییر جنسیت در این اشخاص ارائه کرده‌اند (خرازی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴؛ ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۲۱). ایشان از بیان آیت‌الله خرازی به‌عنوان مؤید استفاده کرده‌اند: «مفاد اصل حلیت و اصل برائت، جواز تغییر جنسیت است» (سیدمحسن خرازی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴)؛ حال آنکه این بیان، از درون رأی ایشان در مخالفت با عمل تغییر جنسیت به شکل ظاهری و متداول، جدا شده است و

اصل نظر ایشان به صورت کامل چنین است: مراد از تغییر جنسیت خصوص قطع آلت تناسلی و ایجاد حفره‌ای به جای آن نیست تا مرد در امکان نزدیکی، شبیه زن شود؛ زیرا چنین کاری موجب تغییر جنسیت نمی‌شود، بلکه مقصود ما از تغییر جنسیت آن است که هویت و جنسیت مرد به کلی تغییر کند؛ مثل اینکه مرد دوایی بخورد تا جنس و هویت او تغییر کند که چنین چیزی مجرد فرض است و وقوع خارجی ندارد، مگر معجزه‌ای رخ دهد. به فرض که وقوع آن در خارج امکان داشته باشد، بدون اشکال جایز است؛ زیرا عنوانی به عنوان دیگر تبدیل شده است، بدون اینکه مقدمات حرام داشته باشد و مقتضای اصل حلیت و اصل برائت، جواز است (ر.ک: خرازی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴).

نتیجه اینکه بنابر آنچه مطرح شد، واضح می‌شود اولاً این اصل در جایی به کار گرفته می‌شوند که چیزی بین حلال و حرام مشتبه شده باشد که در این صورت بر حلال حمل می‌شود؛ نه در جایی که حکم حرمت آن بر اساس حرمت آسیب‌رساندن به نفس و قطع اعضا واضح است و در تشخیص موضوع اشتباه شده باشد. ثانیاً اهمیت موضوع جایی آشکار می‌شود که در انتخاب و اقتباس نظر بزرگان نهایت دقت به کار گرفته شود (موضوع شناسی)؛ چه اینکه در باب تغییر جنسیت، فقها نظرات فراوانی مطرح کرده‌اند؛ اما دانستن اینکه مرادشان از تغییر جنسیت، آیا شامل تراجنسیتی‌ها می‌شود یا نه نیاز به توجه بیشتر در مرحله تشخیص موضوع را می‌طلبد.

۲-۴. قاعده تسلیط

بر اساس قاعده تسلیط، انسان می‌تواند در حدود عقلایی در مال یا جان خویش تصرف داشته باشد. موافقان دگربار به نظر آیت‌الله خرازی که خود از مخالفان عمل تغییر جنسیت به شکل امروزی است، استناد کرده‌اند: «مردم بر مال هایشان و جان هایشان تسلط دارند) بر جواز تغییر جنسیت استناد کرد، بنا بر این که، این قاعده، یک قاعده عقلایی باشد، دقت کنید» (خرازی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴).

اشکال موجود در این استدلال آن است که اولاً همان‌گونه که در دلیل قبل روشن شد این اصول و قواعد در جایی منتج خواهد بود و حکم جواز در تغییر جنسیت را





نمایان می‌کند که منظور فرضی است که در آن، افراد به صورت واقعی و ماهوی تغییر جنسیت دهند نه در موضوع این مقاله.

ثانیاً این اصل که با قاعده اولویت (بخشی که به انفسهم اشاره دارد در نص روایت نیست) به «الناس مسلطون علی اموالهم» اضافه شده است، در حالی که در آنجا در درجه اول و در تسلط بر اموال نیز دارای شرایط و ضوابطی است که بدون احراز آنها اشخاص حتی بر اموال خود نیز مسلط نخواهند بود و چنانچه شخصی دچار سفه شود، اگرچه از سایر جوانب انسان سالمی باشد، دیگر نمی‌تواند به اختیار خود در اموال خود تصرف کند (شیرازی، ۱۴۳۰ق، ص ۴۸۱)؛ چه رسد به اینکه شخصی با اختلالات روحی روانی این اجازه را داشته باشد تا در جسم خود تصرف کرده و اعضای تناسلی خود را قطع کند و بخواهد تا از این مجرا و به وسیله تشبه، خود را به جنس مخالف خود درآورد و در قالب آن جنس بیابد و به آرامش برسد؛ معضلی که به عنوان یک بیماری روحی و روانی تعریف شده است؛ بر همین اساس نیز توصیه شده است: والدین باید مواظب باشند که نوجوانان در حال بلوغ در رفتارهای اجتماعی نقش‌هایی را عهده دار شوند که با جنسیت آنان هماهنگ باشد؛ در غیر این صورت، بیم افتادن در ورطه بیماری ترانس سکسوالیسم جدی است (محمد روشن، ۱۳۹۰، ص ۲۷۴).

بنابر آنچه گفته شد و با توجه به بیماران ترانس، نمی‌توان این اصل را دلیلی بر جواز انجام چنین عمل مهمی دانست؛ چراکه این اصل در جایی کاربرد دارد که تصرفات اشخاص دارای فایده عقلایی باشد و چنین نیست که بتوان از این اصل همه جا و هر زمان استفاده کرد؛ مثلاً اگر شخصی از گوش‌های خود بیزار باشد، نمی‌توان جواز بریدن آنها را صادر کرد. با توجه به اینکه ترانس سکسوال‌ها نیز در زمره انسان‌های سالم روحی به حساب نمی‌آیند، بلکه به شدت و به صورتی آزاردهنده‌ای دچار اختلال در هویت جنسی خود می‌باشند، نمی‌توان بر اساس چنین قاعده‌ای به ایشان اجازه قطع عضو داد. باری اگر هم چنین اتفاقی بیفتد و از هر طریقی که شده، چنین عملی را انجام دهند، نمی‌توان ایشان را در جنسیتی جدید دانست؛ از آنجاکه بر اساس اراده خداوند و خلقت ژنتیکی آنان همچنان در جنس قبلی خود هستند و تنها اتفاقی که افتاده، تشبه به جنس مخالف و ایجاد نقص در اعضا است.

۵-۲. قاعده اضطرار

قاعده اضطرار دلیل دیگری است که موافقان عمل تغییر جنسیت در تحصیل جواز شرعی به آن استناد کرده‌اند؛ (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، نرم‌افزار گنجینه آراء قضایی، کد استفتاء ۵۲۸۰، رای آیت‌الله خامنه‌ای؛ منتظری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۴۰۸)؛ با این بیان که کسانی که به عمل جراحی تغییر جنسیت اقدام می‌کنند، در بیشتر موارد گرفتار اختلالات هویت جنسی و ناراحتی روانی و افسردگی شدید هستند که حتی اگر به حرمت تغییر جنسیت در شرایط عادی معتقد باشیم، به دلیل وضعیت اضطراری آنان، می‌توانند زیر نظر متخصصان اقدام به عمل جراحی تغییر جنسیت نمایند؛ افزون بر اینکه عمل تغییر جنسیت، حکم معالجه و تداوی دارد و تداوی به حرام در شرایط اضطرار جایز است. در مقام بررسی این دلیل در موضوع مورد بحث، توجه به چند نکته ضروری می‌نماید:

اول: قاعده اضطرار جایی به کار می‌آید که بر اساس آن، حکم اولی حرمت، به حکم ثانوی اباحه و بلکه وجوب تبدیل شود؛ اما نکته مهم در استفاده از آن، این است که حکم اولی در موضوع، حرمت باشد؛ همین نکته با مدعای موافقین تغییر جنسیت مبنی بر عدم وجود دلیل بر حرمت تغییر جنسیت، تطابق ندارد و چنین برداشت می‌شود که حکم اولی را در مورد آن حرمت دانسته باشند.

دوم: به فرض اینکه بنا باشد عمل تغییر جنسیت را بنابر دلیل قاعده اضطرار جایز شمرد، نوبت به آن می‌رسد تا مفهوم اضطرار را در احکام شرعی به درستی دریافت. آیا مشکلاتی را که اشخاص مبتلا به اختلالات روانی از آن رنج می‌برند، می‌شود از مصادیق اضطرار در احکام شرعی برشمرد؟

در تعریف مضطر چنین آمده است که مضطر کسی است که ترس تلف بر جان خود یا مبتلا شدن به بیماری معتابهی داشته باشد که منجر به ضعف و نابودی شود یا همین احتمالات در ضرر را نسبت به شخص دیگری بدهد؛ مانند شخص باردار و ترس آن نسبت به احوال جنینش یا بانوی شیردهی که برای شیرخوار خود بترسد؛ در جایی که اکراه بر انجام حرام وجود داشته باشد نیز همین قاعده اجرا می‌شود؛ به طوری که اگر





آن فعل را انجام ندهد در عرض و مال و ناموسش دچار ضرر شود (ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱ق، ص ۳۹۳).

بنابر آنچه بیان شد و با مقایسه آن با احوالات شخص ترانس، نمی‌توان احوالات او را از جمله مصادیق اضطراب دانست؛ چراکه غالباً شرع این اختلالات را در زمره اضطراب بر نمی‌شمرد که اگر چنین بود می‌بایست در بسیاری از موارد جاری می‌شد؛ ولی حقیقت، چیز دیگری است. اساساً در شرع مقدس، حالات روحی و روانی‌ای مانند به‌تنگ آمدن از وضعیت جسمی و جنسی، اصلاً نمی‌تواند نقشی در بوجود آمدن حالت اضطراب داشته باشد، تا چه رسد به حالتی که از نظر روان‌شناسان نوعی کج رفتاری به حساب می‌آید.

بنابر مدعای موافقان تغییر جنسیت، در حالت اضطرابی که برای اشخاص ترانس متصور شده‌اند در درجه اول و حتی قبل از تغییر جنسیت می‌بایست بر اساس این قاعده حکم ثانوی جواز ارتباط با همجنس را برای برون رفت از اضطراب را به او داد؛ ولی آیا واقعاً این چنین است؟ جواب منفی است و ترانس بودن با تمام فشارهای روحی و روانی که بر شخص مبتلا وارد می‌کند، نمی‌تواند مسقط حد لواط باشد؛ حال آنکه می‌دانیم حد لواط از مضطر و مکره ساقط است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۲، ص ۲۳۴). همین عدم جواز در یک حرام، خود نشان دهنده این است که شرایط شخص به حد اضطراب نرسیده و در مورد حرام دیگر که همانا قطع اعضای بدن باشد نیز نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد؛ مثلاً حالتی به وجود می‌آید که بدون هیچ دلیل عقلایی‌ای زن به شدت از همسر خود بیزار می‌شود و در نتیجه آن، دنیا برایش تیره و تار می‌شود، آیا می‌شود همین را دلیلی بر جواز نشوز زن دانست؟ در اینجا نیز جواب منفی است. در شرع مقدس تنها کسانی که به واسطه اختلالات ذهنی، بر آنها حرجی نیست، دیوانگان‌اند که کودکان را نیز در زمره آنان شمرده‌اند (لا حدّ علی المجنون و الصبی) (محمد بن علی بن بابویه، ۱۴۱۳ق، ص ۵۵۷)؛ بنابراین افسردگان و کسانی را که نارضایتی از جنسیت خود دارند و کسانی که به دلایل روحی و روانی در زندگی به تنگ آمده‌اند، نمی‌شود در شمار مضطربان در ارتکاب حرام شمرد.

سوم: در نهایت چنانچه فرض کنیم با شرح احوالات اشخاص مبتلا به ترانس سکشوالیسم فقها به این نتیجه برسند که ازاله این عضو از اعضای بدن بنابر اضطراب مباح باشد و جواز آن را صادر کنند، این حکم صرفاً شامل جواز انجام این عمل، خواهد بود و نمی توان چنین عملی را منجر به تغییر جنسیت واقعی در شخص دانست و این وضعیت مانند همان حالتی است که عضو تناسلی به واسطه سوانح جدا شود یا از بین برود. این چنین نیست که جنسیت با تغییرات فیزیولوژیکی تغییر یابد؛ چرا که جنسیت همراه با ذات خلقت هر فرد از جانب خدا معین می شود و تا آخرین لحظه حیات همراه انسان است. تنها در باب ختنی آن هم به دلیل اختلالی که در خلقت بر جنین عارض شده، فقها فتوا داده اند که امکان تغییر وجود دارد که در واقع تغییر جنسیت نیست که اتفاق می افتد، بلکه می توان گفت که تعیین جنسیت است.

نتیجه گیری

۱. درباره موضوع تغییر جنسیت، مهم ترین مسئله، تشخیص موضوع صحیح است؛ اینکه کدام یک از عمل های تغییر جنسیت بر کدام یک از مبتلایان مصداق عمل تغییر جنسیتی است که جائز است. بنابر پژوهش انجام شده عمل تغییر جنسیت بر اشخاص ختنی اعم از مشکل و غیرمشکل منعی ندارد؛ اما عمل تغییر جنسیت در ترانس سکشوال ها جایز نیست، اگرچه سال ها است در حال اجرا است.
۲. اختلال در هویت جنسی بیماری ای جدید نیست و از صدر اسلام، احادیث فراوانی در ذم اشخاصی که مخنث هستند وجود دارد.
۳. اصالة الحلیه در جواز عمل تغییر جنسیت در ترانس ها نمی تواند به کار گرفته شود.
۴. قاعده تسلیط، در این موضوع قابلیت استفاده ندارد.
۵. آنچه به عنوان نظر مساعد نسبت به جواز تغییر جنسیت نزد فقها وجود دارد، مربوط به جایی است که موضوع، تغییر کلی و واقعی جنسی به جنس دیگر باشد، نه در مورد کسانی که دچار اختلال در رفتارند.
۶. فشارهای روحی و روانی به عنوان مؤلفه های تغییر احکام اولی و از مصادیق



- اضطرار به شمار نمی آیند تا به واسطه‌ی آن، احکام تغییر کند و بنا بر همین نمی توان بر جواز تغییر جنسیت مبتنی بر اضطرار حکم کرد.
۷. برخلاف آنچه معروف است، اکثریت فقها عمل تغییر جنسیت در ترانس ها را که صرفاً یک عمل ظاهری است، حرام و ممنوع می دانند.
۸. تمام ازدواج هایی که بعد از عمل تغییر جنسیت انجام شده اند، باطل است و قانونگذار باید به فکر چاره جویی در این باره باشد.
۹. حکم تغییر جنسیت به صورت ظاهری و صوری در ترانس ها، همان حکم عمل جراحی قطع اعضای تناسلی در انسان سالم را دارد که حرام است و حالات روحی و روانی از مصادیق اضطرار محسوب نمی شود.
۱۰. ترس از اقدام شخص بیمار به خودکشی که یک فعل حرام و اختیاری است، با ترس بر جان و هلاکت تفاوت دارد و این چنین نیست که اگر شخص آسیب پذیر ادعا کند که اگر فلان عمل یا فلان تغییر در من صورت نگیرد، خود را خواهم کشت، دلیلی بر صدور مجوز شرعی در حق او شود.



فقه

فهرست منابع

* قرآن مجید.

۱. اصفهانی، محمدتقی (مجلسی اول). (۱۴۰۶ق). روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه (۱۳ ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۲. باریکلو، علی رضا. (۱۳۸۲). وضعیت تغییر جنسیت؛ حقوق خصوصی، (۵) صص ۶۳-۸۶.
۳. بجنوردی، محمد. (۱۳۸۶). بررسی فقهی حقوقی در خصوص تغییر جنسیت با رویکردی بر نظر حضرت امام خمینی علیه السلام، پژوهشنامه متین، (۳۶). صص ۲۱-۳۶.
۴. بجنوردی، سیدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقیة. قم: نشر الهادی.
۵. بی آزار شیرازی، عبدالکریم. (۱۳۶۵). رساله نوبین. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (۳ ج، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۷. الحر العاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۲ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۸. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه، (ج ۱، چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیهم السلام.
۹. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر، اسدی. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه.
۱۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین (چاپ اول). تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۱. حمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الإسناد (ط - الحدیثة). (ج ۱). مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۲. خرازی، سیدمحسن. (۱۳۷۹). تغییر جنسیت، فقه اهل بیت علیهم السلام، فارسی، ۶(۲۳)، صص ۱۰۴-۱۴۷.
۱۳. خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسيلة (مترجم: علی اسلامی، ۴ ج، چاپ بیست و یکم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. روشن، محمد. (۱۳۹۰). جواز تغییر جنسیت و بررسی آثار وضعی و تکلیفی آن، تحقیقات حقوقی، (۵۳) صص ۲۷۳-۲۸۸.





۱۵. رئیسی، فیروزه؛ و ناصحی، عباسعلی. (۱۳۸۳). اختلال هویت جنسی. تهران: صدا و قصیده.
۱۶. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۱). تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی، فقه اهل بیت، (۶۹)، صص ۵-۱۶.
۱۷. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۵ق). الرسائل الاربع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۸. شبیری زنجانی، موسی. (۱۴۳۰ق). رساله توضیح المسائل. قم: سلسبیل.
۱۹. شیرازی، ناصر مکارم. (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید (مکارم) (۳ج، چاپ دوم). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۰. الصدر، السید محمد. (۱۹۹۶م). ماوراء الفقه. بیروت: دار الاضواء.
۲۱. طبسی، نجم‌الدین. (۱۴۲۷ق). زندان و تبعید در اسلام (مترجم: سیدمحمدرضا حسینی و مصطفی شفیع، ج ۱، چاپ اول). قم: انتشارات صفحہ نگار.
۲۲. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر) (۱۰ج، چاپ اول). قم: انتشارات داوری.
۲۳. عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیث) (۲۳ج، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. عظیمی، فاطمه. (۱۳۹۷). تغییر جنسیت و آثار کیفی آن؛ پزشکی قانونی ایران؛ ۲۴(۱)، صص ۳۵-۴۶.
۲۵. محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی (شیخ صدوق). (۱۳۸۶ق). علل الشرائع (۲ج، چاپ اول). قم: کتاب فروشی داوری.
۲۶. محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی (شیخ صدوق). (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (۸ج، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (۱۵ج، چاپ اول). قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۲۹. کریمی‌نیا، محمدمهدی. (۱۳۸۹). تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۰. کلاتر، کیومرث؛ و ابراهیمی، نصیبه. (۱۳۹۰). تغییر جنسیت و بررسی فقهی آن؛ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، (۲۴)، صص ۷۷-۹۲.

۳۱. گرایلی، محمدباقر؛ و انفرادی، طاهره. (۱۳۹۶). نگاه نوبه امکان سنجی تغییر جنسیت از منظر پزشکی و فقه؛ میراث طاها، (۱)، صص ۵۵-۷۶.
۳۲. قمی، محدث، شیخ عباس. (۱۴۲۳ق). الغایة القصوی فی ترجمة العروة الوثقی (۲ج، چاپ اول). قم: منشورات صبح پیروزی.
۳۳. مشکینی، میرزاعلی. (۱۴۲۸ق). مصطلحات الفقه. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.
۳۴. مطهری، احمد. (۱۴۰۳ق). مستند تحریر الوسیله (المسائل المستحدثة). قم: خیام.
۳۵. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الامام الصادق علیه السلام. قم: انصاریان.
۳۶. منتظری، حسین علی. (۱۴۱۵ق). دراسات فی المكاسب الحرام. قم: مکتبه منتظری.
۳۷. منتظری، حسین علی. (۱۴۲۷ق). احکام پزشکی. قم: سایه.
۳۸. خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۳۹. هاشمی، سیدحسین. (۱۳۹۰). فضل الله و تغییر جنسیت از منظر قرآن؛ پژوهش های قرآنی، (۶۵ و ۶۶)، صص ۱۴۶-۱۷۹.
۴۰. ویسی، اصلان؛ و نظری، احسان. (۱۳۹۵). جایگاه تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران. تهران: جنگل جاودانه.
۴۱. نوجوان، داوود. (۱۳۸۸). مبانی فقهی و حقوقی تغییر جنسیت. حقوق پزشکی، (۹)، صص ۱۴۹-۱۸۹.
۴۲. مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، نرم افزار گنجینه استفتانات قضایی.
۴۳. میرخانی، عزت السادات؛ و محمدتقی زاده، مهدیه. (۱۳۹۰ و ۱۳۹۱). مبانی فقهی و حقوقی جواز تغییر جنسیت. فقه پزشکی، (۹ و ۱۰)، صص ۶۵-۱۰۰.

44. www.sistsni.org/persian/qa/0863



References

* Holy Quran.

1. al-Hurr al-Amili. (1412 AH). *Wasa'il al-Shi'a*. Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic].
2. al-Kulayni. (1407 AH). *Usul al-Kafi* (4th ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
3. al-Kulayni. (1429 AH). *Usul al-Kafi* (1st ed.). Qom: Dar al-Hadith for printing and publishing. [In Arabic].
4. Allamah al-Hilli. (1411 AH). *Commentary of the Learners on the Rules of Religion* (1st ed.). Tehran: Publishing Institute affiliated to the Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic].
5. Allamah al-Hilli. (1412 AH). *The end of the content in the research of religion*. Mashhad: Islamic Research Complex. [In Arabic].
6. al-Sadr, S. M. (1996). *Transcendental jurisprudence*. Beirut: Dar Al-Azwa. [In Arabic].
7. al-Shahid al-Thani. (1410 AH). *al-Rawda al-Bahiyya fi sharh al-Lum'a al-Dimashqiya*. Qom: Dawari. [In Arabic].
8. al-Shaykh al-Saduq. (1386 AH). *Ilal al-sharayi* (1st ed.). Qom: Dawari. [In Arabic].
9. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih*. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic].
10. Amili, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Karama fi Sharh al-Qawaid al-Allama* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
11. Ayatollah Khomeini. (1409 AH). *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Dar al-Elam Press. [In Arabic].
12. Ayatollah Khomeini. (1425 AH). *Tahrir al-Waseela* (A. Islami, Trans., 21st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].



فقه

13. Azimi, F. (1397 AP). Gender reassignment and its criminal effects. *Iranian forensic medicine*, 24(1), pp. 35-46. [In Persian]
14. Bariklou, A. R. (1382 AP). Transgender status. *Private Law*, (5), pp. 63-86. [In Persian].
15. Biazar Shirazi, A. K. (1365 AP). *New treatise*. Tehran: Islamic Culture Publishing Office. [In Persian].
16. Bojnord, S. H. (1419 AH). *al-Qawaid al-Fiqhiyyah*. Qom: Al-Hadi Publishing. [In Arabic].
17. Bojnordi, M. (1386 AP). A jurisprudential study of gender reassignment with an approach based on the opinion of Imam Khomeini (Ra). *Matin Research Journal*, (36). pp. 21-36. [In Persian].
18. Graeili, M. B., & Enferadi, T. (1396 AP). A new look at the feasibility of gender reassignment from a medical and jurisprudential perspective. *Taha's Heritage*, (1), pp. 55-76. [In Persian].
19. Group of Author. (1426 AH). *Encyclopedia of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt* (S. M. Hashemi, Ed., 1st ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt. [In Arabic].
20. Halabi, A. S. (1403 AH). *al-Kafi fi al-Fiqh* (1st ed., Vol. 1). Isfahan: Imam Amir Al-Mo'menin (PBUH) Public Library. [In Arabic].
21. Hashemi, S. H. (1390 AP). Fazlullah and gender reassignment from the perspective of the Qur'an. *Quranic Studies*, (65 and 66), pp. 146-179. [In Persian].
22. Humairi, A. (1413 AH). *Qorb al-Asnad*. Aal al-Bayt Institute, Qom - Iran, first. [In Arabic].
23. Isfahani, M. T. (1406 AH). *Rawdat al-Muttaqin in the explanation of not attending the jurist* (2nd ed.). Qom: Kushanbour Islamic Cultural Institute. [In Arabic].
24. Judiciary Legal Jurisprudence Research Center, Judicial Referendum Treasure Software.



فقہ

25. Kalantari, K., & Ebrahimi, N. (1390 AP). Gender reassignment and its jurisprudential study. *Research in Islamic jurisprudence and law*, (24), pp. 77-92. [In Persian].
26. Kariminiya, M. M. (1389 AP). *Gender reassignment from the perspective of jurisprudence and law*. Qom: Jurisprudential Center of the Imams (PBUTH). [In Persian].
27. Kharazi, S. M. (1379 AP). Gender reassignment. *Ahl al-Bayt jurisprudence*, 6(23), pp. 104-147. [In Persian].
28. Makarem Shirazi, N. (1427 AH). *New Referendums* (2nd ed.). Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib (PBUH) School Publications. [In Persian].
29. Meshkini, M. A. (1428 AH). *Jurisprudence terms*. Qom: Dar Al-Hadith Scientific and Cultural Institute.
30. Mirkhani, E., & Mohammad Taghizadeh, M. (1390 & 1391 AP). Jurisprudential and legal principles of gender reassignment. *Medical jurisprudence*, (9 & 10), pp. 65-100. [In Persian].
31. Montazeri, H. A. (1415 AH). *Dirasat fi Makasib-e Moharrameh*. Qom: Montazeri School. [In Arabic].
32. Montazeri, H. A. (1427 AH). *Medical rulings*. Qom: Saye. [In Persian].
33. Motahhari, A. (1403 AH). *Documentary of Tahrir al-Wasila* (Contemporary Issues). Qom: Khayyam.
34. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). *Fiqh of Imam Sadiq* (PBUH). Qom: Ansarian.
35. Nojavan, D. (1388 AP). Jurisprudential and legal principles of gender reassignment. *Medical Law*, (9), pp. 149-189. [In Persian].
36. Qommi, Sh. A. (1423 AH). *The end of al-Qaswa in the translation of al-Urwa Al-Wathqa* (1st ed.). Qom: Sobh-e Piroozi. [In Arabic].
37. Raisi, F., & Nasehi, A. A. (1383 AP). *Sexual identity disorder*. Tehran: Seda va Qasideh. [In Persian].



فقه

38. Retrieved from: www.sistsni.org/persian/qa/0863.
39. Roshan, Mohammad. (1390 AP). Permission for gender reassignment and the study of its status and obligation effects. *Legal Research*, (53), pp. 273-288. [In Persian].
40. Shobeiri Zanjani, M. (1430 AH). *Essay on Explanation of Matters*. Qom: Salsabil. [In Persian].
41. Sobhani, J. (1415 AH). *al-Rsail al-Arba'*. Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
42. Sobhani, Jafar (1391). Gender reassignment from the perspective of Islamic jurisprudence. *Ahl al-Bayt jurisprudence*, (69), pp. 5-16. [In Persian].
43. Tabasi, N. (1427 AH). *Prison and Exile in Islam* (S. M. R. Hussein & M. Shafiei, Trans., 1st ed., Vol. 1). Qom: Safhenegar. [In Persian].
44. Weisi, A., & Nazari, E. (1395 AP). *The place of gender reassignment in the Iranian legal system*. Tehran: Jangal Javdaneh. [In Persian].



فقه

Editorial Board

Abdorrezza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Eslami)

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hoseini

Member of Society of Seminary Teachers of Qom, and professor of advanced levels at Qom Seminary

Mohammad Zarvandi Rahmani

Associate Professor, Al-Mustafa International University

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

The head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership

Sayyed Ziya Mortazavi

Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy

Mohammad Sadiegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy

Reviewers of this Volume

Sayyed Mohammad Reza Asefa Agah, Ismail Aghababaei Bani, Mojtaba Elahi Khorasani, Sedigheh Hatami, Mehdi Dargahi, Taha Zargarian, Adel Sarikhani, Mohammad Salehi Mazandarani, Hassan Ali Akbarian, Sayyed Zia Mortazavi, Mohammad Sadegh Mazinani, Sayyed Abbas Musavian, Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 27, No. 2, Summer 2020

102

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Science and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
www.isca.ac.ir

Director-in-Charge:
Abdorrezza Eizadpanah

Editor-in-Chief:
Reza Esfandiari (Eslami)

Secretary of the Board:
Abdul Samad Aliabadi

Executive expert:
Sayyed Hosein Mousavi

Translator of Abstracts:
Mohammad Reza Amouhosseini

Translator of References:
Ali Mirarab

Tel.:+ 98 25 31156912 • P.O. Box. 37185-3688
Jf.isca.ac.ir • Feqh.osul@gmail.com



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۹۶۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۸۰۰/۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	علوم سیاسی	تاریخ اسلام	آیین حکمت
یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۱/۴۰۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳۲۰/۰۰۰

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

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

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

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹
تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷
شماره پیامک: ۳۰۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی