



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و هشتم، شماره اول، بهار ۱۴۰۰

۱۰۵

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

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سر دبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)

دبیر تحریریه: عبدالصمد علی آبادی

کارشناس امور اجرایی: سیدحسین موسوی

مترجم چکیده‌ها و منابع: محمدرضا عموحسینی

یادآوری

۱. فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajoohaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) نمایه می‌شود.
۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمی می‌باشد».

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



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

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۳۵۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیداحمد حسینی

(عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)

محمد زروندی رحمانی

(دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف‌الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری 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

رضا اسفندیاری (اسلامی)، اسماعیل آقابابائی بنی، محمد رسول آهنگران، محمدعلی خادمی کوشا، مهدی درگاهی، اسدالله رضایی، طه زرگریان، عادل ساریخانی، محمدجعفر صادق پور، سیف‌الله صرامی، علیرضا فجری، محسن ملک افصلی اردکانی، محمدحسن نجفی راد.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید 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 علمی - پژوهشی «فقه»

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

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه**

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

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

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

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 قبلا 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 سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف‌چینی گردد.

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

- نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:
- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- **مقاله ارسالی از دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش 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)

۳. 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.

۴. قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

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

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

- ✓ فایل اصلی مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)

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

۵. **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 (مری، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

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

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

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

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

۱. **عنوان:**

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

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

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

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

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 زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش 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

- ۸ واکاوی فقهی و حقوقی اقاله الکترونیکی
امیر احمدی
- ۳۸ بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر
با رهیافتی به مستندات فقهی
محمدرسول آهنگران
لقمان رضانژاد
- ۶۷ به‌کارگیری قضات غیرجامع‌شرائط و دامنه اختیارات آنان
سید ضیاء مرتضوی
- ۹۳ تأثیر بهبود بر کاهش میزان دیه آسیب‌های جنایی در فقه و قانون
مجازات اسلامی ایران؛ خلاها و چالش‌ها
سعید نظری توکلی
محمدجعفر صادق‌پور
- ۱۲۳ بررسی فقهی نظریه اتصال و امتزاج در تصفیه آب‌های آلوده
مهلی عرفانیان
محمد جعفری هرنای
سیدعلی حسینی
- ۱۵۲ بازخوانی مبانی فقهی دیه منفعت شنوایی در افراد دارای
یک گوش شنوا (تأملی در مبانی ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی)
امین سلیمان کلوانق
سید محمدجواد وزیری‌فرد
محمد نوذری فردوسیة
- ۱۷۹ فقه پزشکی؛ چیستی، چرایی و چگونگی
محمدعلی قاسمی



The Jurisprudential and Legal Electronic Dissolution

Amir Ahmadi¹

Received: 20/09/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

One of the most important new phenomena of human life in living and contractual affairs, considering the speed of the world of exchanges, is the electronic contracts from conclusion to dissolution. Therefore, after concluding any contract, even with electronic means, factors may cause the contract to be dissolved. Now the question arises whether the parties in the contract can dissolve the contract by electronic means and with the consent of the parties? The purpose of this study is to examine the nature and scope of dissolution in electronic contracts and its validity conditions as well as to analyze the effects and rulings of the dissolution. The research method is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of nature. The method of collecting information is in the form of libraries, and the use of articles and books. One of the research findings is that dissolution is also possible in cyberspace and with electronic devices. Therefore, considering the silence of the e-commerce law, it can be concluded that by referring to the civil law, in most cases, the effects and rulings of traditional dissolution can be generalized to virtual contracts. However, price fluctuations in the market of goods and services should not be ignored. It is recommended that in case of disagreement between the parties in the contract regarding the effects of electronic dissolution, it is necessary to establish branches for dealing with electronic contracts.

Keywords

Islamic Jurisprudence, electronic contract, cyberspace, electronic dissolution.

1. Assistant Professor of Law, Payam Noor University of Tehran, Iran. Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

* Ahmadi, A. (2021). The Jurisprudential and Legal Electronic Dissolution. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp. 8-36. Doi: 10.22081/jf.2021.58898.2133.

واکاوی فقهی و حقوقی اقاله الکترونیکی

امیر احمدی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۳۰

چکیده

یکی از مهم‌ترین پدیده‌های جدید زندگی انسان در امور معیشتی و قراردادی، با توجه به سرعت دنیای مبادلات، بحث انعقاد تا انحلال قراردادهای الکترونیکی است؛ لذا بعد از انعقاد هر قراردادی، حتی با وسایل الکترونیکی، ممکن است عواملی باعث انحلال قرارداد شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا طرفین قرارداد می‌توانند قرارداد را با وسایل ارتباط الکترونیکی با تراضی اقاله کنند؟ هدف این پژوهش بررسی ماهیت و قلمرو اقاله در قراردادهای الکترونیکی و شرایط صحت آن و نیز واکاوی آثار و احکام اقاله است. روش پژوهش از نظر هدف کاربردی و از نظر ماهیت توصیفی-تحلیلی است. روش گردآوری اطلاعات نیز به صورت کتابخانه‌ای، و استفاده از مقاله‌ها و کتب است. از جمله یافته‌های پژوهش این است که اقاله در فضای مجازی و با وسایل الکترونیکی نیز امکان دارد. از این رو با توجه به سکوت قانون تجارت الکترونیکی، می‌توان نتیجه گرفت که با رجوع به قانون مدنی، در اغلب موارد می‌توان آثار و احکام اقاله سنتی را به قراردادهای مجازی تعمیم داد. با این حال نوسان قیمتی در بازار کالا و خدمات نیز نباید فراموش شود. با این وجود پیشنهاد می‌شود که در صورت اختلاف بین طرفین قرارداد در خصوص آثار اقاله الکترونیکی، تشکیل شعب رسیدگی به قراردادهای الکترونیکی ضروری است.

کلیدواژه‌ها

فقه، قرارداد الکترونیکی، فضای مجازی، اقاله الکترونیکی.



فقه

سال بیست و هشتم، شماره اول (پیاپی) ۱۰۵، بهار ۱۴۰۰

Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور تهران، ایران.

* احمدی، امیر. (۱۴۰۰). واکاوی فقهی و حقوقی اقاله الکترونیکی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۵)، صص

Doi: 10.22081/jf.2021.58898.2133.

مقدمه

در حالی که دسترسی به اینترنت در گستره‌ای به وسعت جهان به یکی از مهم‌ترین و تعیین‌کننده‌ترین واسطه در جامعه برای قراردادهای و مبادلات الکترونیکی^۱ تبدیل شده است، به کارگیری آن در جهت افزایش سرعت انعقاد و انحلال قرارداد در تمامی فرصت‌های تجاری جدید ضرورت دارد. در خصوص انحلال قراردادهای الکترونیکی در فقه و قوانین موضوعه، از جمله قانون تجارت الکترونیکی که آکنده از تأسیس‌های حقوقی جدید و پیچیده است، بحثی به میان نیامده است و فقط از حق انصراف که توسط مصرف‌کننده انجام می‌شود، یاد شده است. بنابراین استفاده از واسطه‌های الکترونیکی و IT^۲ و EDI^۳، وضعیت و موقعیت بسیاری از شروط اساسی قراردادهای خرید و فروش کالا و خدمات را با مشکل مواجه ساخته و مسائل حقوقی زیادی را مطرح نموده است که اقتصاددانان، تجار و حقوق‌دانان نمی‌توانند به آن بی‌تفاوت باشند.

مقتضای قرارداد الکترونیکی صحیح، لزوم پای‌بندی طرفین معامله به محتوای قرارداد است. ایجاب و قبول در شکل‌گیری ماهیت قرارداد نقش مهمی ایفا می‌کند، ولی در این میان فقها و قانون‌گذار، عواملی را پیش‌بینی نموده‌اند که در اثر آنها به انحلال قرارداد منتهی می‌شود. از این رو طرفین قرارداد گاهی بعد از انعقاد در معاملات و قراردادهای اعم از سنتی و الکترونیکی، به هر دلیلی از انجام معامله پشیمان گشته و از ادامه قرارداد و انجام تعهدات حاصل از آن منصرف می‌شوند و قرارداد مابین خود را با تراضی و توافق منحل می‌کنند. با توجه به مباحث مطرح‌شده باید متذکر شد که در قوانین موضوعه ایران در خصوص بسیاری از مسائل قراردادهای الکترونیکی از جمله اقاله، خلأهایی وجود دارد و گاه قانون‌گذار در قوانین مربوطه ساکت است. ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی اشعار می‌دارد که در صورت سکوت، به سایر قوانین موضوعه

1. Electronic Interexchange.

2. Information Technology, (IT) (فناوری اطلاعات).

3. Information Technology & Electronic Data Interchange (EDI).



فقه



رجوع شود؛ لذا تبیین آثار و احکام انحلال قرارداد، از جمله اقاله مجازی و الکترونیکی را می‌توان با عنایت به ماده ۴ قانون فوق‌الذکر، تا حد امکان به اقاله سنتی تعمیم داد؛ زیرا این موارد از حیث ماهیت اصولاً همانند قراردادهای سنتی هستند و ناگزیر باید احکام عمومی قراردادها را در قراردادهای الکترونیکی مورد توجه قرار داد. باید متذکر شد که ماهیت و ویژگی قراردادهای الکترونیکی باعث شده است که احکام عمومی قراردادهای سنتی پاسخ‌گوی نیازهای جدید نباشد؛ از این رو لزوم توجه به تدوین قانون در این باره نباید نادیده گرفته شود.

حال این سؤال مطرح می‌شود که ماهیت و آثار و احکام اقاله در فضای مجازی و به صورت الکترونیکی چگونه است؟ باید بررسی شود که آیا ماهیت اقاله در فضای مجازی و به صورت الکترونیکی، قرارداد و بیعی جدید است، یا فقط فسخ قرارداد محسوب می‌شود. در این بین بررسی شرایط صحت اقاله و نیز افزایش و کاهش قیمت مبیع از روز قرارداد تا زمان اقاله مجازی قرارداد پیش خواهد آمد. همچنین بررسی حکم تلف یا تصرف در مبیع در هنگام اقاله الکترونیکی، هدف دیگر این پژوهش است.

۱. مفهوم و ویژگی‌های قراردادهای الکترونیکی

۱-۱. مفهوم قرارداد الکترونیکی

واژه «الکترونیک» صفت از کلمه «الکترون» است که منظور از آن، وسایل ارتباطی از قبیل اینترنت، تلفن، تلگراف و... است. اصطلاح قرارداد الکترونیکی برای اولین بار در آیین‌نامه اتحادیه اروپا^۱ به کار برده شده است. تعاریف مختلفی از قراردادهای الکترونیکی صورت گرفته است، اما به دلیل گسترده بودن قراردادهای الکترونیکی در تمام حوزه‌ها، ارائه تعریفی جامع بسیار سخت خواهد بود. برخی ماهیت انعقاد قراردادهای الکترونیکی را با قراردادهای سنتی هم‌سان دانسته‌اند (Freedman et al, 2000, p. 7; Pointon et al, 2004, p. 119). تمام قراردادها، جز در موارد استثنای صریح و به موجب قانون،

1. Official Journal of the European community's, 17/07/2000.

به شیوه الکترونیکی قابل انعقاد هستند. لذا نباید مفهوم قرارداد را در قراردادهای الکترونیکی چنان توسعه داد که شامل ایقاعات و یا مطلق تعهدات گردد (رضایی، ۱۳۸۷، ص ۲۹)؛ چراکه نظریه فسخ موجب شده که برخی اقاله را ایقاع تلقی نمایند (سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۱۸).

برخی در تعریف قرارداد الکترونیکی یا دیجیتالی گفته‌اند: «یک قرارداد الکترونیکی توافقی است بین یک یا چند نفر در مورد مبادله تعهدات خدمات و کالاهای دیجیتالی» (دیجانی و باجاج، ۱۳۷۶، ص ۴). در تعریفی کلی تر: «قرارداد الکترونیکی یک توافق است که از طریق ابزار الکترونیکی ایجاد و امضا می‌شود» (Rosas, 2006, p. 332). در تعریف دیگر بعضی از حقوق دانان اظهار داشته‌اند: «قرارداد الکترونیکی یعنی توافق طرفین قرارداد با ایجاب و قبول در شبکه بین‌المللی ارتباطی باز و از راه دور، و با وسایل شنیداری و تصویری مبادله می‌گردد» (ابوالحسن مجاهد، ۲۰۰۰م، ص ۳۹). این تعریف فقط نحوه کلی تلاقی ایجاب و قبول را بیان نموده و سخنی از آثار و احکام مترتب بر تبادل ایجاب و قبول به میان نیاورده است. در تعریفی دیگر آمده است که «قرارداد الکترونیک عبارت است از توافق و همکاری دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی از طریق الکترونیک» (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۱).

باید افزود که در قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ و قانون نمونه آنستیرال ۲۰۰۵ در خصوص تجارت الکترونیکی تعریفی ارائه نشده است و این نشان از آن است که قانون‌گذار به دلیل هراس از جامع نبودن تعریف، از بیان آن اجتناب کرده است. برخی در تعریف تجارت الکترونیک اظهار داشته‌اند: «تنظیم معاملات تجاری الکترونیکی در یک مکان دور از شریک تجاری و سپس استفاده از ارتباطات الکترونیکی برای انعقاد معامله است» (Whiteley, 2000, p6). شایان ذکر است که این تعاریف به نوعی جامع نیستند و تنها به یک قسمت از قرارداد الکترونیکی اشاره دارند. از این رو در تعریف قرارداد الکترونیکی می‌توان گفت عمل حقوقی است که با توافق طرفین باعث انعقاد عقد (اعم از معین و غیر معین) از طریق هر نوع واسطه الکترونیکی می‌گردد.



فقه



۱-۲. ویژگی قراردادهای الکترونیکی

قراردادهای الکترونیکی تبعاً دارای ویژگی‌هایی هستند که تعیین و تبیین آنها موجب شناخت بهتر جوانب احکام فقهی و حقوقی قراردادهای الکترونیکی و تحلیل بهتر و دقیق آثار ناشی از آن می‌شود. به دلیل اینکه بحث اصلی این پژوهش ویژگی‌های قراردادهای الکترونیکی نیست، لذا به اختصار ویژگی‌های این نوع از قراردادها بیان می‌شود: ۱. حذف اسناد کاغذی، ۲. عدم حضور فیزیکی در قراردادهای الکترونیکی، ۳. الحاقی بودن قراردادهای الکترونیکی، ۴. اصل رضایی بودن قراردادهای الکترونیکی، ۵. جنبه بین‌المللی قراردادهای الکترونیکی، ۶. اجرا و ایفای سریع تعهد در قراردادهای الکترونیکی، ۷. وجود حق انصراف،^۱ ۸. صفت تجارتهی داشتن و حمایت از مصرف‌کننده، ۹. ضرورت استفاده از نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای الکترونیکی در انعقاد قرارداد (ر.ک: آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸ ب، صص ۴۱-۴۸؛ دسوقی، ۲۰۰۳، صص ۷۲-۸۰؛ مقامی‌نیا، ۱۳۹۱، صص ۹۰-۹۷؛ اکبرینه و محمودزاده، ۱۳۹۵، صص ۱-۷). با این حال نتیجه انعقاد قراردادها در دنیای پیشرفته الکترونیکی، خروج از حالت سنتی و استفاده از واسطه‌های الکترونیکی و حذف کاغذ، اسناد و سرعت مبادلات اطلاعات و انعقاد قراردادهای تجاری الکترونیکی با سایر افراد و کشورها است (آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸ الف، ص ۲).

۲. مشروعیت اقاله الکترونیکی

برخی اظهار می‌دارند که بیع الکترونیکی با عقود سنتی متعارف گذشته متفاوت است و تفاوت خاستگاه را گاه مشکلات فقهی و حقوقی می‌دانند که علت آن را در فراوانی بیع الکترونیکی در مبادلات دانسته و معتقدند که در این خصوص رفع مشکلات یا شبهات فقهی و قانونی ضروری است (خادمی‌کوشا، ۱۳۹۹، ص ۳۷). لذا در زمان انعقاد قرارداد، ایجاب الکترونیکی معمولاً در قالب ارسال نامه الکترونیک و یا ایجاب در یک وب‌سایت و یا توسط سایر ابزارهای الکترونیکی به مخاطب رسیده و از آن مطلع

1. Withdraw.

می‌شود و قبول نیز زمانی باید انشاء شود که طرف ایجاب منصرف نشده باشد و زمان ایجاب سپری نگردد (آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸ ج، ص ۱۳). چنانچه پیدا است ایجاب و قبول الکترونیکی در بستر وسایل الکترونیکی و فضای مجازی مورد پذیرش است و مشروعیت قرآنی و روایی و عقلی آن مورد بررسی قرار گرفته است (ر.ک: احمدی و همکاران، ۱۳۹۶، صص ۱۱-۳۶؛ خادمی کوشا، ۱۳۹۴، صص ۷-۳۰). لذا به نظر اقاله یا تفاسخ قرارداد به صورت الکترونیکی و در فضای مجازی بلاشکال باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۶) زیرا در اسلام روایات (حزّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، صص ۷۲-۷۳؛ حزّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، صص ۳۸۵-۳۸۷؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۲۴؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۱۵۳؛ اردبیلی، ۱۴۱۱ق، ج ۸، ص ۱۱۷) و اجماع (ابن‌همام حنفی، ج ۵، ص ۲۵۷؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۷۶۷) و همچنین ادله عامه و شارع نیز مشوق اقاله است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲، ص ۳۵۲)؛ از این رو نباید در مشروعیت آن تردید کرد.

۳. مفهوم، ماهیت و قلمرو انحلال قراردادهای الکترونیکی با اقاله

۳-۱. مفهوم و قلمرو انحلال

«حل» در اصل به معنای باز کردن گره است، چنانکه در قرآن کریم آمده است: «وَإِخْلُفْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي» (طه، ۲۷)؛ «و از زبانم گره بگشای» که کنایه از باز شدن زبان از لکنت در سخن گفتن است (راغب اصفهانی، ۱۳۸۳، ص ۲۵۱). برخی نیز «انحلال» را به «برهم ریختن» و «متلاشی شدن» معنا کرده‌اند (سجادی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۱۳). در اصطلاح، منظور از انحلال عقد، برهم خوردن عقد، و انحلال در عقود از جنس خود به کار می‌رود و به غیر جنس خودش به کار نمی‌رود، لذا به آن «قاعده انحلال عقود» گفته می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۷۱)؛ مثلاً در انحلال بیع، عقد بیع انحلال پیدا می‌کند نه غیر آن. انحلال از آثار و عوارض عقد صحیح است، و نباید انحلال قرارداد را با بطلان آن یکی پنداشت. عقد باطل، از آغاز نیز هیچ نفوذ و اعتباری نداشته، ولی در انحلال قرارداد، یک سبب، قرارداد منعقد شده را بر هم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۲). لذا می‌توان گفت که انحلال قرارداد الکترونیکی ممکن است به موجب ۱. اقاله، ۲. با اراده و به موجب خیارهای قانونی، و یا ۳. بدون دخالت اراده به صورت قهری (انفساخ)، از تاریخ معینی صورت پذیرد.



فقه



۳-۲. مفهوم و تعریف اقاله

اهل لغت اقاله را مصدر فعل «أقال» دانسته‌اند (بستانی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۹). همچنین اقاله از ماده «قیل» به معنای «ترک کردن»، «لغو کردن» (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۶؛ سعدی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۱۲)، «فسخ کردن» (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱)، «کناره گرفتن از چیزی»، «کنارزدن چیزی» و «درگذشتن» آمده است (بستانی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۹)؛ چنان که موافقت بر اقاله از سوی طرفین قرارداد مستحب مؤکد است (طریحی نجفی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۵۷۶) و در این باره در روایتی آمده است: «فردی که بر نقض و به هم خوردن عقد شخص پشیمان موافقت نماید، خداوند متعال او را از آتش جهنم می‌رهاند»^۱ (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۱۳۴؛ طریحی نجفی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۵۷۶؛ مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱). لذا اقاله یعنی موافقت بر نقض بیع و اجابت آن از طرف مقابل قرارداد (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱؛ ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۱۳۴؛ طریحی نجفی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۵۷۶) به صورتی که مبیع به مالک و ثمن به مشتری مسترد شود (طریحی نجفی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۵۷۷؛ ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۱۳۴).

مفهوم اقاله در حقیقت همان فسخ و برهم زدن عقد از سوی دو طرف عقد است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷؛ بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۰۵؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۸۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۶۰)؛ خواه قبل از قبض یا بعد از آن باشد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۰۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۲). حال اقاله یا تفاسخ می‌تواند به صورت الکترونیکی و مجازی یا سنتی باشد. برخی از فقها در اصطلاح «اقاله را فسخ [معامله] همراه با تراضی می‌دانند»^۲ (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۸۸؛ گیلانی فومنی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۶۲۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۶). برخی اقاله را تراضی دو طرف عقد بر انحلال و زوال آثار آن در آینده تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۳۱). شایان ذکر است که در قانون تجارت الکترونیکی و قانون مدنی، تعریفی از اقاله الکترونیکی نشده است. لذا در ماده ۲۸۳ قانون مدنی، برهم زدن توافقی قرارداد بعد از انعقاد قرارداد، از سوی طرفین معامله

۱. «من أقال نادما أقاله الله من نار جهنم».

۲. «الإقالة فسخٌ مع التراضی».

جایز دانسته شده است. از این جهت در این ماده مقرر شده است که: «بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.» همچنین تأسیس انحلال قرارداد با اقاله در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ مورد پذیرش واقع شده است. بنابراین این برهم‌زدن توافقی عقود و قراردادهای الکترونیکی را در ادبیات فقهی و حقوقی می‌توان «اقاله یا تفاسخ الکترونیکی» نام نهاد. مضافاً باید گفت که ماهیت اقاله با حق فسخ یکی نیست، زیرا حق فسخ فقط با یک اراده از طرفین قرارداد امکان دارد؛ هر چند طرف مقابل در قرارداد بر فسخ رضایت ندهد. ولی در اقاله [الکترونیکی] طرفین قرارداد باید با یکدیگر به توافق و تراضی برسند. از این رو طرفین قرارداد در قراردادهای الکترونیکی می‌توانند رضایت خود را از طریق واسطه‌های الکترونیکی بر انحلال و زوال قرارداد اعلام نمایند که می‌توان این عمل حقوقی را «اقاله الکترونیکی» نامید.

۳-۳. ماهیت اقاله در فضای مجازی و الکترونیکی

در این بحث، ماهیت اقاله الکترونیکی به عنوان یکی از اسباب سقوط قراردادهای الکترونیکی قابل تبیین و تفسیر است؛ حال این مسئله مطرح می‌گردد که آیا اقاله الکترونیکی صرفاً فسخ عقد سابق است، یا یک عقد و قرارداد جدید تلقی می‌شود و باید آثار و احکام و قواعد عقود بر آن جاری شود. یا باید ماهیت سومی برای اقاله الکترونیکی و مجازی متصور شد. با بررسی کتب فقهی امامیه و اهل سنت و کتب حقوقی و تعمیم آنها به اقاله الکترونیکی، در پاسخ به این سؤال‌ها می‌توان گفت که اختلاف نظر بین فقها و حقوق‌دانان مشهود است.

فقهای امامیه و شافعیه با توجه به روایات و اجماع، ماهیت اقاله را مطلقاً فسخ دانسته‌اند و برخی مانند مالکیه، اقاله را نقض بر عقد بیع می‌دانند و دلایلی را برای آن بیان کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۰۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۰؛ جُبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۶۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۷۶۷؛ بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۰).

دقت در قصد طرفین قرارداد روشن می‌نماید که آنها قصد ایجاد عقد جدید را





ندارند و قصد آنها انحلال و فسخ قرارداد است؛ علاوه بر این، احکام اقاله فقط جاری در عقد بیع نیست که بتوان گفت اقاله بیع است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۲)، پس می‌توان گفت اقاله عقد جدید نیست (امامی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۲۷). از این رو به نظر می‌رسد رجوع به قصد طرفین قرارداد ماهیت اقاله الکترونیکی را روشن می‌کند. هرچند تصریحی در اختلاف و ماده اصلی نزاع وجود ندارد، ولی برخی اختلاف را مربوط به مشکلات زوال آثار باقی‌مانده از تملک درباره آینده دانسته‌اند؛ لذا فقهای که اقاله را فسخ پنداشته‌اند، زوال این آثار را از توابع انحلال عقد شمرده‌اند، و کسانی که اقاله را بیع می‌دانند، از این جهت اثر اقاله را چیزی بیش از انحلال نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۱۴-۱۵؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، صص ۳۵۲-۳۵۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۴۲). البته برخی از فقها اقاله را بیع محسوب نمی‌کنند ولی آن را عقد و مشمول آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (المائده، ۱) می‌دانند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، صص ۳۵۳-۳۵۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۳۲۰). لازم به ذکر است که قانون مدنی در ماده ۲۱۹ و ۲۸۳ و با توجه به اصل حاکمیت اراده، به پیروی از فقهای امامیه، اقاله را فسخ با تراضی می‌داند. لذا باید گفت اقاله مجازی و الکترونیکی نیز فسخ با تراضی به صورت الکترونیکی است.

با این وجود طرفین در اقاله الکترونیکی، صرفاً با فرستادن یک داده‌پیام یا مکاتبه الکترونیکی به هر واسطه‌ای یا هر عملی قصد برهم‌زدن توافقی قرارداد را دارند و طرفین اقاله با تراضی، بازگشت تمام آثار قرارداد را به وضع نخست اراده کرده‌اند و به دنبال انعقاد عقد جدید نیستند، لذا اقاله مجازی و الکترونیکی آنها بیع و تملیک جدید نیست؛ زیرا برخی فقهای شیعه و عامه معتقدند که احکام خیارات و احکام بیع در اقاله راه ندارد (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۰؛ از فقهای حنبلی: سلمان، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۲۰۱؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۲؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، صص ۳۵۲-۳۵۷). همچنین عقد به معنای گره‌زدن و پیوند دو طرف قرارداد برای ایجاد عقد است، اما در اقاله الکترونیکی عقود و قراردادها، تراضی بدون توافق جدید است و فقط آثار گذشته قرارداد به تراضی از بین می‌رود و چیزی به عوضین اضافه و کم نمی‌شود. اگر عوضین تلف شوند یا ناقص شوند، سیره عقلا و خردمندان در عالم فقه و حقوق عمل دو طرف

قرارداد را اقاله نمی‌داند؛ بنابراین اقاله الکترونیکی در فضای مجازی فسخ با توافق دو طرف قرارداد است، نه عقد جدید، و زوال و انحلال آثار آینده را به دنبال دارد. برخی از نویسندگان حق انصراف را با اقاله الکترونیکی قابل انطباق می‌دانند (محمدیان امیری و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۷). در پاسخ باید اذعان داشت که حقوق انصراف در قراردادهای الکترونیکی ماهیتی مستقل دارد و خریدار می‌تواند به مدت هفت روز عقد الکترونیکی را با اراده خود منحل نماید و اراده فروشنده در آن دخیل نیست، لذا نباید اقاله الکترونیکی و حق انصراف را دارای ماهیتی یکسان پنداشت (ر.ک: آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸ الف، صص ۲۷۳، ۲۷۸؛ باقری اصل و همکاران، ۱۳۹۶، صص ۷-۳۲).

۳-۴. قلمرو اقاله در قراردادهای الکترونیکی

برخی فقها اقاله را مختص به عقد بیع می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۸۵)، اما باید اذعان داشت اقاله مختص به عقد بیع نیست و در تمام عقود و قراردادهای جاری می‌شود (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷). اما اختلاف اینجا است که آیا اقاله الکترونیکی باعث سقوط تعهدات می‌شود یا جزو اسباب انحلال عقود و قراردادهای الکترونیکی هم است؟ برخی حقوق دانان در خصوص قراردادهای سنتی اظهار می‌دارند که در ماده ۲۶۴ قانون مدنی پیدا است که اقاله در زمره اسباب سقوط تعهدات است و معتقدند در این باره اشتباه قانون‌گذار را نباید نادیده گرفت؛ زیرا اگر طرفین قرارداد بر مبنای تعهد را اقاله نمایند، تعهد نیز ساقط می‌شود، لذا آوردن اقاله در شمار اسباب سقوط تعهدات اشتباه است، لذا گاهی سبب سقوط تعهدات نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، صص ۳۲۹-۳۳۰)؛ فقها نیز اقاله را در شمار عوامل تفاسخ و انحلال در عقود مالی آورده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۷۶۷؛ جُبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴).

به نظر می‌رسد که منظور قانون‌گذار در بند دوم ماده ۲۶۴ قانون مدنی این است که اصولاً اقاله می‌تواند از اسباب سقوط تعهدات باشد. لذا این ماده بر آن است که اعلام نماید اقاله نیز می‌تواند از اسباب سقوط تعهدات ناشی از قرارداد باشد. با این بیان می‌توان گفت که قرارداد پابرجا است، ولی تعهدات ناشی از آن را می‌توان اقاله نمود.





همچنین محل اجرای اقاله در عقود و قراردادهای لازم است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۶؛ جُبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴) و مؤید این ادعا ماده ۲۳۸ و ۲۱۹ قانون مدنی است که عقود لازم الاتباع را با رضایت طرفین قرارداد، یا به موجب قانون می توان اقاله کرد. باید افزود که گستره اقاله الکترونیکی فراتر از این موارد است و قلمرو آن را نباید فقط محدود به عنوان «اقاله در قواعد عمومی قراردادها» دانست؛ چراکه این امکان وجود دارد که قرارداد مستقر و پابرجا باشد و فقط قسمتی از تعهدات ناشی از قرارداد منحل شود. پس می توان نتیجه گرفت که اقاله الکترونیکی و مجازی قرارداد، هم در کل عقد و هم در بعضی از آن جایز است.

باید متذکر شد که اقاله در همه عقود غیر از نکاح جاری است و فقط مختص به بیع نیست (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، صص ۳۵۳-۳۵۴؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۰) و اصولاً وقف و ضمان نیز اقاله ناپذیر هستند. با این توضیحات باید اضافه کرد که قراردادهای الکترونیکی و نیز تعهدات ناشی از قراردادها با اقاله الکترونیکی و در فضای مجازی قابل انحلال خواهند بود. لذا در هنگام اقاله الکترونیکی باید به مفاد توافق توجه شود که با اخلاق و نظم عمومی در تقابل و تضاد نباشد. مضافاً در هنگام اقاله الکترونیکی قلمرو اقاله باید محدود به طرفین قرارداد یا قائم مقام آنها باشد.

۴. شرایط و آثار اقاله در قراردادهای الکترونیکی

۴-۱. شرایط صحت اقاله در قراردادهای الکترونیکی

الف. لزوم تراضی بین طرفین قرارداد یا قائم مقام قانونی آنها: اقاله فاقد تشریفات خاص (جُبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۳۵)، و پذیرش آن مستحب است (جُبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۷، صص ۳۸۵-۳۸۷؛ ابن بابویه قمی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۲۴؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۱۵۳) و اولین شرطی که در آن باید موجود باشد لزوم تراضی بین طرفین قرارداد یا قائم مقام آنها است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۶). مضافاً اینکه با هر لفظ، عمل و وسیله الکترونیکی، صریحاً یا ضمناً، امکان اقاله وجود دارد. در این خصوص در ماده ۲۸۴ قانون مدنی آمده است: «اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع

می‌شود که دلالت بر به‌هم‌زدن معامله کند.» باید افزود که فقها نیز بر این موضوع تصریح دارند (بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۱؛ خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷)؛ لذا می‌توان اقاله را به دو نوع «اقاله قولی» و «اقاله فعلی» تقسیم نمود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۹) که می‌توان گفت اقاله الکترونیکی «اقاله فعلی» است. همچنین اشتباه و اکراه و تدلیس در اقاله الکترونیکی نیز از عیوب اراده است و موجب می‌شود که اقاله الکترونیکی محقق نشود.

ب. داشتن اهلیت تصرف در هنگام اقاله: برخی معتقدند طرفین قرارداد علاوه بر قصد و رضا به‌هنگام تراضی بر اقاله باید اهلیت تصرف داشته باشند، زیرا اقاله تصرف در اموال است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۶)؛ لذا باید حکم بر بطلان اقاله صغیر غیرممیز و مجنون صادر کرد و نیز اقاله صغیر ممیز و سفیه، غیرنافذ خواهد بود و با اجازه ولی یا قیم آنها نافذ می‌شود. باید افزود که اقاله معسر و ورشکسته غیرنافذ است و با رضایت دیان یا طلبکاران نافذ می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۲۹). از این جهت اگر یکی از طرفین قرارداد الکترونیکی اهلیت نداشته باشند، معامله رو به انحلال و تا بطلان پیش می‌رود؛ به‌عنوان مثال اگر یکی از طرفین در حال جنون با رایانه خود معامله‌ای را اقاله نماید، اقاله الکترونیکی باطل است، لیکن تراضی بر اقاله قرارداد الکترونیکی با نماینده قانونی یا قضایی و یا قراردادی شخص دیوانه، همانند ولی، قیم و وکیل، میسر و قانونی خواهد بود.

ج. معلوم و معین بودن موضوع اقاله: در هنگام اقاله موضوع اقاله باید معلوم و معین باشد و طرفین قرارداد نباید موضوع اقاله را مبهم بگذارند، پس اقاله یکی از دو عقد، بدون تصریح به آن، باطل است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۳۰). مثلاً هرگاه طرفین عقد چندین قرارداد را توسط پست الکترونیکی منعقد کرده باشند و بخواهند یکی از آن قراردادها را اقاله الکترونیکی نمایند، اگر طی نامه الکترونیکی که ردوبدل می‌شود، طرفین عقد مشخص نمایند که کدام قرارداد منظور آنها بوده است و آن را مبهم و مجمل بگذارند، اقاله الکترونیکی باطل خواهد بود.

د. مشروعیت جهت در اقاله الکترونیکی: شایان ذکر است که بحث مشروعیت جهت قراردادها از مسائلی است که قانون‌گذار، فقها و حقوق‌دانان از آن مغفول مانده‌اند. لذا در قراردادهای الکترونیکی و نیز در اقاله الکترونیکی نباید از آن غافل بود، زیرا غیرمشروع بودن جهت در اقاله الکترونیکی باعث بطلان آن خواهد شد. قانون‌گذار





نیز باید این مهم را در اصلاح قانون در نظر داشته باشد.

ه. شرط فزونی یا کاستی در ثمن و مثن در هنگام اقاله الکترونیکی: برخی از فقهای امامیه اقاله را با گرفتن زیادی از ثمن صحیح می‌دانند و معتقدند هنگامی که طرفین قرارداد در زمان اقاله زائد بر ثمن دریافت می‌نمایند، در واقع دو امر مجزا از هم را انجام می‌دهند؛ یعنی یکی فسخ عقد و دومی تملیک مازاد بر ثمن برای یکی از طرفین قرارداد انجام می‌شود، لذا گرفتن مازاد طبق شروطی است که از قبل منعقد نموده‌اند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۲، ص ۱۲۰؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۳۰؛ و از فقهای عامه: سلمان، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۲۰۱). لذا برخی از حقوق‌دانان نیز شرط نقیصه و اضافی را خلاف مقتضای اقاله ندانسته‌اند، چون معتقدند که منطق اجتماعی آن را می‌پذیرد و الزام آور است (امامی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۲۸). لیکن برخی از فقها گرفتن مازاد بر ثمن یا مثن در هنگام اقاله را صحیح نمی‌دانند و معتقد بر بطلان اقاله هستند (جبعی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴۷؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۱؛ بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۰؛ خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۶۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۸۴) و دلیل آن را اجماع و روایات وارده بیان کرده‌اند (حرّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۷۲). برخی از حقوق‌دانان نیز قائل به این نظر هستند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۳۷).

از این رو با توجه به نظر مشهور فقها و با عنایت به قانون مدنی می‌توان گفت در اقاله مجازی و الکترونیکی نباید بر عوضین افزود و یا کاست، زیرا ماهیت و جوهره اقاله الکترونیکی بر هم می‌خورد. لذا در اقاله، چه به صورت الکترونیکی و چه به صورت سنتی، با توجه به آرای فقها و حقوق‌دانان، عوضین باید بدون کمی و کاستی به مالکان آنها مسترد شود و گاه در صورت نقص عوضین برای طرفین ایجاد ضمان می‌شود.

برخی قائل‌اند که تغییرات جزئی در عوضین از نظر عرف قابل چشم‌پوشی است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۳۸). بنابراین در صورتی که از دید عرف شرط تعهد خارجی و یا فزونی و کاستی وارد مقتضای اقاله الکترونیکی شود، اقاله الکترونیکی بی‌اثر خواهد بود و محکوم به بطلان است. بند ۱ ماده ۲۳۳ مؤید این مطلب است، ولی اگر در اقاله الکترونیکی این فزونی ثمن یا حتی شروط خارجی در مقتضا و جوهره اقاله مؤثر نباشد

و با توافق و تراضی طرفین قرارداد صورت پذیرد، به نظر صحیح خواهد بود و در عقود الکترونیکی و مجازی نیز قابل تسری است.

ز. تلف عوضین در هنگام اقاله الکترونیکی: در اقاله الکترونیکی و مجازی اگر تعهد اجرا شود یا در اثنای اقاله یکی از دو عوض یا هر دو عوض تلف شوند (خواه تلف واقعی، یا آنکه در اثنای حمل و نقل و بازگشت به فروشنده یا مالک تلف شود و از بین برود)، تکلیف و حکم چیست؟ قانون تجارت الکترونیک در این خصوص تصریحی ندارد؛ لذا با تعمیم ماده ۲۸۴ قانونی مدنی به این مورد، می توان گفت که تلف عوضین مانع اقاله نخواهد بود، لذا به جای مبیع تلف شده در صورت مثلی بودن مثل آن و در صورت قیمتی بودن، قیمت آن داده می شود. حتی فقها نیز قائل به این نظر هستند (موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۱).

برخی از فقهای امامیه به همین صراحت قانونی که برگرفته از نظر مشهور است معتقدند و فرقی بین تلف مبیع و ثمن قائل نشده و اقاله را صحیح دانسته و تلف عوضین یا یکی از آنها را مانع اقاله نمی دانند (جُبعی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴۷؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۷؛ خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۸؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۱) که می تواند قابل تسری در ثمن در اقاله مجازی نیز باشد. اما موضوعی که قانون گذار درباره آن سکوت کرده این است که اگر مورد اقاله پیش از اقاله الکترونیکی ناقص یا معیوب گردد حکم چیست؟ برخی قائل اند که با همان وضع موجود به مالک آن مسترد می شود و مابه التفاوت بین بهای صحیح و ناقص کالا به عنوان مکمل یا ارزش تأدیه و پرداخت می شود، مگر اینکه در زمان اقاله خلاف آن تراضی شده باشد^۱ (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۴۰؛ جُبعی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴۷؛ بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۳؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۱). در اقاله الکترونیکی به دلیل نوسان قیمتی، اگر بهای مبیع تلف شده تا زمان اقاله الکترونیکی تغییر کرده باشد، به نظر می رسد بهای زمان اقاله را باید معیار تعیین بدل قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۴۰؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۳۹). در مقابل برخی فقها نیز قیمت یوم تلف را بهای تغییر

۱. [..ولو وجده معینا فله أرش العیب...].





قیمت تا زمان اقاله می‌دانند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۴، ص ۳۵۷؛ جُبعی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴) و برخی دیگر از فقها قائل به پرداخت قیمت يوم تلف العين، يوم القبض، يوم الإقاله، و الأعلى من هذه القيم هستند (بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۳). به نظر می‌رسد در اقاله الکترونیکی و در قراردادهای الکترونیکی به دلیل اینکه قیمت‌ها در لحظه قابل تغییر هستند و امکان بازپس‌گیری عوضین، به خصوص میع، مستلزم سپری شدن چند روز زمان است، پرداخت قیمت حین الاء، با قانون و حقوق ایران سازگارتر است و دور از عدالت هم نیست.

۴-۲. آثار و احکام اقاله در فضای مجازی و قراردادهای الکترونیکی

۱. اثر انحلال قرارداد با اقاله الکترونیکی: باتوجه به اینکه انحلال قراردادهای الکترونیکی از قواعد کلی قراردادها خارج نیست، انحلال قراردادهای مجازی محدود به آینده است نه گذشته. از بررسی کلام فقها و قانون مدنی می‌توان فهمید که اصولاً انحلال قرارداد، خواه به تراضی یا به موجب خیار یا به صورت قهری باشد، آثارش درباره آینده است و زمانی که قرارداد به سببی بر هم بخورد این اثر نمایان می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۳۷)؛ لذا مفاد قرارداد در روابط طرفین معامله تا لحظه انحلال حذف نمی‌شود و تنها قرارداد را درباره آینده پایان می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۴۱). به عنوان نمونه چنان‌چه بین دو تاجر ایرانی و فرانسوی به صورت الکترونیکی قرارداد فروش قطعات خودرو به مدت پنج سال منعقد شود و به مدت دو سال قرارداد را اجرا نمایند، اما به هر دلیلی تاجر فرانسوی بعد از گذشت دو سال توان تأمین قطعات را نداشته باشد، اگر پس از گذشت دو سال طرفین قرارداد با تراضی قرارداد را اقاله الکترونیکی کنند، تراضی و توافق دو تاجر در سه سال باقی‌مانده بی‌اثر است. لیکن دو سالی که قرارداد از سوی تاجر فرانسوی اجرا شده است تأثیری بر گذشته ندارد و بر مالکیت گذشته تاجر ایرانی اثری ندارد و نیز مالکیت او را تغییر نمی‌دهد، لذا قرارداد آن دو سال صحیح است. از این جهت باید متذکر شد که قرارداد در صورت اقاله، درباره سه سال آینده بی‌اثر خواهد بود.

حال ممکن است گاهی انحلال با توافق طرفین قرارداد درباره گذشته هم جاری

باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۹)؛ مثلاً در یک قرارداد الکترونیکی بین خریدار و فروشنده کالا (دو شرکت تجاری) توافق شود که در صورت انحلال قرارداد تمام نمائات و سود حاصله از قرارداد برای فروشنده باشد.

۲. بازگشت آثار عقد با اقاله الکترونیکی: آثار عقد در آینده زائل می‌شود؛ آثار اقاله در قراردادها و عقود عهدی و تملیکی گاهی اثر تبعی دارد که این نفوذ اقاله را در گذشته انکارناپذیر می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۴۱). آیا در اقاله الکترونیکی نیز این گونه است؟

الف: زوال اثر عقود تملیکی در اقاله

اقاله عقد تملیکی، مانند بیع یا هر قراردادی الکترونیکی دیگر، پس از وقوع بدون وقفه باعث می‌شود که عوضین به مالکان آنها مسترد شود و قانون‌گذار بازگشت به مالکیت سابق را از آثار اقاله عقد می‌داند؛ لذا اقاله الکترونیکی نیز از این امر مستثنی نیست. یعنی ملکیت عوضین تا زمان اقاله الکترونیکی پابرجا خواهد بود و آثار خود را به دنبال دارد. لیکن باید گفت که مالکیت عوضین پس از اقاله الکترونیکی به حالت نخست خود بازمی‌گردد. حال در اثنای قرارداد ممکن است منافی حاصل شود که باید تکلیف این منافع مشخص شود که در ذیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

نخست: درباره حکم منافع منفصله که از زمان قرارداد الکترونیکی تا هنگام اقاله الکترونیکی حاصل می‌شود می‌توان گفت که به خریدار تعلق دارد، چون مالک عین مالک منافع آن نیز خواهد بود. ولی نمائات متصله در صورت بازگرداندن مبیع متعلق به کسی است که به واسطه اقاله مالک آن شده است. فقها نیز در اقاله سنتی قائل به این نظر هستند (بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۲۰، ص ۹۲؛ جیبی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴۷). همچنین براساس ماده ۲۸۷ قانون مدنی، نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود، مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است، ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود. لذا به نظر می‌رسد که براساس ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی می‌توان آن را در اقاله الکترونیکی و مجازی تعمیم داد. بنابراین در قراردادهای الکترونیکی با توجه به ارسال و دریافت داده‌پیام، ابتدا زمان ارسال و دریافت اقاله مشخص می‌شود، و اگر در قرارداد منعقدشده منافی از عوضین حاصل گردد، از





زمان اقاله منافع و نمائات منفصل متعلق به کسی است که به واسطه قرارداد مالک شده است و منافع و نمائات متصل متعلق به شخصی خواهد بود که در نتیجه اقاله مالک شده است. لذا این مبحث در قراردادهای الکترونیکی به دلیل سرعت مبادله‌ها و قراردادهای الکترونیکی بسیار مشهود است.

دوم: گاهی منافع و فزونی در نتیجه کار خریدار است، یعنی خریدار مبیع، در آن تغییراتی ایجاد می‌کند که باعث ارزشمندتر شدن مبیع می‌شود؛ مثلاً شخصی یک قطعه نقره را از شخصی دیگر، از طریق اینترنتی خریداری می‌نماید و در اثنای مالکیت، آن قطعه نقره را به یک گردن‌بند زینتی زیبا تبدیل می‌کند. لذا در نتیجه اقاله الکترونیکی، این قطعه نقره ظهور در تملک رایگان آن منافع به فروشنده ندارد. از این رو وفق ماده ۲۸۸ قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند با تراضی یا با ارجاع به کارشناس خبره، قیمتی را که در نتیجه عمل به کالا افزوده شده است را مشخص نمایند و خریدار مستحق دریافت فزونی و اجرت کار خود خواهد بود. باید متذکر شد که این فزونی از نتیجه عمل، نیاز به تصریح در مفاد قرارداد ندارد. بر همین اساس می‌توان گفت که اگر مالک بعد از عقد الکترونیکی در کالا تصرفاتی بنماید که موجب زیاد شدن قیمت کالا گردد، در حین اقاله الکترونیکی و مجازی به مقدار قیمتی که به سبب عمل به قیمت کالا افزوده شده است، مستحق مازاد قیمت است.

البته باید متذکر شد که نوع استحقاق در ماده ۲۸۸ مبهم است؛ لذا برخی مشتری را با بائع به میزان قیمتی که در نتیجه عمل او بر مال مورد معامله افزوده شده است، شریک دانسته‌اند. برخی دیگر نیز مشتری را صرفاً مستحق افزوده قیمت کالا می‌دانند، لذا نظریه اول به لحاظ عمل عرف به آن، مرجح‌تر بر نظر دوم است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۳۹). همچنین هیچ مانعی وجود ندارد که با تراضی طرفین قرارداد، مبیع در برابر استرداد همان میزان ثمن اولیه به بائع داده شود. بنابراین می‌توان گفت اگر شخصی طی یک قرارداد کلیک‌رپ^۱ کالایی را در فضای مجازی خریداری نماید و بر روی کالا عملیاتی را

1. Click-Wrap.

انجام دهد که باعث فزونی قیمت کالا گردد، مثلاً بر روی یک تکه پارچه عملیاتی را انجام دهد و آن را تبدیل به یک لباس نماید و سپس قرارداد را با خریدار به صورت الکترونیکی اقاله کند، مستحق قیمتی است که به سبب عمل او زیاد شده است.

ب: زوال اثر عقود عهدی

این احتمال وجود دارد که در مفاد قرارداد تعهداتی برای طرفین قرارداد ایجاد شود؛ لذا این تعهدات در هنگام اقاله الکترونیکی نیز زائل می شود و فاقد اثر می شوند؛ مگر اینکه برخلاف آن بین طرفین قرارداد توافق و تراضی صورت گیرد. از این رو در هنگام اقاله الکترونیکی برای عقود و قراردادهای عهدی دو صورت متصور است که به آنها پرداخته می شود:

نخست: اقاله الکترونیکی پیش از اجرای تعهد: به عنوان نمونه، در قرارداد الکترونیکی شرطی منعقد شود که برای طرف مقابل تعهدی ایجاد نماید؛ مثلاً شرط شود که خریدار در صورتی ملزم به پرداخت ثمن یک واحد آپارتمان می شود که فروشنده یک وبسایت خرید و فروش کالاهای زینتی برای او طراحی کند. لذا در صورت اقاله الکترونیکی پیش از اجرای تعهد، التزام فروشنده آپارتمان در قبال طراحی وبسایت از بین می رود و مؤید این مطلب صراحت بند دوم ماده ۲۶۴ قانونی مدنی است که اقاله را از موارد سقوط تعهدات اعلام نموده است.

دوم: اقاله الکترونیکی پس از اجرای تعهد: در این فرض تعهد اجرا شده است و اجرای تعهد خود باعث انحلال و زوال تعهد می گردد و متعهد دیگر تکلیفی در قبال تعهدات ناشی از قرارداد ندارد؛ مثلاً شخصی با یک دانشگاه قرارداد منعقد و خود را متعهد می کند که برای آنها یک سامانه اینترنتی راه اندازی نماید. حال بعد از اجرای مفاد قرارداد دیگر تعهدی باقی نمانده است که آن را با اقاله الکترونیکی منحل نمایند. در مقابل به نظر می رسد باتوجه به صراحت ماده ۲۸۶ قانون مدنی، تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست و طرفین قرارداد در صورتی که امکان باشد می توانند بدل را جایگزین عوض نمایند. اما در مثال فوق جایگزینی بدل بسی مشکل است! البته باید افزود اقاله پیمان اجرا شده در عرف شایع نیست و بیشتر در موردی به کار می آید که بخشی از تعهد





اجرا شده است و دو طرف تصمیم می‌گیرند که قرارداد نیمه‌تمام را پایان ببخشند؛ پس اقاله مخلوطی از سقوط تعهد باقی‌مانده و تبدیل عوض تعهد انجام‌شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۴۵).

سوم: به نظر در اقاله الکترونیکی فسخ و اقاله آن ممکن نیست: «یعنی کسی که اقاله کرده و مبیع را مسترد کرده است» نمی‌تواند بگوید من اقاله‌ام را فسخ و یا اقاله کردم (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۲۷).

چهارم: دلال و واسطه، با اقاله قرارداد کماکان مستحق اجرت هستند (حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۴۱)، اما مسئله دیگر در اقاله الکترونیکی بحث هزینه‌های ایاب و ذهاب برگشت عوضین به طرفین قرارداد است. از این جهت هزینه برگشت کالا بر عهده کدام‌یک از طرفین قرارداد است؟ در این خصوص قانون تجارت الکترونیکی و قانون مدنی ساکت است. به نظر می‌رسد در اقاله الکترونیکی در صورت عدم توافق و معیوب‌نبودن کالا، هزینه ارسال به عهده قبول‌کننده یا همان خریدار باشد.

پنجم: همان‌طور که بیان شد، برخی از فقهای مذاهب اقاله را فسخ و یا بیع و عقد جدید پنداشته‌اند که در صورت برگزیدن هر نظریه آثار و احکام اقاله قطعاً متفاوت خواهد بود (ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۴، ص ۳۵۳ به بعد؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۰۶ به بعد؛ جُبعی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۳، صص ۵۴۷-۵۴۹). لذا در ادامه بحث، برخی از آثار اقاله الکترونیکی به‌طور خلاصه بازگو خواهد شد. حال اگر اقاله الکترونیکی را فسخ بدانیم، خيارات، از جمله خيار مجلس، در آن سرایت نمی‌کند. همچنین باید گفت که حق شفعه در اقاله الکترونیکی راه ندارد و عقد سلم را پیش از قبض مبیع می‌توان اقاله نمود. مضافاً کالای مکیل و موزون را بدون کیل و وزن و پیش از آن می‌توان اقاله الکترونیکی کرد. لیکن اگر اقاله الکترونیکی را بیع بدانیم، هم خيار در آن جاری می‌شود و هم حق شفعه در آن ثابت است و نیز عقد سلم را نمی‌توان پیش از قبض مبیع اقاله کرد، چون با عقد جدیدی که نام آن بیع است روبه‌رو خواهید شد که آثار عقد بیع در آن انکارناپذیر است.

به نظر می‌رسد که با توجه به سکوت قانون تجارت الکترونیکی، با عنایت به ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی، بتوان با رجوع به قانون مدنی، احکام و آثار قراردادهای

ستی را در اغلب موارد به اقاله الکترونیکی تعمیم داد. لذا در این باره توجه به توافق طرفین در قرارداد الکترونیکی و عرف مبادلاتی و قراردادی یک منطقه می‌تواند آثاری داشته باشد که در برخی موارد می‌تواند در احکام اقاله مؤثر و سرنوشت‌ساز باشد.

نتیجه‌گیری

باتوجه به مباحث مطرح‌شده و یافته‌های پژوهش در خصوص اقاله الکترونیکی قراردادها، نتایج ذیل به دست آمد:

۱. انحلال تمام قرارداد و یا قسمتی از تعهدات ناشی از قراردادها با اقاله الکترونیکی، به‌نظر بلااشکال و ممکن است؛ لذا نتیجه این می‌شود که اقاله، هم در کل عقد و هم در قسمتی از آن جایز است. از این رو در اقاله الکترونیکی باید به مفاد توافق طرفین قرارداد توجه شود که با اخلاق و نظم عمومی در تقابل و تضاد نباشد. همچنین قلمرو تراضی فقط محدود به طرفین قرارداد یا قائم‌مقام آنها خواهد بود.

۲. نتیجه دیگری که می‌توان از تضارب آرای فقها و حقوق‌دانان گرفت این است که در اقاله الکترونیکی اگر فزونی ثمن یا حتی شروط خارجی با توافق و تراضی طرفین قرارداد باشد و در این بین در جوهره و مقتضای اقاله تأثیر نداشته باشد، این اقاله صحیح خواهد بود.

۳. حال اگر تعهد اجرا شود یا در اثنای اقاله الکترونیکی یکی از دو عوض یا هر دو عوض تلف شود، باید متذکر شد که قانون تجارت الکترونیک در این باره تصریحی ندارد، لذا با توجه به نظر فقها و با استناد به ماده ۲۸۴ قانون مدنی، می‌توان گفت که تلف مبیع مانع از اقاله الکترونیکی نخواهد بود و به‌جای مبیع تلف‌شده، مالک مثل یا قیمت را دریافت می‌کند. حال زمان اقاله الکترونیکی مشخص است، اما قیمت چه زمانی ملاک خواهد بود؟ می‌توان گفت که به‌دلیل اینکه قیمت‌ها در هر لحظه قابل تغییر است و امکان بازپس‌گیری عوضین به‌خصوص مبیع مستلزم سپری‌شدن چند روز زمان است، پرداخت قیمت حین الاداء، با قانون و حقوق ایران سازگارتر است و دور از عدالت هم نیست.

۵. حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی را نباید با اقاله الکترونیکی یکی





پنداشت؛ زیرا حق انصراف مهلتی هفت روزه و بدون تراضی بین متعاملان است و قانون‌گذار این حق را برای مشتری قرار داده است که در این مهلت بتواند کالا را بدون قید و شرط به فروشنده مسترد کند، حتی اگر کالا بدون عیب باشد. اما اقاله الکترونیکی نیاز به توافق و تراضی دو طرف عقد برای برهم زدن قرارداد دارد.

۶. بحثی که قانون‌گذار در قراردادهای الکترونیکی از آن غفلت کرده است، توجه به ارسال و دریافت داده‌پیام است که داده‌پیام ابتدا زمان ارسال و دریافت اقاله را مشخص می‌نماید؛ لذا ثمره نزاع در اینجا حاصل می‌شود که اگر زمان دقیق اقاله الکترونیکی مشخص نشود، منافع حاصله، از زمان اقاله تا تحویل عوضین بلا تکلیف خواهد بود. باید افزود که تعیین زمان دقیق اقاله الکترونیکی بسیار مهم است. از این رو با توجه به قانون مدنی و نظر مشهور فقها می‌توان نتیجه گرفت که اگر پس از انعقاد قرارداد منافعی از عوضین حاصل گردد، از زمانی که اقاله الکترونیکی مورد قبول فروشنده واقع شود، منافع و نمائات منفصل متعلق به کسی است که به واسطه قرارداد مالک شده و منافع و نمائات متصل متعلق به شخصی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود. باید افزود که این صورت به دلیل سرعت مبادله‌ها و قراردادهای الکترونیکی بحث تعلق منافع به طرفین اقاله الکترونیکی بسیار مهم و مشهود خواهد بود.

پیشنهادها

در اقاله قراردادهای الکترونیکی به دلیل نوسان قیمتی در بازار کالا و خدمات، و نیز احترام به حقوق طرفین، اصل سرعت و تخصص دادرس در قراردادهای نباید فراموش شود و به نظر در صورت اختلاف بین طرفین قرارداد در خصوص آثار اقاله، پیشنهاد تشکیل شعب رسیدگی به قراردادهای الکترونیکی بی‌مورد نباشد.

افزون بر مطلب فوق باید متذکر شد که ماهیت و ویژگی قراردادهای الکترونیکی باعث شده است که احکام عمومی قراردادهای سنتی پاسخ‌گوی نیازهای جدید نباشد و خلأ قانونی مشهود است، از این رو لزوم توجه به تدوین قانون در این باره نباید نادیده گرفته شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم (ترجمه الهی قمشه‌ای).

۱. آهنگران، محمدرسول؛ احمدی، امیر. (۱۳۹۸ الف). آثار و احکام فقهی و حقوقی اشتباه و خطا در قراردادهای الکترونیکی. پژوهشهای فقهی، ۱۱(۱)، صص ۱-۲۵.
۲. آهنگران، محمدرسول؛ احمدی، امیر. (۱۳۹۸ ب). قراردادهای الکترونیکی انعقاد تا انحلال: مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و کنوانسیون ژنو ۲۰۰۵ (چاپ اول). تهران: مجد.
۳. آهنگران، محمدرسول؛ احمدی، امیر. (۱۳۹۸ ج). واکاوی فقهی و حقوقی موجبات زوال ایجاب در قراردادهای الکترونیکی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۱(۲۰)، صص ۹-۳۶.
۴. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهایة فی غریب الحدیث والأثر (چاپ چهارم، ۵ جلدی). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۵. ابن بابویه قمی، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). الخصال (مصحح: علی اکبر غفاری، ج ۱، چاپ هجدهم). قم: منشورات جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة قم.
۶. ابن همام حنفی، محمد بن عبدالواحد؛ بابر تی، محمد بن محمد؛ قاضی زاده، احمد بن محمود؛ مرغینانی، علی بن ابی بکر. (بی تا). شرح فتح القدر (ج ۱۰، چاپ اول). بیروت: دار صادر.
۷. ابوالحسن مجاهد، اسامه. (۲۰۰۰م). خصوصية التعاقد عبر الانترنت. القاهرة: دار النهضة.
۸. احمدی، امیر؛ آهنگران، محمدرسول؛ پنجه پور، جواد. (۱۳۹۶). مبانی مشروعیت قراردادهای الکترونیکی. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۰(۱)، صص ۱۱-۳۶.
۹. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۱ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (محقق: شیخ مجتبی عراقی، ج ۱۴، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۰. اکبرینه، پروین؛ محمودزاده، فریبا. (آذرماه ۱۳۹۵). قراردادهای الکترونیکی. نخستین همایش بین المللی علوم اسلامی و علوم انسانی، تهران، صص ۷-۱۵.
۱۱. امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی (ج ۶، چاپ بیست و دوم). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۱۲. باقری اصل، سعیده؛ باقری اصل، حیدر؛ مسعودی، ناصر؛ شعاریان ستاری، ابراهیم. (۱۳۹۶). ماهیت حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹(۱۷)، صص ۷-۳۲.



۱۳. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۸). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۵، چاپ اول). قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۱۴. بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵). فوهنگ ابجدی الفبایی عربی-فارسی (مترجم: رضا مهیار). تهران: اسلامی.
۱۵. جُبَیعی عاملی، زین الدین بن نورالدین. (۱۳۸۶ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محقق: سید محمد کلانتر، ج ۱۰، چاپ اول). نجف: منشورات جامعة النجف الدینیة.
۱۶. جُبَیعی عاملی، زین الدین بن نورالدین. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۱۵، چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، حقوق تعهدات عقود و ایقاعات (ج ۱، چاپ اول). تهران: گنج دانش.
۱۸. حرّ عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (ج ۳۰، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۱۹. حسینی روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق (ج ۲۶، چاپ دوم). قم: مؤسسة دار الكتاب.
۲۰. حسینی عاملی، سید محمدجواد کرکی. (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (چاپ اول، ج ۱۱). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۸ق). العناوین الفقهیة (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۲۲. حلّی، جعفر بن حسن هذلی. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (مصحح: عبدالحسین محمدعلی بقال، ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. حلّی، حسن بن یوسف بن علی المطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تذکرة الفقهاء (ج ۱۷، چاپ اول). قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.
۲۴. خادمی کوشا، محمدعلی. (۱۳۹۴). شبهه شناسی فقهی و اصل اولی در قرارداد الکترونیکی. فقه، ۲۲ (۸۳)، صص ۷-۲۲.
۲۵. خادمی کوشا، محمدعلی. (۱۳۹۹). بررسی فقهی انشای بیع الکترونیکی بدون الفاظ ایجاب و قبول. فقه، ۲۷ (۱۰۲)، صص ۳۵-۶۲.
۲۶. خمینی، روح الله. (۱۳۸۵). تحریر الوسیله (محقق: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۲، چاپ دوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.



فقه

۲۷. دسوقی، ابراهیم ابواللیل. (۲۰۰۳م). الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية. كويت: طبع النشر العلمي بجامعة الكويت.
۲۸. دیجانی، ناك؛ باجاج، ك.ك. (۱۳۷۶). از مبادله الكترونيكى اطلاعات تا تجارت الكترونيك (مترجم: ايرج بهنام مجتهدى، چاپ اول). تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۲۹. راغب اصفهانی، حسين بن محمّد. (۱۳۸۳). المفردات فى غريب القرآن (محقق: صفوان عدنان داوودى، ج ۱، چاپ سوم). قم: ذوى القربى.
۳۰. رضایی، علی. (۱۳۸۷). حقوق تجارت الكترونيكى (چاپ اول). تهران: نشر میزان.
۳۱. سبزواری، سيد عبدالاعلی. (بی تا). جامع الأحكام الشرعيه (چاپ نهم). قم: المنار.
۳۲. سجادی، سيد جعفر. (۱۳۷۳). فرهنگ معارف اسلامى (ج ۳، چاپ سوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. سعدی، ابو حبيب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهى لغةً واصطلاحاً (چاپ دوم). دمشق: دار الفكر.
۳۴. سلمان، عبدالعزيز بن محمد. (۱۴۱۲ق). الأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعية (ج ۷، چاپ دهم). بی جا: بی نا.
۳۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ سوم). تهران: انتشارات مجد.
۳۶. صاحب بن عباد، بن العباس أبو القاسم الطالقانی. (۱۴۱۴ق). المحيط فى اللغة (محقق: محمد حسن آل یاسین، ج ۱۱، چاپ اول). بیروت: عالم الكتاب.
۳۷. طباطبائی یزدی، سيد محمد کاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقى (مصصح: سيد محمد حسين طباطبائی، ج ۲، چاپ اول). قم: مكتبة الداوری.
۳۸. طریحی نجفی، فخرالدين. (۱۴۰۸ق). مجمع البحرين (محقق: سيد احمد حسینی، ج ۴، چاپ دوم). قم: انتشارات مكتب النشر الثقافة الاسلامیة.
۳۹. طوسى، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (محقق: جماعة من المحققين، ج ۶، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۴۰. قانون تجارت الكترونيكى جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۲.
۴۱. قانون مدنى جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۰۷.
۴۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). قواعد عمومى قراردادها (ج ۵، چاپ پنجم). تهران: شرکت سهامی انتشار.





۴۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۴. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۳۶۷). الکافی (محقق: علی اکبر غفاری، ج ۸، چاپ سوم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۵. گیلانی فومنی، محمد تقی بهجت. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (بهجت) (ج ۵، چاپ دوم). قم: دفتر آیت الله العظمی بهجت.
۴۶. محمدیان امیری، مهدی؛ عسگری، علیرضا؛ احمدی، سید محمد مهدی؛ عابدیان، سید حسن. (۱۳۹۷). بررسی ادله فقهی حمایت از مصرف کننده در بیع الکترونیکی. مطالعات فقهی و فلسفی، ۹(۳۶)، صص ۳۵-۳۶.
۴۷. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۱۳ق). مصطلحات الفقه (ج ۱، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۸. مقامی نیا، محمد. (۱۳۹۱). نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی های آن. مجله علمی پژوهشی الهیات و علوم اسلامی (دانش حقوق مدنی)، دانشگاه پیام نور، ۱(۱)، صص ۸۵-۹۸.
۴۹. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۰). بررسی فقهی و حقوقی اقاله. پژوهشنامه متین، ۵(۲۰)، صص ۲۳-۴۲.
۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۴ق). منهاج الصالحین (ج ۳، چاپ سی و دوم). قم: مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
۵۱. نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۴۳، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
52. Official Journal of the European communities, 17/7/2000.
53. Freedman, Bradley, J. (2000). Electronic contracts under Canadian Law – A Practical Guide. *Manitoba Law Journal*, 28(1), pp.1-60.
54. Pointon leo, D. (2004). Developments in Electronic contract Law: A Malaysian perspective. *computer Law security Report*, March-April Volume 20, Issue2.
55. Rosas, Roberto. (2006). Comparative study of the formation, Electronic contracts in American Law with References to International and Mexican Law, *Indian Journal of International Law*, 46(1), pp 331-375.
56. Whiteley, David. (2000). *E-Commerce, Strategy, technologies and applications*, Mc Graw-Hill publishing Company.

References

* The Holy Quran. (Elaheh Qomshe'ei, Trans.).

1. Mohammadian Amiri, M., & Askari, A. & Ahmadi, S. M. M., & Abedian, S. H. (1397 AP). Examining the jurisprudential arguments of consumer protection in electronic sales. *Journal of Jurisprudential and philosophical studies*, 9(36), pp. 35-36. [In Persian]
2. Abolhassan Mujahid, O. (2000). *Khosusiat al-toqa'ed Ibr al-Internet*. Cairo: Dar Al-Nahdah.
3. Ahangaran, M. R & Ahmadi, A. (1398 AP). *Electronic Contracts to from conclusion to dissolution: A Comparative Study in Islamic Jurisprudence, Iranian Law, and the Geneva Convention 2005* (1st ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
4. Ahangaran, M. R & Ahmadi, A. (1398 AP). Jurisprudential and legal effects and rulings of mistakes and errors in electronic contracts. *Journal of Jurisprudential Research*, 15(1), pp. 1-25. [In Persian]
5. Ahangaran, M. R & Ahmadi, A. (1398 AP). Jurisprudential and legal analysis causes the decline of demand in electronic contracts. *Studies of Islamic jurisprudence and law*, 11(20), pp. 9-36. [In Persian]
6. Ahmadi, A., & Ahangaran, M. R., & Panjehpour, J. (1396 AP). Fundamentals of legitimacy of electronic contracts. *Journal of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, 10(1), pp. 11-36. [In Persian]
7. Akbrineh, P., & Mahmoudzadeh, F. (1395 AP). *Electronic contracts*. The First International Conference on Islamic Sciences and Humanities, Tehran, pp. 7-15. [In Persian]
8. Ardabili, A. (1411 AH). *Majma' al-Fa'edah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Azhan*. (M. Iraqi, 1st ed., vol. 14). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
9. Bagheri Asl, S., & Bagheri Asl, H., & Masoudi, N., & Shoarian Sattari, I. (1396 AP). The nature of the right to cancel in electronic contracts. *Journal of Studies of Islamic jurisprudence and law*, 9 (17), pp. 7-32. [In Persian]
10. Bahrani, Y. (1368 AP). *Al-Hada'eq al-Nazirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (1st ed., vol. 25). Qom: Islamic Publications Office. [In Persian]
11. Bostani, F. (1375 AP). *Abjadi Arabic-Persian alphabetic dictionary* (R. Mahyar, Trans.). Tehran: Islami. [In Persian]
12. *Civil Law of the Islamic Republic of Iran*, approved in 1307 AP.



فقه

13. Desuqi, I. (2003). *Al-Java'eb al-Qanouniyah le al-Mu'amilat al-Electroniyah*. Kuwait: Tab'a al-Nashr al-Ilmi be Jami'at al-Kuwait.
14. Digani, N., & Bajaj, K.K. (1997). *From Electronic Information Exchange to Electronic Commerce* (I. B. Mojtahedi, Trans. 1st ed.). Tehran: Institute of Business Studies and Research Publications.
15. *Electronic Commerce Law of the Islamic Republic of Iran*, approved in 2003.
16. Emami, S. H. (1381 AP). *Civil Law*. (22nd ed., vol. 6). Tehran: Islamieh Bookstore. [In Persian]
17. Freedman, Bradley, J. (2000). Electronic contracts under Canadian Law – A Practical Guide. *Manitoba Law Journal*, 28(1), pp.1-60.
18. Gilani Fumani, M. T. Bahjat. (1426 AH). *Jame'o al-Masa'il*. (Bahjat). (2nd ed., Vol. 5). Qom: Office of Grand Ayatollah Behjat. [In Arabic]
19. Heli, H. (1420 AH). *Tazkerat al-Foqaha* (1st ed., vol. 17). Qom: Mu'asisat AlulBayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
20. Helli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'ei al-Halal va al-Haram*. (A. Baqal, Ed., 2nd ed., vol. 4). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
21. Horr Ameli, M. (1416 AH). *Wasa'il al-Shia ila Tahsil Masa'il al-Shariah*. (1st ed., vol. 30). Qom: Mu'asisat Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
22. Hosseini Ameli, S. M. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qava'ed al-Alamah*. (1st ed., vol. 11). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
23. Hosseini Maraghi, S. M. (1418 AH). *Al-Anavin al-Fiqhiyah*. (1st ed., vol. 2). Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
24. Hosseini Rouhani, M. S. (1414 AH). *Fiqh al-Sadiq* (2nd ed., vol. 26). Qom: Dar al-Kitab Institute. [In Arabic]
25. Ibn Athir Jazri, M. (1367 AP). *Al-Nahayah fi Qarib al-Hadith va al-Athar*. (4th ed.). (5 Vols.). Qom: Ismailian Press Institute. [In Persian]
26. Ibn Babawiyah Qomi, M. (1403 AH). *Al-Khasal*. (A. A. Ghaffari, Ed.). (18th ed, vol. 1). Qom: Publications of the Association of Teachers in the Islamic Seminary of Qom. [In Arabic]
27. Ibn Hammah Hanafi, M. & Babarti, M., & Qazi Zadeh, A., & Marghinani, A. (n.d.). *Sharh Fath al-Qadir*. (1st ed., vol. 10). Beirut: Dar Sader.
28. Jafari Langroudi, M. (1388 AP). *Encyclopedia of Civil and Commercial Law, Law of Obligations, Contracts and Agreements* (1st ed., Vol. 1). Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]



29. Juba'i Ameli, Z. (1386 AH). *Al-Rawdah al-Bahiyya fi Sharh al-Lom'at al-Damesghiah*. (M. Kalantar, 1st ed., vol. 10). Najaf: Publications of the religious community of Najaf. [In Arabic]
30. Juba'i Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed., Vol. 15). Qom: Islamic Knowledge Institute. [In Arabic]
31. Katozian, N. (1379 AP). *General Rules of Contracts* (5th ed., Vol. 5). Tehran: Enteshar Co. [In Persian]
32. Katozian, N. (1390 AP). *Legal acts, contract-agreement*. Tehran: Enteshar Co. [In Persian]
33. Khademi Koosha, M. A. (1394 AP). Jurisprudential doubt studies and the first principle in electronic contract. *Journal of Fiqh*, 22(83), pp. 7-22. [In Persian]
34. Khademi Koosha, M. A. (1399 AP). Jurisprudential study of writing an electronic sale without the words of demand and acceptance. *Journal of Fiqh*, 27(102), pp. 35-62. [In Persian]
35. Khomeini, R. (1385 AP). *Tahrir al-Waseela*. (Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini). (2nd ed., Vol. 2). Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Persian]
36. Koleyni, M. (1988). *Al-Kafi* (A. A. Ghaffari, Ed., 3rd ed., vol. 8). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah.
37. Maqamiynia, M. (1391 AP). How to conclude electronic contracts and its features. *Journal of Theology and Islamic Sciences*. (Knowledge of Civil Law), Payame Noor University, 1(1), pp. 85-98. [In Persian]
38. Meshkini, M. A. (1413 AH). *Mustalahat al-Fiqh*. (2nd ed., vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
39. Mousavi Bojnord, S. M. (1380 AP). *Jurisprudential and legal study of dissolution*. *Matin Journal*, 5 (20), pp. 23-42. [In Persian]
40. Mousavi Khoei, S. A. (1424 AH). *Minhaj Al-Saleheen* (32nd ed., vol. 3). Qom: Islamic Mu'asisat al-Khoei al-Islamiyah. [In Arabic]
41. Najafi, M. H. (1981). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7th ed., vol. 43). Beirut: Dar Ihya al-torath al-Arabi.
42. Official Journal of the European communities, 17/7/2000.
43. Pointon leo, D. (2004). Developments in Electronic contract Law: A Malaysian perspective. *computer Law security Report*, March-April Volume 20, Issue2.



فقه

44. Ragheb Isfahani, H. (1383 AP). *Al-Mufradat Fi Gharib Al-Quran* (S. Davoodi, Ed., 3rd ed., vol. 1). Qom: Zawe al-Qorba. [In Persian]
45. Rezaei, A. (1387 AP). *E-Commerce Law*. (1st ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
46. Rosas, Roberto. (2006). Comparative study of the formation, Electronic contracts in American Law with References to International and Mexican Law, *Indian Journal of International Law*, 46(1), pp 331-375.
47. Saadi, A. (1408 AH). *Al-Qamous al-Fiqhi Loqat va Istilahah*. (2nd ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
48. Sabzevari, S. A. (n.d.). *Jame' al-Ahkam al-Shar'iyah*. (9th ed.). Qom: Al-Manar.
49. Sahib Ibn Ibad, I. (1414 AH). *Al-Mohit fi al-Loqat*. (researcher: M. H. AleYasin, 1st ed., vol. 11). Beirut: Alam al-Kitab. [In Arabic]
50. Sajjadi, S. J. (1373 AP). *Farhang-e Maaref-e-Islami*. (3rd ed., vol. 3). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
51. Salman, A. (1412 AH). *Al-As'alah va al-Ajoubah al-Fiqhiyah be al-Adilah al-Shariah*. (10th ed., vol. 7). [In Arabic]
52. Shahidi, M. (1382 AP). *Formation of Contracts and Obligations*. (3rd ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
53. Tabatabai Yazdi, S. M. K. (1414 AH). *Takmilat Al-Urwa Al-Wothqa* (S. M. H. Tabatabai, Ed., 1st ed., vol. 2). Qom: Maktabah al-Dawari. [In Arabic]
54. Tarihi Najafi, F. (1408 AH). *Majam'a al-Bahrain*. (S. A. Hosseini, 2nd ed., vol. 4). Qom: Intisharat Maktabah al-Nashr al-Thaqafat al-Islamiyah. [In Arabic]
55. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khalaf*. (A group of researchers, 1st ed., vol. 6). Qom: Mu'asisat al-Nashr al-Islami al-Tabi'at le Jama'at al-Mudarisin. [In Arabic]
56. Whiteley, D. (2000). *E-Commerce, Strategy, technologies and applications*, Mc Graw-Hill publishing Company.



فقه



A Comparative Study of Determination of Thaman in Iranian and Egyptian Civil Law with an Approach to Jurisprudential Documents

Mohammad Rasul Ahangaran¹ Loqman Rezanejad²

Received: 02/08/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

When concluding a contract for a number of emerging transactions, such as purchasing in advance and goods production orders, the price of the goods is not clear and definite. While these contracts are not acceptable based on the Iranian legal system according to articles such as 190 and 338 of Civil Law. Therefore, this study with a descriptive-analytical approach has compared the nature of the condition of thaman (the amount paid by the buyer and received by the seller in commutative transactions such as sale and service) determination in the legal system of Iran and Egypt. In both legal systems, the need to determination of thaman is specified. In the Egyptian legal system, the capability of knowing thaman is one of the examples of its determination, but the criterion in the Iranian legal system is the realization of detailed knowledge of the thaman, except in indulgence contracts, such as a contracts of guarantee, gift, peace, etc., in which concise knowledge is sufficient. The present study, after examining the legal thoughts of Iran and its jurisprudential documents, has not accepted the necessity of thaman determination as an existence condition. The jurists have interpreted the meaning of the mentioned condition as non-existence, that is, the thaman of the transaction is not risky. However, the acceptance of the Egyptian legal system, that is, the capability of thaman determination is correct and legal when it is not risky. For this reason, the Iranian civil law in determining the thaman, such as Article 216 of Civil Law, is considered contrary to the above jurisprudential interpretation.

Keywords

Thaman, detailed knowledge, concise knowledge, risk, ignorance.

1. Professor, University of Tehran, Farabi Campus, Faculty of Theology. ahangaran@ut.ac.ir

2. Researcher of Qom seminary. 1.0912707218357@gmail.com

* Ahangaran, m.r. & Rezanejad, L. (2021). A Comparative Study of Determination of Thaman in Iranian and Egyptian Civil Law with an Approach to Jurisprudential Documents. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp. 38-65. Doi: 10.22081/jf.2021.58441.2102.

بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی

محمدرسول آهنگران^۱ لقمان رضانژاد^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۲

چکیده

هنگام انعقاد قرارداد شماری از معاملات نوظهور، مانند پیش‌خریدها و سفارش تولید کالا، قیمت کالا معلوم و قطعی نیست؛ در حالی که این دسته از قراردادها با توجه به نظام حقوقی ایران به موجب موادی مانند ۱۹۰ و ۳۳۸ ق.م قابل پذیرش نیست. به همین جهت پژوهش پیش رو با رویکرد توصیفی تحلیلی به مقایسه ماهوی شرط معلومیت ثمن در نظام حقوقی ایران و مصر پرداخته است. در هر دو نظام حقوقی، لزوم معلومیت ثمن تصریح شده است؛ در نظام حقوقی مصر قابلیت تعیین ثمن از مصادیق معلومیت آن به شمار آمده است، ولی معیار در نظام حقوقی ایران، تحقق علم تفصیلی به ثمن است، مگر در عقود مسامحه‌ای، نظیر عقد ضمان، هبه، صلح و... که علم اجمالی در آنها کافی است. پژوهش حاضر پس از بازخوانی اندیشه‌های حقوقی ایران و مستندات فقهی آن، لزوم معلومیت ثمن را به عنوان شرط وجودی نپذیرفته و مراد فقها از شرط مذکور را به امر عدمی، یعنی غرری نبودن ثمن معامله تفسیر کرده است که با این وصف، پذیرش نظام حقوقی مصر، یعنی قابلیت تعیین ثمن مشروط به غرری نبودن آن صحیح و شرعی است و به همین سبب، ظاهر حقوق مدنی ایران در معلومیت ثمن مانند ماده ۲۱۶ ق.م، مخالف تفسیر فقهی مذکور تلقی شده است.

کلیدواژه‌ها

ثمن، علم تفصیلی، علم اجمالی، غرر، جهل.



فقه

سال بیست و هشتم، شماره اول (پیاپی ۱۰۵)، بهار ۱۴۰۰

۱. استاد دانشگاه تهران، پردیس فارابی، دانشکده الهیات (نویسنده مسئول).
 ۲. پژوهشگر حوزه علمیه قم.
 * آهنگران، محمدرسول؛ رضانژاد، لقمان. (۱۴۰۰). بررسی تطبیقی معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران و مصر با رهیافتی به مستندات فقهی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸ (۱۰۵)، صص ۳۸-۶۵.
 Doi:10.22081/jf.2021.58441.2102.

بیان مسئله

اصل لزوم معلومیت ثمن در حقوق مدنی ایران در ماده ۳۳۸ ق.م آمده است و به موجب بند سوم ماده ۱۹۰ ق.م نیز تصریح شده که برای صحت هر معامله شرایطی لازم است؛ چنان که لزوم معلومیت ثمن در حقوق مدنی مصر را بند ۱ از ماده ۴۲۳ ق.م عهده دار است. بنابراین اصل لزوم معلومیت ثمن در هر دو نظام حقوقی تصریح شده است، ولی قلمرو معلومیت و معیار آن به خصوص در معامله‌های نوظهور در هر یک از دو نظام حقوقی متفاوت است و تبیین رویکرد و مبانی آنها از جمله مسائل پیش روی پژوهش است.

امروزه در بسیاری از معامله‌ها مانند پیش‌فروش ساختمان، سفارش ساخت و تولید کالا که تحویل کالا مستلزم گذر زمان است، کالا به جهت وصف معلوم بوده و چنانچه فروشنده کالا را در هنگام تحویل مطابق وصف و توافق ارائه ندهد، مشتری خیار وصف خواهد داشت، ولی ثمن معامله که امروزه پول و وجه رایج است، در هنگام قرارداد معلوم نیست و قیمت تمام شده کالا با توجه به احتمال کاهش ارزش پول و نوسان‌های ارزی و مسائلی از این قبیل، به طور دقیق معلوم نبوده و خریدار نمی‌داند کالای مورد نظر او در هنگام تحویل دارای چه قیمتی خواهد بود. حال وضعیت این گونه معامله‌ها در هر یک از دو نظام حقوقی متفاوت خواهد بود؛ در حقوق مدنی ایران به دلیل عدم معلومیت ثمن، بیع منعقد نشده است و از سوی دیگر الحاق این دسته از عقود در قالب عقود دیگری چون سلم و صلح معاملی، برخلاف قصد و اراده دو طرف قرارداد بوده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۲۱۲) و هر یک از عقود دارای آثاری است که خریدار یا فروشنده ملتزم به اجرای آن نمی‌شوند، یا اساساً قابلیت اجرا در قالب عقود دیگر را نخواهد داشت؛ مثلاً اگر خرید کالا در قالب سفارش تولید بیع سلم باشد، لزوم تعیین مقدار ثمن در هنگام قرارداد و همچنین پرداخت آن شرط است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص ۱۶۹-۱۷۰)، یا اگر صلح معاملی باشد، هر چند تمام احکام بیع چون خیارات، حق الشفعه و... را ندارد (لنکرانی، ۱۴۳۰ق، ص ۲۳۹)، ولی باید مورد صلح و مال‌الصلح معلوم باشد تا صلح عین به عوض اثر بیع را داشته باشد (خوئی، بی تا الف، ج ۲، ص ۱۹۲)، و اگر پیش‌پرداخت را بیعانه



فقه



بدانیم، از آنجا که در تعریف بیعانه گفته‌اند «مقداری از ثمن است که از باب اطمینان بایع به تحقق بیع، از جانب مشتری به او پرداخت می‌شود، خواه تسلیم مدت داشته باشد [مانند بیع سلم]، خواه مدت نداشته ولی آوردن مبیع و تحویل دادن آن نوعاً مستلزم زحمت و یا هزینه باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۱۲۲)، به دست می‌آید که بیع در فرض مذکور منعقد نشده است و طبعاً اثر تملیک و تملک را در بر نخواهد داشت؛ درحالی که در معامله پیش‌فروش و تولید کالا، مشتری عقد بیع را منعقد کرده و بخشی از ثمن معامله را پرداخت کرده است و به همین جهت تصرفات مالکانه می‌کند؛ مثلاً مشتری مبادرت به فروش امتیاز واحد آپارتمانی یا فروش واحد مذکور پس از تکمیل و پیش از پرداخت و تسویه حساب نهایی و ... می‌کند. این گونه تصرفات بیانگر آن است که دو طرف معامله عقد بیع را انشا کرده و به آثار آن ملتزم شده‌اند و پرداخت ثمن را به‌عنوان بیعانه لحاظ نکرده‌اند؛ هرچند «بیعانه» در ظرف ثبوت ممکن است، ولی التزام به آثار آن در معامله‌های پیش‌فروش و مانند آن موجب شده است که دو طرف معامله در ظرف اثبات از آن اجتناب کنند؛ مضافاً بر اینکه در فرض بیعانه نیز معلومیت ثمن مورد معامله مورد بحث است، زیرا پرداخت ثمن به‌عنوان بخشی از ثمن پس از تحقق بیع مستلزم آن است که ثمن در حین انعقاد بیع معلوم باشد. بنابراین مسئله اساسی پیش روی تحقیق، یعنی بررسی ماهیت معلومیت ثمن، باقی است. حال آنکه در حقوق مدنی مصر، با وجود ضابطه تعیین قیمت در هنگام انعقاد قرارداد، ثمن معلوم بوده و این گونه معامله‌ها نیز صحیح است.

از آنجا که اساس معاملات از امور امضائی‌اند، مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی مصر موجب دید وسیع و شناخت بنای عقلایی در جوامع بشری می‌شود؛ به‌خصوص آنکه نظام حقوقی مصر بیگانه از اندیشه‌های فقهی نبوده و در تدوین نظام حقوقی جدید، رویکرد حقوقی سابق را که بر پایه فقه حنفی و یادگاری از «مجلة الاحکام العدلیة» است که توسط دولت عثمانی در نیمه دوم قرن نوزدهم تدوین شده بود را حفظ کرده و قوانین اخذشده از حقوق فرانسه را تا حد امکان با قوانین سابق همسو و قابل جمع جلوه داده است (شریعتی فراهانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۶۳۴۱).

۱. معلومیت ثمن در قانون مدنی ایران

بنابر تصریح قانون مدنی ایران در مواد ۳۳۸ و ۱۹۰، لزوم معلومیت ثمن امری مسلم است؛ منتهی قلمرو این معلومیت از مفاد ماده ۲۱۶ ق.م قابل استنباط است. در ماده مذکور آمده است: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». ماده مذکور مفسر ماده ۳۳۸ (معلوم بودن عوض)، و بند ۳ ماده ۱۹۰ (معین بودن مورد معامله) صراحت بیشتری در تبیین مراد قانون گذار دارد، زیرا به موجب ماده ۲۱۶ دو نکته زیر استخراج می شود:

الف. علم اجمالی تنها در موارد خاص کافی است؛ چنان که قانون گذار با عبارت «مگر در موارد خاصه...» بدان تصریح نمود.

ب. اصل اولی، معلومیت تفصیلی مورد معامله است؛ زیرا با خروج موارد خاصه از حکم مستثنی («مورد معامله باید مبهم نباشد...») به دست می آید که علم اجمالی در سایر موارد کافی نیست. به بیان دیگر، قانون گذار علم اجمالی را از آن حیث که تفصیلی نیست دارای ابهام می داند، ولی ابهام در موارد خاصه را موجب خلل نمی داند.

شایان توجه اینکه واژه «مبهم» غیر از «مجهول» است، زیرا استعمال «مبهم» زمانی است که امری به حسب واقع و ظاهر مجهول باشد، ولی «مجهول» امری است که به حسب واقع معلوم بوده، منتهی به حسب ظاهر (مقام اثبات و نزد دو طرف قرارداد) مجهول است (لاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۴۷؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۳۹۸؛ شیرازی، بی تا، ج ۱۰، ص ۸۱). از این رو مراد قانون گذار از مبهم نبودن، تعبیر تخصصی مذکور نیست، بلکه مرادش نامعلوم بودن است تا شرط معین بودن (غیرمردد بودن) و معلوم بودن عوض (مجهول نبودن) را در بر گیرد.

علاوه بر مفاد قانون مدنی، در اندیشه ها و بیانات حقوق دانان نیز اصل معلومیت تفصیلی ثمن مشاهده می شود که پاره ای از آنها به شرح زیر است:

۱. برخی از حقوق دانان تعیین ثمن معامله را پیش از ایجاب و قبول لازم دانسته و بیع با ثمن مورد اختلاف یا مبهم را غیر قابل تحقق می دانند و این نظریه را به موجب مفاد ماده ۳۳۹ ق.م استناد کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۱۵۰).



فقه



مطابق ظاهر ماده قانونی، تحقق ایجاب و قبول پس از توافق اراده دو طرف به مبیع و قیمت آن است؛ بنابراین با وجود ثمن مورد اختلاف و مبهم، التزام و پایبندی، و به تعبیر دیگر قصد صحیح، رخ نداده است.

برخی فقهای امامیه نیز معلومیت ثمن را پیش از انعقاد عقد تصریح کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۶۴).

حقوق دان معاصر، در تفسیر ذیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی، موارد خاصی که علم اجمالی در آن کافی است را ابتدا به عقود مسامحه‌ای و عقودی که از نظر عرفی نیاز عمده یا اقتضای کار مورد نظر می‌طلبد که دو طرف درجه‌ای از احتمال را بپذیرند توسعه داده است، ولی سرانجام ملاک شناخت موارد خاصه را تصریح قانون می‌داند (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۹۲) این بیان می‌فهماند که دایره موارد خاص محدود به تصریح قانون بوده و در سایر موارد علم اجمالی را کافی نمی‌دانند.

۲. «مورد معامله در هنگام معامله نباید برای متعاملین مجهول و مبهم باشد، بلکه باید قبلاً از هر جهت رفع ابهام شده باشد» (طاهری، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۸۳). رفع ابهام «از هر جهت» بازگوکننده آن است که علم اجمالی در مورد معامله کافی نیست.

۳. حقوق دانان در تفسیر ذیل ماده ۲۱۶ به بررسی ضابطه‌ای برای موارد خاصه کوشیده و آرای متعددی را ذکر کرده‌اند: الف. نظریه تصریح قانون‌گذار، ب. نظریه عقود مسامحه‌ای، ج. نظریه مختلط، د. کفایت علم اجمالی در موردی که از نظر عرفی غرری نباشد (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۹۲). تلاش حقوق دانان برای شناخت موارد خاصی که علم اجمالی در آن کافی است، بیانگر آن است که آنان معلومیت تفصیلی مورد معامله را پذیرفته و برای تسهیل در معاملات نوظهور کوشیده‌اند تا این دسته معاملات را از جمله موارد خاصی بدانند که علم اجمالی در آن کافی است؛ درحالی که نظریه‌های مذکور دارای اشکالات زیر است:

نظریه اول: تصریح قانون‌گذار بسیار اندک بوده است؛ مثلاً جهل در اجرت عامل و مورد جعاله (۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م) یا تحقق عقد ضمان با وجود جهل به مقدار دین (ماده ۶۹۴ ق.م) و... که در نهایت پاسخ‌گوی بیع که عمده معاملات عرفی است نخواهد بود.

نظریه دوم: عقود مسامحه‌ای بر پایه سودجویی بناگذاری شده است و شامل عقود مغاینه‌ای نظیر بیع نمی‌شود؛ بنابراین خرید و فروش‌های نوظهور که مقدار ثمن در هنگام تحویل کالا معین می‌شود را در بر نمی‌گیرد.

نظریه سوم: عملکرد عرفی زمانی ملاک است که قانون پیرامون آن دسته معاملات سکوت کرده و امر را به عرف واگذار کرده باشد؛ این در حالی است که قانون درباره بیان موارد خاص سکوت کرده است، ولی در بیع و مانند آن نه تنها سکوت نکرده، بلکه با تفسیر ماده ۲۱۶ ق.م.م.ت تفصیلی آن را متذکر شده است. مضافاً بر اینکه پذیرش درجه‌ای از احتمال در عرف، اگر خطر و ریسک‌پذیری در معامله باشد، ملازمه با علم اجمالی ندارد؛ زیرا مورد معامله در بسیاری از معامله‌های تجاری، معلوم و معین است، ولی به لحاظ نوسان‌های ارزی و... برای تاجر خطرپذیری دارد و اگر مراژ پذیرش مقداری از جهل باشد، معامله‌ای که قیمت کالا هنگام قرارداد مشخص نیست را شامل نمی‌شود؛ زیرا درجه‌ای از احتمال بر آن صدق نمی‌کند، بلکه به طور کلی مجهول است.

نظریه چهارم: کافی دانستن علم اجمالی در مواردی غرری نیست؛ هرچند معامله‌ای که ثمن معامله هنگام قرارداد مشخص نیست ولی ضابطه‌ای برای دفع غرر دارد، آن را تصحیح می‌کند؛ ولی اولاً با توجه به اینکه نظریه مذکور در مقام تبیین ضابطه برای موارد علم اجمالی در ذیل ماده ۲۱۶ است، بیانگر آن است که اصل معلومیت تفصیلی صدر ماده مذکور پذیرفته شده است، مگر مواردی که غرری نباشد. با این وصف دایره مصادیق استثناً بیشتر از مستثنی خواهد بود و لزوم علم تفصیلی به عنوان قانون لغوی یا اندک خواهد شد. ثانیاً پذیرش نظریه مبتنی بر آن است که معنای غرر را خطر و ریسک‌پذیری بدانیم نه جهل؛ بنابراین نظریه محدود به اخذ مبنا است.

۱-۱. جمع‌بندی نظریات بر اساس نظام حقوقی ایران

از ظاهر نصوص حقوقی به خصوص مفاد ماده ۲۱۶ قانون مدنی و آرای حقوق دانان در معلومیت مورد معامله، به دست آمد که اصل بر لزوم معلومیت تفصیلی مورد معامله بوده و علم اجمالی تنها در برخی موارد کافی است؛ مانند عقود مسامحه‌ای نظیر عقد ضمان و جعاله که جهل در آنها موجب بطلان نمی‌شود.





۲. معلومیت ثمن در قانون مدنی مصر

در مبانی حقوقی مصر، پرداخت ثمن نقدی اختصاص به «بیع» دارد و به انتقال کالا در مقابل کالا «مقایضه» اطلاق می‌شود؛ چنان‌که در ماده ۴۱۸ ق.م.تصریح شده که بیع عقدی است که فروشنده ملزم می‌شود ملکیت چیزی یا حق مالی را در مقابل ثمن نقد به دیگری انتقال دهد؛ درحالی‌که در تعریف مقایضه به موجب ماده ۴۸۲ ق.م.آورده است: «المقایضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود»؛ یعنی مقایضه عقدی است که هر یک از فروشنده و خریدار ملتزم می‌شود تا ملکیت مالی را که نقد نیست به شیوه مبادله به دیگری منتقل کند. عقد مقایضه به لحاظ ملاک در معلومیت کالا (مبیع در مقابل مبیع) تفاوتی با بیع ندارد؛ البته تا اندازه‌ای که با طبیعت عقد مقایضه تنافی نداشته باشد. بنابراین در بحث معلومیت ثمن، دو حیثیت مفهومی و نظری بیع و مقایضه تفکیک نخواهد شد.

۲-۱. مستندات قانونی در قانون مدنی مصر

ماده ۴۲۳: ۱. اکتفا به مقدار ثمن بر پایه شیوه‌هایی که به مقتضای آن ثمن تعیین می‌شود جایز است. ۲. اگر دو طرف معامله بر قیمت بازار توافق کرده‌اند، عمل مطابق آن واجب است و در حال شک، ملاک ثمن، قیمت بازار مکان و زمانی است که تحویل کالا به مشتری واجب است، و اگر در مکان تحویل کالا بازاری نباشد، باید به قیمت بازار مکانی که قیمت‌های عرف در آن جریان دارد مراجعه شود.

ماده ۴۲۴: اگر دو طرف معامله مقدار ثمن مبیع را معلوم و مشخص نکنند، مادامی که از قرائن موجود به دست آید که آنان بر قیمت متعارف بازار تجارت یا قیمت متداولی که بین آنان جاری است تکیه کرده‌اند، عدم تعیین ثمن موجب بطلان بیع نمی‌شود.

قانون‌گذار مصری به موجب بند ۱ ماده ۴۲۳، اصل لزوم معلومیت را مفروغ‌عنه گرفته و تعیین شیوه و ضابطه‌ای که مقدار ثمن را مشخص کند، در شرط معلومیت ثمن کافی دانسته است و به موجب بند ۲ ماده مذکور، توافق دو طرف بر قیمت بازار را ضابطه تعیین قیمت معرفی می‌کند.

۲-۲. اقسام تعیین مقدار ثمن و اعتبارسنجی آن

با توجه به مجموع دو ماده ۴۲۳ و ۴۲۴ حقوق مدنی مصر، تعیین مقدار ثمن دارای دو قسم صریح و ضمنی است؛ صریح آن است که فروشنده و خریدار مقدار ثمن یا ضابطه تعیین آن را ذکر و به آن تصریح کنند، و ضمنی آن است که به طور صریح بیان نشده باشد، ولی به لحاظ قرائن معلوم شود که فروشنده و خریدار چه ضابطه‌ای را لحاظ کرده‌اند؛ چنان که در رویه قضایی مصر نیز تصریح شده است: «لا یشرط أن یکون الثمن معیناً بالفعل فی عقد البیع، بل یکفی أن یکون قابلاً للتعیین بالاتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً علی الأسس التي یحدد مقتضاها فیما بعد (طعن رقم ۱۰۵۱، لسنة ۴۵هـ، ۱/۲۸/۱۹۸۰م)» (عزمی البکرمی، ۲۰۱۴م، ج ۵، ص ۱۱۷).

ضابطه تعیین ثمن به شکل ضمنی آن، عرف تجارت و تاجران است؛ چنان که برخی حقوق دانان می‌گویند بسیار رخ می‌دهد که خریداری از تاجری مطالبه کند تا کالای خاصی را برایش ارسال کند و از قیمت کالا نیز سخنی به میان نمی‌آورد. این امر موجب بطلان بیع نیست؛ زیرا آنان قیمت بازار یا قیمت متداول بین خودشان را مدنظر قرار داده‌اند و این نوع مثال‌ها بیانگر آن است که استناد قانون‌گذار در کفایت قابلیت تعیین ثمن و همچنین ضمنی بودن آن، متناسب با بنای عقلایی و عرفی است (عزمی البکرمی، ۲۰۱۴م، ج ۵، ص ۱۱۵؛ أنور العمروسی، ۲۰۱۲م، ج ۳، ص ۳۴۶)؛ علاوه بر اینکه کفایت قابلیت تعیین، با قواعد عمومی قراردادها نیز موافق است (سنهوی، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۶۹)؛ زیرا اصل حاکمیت اراده و توافق اراده دو طرف است.

بنابراین اگر مقدار ثمن یا ملاک تقدیر ثمن نه به طور صریح و نه به طور ضمنی معلوم نشود، بیع باطل است؛ زیرا رکنی از ارکان بیع، یعنی معلومیت ثمن ناقص بوده است (سنهوی، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۸۳).

۲-۳. ملاک قابلیت تعیین ثمن

قانون مدنی مصر، بر توافق فروشنده و خریدار در تعیین ثمن و قابلیت تعیین آن، تصریح کرده است و حقوق دانان ابعاد و ساحت آن را به شکل زیر بیان کرده‌اند:





۱. توافق فروشنده و خریدار بر مقدار ثمن یا قابلیت تعیین آن پیش از انعقاد قرارداد (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۶۹؛ عزمی البرکمی، ۲۰۱۴م، ج ۵، ص ۱۱۵)؛ بنابراین اگر فروشنده کالای خود را در مقابل ثمنی که شخص عادل‌ی تعیین کند (بدون تعیین و معرفت به شخص)، یا چیزی که ارزش آن با کالا مساوی است بفروشد، این نوع تعیین قیمت کفایت نمی‌کند و موجب بطلان بیع است؛ زیرا قیمت باید قبل از بیع مورد توافق دو طرف معامله قرار گیرد، و به تعبیر دیگر، در فروض یادشده در واقع ثمن معامله معلوم نیست و حتی قابلیت تقدیر نیز نداشته است (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۷۱).

۲. ضابطه تعیین‌کننده قیمت باید به‌نحوی باشد که قیمت به‌سبب آن به‌نحو قطعی مشخص گردد؛ هرچند در هنگام قرارداد، قیمت معلوم نباشد (منصور، ۱۹۹۵م، ج ۱، ص ۲۰۳).
 ۳. قابلیت تعیین ثمن به‌نحوی باشد که هیچ نزاع و اختلافی بین دو طرف معامله در توافق به ضابطه و شیوه تعیین مقدار ثمن نباشد (أنور سلطان، ۱۹۴۰م، ج ۱، ص ۱۲۱).

۲-۴. صورت‌های مختلف تعیین ثمن

هرچند که قانون مصری تنها به دو نمونه از روش تعیین ثمن اکتفا نموده است، ولی از آنجا که مواد قانونی یادشده در مقام حصر مصادیق روش‌ها نیست، شارحان قانون مدنی مصر شیوه‌های دیگری را نیز برای تعیین ثمن معامله نام برده‌اند (منصور، ۱۹۹۵م، ج ۱، ص ۲۳۸؛ سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۷۱) که از میان آنها به اهم روش‌ها اشاره می‌شود:

۱. دو طرف قرارداد توافق کنند که مقدار ثمن کالا همان ثمنی باشد که با بیع خریداری کرده، به‌همراه مقدار سود معلوم (بیع مرابحه)، یا به‌همراه کم کردن قیمت به‌نحو معلوم و مشخص (بیع وضعیه)، یا بدون کم‌وزیاد کردن قیمت (بیع تولیه) یا قرار گرفتن بخشی از مثن در مقابل بخشی از ثمن (بیع اشتراک).

۲. قیمت بازار: چنان‌چه فروشنده و خریدار بازار را به‌لحاظ زمان و مکان مشخص کرده باشند، مطابق توافق آنان به قیمت بازار عمل می‌شود، ولی در این صورت به‌موجب بند ۲ از ماده ۴۲۳ ق.م قیمت بازار در مکان و زمانی که تسلیم مبیع در آن برای مشتری واجب است، عمل خواهد شد.

۳. قیمت متعارف تجارت یا قیمت متعارفی که معامله بین فروشنده و خریدار جریان دارد: اگر دو طرف ثمن را معلوم نکنند ولی از سکوت آنان تبعیت از عادت تحقق معامله فهمیده شود، در واقع توافق آنان بر قیمت متداول بازار تجارت صورت گرفته و ثمن نیز قابل تعیین بوده است. همچنین ممکن است دو طرف به لحاظ سابقه تجاری بین خودشان سخن از قیمت مبیع به میان نیاورند. هرچند در سابقه معامله، قیمت مبیع نیز متغیر بوده است. در این صورت ملاک همان سیره متداول بین خودشان است. این فرض نیز در ماده ۴۲۴ ق.م.تصریح شده است.

۴. قیمت توسط شخص ثالثی که فروشنده و خریدار درباره قیمت گذاری او توافق کرده‌اند تعیین شود: شخص ثالث اختیار تعیین قیمت را داشته و در حقیقت و کیل در تعیین قیمت است. البته تعیین قیمت توسط شخص ثالث به منزله شرط متأخر انعقاد بیع است و هنگامی که او مقدار ثمن را مشخص می‌کند، بیانگر آن است که بیع از همان هنگام توافق منعقد شده است.

۲-۵. جمع‌بندی نظریات بر اساس نظام حقوقی مصر

باتوجه به آنکه در نظام حقوقی مصر قابلیت تعیین ثمن کافی است، بسیاری از معاملات نوظهور مانند سفارش تولید کالا و پیش‌فروش که ثمن در هنگام عقد بالفعل مشخص نیست، به قیمت بازار در زمان و مکان مشخص یا عرف تجاری بین خریدار و مشتری یا قیمت‌گذاری شخص ثالث یا هر ضابطه دیگری که به تعیین ثمن منتهی شود، صحیح و برابر با مواد قانونی این کشور خواهد بود، و از آن‌رو که نظام حقوقی مصر تعیین ثمن را رکن اصلی معامله و عدم‌ذکر یا ذکر ناصحیح آن را فقدان رکن تلقی نموده و خطر مغبون‌شدن را در صورت مجهول‌بودن ثمن متذکر شده است (سنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۴، ص ۳۸۳)، و با این اوصاف قابلیت تعیین ثمن را نیز کافی می‌داند، به دست می‌آید که قابلیت تعیین ثمن را از مصادیق علم به ثمن لحاظ کرده و آن را موافق بنای عقلا و قواعد عمومی قراردادها دانسته است (عزمی البکریمی، ۲۰۱۴م، ج ۵، ص ۱۱۵؛ أنور العمروسی، ۲۰۱۲م، ج ۳، ص ۳۴۶).



۲-۶. مقایسه دو نظام حقوقی ایران و مصر

وجه اشتراک و افتراق دو نظام حقوقی به شرح زیر است:

وجه اشتراک: هر دو نظام حقوقی معلومیت ثمن را لازم دانسته و آن را رکن معامله می‌دانند.

وجه افتراق: در نظام حقوقی ایران، معیار معلومیت تفصیلی ثمن است که ابعاد و مؤلفه‌های تحقق آن بیان نشده است، در حالی که در نظام حقوقی مصر قابلیت تعیین ثمن نیز کافی است؛ به همین سبب به تفصیل به ملاک ضابطه تعیین قیمت، اقسام تعیین، اعتبار سنجی و مصادیق ضابطه‌ها پرداخته است و همچنین کارکرد نظام حقوقی مصر در خرید و فروشی که ثمن‌اش بالفعل معلوم نیست، ولی ضابطه‌ای برای تعیین قیمت دارد، مؤثر و در راستای تسهیل معاملات اجتماعی است، ولی خرید و فروش‌های مذکور در نظام حقوقی ایران باطل است.



فقه

۳. رویکرد فقه عامه به معلومیت ثمن

متناسب با آنچه بر اساس قانون مدنی مصر مورد پذیرش قرار گرفت، اکثر مذاهب عامه چون شافعی، مالکی و حنبلی ذکر ثمن را رکن معامله دانسته و نبودش را موجب بطلان می‌دانند (سیوطی، ۱۳۵۹ق، ص ۱۸۴؛ الکاسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۰۹؛ البهوتی، ۱۴۰۲ق، ج ۶، ص ۲۳۱)؛ البته برخلاف برخی از حنابله که عدم ذکر ثمن را مبطل ندانسته و حکم به ثمن‌المثل داده‌اند (البهوتی، ۱۴۰۲ق، ج ۳، ص ۱۷۲؛ المرادوی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۰۹)، و از سوی دیگر، حنفیه نیز عدم ذکر ثمن را موجب فساد بیع می‌دانند، نه بطلان آن (ابن‌عابدین، ۱۴۱۵ق)، ج ۴، ص ۶؛ الکاسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۸۳)؛ بدین معنا که مقتضی بیع همان مبادله است و متوقف به ذکر ثمن نیست و مادامی که مانعی نباشد، بیع منعقد شده است. البته نظریه مذکور مبتنی بر افتراق «فساد» و «بطلان» است که به‌موجب ماده ۱۰۹ و ۱۱۰ «مجله الاحکام العدلیة»، بیعی که از اساس صحیح و جایز نبوده باشد را «باطل» و بیعی که اساس اش صحیح بوده و تنها به اعتبار بعضی اوصاف خارج از ماهیت بیع فاسد باشد را «فاسد» می‌دانند (گروهی از مولفان، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰).

ضابطه تعیین ثمن در نظام حقوقی مصر با نظریه فقهی حنفیه و برخی حنابله منطبق است؛ زیرا معلومیت ثمن رکن معامله نبوده تا عدم ذکر آن موجب بطلان معامله شود. برخی از فقهای عامه با همین نگرش در شرایط ثمن گفته‌اند که ثمن باید معلوم باشد؛ از آن حیث که علم مانع اختلاف دو طرف قرارداد می‌شود و به تعبیر دیگر، بیع مجهولی که جهل در آن منجر به اختلاف دو طرف قرارداد شود صحیح نخواهد بود (الجزیری و همکاران، ۱۲۸۹ق، ج ۲، ص ۲۱۸؛ میرغینانی، بی تا، ج ۶، ص ۲۶۰)؛ بنابراین علم و جهل موضوعیت نداشته و صرفاً به جهت پرهیز از اختلاف بناگذاری شده است و چنانچه مطلوب مذکور با ضابطه تعیین ثمن به دست آید معامله نیز صحیح خواهد بود.

برخی فقها عدم لزوم ذکر ثمن را غرری و آن را مخالف دلالت نبوی ﷺ «نهی عن بیع الغرر» می‌دانند (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۶؛ الدسوقی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۲) که به شرح زیر پاسخ داده شد:

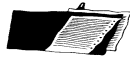
اول. غرر منهی عنه به سرانجام بیع تعلق گرفته است، نه به حال انعقاد بیع؛ بنابراین چنانچه با ضابطه‌ای مانند ثمن المثل، قیمت بازار، و... به ثمن معلوم و بیع به علم منتهی شود، بیع انجام شده مجهول نخواهد بود (ابن تیمیه، ۱۴۲۲ق الف، ص ۱۳۸).

دوم. غرری منهی عنه است که منجر به نزاع و اختلاف دو طرف قرارداد شود و مورد نیاز جامعه نباشد؛ به همین دلیل برخی معاملات غرری با وجود نیاز جامعه تجویز شده است؛ مانند خرید حمل به تبع امه و... (ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق ب، ج ۲۹، ص ۲۲۸).

سوم. بنای عقلایی معامله را متوقف به ذکر ثمن نمی‌دانند؛ مانند مهر المثل در نکاح یا اجاره اعمال با اجرة المثل که مورد تأیید اکثر فقها است (ابن قیم، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۵)، یا در بسیاری از موارد عرفی، فروشنده از قیمت کالا مطلع نبوده و به خریدار می‌گوید کالای مرا به قیمتی که از دیگران خریداری می‌کنی خریداری کن (الحطاب، ۱۴۲۳ق ج ۴، ص ۲۳۸).

۳-۱. جمع‌بندی آرای فقهی عامه

با توجه به نظریات مذهب حنفیه و برخی از حنابله در عدم لزوم ذکر ثمن و همچنین دفاع فقها از نظریه مذکور، معلوم می‌شود کفایت قابلیت تعیین ثمن در نظام حقوقی





مصر، مطابق اندیشه‌های فقهی، به‌خصوص فقه حنفیه، بوده است و به بیان روشن‌تر، بنای عقلایی و اصل توافق اراده که حقوق‌دانان مصری به‌عنوان مستند ضابطه مذکور بیان کرده‌اند، مخالف شرع نبوده و معتبر است؛ به‌ویژه آنکه آرای اکثر مذاهب عامه در لزوم ذکر ثمن به‌تنهایی منافی ضابطه حقوقی مذکور نیست، زیرا ذکر ضابطه تعیین ثمن می‌تواند از مصادیق ذکر ثمن و معلومیت آن باشد.

۴. رویکرد فقه امامیه به معلومیت ثمن

همانطور که اصل لزوم معلومیت ثمن در نظام حقوقی ایران تصریح شده است، فقه‌های امامیه نیز معلومیت ثمن را از شرایط عوضین می‌دانند و معامله یک‌جانبه‌گرایانه را باطل می‌شمارند؛ چنان‌که فرموده‌اند: «... الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف فلو باع بحکم أحدهما لم ینعقد و...» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۵۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۹۴)؛ چنان‌که برخی دیگر، بیع به‌حکم مشتری یا بایع یا به‌قیمت متعارف یا قیمت متعارف فی‌مابین خریدار و مشتری را از مصادیق بیع مجهول‌الثمن دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۵) که ذکر این مصادیق به‌انضمام اطلاق شرط معلومیت، بیانگر آن است که فقه‌ها وجود علم را شرط صحت دانسته و چنان‌چه ثمن دارای هرگونه جهلی باشد، شرط مذکور محقق نگشته و معامله را باطل می‌دانند.

۴-۱. دلایل لزوم معلومیت ثمن

عمده استدلال فقه‌های شیعه در معلومیت ثمن به شرح زیر است:

دلیل اول: برخی فقها لزوم معلومیت ثمن را اجماع منقول دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۰۶).

دلیل دوم: بنای عقلا حاکی از لزوم معلومیت ثمن بوده و به‌حسب هر موردی متفاوت است؛ مثلاً در موردی که معلومیت با اندازه‌گیری حاصل می‌شود، مشاهده آن کافی نبوده و بیع به حدس و تخمین خواهد بود. هرچند معرفت اجمالی به‌واسطه مشاهده نیز امکان‌پذیر است، ولی موجب رفع کامل جهالت نبوده و با وجود جهالت شرط معلومیت رعایت نشده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۷).

دلیل سوم: نهی نبوی ﷺ از بیع غرری: به حدیث نبوی ﷺ استدلال شده است: «نهی رسول الله ﷺ عن بیع المضطر وعن بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸، ح ۳) که معامله با ثمن مجهول از مصادیق معامله غرری بوده و منهی عنه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۸).

دلیل چهارم: روایات نهی از معامله بر پایه حدس و تخمین: نمونه روشن، روایت صحیحہ حلبی از امام صادق ﷺ است که فرمود: «فی رجل إشتري من رجل طعاما عدلاً لا بکیل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشتري إبتع منی هذا العدل الآخر بغیر کیل فإن فیہ مثل ما فی الآخر الذی ابتعته قال لا یصلح إلا أن یکیل...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۳۴۲، ح ۴).

مطابق نظر برخی فقها روایت مذکور بر این استوار است که تعبیر «لا یصلح» در متن روایت به معنای عدم صلاحیت بوده و از نظر عرفی و لغوی به حرمت وضعی و فساد دلالت دارد و استناد فساد به تخمینی بودن، بیانگر فساد هر معامله‌ای است که بر پایه تخمین باشد، و معامله در فرض جهل به ثمن بر پایه تخمین بوده و باطل است. البته موضوع روایت، خرید طعام بر پایه تخمین است که با توجه به جایگاه علمی سؤال کننده (حلبی) می‌توان گفت سؤال پیرامون نوع معامله بوده است نه صرف طعام؛ بنابراین به‌طور کلی هر معامله تخمینی ممنوع است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۹).

۴-۲. نقد و بررسی ادله فقهی در معلومیت ثمن

نقد دلیل اول: استدلال به اجماع با توجه به بیان مستندات فتوایی و روایی در معلومیت ثمن، اجماع مدرکی بوده و معتبر نیست (خوئی، بی‌تاب، ج ۵، صص ۳۱۷-۳۱۸)؛ به‌ویژه تحصیل اجماع کاشف از رأی معصوم در معاملات که بر پایه امور امضایی است، اساساً امری مشکل است.

نقد دلیل دوم: بنای عرف به جهت اجتناب از تخمین، مستلزم لزوم علم تفصیلی در نزد عرف نیست؛ به‌خصوص آنکه معلومیت هر شیء به حسب همان شیء، متفاوت و متکی به عرف است و اساساً قابلیت تحصیل علم تفصیلی در بسیاری از موارد برای عرف امکان‌پذیر نیست؛ چنان‌که مؤلف جواهر الکلام نیز در نهایت معترف شده است، ولی در عین حال علم اجمالی را نیز نپذیرفته است؛ زیرا پذیرش علم اجمالی مستلزم آن





است که هیچ‌گاه عوض معامله، مجهول مطلق نبوده و معامله نیز از این حیث باطل نباشد؛ چون با اندک معرفتی متصف به علم اجمالی می‌شود و در نهایت قائل به حد وسط معلومیت تفصیلی و اجمالی شده و آن را معلومیت به حسب عادت عرفی نامیده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۷). ادعای مذکور قابل پذیرش نیست؛ زیرا معلومیت عرفی از نظر ماهوی همان علم اجمالی است و چنانچه رفع جهالت عرفی کافی باشد، به دست می‌آید که معلومیت ثمن به‌عنوان رکن و دخیل در ماهیت معامله نیست.

نقد دلیل سوم: استدلال به حدیث غرر با اشکالات زیر مواجه است:

۱. حدیث مذکور به لحاظ سندی ضعیف است (خوئی، بی‌تاب، ج ۵، ص ۳۱۷)؛ مگر آنکه عمل مشهور را مجبر ضعف سند بدانیم (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۲۹۲).

۲. واژه جهل دارای حقیقت شرعیه نیست؛ بنابراین ناگزیر باید معنای وضعی آن مورد بررسی قرار گیرد؛ این در حالی است که استدلال به حدیث مذکور مبتنی بر آن است که غرر به معنای جهل، و آن هم مطلق جهل در برابر علم تفصیلی باشد، تا به این سبب هرگونه جهل در ثمن منهی عنه باشد؛ آن چنان که برخی لغویان ذکر کرده‌اند: بیع غرر شامل بیع‌های مجهولی است که دو طرف به کنه آن پی نمی‌برند (مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۹۹؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۴)، و برخی فقها اخذ معنای جهالت در غرر را تصریح و مورد اتفاق می‌دانند (دزفولی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۷۸) و به همین جهت به بیعی که جهالت در آن وارد شده باشد (چه در ثمن و مثن، چه در قدرت بر تسلیم) بیع غرری گفته شده است (عبدالرحمن، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۱۰؛ قلنجی و قنبری، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۳۰).

لازم به ذکر است که استدلال فقها به حدیث غرر، دلیل بر اتخاذ معنای غرر به‌عنوان جهل نیست؛ زیرا تحقق غرر در امر غیر مجهول نیز ممکن است و اساساً لزوم معلومیت به جهت اجتناب از غرر، شاهد آن است که فقها جهلی را که موجب غرر است مدنظر دانسته‌اند، نه آنکه هرگونه جهلی مستلزم بیع غرری است. علاوه بر آنکه غرر به معنای خطر مورد استعمال قرار گرفته است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۶۴؛ صاحب، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۱۲؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۴۵؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ب، ص ۸۹) و خدعه (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۴؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۴۵).

البته قبول معنای خطر یا خدعه مستلزم آن نخواهد بود که هر گونه جهلی موجب بطلان معامله قرار گیرد؛ زیرا هر جهلی در ثمن موجب خطر پذیری و خدعه نیست. به تعبیر دیگر، رابطه جهل و غرر عموم من وجه است و همین اختلاف معانی مذکور موجب شده که برخی دلالت حدیث غرر را مجمل بدانند (خوئی، بی‌تاب، ج ۵، صص ۳۱۷-۳۱۸).

۳. اگر ملاک در معلومیت ثمن عدم غرر باشد، در واقع معلومیت ثمن از شروط عوضین نخواهد بود؛ بلکه غرری نبودن ثمن شرط است و به تعبیر دقیق‌تر، غرری بودن مانع انعقاد است نه شرط، زیرا وجود شرط به عنوان رکن معامله امری وجودی است و در حال شک به اینکه مثلاً این مقدار از علم کفایت می‌کند یا خیر، باید معلومیت آن احراز شود؛ در حالی که اگر غرر را مانع بدانیم، در حال شک به اینکه این مقدار جهل در معلوم به علم اجمالی مانع است یا خیر، اصل عدم مانعیت است (خوانساری، بی‌تاب، ص ۲۵۹).

برخی فقها در ملاک معلومیت ثمن، دور ماندن از غرر و دور ماندن از نزاع احتمالی در معاملات را قید دانسته‌اند (بهرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۴۵۹) و برخی دیگر نیز ملاک در معلومیت ثمن را از این حیث می‌دانند که دو طرف معامله بدانند چه چیزی را در قبال چه چیزی پرداخت خواهند کرد تا جهلی که موجب غرر و معامله سفهی است مرتفع گردد (اردبیلی، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۱۷۴) و برخی دیگر مراد از علم را علم عادی دانسته‌اند که غرر را منتفی سازد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص ۲۱). تعابیر مذکور بیانگر آن است که معلومیت ثمن به خودی خود ملاک نیست، بلکه غایت اصلی دور ماندن از غرر است که در فرض علم اجمالی نیز قابل تأمین است؛ چنان که برخی فرموده‌اند: در فرضی که بائع مقدار ثمن را بداند ولی مشتری نداند و همچنین در فرضی که مشتری مقدار مثن را بداند ولی بائع نداند و علم آنان به مقدار ثمن و مثن علم اجمالی باشد، به نحوی که بدانند چه چیزی را در عوض چه چیزی قرار داده‌اند، معامله صحیح است (سبزواری، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۱۷).

نقد دلیل چهارم: اثبات نهی از بیع به تخمین در صحیح حلی بحثی کبروی است، ولی جهل به مورد معامله از آن حیث که بر پایه تخمین است یا خیر، بحثی صغروی است و هر مجهولی مصداق نهی به تخمین نیست؛ بنابراین نمی‌توان از نهی مذکور به معلومیت تفصیلی ثمن حکم کرد.





۴-۳. دلایل عدم لزوم معلومیت ثمن

با توجه به نقد دلایل لزوم معلومیت ثمن، به نظر می‌رسد نه تنها لزوم معلومیت ثمن به‌ویژه معلومیت تفصیلی، مبنای فقهی قانع‌کننده‌ای ندارد، بلکه می‌شود بر عدم لزوم معلومیت اقامه دلیل کرد:

۴-۳-۱. دلیل اول: بنای عقلا

در سیره عقلا معلومیت بالفعل ثمن شرط نیست، بلکه در بسیاری موارد مانند پیش‌فروش‌ها و تولید کالا که قیمت نهایی کالا در هنگام تحویل آن مشخص می‌شود، اقدام به معامله می‌کنند و چنان‌چه «ما یبذل یا زائنه» مشخص باشد یا قابلیت تعیین داشته باشد به معامله مذکور اقدام کرده و آن را مصداق معامله غرری نیز نمی‌دانند؛ همان‌طور که از بیان برخی فقها در غرر نیز قابل استدراک است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۴۵۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۱۷۴).

اگر اشکال شود که بنای عقلایی مذکور با توجه به دلیل شرعی چون اجماع و روایات وارده در معلومیت ثمن مورد تأیید شرع نیست، در پاسخ باید گفت:

۱. دلیل اجماع ناتمام بوده و در فرض پذیرش آن، دلیل لئی است که قدر متقین آن، بطلان معامله در فرضی است که ثمن به‌طور کلی مجهول باشد؛ به نحوی که شخص نداند چه چیزی را در قبال چه چیزی معامله می‌کند.

۲. دلالت روایات بر معلومیت ثمن نیز ناتمام بوده و حدیث غرر نه تنها مخالف بنای عقلایی نبوده، بلکه مؤید آن است؛ زیرا عقلا نیز در فرضی که جهل منجر به غرر شود، اقدام به معامله نمی‌کنند؛ منتهی با وجود ضابطه در تعیین ثمن آن را غرری نمی‌دانند.

۴-۳-۲. دلیل دوم: حدیث رفاعه بر عدم لزوم علم تفصیلی

برخی فقها در عدم لزوم معلومیت ثمن به حدیث رفاعه استدلال کرده‌اند که متن حدیث و سپس نحوه استدلال آن بیان می‌شود:

قُلْتُ: سَأَوَّمْتُ رَجُلًا بِجَارِيَةٍ لَهُ فَبَاعَنِيهَا بِحُكْمِي، فَقَبَضْتُهَا مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ بَعَثْتُ إِلَيْهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ، وَقُلْتُ لَهُ: هَذِهِ الْأَلْفُ حُكْمِي عَلَيْكَ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا مِنِّي،

وَقَدْ كُنْتُ مَسِسْتُهَا قَبْلَ أَنْ أُبْعَثَ إِلَيْهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ؟ قَالَ: فَقَالَ: أَرَى أَنْ تُقْوَمَ
 الْجَارِيَةُ بِقِيمَةِ عَادِلَةٍ، فَإِنْ كَانَ تَمَنُّهَا أَكْثَرَ مِمَّا بَعَثْتَ إِلَيْهِ، كَانَ عَلَيْكَ أَنْ تُؤَدَّ إِلَيْهِ
 مَا نَقَصَ مِنَ الْقِيمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَقَلَّ مِمَّا بَعَثْتَ بِهِ إِلَيْهِ، فَهُوَ لَهُ (كلینی، ۱۴۲۹ق،
 ج ۱۰، ص ۲۰۴، باب شراء الرقيق، ح ۴).

با توجه به ظاهر حدیث، توافق فروشنده به تعیین قیمت عادلانه بازار توسط مشتری،
 موجب بطلان معامله نمی‌شود؛ هر چند قیمت کالا بالفعل در هنگام معامله معین نشده
 باشد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۴۶۱). البته این برداشت مبنی بر آن است که معامله مذکور را
 معامله به حکم مشتری (به این معنا که تنها اراده مشتری در آن دخیل باشد) ندانیم، زیرا
 در این صورت توافق دو اراده رخ نداده و ثمن معامله به کلی مجهول بوده است. این
 برداشت به قرینه حکم امام علیه السلام به خوبی فهمیده می‌شود که حضرت فرمودند: «واگذاری
 قیمت به مشتری در واقع اعلام قیمت منصفانه بازار توسط او بوده است.»

۴-۳-۲-۱. اشکال فقها در استدلال به حدیث رفاعه

اشکالات فقها به استدلال مذکور به همراه دفاع از آن به شرح زیر است:

الف. مخالفت با اجماع (علاوه بر نقدهای گذشته در اجماع): اگر بیع به حکم
 مشتری را غیر از بیع غرری بدانیم؛ چنان که برخی از فقها قائل شده‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳،
 ص ۲۹۲)، در این صورت اجماع بر بطلان بیع غرری وارد شده است، در حالی که روایت
 رفاعه ناظر به بیع به حکم مشتری است. بنابراین مخالفتی با اجماع رخ نداده است.

ب. تعارض با روایت صحیح حلی: در صحیح حلی بیع بر پایه تخمین ممنوع
 شده است؛ در حالی که حدیث رفاعه با توجه به ضابطه تعیین ثمن به قیمت بازار از
 مصادیق بیع تخمینی نیست تا معارضه‌ای باشد.

ج. اعراض مشهور: برخی فقها عمل نکردن مشهور به روایت رفاعه را موجب
 ضعف و در نتیجه عدم اعتبار آن می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۵ق الف، ج ۱۴، ص ۳۳۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق،
 ج ۳، ص ۳۵۰). اشکال مذکور وارد نیست؛ زیرا اولاً امری مبنایی است و ثانیاً با توجه به
 اینکه وجه اعراض مشهور روشن است، موجب وهن حدیث نخواهد شد؛ زیرا مشهور





برای معلومیت ثمن استدلال کرده و آن را پذیرفته است و از سوی دیگر موضوع حدیث رفاعه را فروش به حکم به مشتری می‌داند و به همین جهات از حدیث اعراض کرده است، درحالی که استدلال‌ها ناتمام بوده و موضوع حدیث، ضابطه قیمت بازار است که وظیفه‌اش بر عهده مشتری بوده است؛ هرچند معامله به حکم مشتری نیز قابل توجیه است، چنان که برخی فقها ثمن معامله مذکور را کلی می‌دانند که به قیمت بازار یا مازاد آن حمل می‌شود و اگر قیمت کمتر از بازار بود، مقدار ناقص باید جبران شود و فروشنده خیار ندارد، زیرا معامله مذکور اگر غرری باشد باطل بوده و اگر صحیح باشد، نیازی به خیار نیست (خوئی، بی‌تاب، ج ۵، ص ۳۲۲)؛ برخلاف نظر اسکافی که قائل است اگر ثمن در نزد یکی از دو طرف معامله مجهول باشد، اگر به قیمت موردنظر رضایت ندهد، مشتری دارای خیار است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۴۰۶).

برخی دیگر نیز صرف جهل به ثمن را موجب بطلان معامله نمی‌دانند و می‌فرمایند که اگر در دو طرف معامله درباره کالایی توافق کنند و تمامی ارکان معامله صحیح باشد، امکان تراضی و توافق دو طرف به قیمت بازار با لحاظ نظر حاکم شرع را صحیح دانسته‌اند (یحیی‌پور و الهویی نظری، ۱۳۹۱، ص ۴۱).

۵. نتیجه‌گیری

با مطالعه نظام حقوقی مصر این نتیجه به دست می‌آید که اساس رویکرد حقوقی آنان در معلومیت ثمن و کفایت ضابطه تعیین قیمت بر پایه بنای عقلایی و اصل حاکمیت اراده است که مستندات فقهی عامه به خصوص فقه حنفیه و آرای برخی حنابله با نظریه مذکور مطابقت کامل داشته است و به این ترتیب بنای عقلایی مذکور مورد تأیید شرع است و از سویی دیگر چنانچه ضابطه تعیین ثمن را از مصادیق معلومیت و ذکر ثمن بدانیم، با مبانی مذاهب دیگر عامه نیز قابل جمع است و مشکل تنها امری موضوعی و صغروی در معرفت ضابطه موردنظر خواهد بود.

اما رویکرد نظام حقوقی ایران در معلومیت تفصیلی ثمن نه تنها مطابق تفسیر و تحلیل نظریه مشهور در معلومیت ثمن نیست، بلکه با مبانی فقه امامیه و تحلیل آرای فقیهان

سازگاری ندارد؛ زیرا استدلال‌های وارده در معلومیت تفصیلی ثمن ناتمام و از جانب دیگر استدلال‌های عدم لزوم معلومیت آن نیز بدون اشکال بوده و اساساً مقصود فقها از بیان شرط معلومیت ثمن، موضوعیت علم نبوده، بلکه اجتناب از غرر بوده است. به تعبیر دیگر معلومیت ثمن شرط نیست، بلکه غرری نبودن ثمن ملاک است. بنای عقلایی نیز بر همین پایه است. اگر ضابطه تعیین قیمت به نحوی باشد که از نظر عرفی دو طرف بدانند چه چیزی را در قبال چه چیزی معامله کرده‌اند و آن را مصداق غرر نیز ندانند، معامله را منعقد می‌سازند. با این اوصاف علم به خودی خود شرط نیست تا صرف جهل مخل در ارکان عقد باشد و به تعبیر دیگر، فقدان شرط لازمی (علم به ثمن) پیش نیامده است تا بیع مجهول تلقی شود و شک پیش آید که بیع مجهول صحیح است یا خیر. بنابراین شک و تردیدی در انعقاد عقد بیع رخ نمی‌دهد. به بیان دیگر، شبهه موضوعیه در صحت عقد رخ نمی‌دهد تا مطابق اصل عملی در معاملات به اصل فساد یا به تعبیر دیگر، اصل عدم نقل و انتقال تمسک شود؛ زیرا موضوع مورد نظر، یعنی بیع محرز شده و عموماً ادله (احل الله البیع، اوفوا بالعقود و...) آن را شامل می‌شود.

این در حالی است که مطابق ظاهر مواد حقوقی ایران، معلومیت تفصیلی ثمن شرط است و با این وصف خرید کالایی که مقدار ثمن آن در هنگام انعقاد قرارداد مشخص نیست، ولی ضابطه تعیین قیمت دارد، برخلاف نظام حقوقی مصر صحیح نخواهد بود. بنابراین ظاهر مواد حقوقی چون ماده ۳۳۸ و ۲۱۶ ق.م، نه تنها پاسخ‌گوی نیازهای امروزی نیست، بلکه مخالف تحلیل ارائه شده از آرای فقهای امامیه و تصریح برخی از آنان است.



فهرست منابع

١. ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم. (١٤١٦ق ب). مجموع الفتاوى (چاپ اول). المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
٢. ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم. (١٤٢٢ق الف). القواعد النورانية (چاپ اول). المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي.
٣. ابن عابدين، محمد بن امين. (١٤١٥ق). حاشية رد المحتار. بيروت: دارالفكر.
٤. ابن قيم الجوزي، حمد بن أبي بكر. (١٤١١ق). أعلام الموقعين (چاپ اول). بيروت: دار الكتب العلمية.
٥. ابن منظور، محمد بن مكرم. (١٤١٤ق). لسان العرب (چاپ سوم). بيروت: دارالصادر.
٦. اردبيلي، احمد بن محمد. (١٤٠٤ق). مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٧. انصاري، محمد بن امين. (١٤١٥ق). مكاسب المحشي (چاپ سوم). قم: مؤسسه مطبوعاتي دارالكتب.
٨. أنور العمروسي. (٢٠١٢م). الموسوعة الوافية في شرح قانون المدني (چاپ پنجم). مصر: دار العدالة.
٩. أنور، سلطان. (١٩٤٠م). عقود المسماة. بيروت: دار النهضة العربية.
١٠. بحراني آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم. (١٤٠٥ق). الحدائق الناضرة في أحكام التعرّة الطاهرة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
١١. البهوتي، منصور بن محمد بن ادريس. (١٤٠٢ق). كشف القناع على متن الاقناع. بيروت: دارالفكر.
١٢. الجزيري، عبدالرحمن؛ غروي، سيد محمدحسين؛ مازج، ياسر. (١٤١٩ق). الفقه على مذاهب الأربعة و مذهب اهل البيت (چاپ اول). بيروت: دار الثقلين.
١٣. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر. (١٣٧٢). ترمينولوژى حقوق (چاپ ششم). تهران: انتشارات كتابخانه گنج دانش.
١٤. حر عاملي، محمد بن حسين. (١٤٠٩ق). الوسائل الشيعية (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
١٥. الخطاب، محمد بن عبدالرحمن. (١٤٢٣ق). مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. بيروت: دار عالم الكتب.



ف

۱۶. خمینی، سید روح الله الموسوی. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۱۷. خوانساری، محمد. (بی تا). الحاشیة الثانية على المكاسب (چاپ اول). بی جا، بی نا.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم. (بی تا الف). منهاج الصالحین (چاپ اول). قم: مؤسسه الخوئی الاسلامیة.
۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم. (بی تا ب). مصباح الفقاهة: مکاسب (چاپ اول). قم: بی نا.
۲۰. دزفولی، محمد بن امین انصاری. (۱۴۱۵ق). کتاب المكاسب (چاپ اول). قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲۱. الدسوقی، محمد بن احمد بن عرفة. (۱۴۲۴ق). حاشیة الدسوقی علی شرح الكبير (چاپ دوم). بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۴ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۳. سنهوری، عبدالرازق احمد. (۲۰۰۹م). الوسیط فی شرح القانون المدنی. بیروت: منشورات الحقوقی العربی.
۲۴. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. (۱۳۵۹ق). الأشباه والنظائر فی الفروع. مصر: مكتبة التجارية الكبرى.
۲۵. شریعتی فراهانی، سعید. (۱۳۹۳). حقوق خصوصی (چاپ اول). تهران: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی.
۲۶. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية فی فقه الامامیة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. شهید ثانی، زین الدین عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محمشی: سید محمد کلانتر، چاپ اول). قم: کتابفروشی داوری.
۲۸. شیرازی، سید محمد حسینی. (بی تا). ایصال الطالب الی المكاسب (چاپ اول). قم: منشورات اعلمی.
۲۹. صاحب، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط للغة (چاپ اول). بیروت: عالم الکتب.
۳۰. صفایی، سید حسن. (۱۳۹۱). نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر، مجله تحقیقات حقوقی، ۵۹.



۳۱. طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۹۲). حقوق مدنی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامية (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء آثار الجعفرية.
۳۳. عاملی، سید جواد محمد بن حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. عبدالرحمن، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية. بی جا، بی نا.
۳۵. عزمی البکر می، محمد. (۲۰۱۴م). موسوعة القضاء والتشريع فی القانون المدنی الجدید (چاپ اول)، القاهرة: دار محمود للنشر.
۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۷. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). العین (چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
۳۸. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی (چاپ دوم). قم: موسسة دار الهجرة.
۳۹. قلعجی، محمد رواس؛ قنبری، صادق. (۱۴۰۸ق). معجم لغة الفقهاء. بیروت: دار النفائس.
۴۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). عقود معین (چاپ دوم). تهران: گنج دانش.
۴۱. الکاسانی الحنفی، علی الدین ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۹ق). بدائع الصانغ. پاکستان: المكتبة الحبيبية.
۴۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (چاپ اول). قم: دارالحديث.
۴۳. گروهی از مؤلفان. (۱۴۲۲ق). مجلة الأحكام العدلية (محقق: نجیب هواوینی). کراچی: کارخانه تجارت کتب نور محمد، آرام باغ، کراتشی.
۴۴. لاری، سید عبدالحسین. (۱۴۱۸ق). التعليقة على المكاسب (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامية.
۴۵. لنکرانی، فاضل. (۱۴۳۰ق). تفصیل الشريعة: کتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنکر - کتاب الشفاعة - کتاب الصلح (چاپ اول). قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار(ع).
۴۶. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.



فقه

۴۷. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). بیروت: دارالفکر.
۴۸. المرادوی، علی بن سلیمان. (بی تا). الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف (چاپ دوم). بیروت: داراحیاء التراث العربیة.
۴۹. منصور، محمدحسین. (۱۹۹۵م). شرح العقود المساة. بیروت: دار النهضة العربیة.
۵۰. میرغینانی الحنفی، برهان الدین علی بن ابوبکر بن عبدالجلیل. (بی تا). الهدایة شرح بداية المبتدی: مصر: الحلبي.
۵۱. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (چاپ اول). قم: المكتبة المحمدیة.
۵۲. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق الف). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق ب). عوائد الأحكام فی بیان قواعد الأحكام ومهمات مسائل الأحكام (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۵. یحیی پور، جمشید؛ الهوی نظری، مهدی. (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام های حقوقی ایران و انگلیس. مجله حقوقی دادگستری، ۸۰.



References

1. A group of authors. (1422 AH). *Majalah al-Ahkam al-Adliyah*. (N. Havawini, Ed.). Karachi: Noor Mohammad Book Factory, Aram Bagh, Karatshi. [In Arabic]
2. Abdul Rahman, M. (n.d.). *Mu'jam al-Mustalahatva al-Alfaz al-Fiqhiyah*.
3. Al-Bahouti, M. (1402 AH). *Kashf al-Qina' ala Matn al-Aqna'*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
4. Al-Dusuqi, M. (1424 AH). *Hashiyah Al-Dusuqi ala Sharh al-Kabir*. (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kotob al-Ilmiyah. [In Arabic]
5. Al-Huttab, M. (1423 AH). *Mawahib al-Jalil le Sharh Mukhtasar Khalil*. Beirut: Dar Alam Al-Kotob. [In Arabic]
6. Al-Jaziri, A., & Gharavi, S. M. H., & Mazaj, Y. (1419 AH). *Al-Fiqh ala Mazahib al-Arba'ah va Mazhab Ahlulbayt*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Thaqalin. [In Arabic]
7. Al-Kasani Al-Hanafi, A. (1409 AH). *Bada'e al-Sane'*. Pakistan: Al-Habibiya Library. [In Arabic]
8. Allama Heli, H. (1414 AH). *Tazkerat al-Foqaha*. (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
9. Al-Mardawi, A. (n.d.). *al-Insaf fi Ma'arifat al-Rajih min al-Khilaf*. (2nd ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabiyyah.
10. Ameli, S. J. (1419 AH). *Miftah al-Kiramat fi Sharh Qawa'ed al-Alamah*. (1st ed.). Qom: Islamic publications affiliated with the community of teachers of the seminary of Qom. [In Arabic]
11. Ansari, M. (1415 AH). *Makaseb Al-Mahshi*. (3rd ed.). Qom: Dar al-Kotob Press Institute. [In Arabic]
12. Anwar al-Amrousi. (2012). *al-Mawsu'at al-Wafiiyah fi Sharh Qanoun al-Madani*. (5th ed.). Egypt: Dar al-Idalah.
13. Anwar, Sultan. (1940). *Uqud al-Mismat*. Beirut: Dar Al-Nahda Al-Arabiya.
14. Ardabili, A. (1404 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Borhan fi Sharh Irshad al-Azhan*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
15. Azmi Al-Bakrami, M. (2014). *Mawsuat al-Qaza' va al-Tashri' fi al-Qanoun al-Madani al-Jadid*. (1st ed.), Cairo: Dar Mahmoud le al-Nashr.



فقه

16. Bahrani Ale-Asfur, Y. (1405 AH). *al-Hada'eq al-Nizirah fi Ahkam al-Itrat al-Tahirah*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
17. Dezfuli, M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib*. (1st ed.). Qom: Congress in honor of Sheikh Ansari. [In Arabic]
18. Farahidi, K. (1409 AH). *Al-Ain*. (2nd ed.). Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
19. Fayumi, A. (1414 AH). *Misbah Al-Munir fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir le al-Rafe'ei*. (2nd ed.). Qom: Dar Al-Hijra Institute. [In Arabic]
20. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
21. Ibn Abedin, M. (1415 AH). *Hashiyah Rad al-Mukhtar*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
22. Ibn al-Qayyim al-Jawzi, H. (1411 AH). *A'alam al-Muqe'ain*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah. [In Arabic]
23. Ibn Manzur, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. (3rd ed.). Beirut: Dar Al-Sadr. [In Arabic]
24. Ibn Taymiyyah, A. (1416 AH). *Majmou' al-Fatawa*. (1st ed.). al-Madinah al-Nabawiyah: Majma' al-Mulk Fahad le Tab'a'at al-Mushaf al-Sharif. [In Arabic]
25. Ibn Taymiyyah, A. (1422 AH). *al-Qava'id al-Nouraniyah*. (1st ed.). al-Mamlakah al-Arabiyyah al-Saudiyyah: Dar Ibn Al-Jawzi. [In Arabic]
26. Jafari Langroudi, M. (1372 AP). *Legal Terminology*. (6th ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh Library Publications. [In Persian]
27. Katozian, N. (1395 AP). *Certain Contracts*. (2nd ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh. [In Persian]
28. Khansari, M. (n.d.). *al-Hashiyah al-Thaniyah ala al-Makasib*. (1st ed.).
29. Khoei, S. A. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. (1st ed.). Qom: Mu'asisat Al-Khoei al-Islamiyah.
30. Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqh: Makaseb*. (1st ed.). Qom.
31. Khomeini, S. R. (1421 AH). *Kitab al-Bay'e*. (1st ed.). Tehran: Imam Khomeini's Works Preparing and Publishing Institute. [In Arabic]
32. Koleyni, A. (1429 AH). *Al-Kafi*. (1st ed.). Qom: Dar al-Hadith. [In Arabic]
33. Lankarani, F. (1430 AH). *Tafsil al-Shari'ah: Kitab al-Amr be al-Ma'arouf va al-nahy an al-Monkar. Kitab al-Shaf'a, Kitab al-Solh*. (1st ed.). Qom: Markaz Fiqh al-A'emeh al-Athar. [In Arabic]



34. Lari, S. A. (1418 AH). *al-Ta'aliqat ala al-Makasib*. (1st ed.). Qom: Muasisat al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
35. Mansour, M. (1995). *Shah al-Uqod al-Mosamat*. Beirut: Dar Al-Nahda Al-Arabiya.
36. Mirghabnani Al-Hanafi, B. (n.d.). *al-Hidayat Sharh Bedayah al-Mobtadi*. Egypt: Al-Halabi.
37. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'el al-Halal va al-Haram*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
38. Morteza Zubaydi, M. (1414 AH). *Taj al-Arous min Javahir al-Qamous*. (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
39. Naeini, M. (1373 AH). *Maniyah al-Talib fi Hashiyah al-Makasib*. (1st ed.). Qom: al-Maktabah al-Mohammadiyah. [In Arabic]
40. Najafi, M. H, (1404 AH). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*. (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
41. Naraqi, A. (1415 AH). *Mostanad al-Shia fi Ahkam al-Shariya*. (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
42. Naraqi, A. (1417 AH). *Awa'ed al-Ahkam fi Bayan Qawa'ed al-Ahkam va Mohemat Masa'el al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publications. [In Arabic]
43. Qalaji, M. R., & Qanibi, S. (1408 AH). *Mujam Loqat al-Foqaha*. Beirut: Dar Al-Nafa'eis. [In Arabic]
44. Sabzevari, S. A. (1414 AH). *Mohazab al-Ahkam fi Bayan al-Halal va al-Haram*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
45. Safaei, S. H. (1391 AP). Another look at the criterion of adequacy of brief knowledge about the transaction: Interpretation of Article 216 of the Civil Code based on the rule of Ghorar, *Journal of Legal Research*, 59. [In Persian]
46. Sahib, I. (1414 AH). *al-Mohit al-Loqat*. (1st ed.). Beirut: Alam al-Kotob. [In Arabic]
47. Sanhori, A. (2009). *al-Wasit fi Sharh al-Qanoun al-Madani*. Beirut: Mansurat al-Hoquqi al-Arabi.
48. Shahid Awal, M. (1417 AH). *Al-Dorous al-Shariah fi Fiqh al-Imamiyah*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association.



49. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *al-Rawzat al-Bahiyah fi Sharh al-Lom'at al-Dameshqiyah*. Qom: Davari Bookstore.
50. Shariati Farahani, S. (1393 AP). Private Law. (1st ed.). Tehran: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Persian]
51. Shirazi, S. M. H. (n.d.). *Isal al-Talib ila al-Makasib*. (1st ed.). Qom: A'alami publications.
52. Soyuti, A. (1359 AH). *al-Ashya' va al-Naza'ir fi al-Forou'*. Egypt: Maktabah al-Tijariyah al-Kobra. [In Arabic]
53. Taheri, H. (1392 AP). *Civil Law*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Persian]
54. Tusi, M. (1387 AH). *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah*. (3rd ed.). Tehran: al-Maktabat al-Mortazawiyah le Ihya Athar Al-Jaafariyah. [In Arabic]
55. Yahya Pour, J., & Alhawi Nazari, M. (1391 AP). A Comparative Study of Price Determinability in Iranian and British Legal Systems. *Legal Journal of Justice*, 80. [In Persian]





The Employment of Unqualified Judges and Scope of Their Powers¹

Sayyid Zia' Mortazavi²

Received: 30/10/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

One of the jurisprudential challenges that has been considered and disputed by jurists since the past is the responsibility of judging by an unqualified judge in case of need and expediency. On the one hand, religious judgment has conditions and needs to be formed, and on the other hand, in case of the absence of a qualified judge, the social system becomes disturbed and chaotic due to the lack of consideration of hostilities and the lack of guarantee of implementation of rulings and laws. This paper, through examining the words of some jurists and the available evidences, on the one hand, emphasizes the principle of permissibility of judging of unqualified judges such as *ijtihad* and religious justice, on which the consistency of the principle of jurisprudence does not depend and, on the other hand, it emphasizes the authority limitations of this group of judges on hostilities, as well as the judgment and execution of those deterrent punishments on which the consistency of social order depends. The qualified jurist appoints and permits these judges. This new view is in line with the obligation to protect the system and the need to avoid chaos and it is considered as a social need. The need for case-by-case and partial solutions that have sometimes been proposed by some jurists and has no place in the macro management of society. As from this point of view, it is limited to the above-mentioned deterrent punishments.

Keywords

Judgment, conditions of judge, imitating judge, authorized judge, deterrent punishments, maintaining system.

1. Taken from the author's research in the Islamic Sciences and Culture academy on the subject of maintaining system.

2. Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. mortazavi@isca.ac.ir

* Mortazavi, s. z. (2021). The Employment of Unqualified Judges and Scope of Their Powers. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp. 67-91. Doi: 10.22081/jf.2021.59201.2160.

به کارگیری قضات غیرجامع شرائط و دامنه اختیارات آنان*

سید ضیاء مرتضوی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۰۹

چکیده

یکی از چالش‌های فقهی که از گذشته مورد توجه و اختلاف نظر فقها بوده است، عهده‌داری قضاوت از سوی قاضی غیرواجد شرائط قضا در فرض نیاز و مصلحت است. از یک سو قضاوت شرعی دارای شرائطی است و نیاز به نسب دارد و از سوی دیگر با فرض فقدان قاضی واجد شرائط، نظام اجتماعی به دلیل عدم رسیدگی به خصومات و عدم ضمانت اجرایی احکام و حقوق، دچار اختلال و هرج و مرج می‌شود. در این مقاله با بررسی سخن فقهایی چند و ادله موجود، از یک سو بر اصل جواز قضاوت قاضی غیرواجد شرائطی مانند اجتهاد و عدالت شرعی که قوام اصل قضا وابسته به آن نیست، و از سوی دیگر بر محدود بودن قلمرو اختیارات این دسته از قضات به فصل خصومات و نیز قضاوت و اجرای آن دسته از تعزیرات بازدارنده‌ای که قوام نظم و نظام اجتماعی وابسته به آن است، استدلال شده است؛ آن هم با نصب یا اذن یا وکالت از سوی فقیه جامع شرائط. این نگاه نو در راستای وجوب حفظ نظام و لزوم پرهیز از هرج و مرج و به‌عنوان نیاز اجتماعی است؛ نیازی که با راه‌حل‌های موردی و جزئی که گاه برخی فقها مطرح کرده‌اند و در مدیریت‌های کلان جامعه جایی ندارد؛ چنان‌که از همین منظر محدود به تعزیرات بازدارنده یاد شده گشته است.

کلیدواژه‌ها

قضاوت، شرائط قاضی، قاضی مقلد، قاضی مأذون، تعزیرات بازدارنده، حفظ نظام.

* این مقاله برگرفته از پژوهش نویسنده در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در موضوع حفظ نظام می‌باشد.
 ۱. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران. mortazavi@isca.ac.ir
 *مرتضوی، سیدضیاء. (۱۴۰۰). به کارگیری قضات غیرجامع شرائط و دامنه اختیارات آنان. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۵)، صص ۶۷-۹۱.
 Doi:10.22081/jf.2021.59201.2160.



در فقه برای زمامدار اسلامی و برخی مناصب آن به‌ویژه منصب قضاوت، اوصاف و شرائطی برشمرده شده است. یکی از پرسش‌های مهم در بحث از نسبت میان حکم و جوب حفظ نظام، اعم از نظام اجتماعی یا سیاسی، مسئله اعتبار شرعی و جواز و عدم جواز به‌کارگیری و دخالت افراد غیر جامع شرائط و دامنه اختیارات این افراد است. دامنه این پرسش شامل اصل زمامداری و سایر مناصب و مسئولیت‌های حکومتی، از جمله منصب مهم قضاوت نیز می‌شود که در فقه به‌صورت خاص شرائط چندی از جمله فقاقت و عدالت برای آن ذکر شده است، اما در این مجال تنها به مسئله قضاوت از این منظر پرداخته می‌شود و بررسی پرسش درباره زمامدار و نیز سایر مسئولان به فرصت دیگری واگذار می‌شود.

این پرسش با توجه به این واقعیت است که از یک سو در فقه به‌صورت کلی بر شرائطی مانند عدالت و فقاقت در شمار شرائط قضات استدلال و تأکید شده است و از سوی دیگر در عمل، از جمله آنچه پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران و شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی و دستگاه قضایی کشور در چارچوب فقه اسلامی شکل گرفت، این واقعیت رخ نمود که اکثر قاطع قضات، جامع شرائط مورد نظر فقها، از جمله فقاقت نیستند؛ چنان‌که قاضیان فقیه نیز در مواردی با مشکل تفاوت نظر فقهی خود با قوانین موجود روبه‌رو بودند، مشکلی که درباره قاضیان مقلد نیز با توجه به تفاوت موجود در فتاوی مراجع وجود دارد. مشکل یادشده هر چند از نگاه قانونی رفع شده است و نیاز جامعه، به‌ویژه در فصل خصومات به قاضی، چاره‌ای جز بهره‌جستن از شمار بسیاری از قضات فاقد برخی شرائط مورد نظر فقها باقی نگذاشته است، اما همچنان این امر به‌عنوان پرسش وجود دارد که مبنای این عمل از نگاه فقهی چیست و تا آنجا که به موضوع مهم حفظ نظام مربوط است، آیا محدودیت در گزینش قضات غیر جامع شرائط، مجوز به‌کارگیری چنین قضاتی در حدود و تعزیرات شرعی نیز می‌شود یا نه.



۱. شرح پرسش اصلی

فقها شرائطی را درباره قاضی برشمرده‌اند؛ از جمله بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، علم و ذکورت (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۵۹). درباره برخی از این شرائط و نیز شرائط دیگری مانند بینایی و قدرت بر نوشتن، نگاه یکسانی وجود ندارد (عاملی، بی تا، ج ۱۰، صص ۱۰-۱۲) و مقصود از «علم» توان اجتهاد در مسائل فقهی و استنباط احکام است؛ هرچند گاه در لزوم اجتهاد، به مقتضای اطلاق دسته‌ای از ادله تردید شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۳۴)، اما نوعاً آن را شرط جواز قضاوت شمرده‌اند و حتی درباره لزوم و عدم لزوم اعلم بودن قاضی سخن گفته‌اند (نک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص ۴۳-۴۷؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۸۷) و مقصود از ادله نصب را نیز نصب فقها برای این منصب دانسته‌اند. بر این اساس، فرد غیرفقیه گرچه دارای سایر شرائط باشد، صلاحیت قضاوت ندارد و از این رو اگر کسی خود را غیر واجد شرائط می‌داند، نمی‌تواند حتی در امور ناچیز نیز قضاوت کند؛ هرچند مردم او را صالح برای قضا بدانند (امام خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۰۵). ولی پرسش این است که در فرض اقتضای مصلحت موردی، آیا فرد غیر واجد شرائط، از جمله غیرفقیه، می‌تواند قضاوت کند و آیا می‌توان او را به این منصب گمارد؟ چنان که به صورت خاص این پرسش مطرح است که اگر شخص واجد شرائط - یا به اندازه کفایت - در دسترس نباشد، با توجه به نیاز اجتماعی، به‌ویژه در دعاوی میان افراد و پایان دادن به کشمکش‌های رایج که یکی از زمینه‌های هر جرم و مرجع در جامعه و اختلال در نظم اجتماعی است، چه باید کرد؟ این پرسشی است که از گذشته مورد توجه فقها بوده است و آنان نگاه یکسانی درباره آن نداشته‌اند. در این بحث گرچه بیشتر بر محور شرط فقاقت سخن گفته شده است، اما پیدا است که چارچوب کلی بحث اختصاص به آن ندارد و به عنوان مثال شامل کسی که فاقد شرط عدالت است، اما مورد وثوق است نیز می‌گردد.

۲. پیشینه مسئله

در منابع رایج فقهی، نخستین بار به صورت روشن، محقق حلی این فرض را مطرح کرده است که اگر مصلحت اقتضا کند، کسی به کار قضاوت گمارده شود که دارای همه



فقه



شرایط نباشد. با توجه به مصلحت مورد نظر امام، ولایت قضایی او شکل می‌گیرد؛ چنان‌که درباره برخی افراد - اشاره به شریح قاضی - در روزگار علی علیه السلام پیش آمد. وی سپس به گفته دیگری اشاره می‌کند که آن را نپذیرفته است؛ با این بیان که علی علیه السلام نیز چنین نبود که کار قضا را به کسی که او را شایسته نمی‌دانست واگذار کند، بلکه خود در نهایت در احکام او شرکت می‌جست و در واقع قاضی خود حضرت بود، نه فردی که در ظاهر منصوب شده بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۳). نظر دوم را در سخن کسانی مانند علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۸) و فخرالمحققین (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۰۰) می‌توان دید که آن را مجاز ندیده‌اند یا در آن تردید کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۲۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴۸) و معتقدند کار امیرالمؤمنین علیه السلام نیز، چنان‌که روایت هشام بن سالم از امام صادق علیه السلام نشان می‌دهد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۰۷) و در عبارت محقق به آن اشاره شد، تفویض کار قضا نبود؛ افزون بر اینکه با توجه به واکنش مردم در برکناری شریح قاضی که از سوی خلفای پیشین گمارده شده بود، حضرت چاره‌ای جز ابقای او نداشت و این خود نوعی تقیه است و از این رو این اقدام حضرت نمی‌تواند جواز گماردن کسانی به کار قضا باشد که مخالف ادله شرایط لازم در شخص قاضی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۶۳).

با این حال استدلال و تأکید قائلان جواز این است که نمی‌توان عنصر «مصلحت کلی» را که خاستگاه و اصل در تشریح احکام است نادیده گرفت (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۶۲) و ضرورت و مصلحت نه تنها جواز این کار را می‌رساند، بلکه با فرض آن امری واجب خواهد بود (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۱۱۳)؛ چنان‌که این توجیه که در موضوع شریح قاضی، تفویضی نیز صورت نگرفته بود و قاضی واقعی خود حضرت بود، با توجه به وضع شریح که نمونه آن در داوری او درباره زره مفقود شده حضرت آمده، قابل‌خداشه است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۶۳)؛ افزون بر اینکه گفته شده امامان علیهم السلام در هر چه تقیه می‌کردند، در کار قضا چنین رویه‌ای نداشتند و گواه اینکه اقدام علی علیه السلام در گماردن شریح از روی تقیه نبوده، برخورد ایشان با معاویه است که او را برکنار کرد و به قاعده تقیه در ابقای او عمل نکرد و این نشان می‌دهد که حضرت در وضع تقیه نبوده است

(نک: گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۳۶). البته استدلال به تفاوت رفتار علی علیه السلام، با این پاسخ فقها روبرو شده است که وضع معاویه و پیامدهای ناگوار تثبیت و مشروعیت بخشی به حکومت او را که حتی حاضر به بیعت نشد، نمی توان با کار شریح که یادگار خلیفه دوم به شمار می رفت سنجد (عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۳۶؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۰).

مصلحت یادشده عنوانی کلی است که یک مصداق آن شرایط و موقعیت زمانی ویژه ای است که بر پایه آن حاکم اسلامی به رغم فقدان برخی شرایط در شخص و به رغم وجود افراد واجد شرایط، چاره کار را در گماردن یا ادامه کار فرد غیر واجد شرایط می بیند؛ چنان که درباره شریح قاضی اتفاق افتاد. اما آنچه به عنوان یک مصداق روشن و مورد ابتلا و نیاز کلی مورد توجه فقها بوده و است، فرض فقدان افراد دارای شرایط به اندازه نیاز جامعه است؛ نیازی که با راه حل های موردی و جزئی که گاه برخی فقها مطرح کرده اند و در مدیریت های کلان جامعه جایی ندارد، مانند دعوت به صلح و سازش یا تأخیر قضا تا زمان دستیابی به قاضی دارای شرایط، چنان که برخی فقها نیز خاطر نشان کرده اند (مجاهد، بی تا، صص ۶۹۹-۷۰۰) قابل رفع نیست و پیامدهای ناگواری دارد. این امر پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به عنوان واقعیتهای ملموس در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، مورد توجه مسئولان از جمله امام خمینی قرار داشته است و در ادامه خواهد آمد.

بر همین اساس برخی فقهای گذشته و حال، این فرض روشن و مورد ابتلا را مطرح کرده اند که اگر به دلیل فقدان قضاات دارای شرایط کامل به اندازه نیاز، موضوع فصل خصومت و رسیدگی به حقوق مورد ادعا و انکار افراد در جامعه متوقف بر قضاوت شخص غیر فقیه و به عبارت دیگر، متوقف بر قضاوت «مقلد» باشد، با توجه به اینکه عدم رسیدگی کلی به دعاوی زمینه هرج و مرج و اختلال نظام اجتماعی و گسترش نزاع را فراهم می سازد و پیامدهای ناگواری دارد، آیا می توان در چنین وضعی شرط «فقاها» را، یا در صورت لزوم شرط «عدالت» را، نادیده گرفت؟ به عبارت دیگر، آیا شروط و اوصاف لازم در قاضی شروطی مطلق و همیشگی است یا وجوب آنها مقید به فرض اختیار و بی نیازی از قضاوت افراد فاقد شرایط است؟





۳. استدلال موافقان قضاوت غیرفقیه

سید محمد مجاهد که به تفصیل به ادله موافقان و مخالفان قضاوت مقلد پرداخته، در برابر مخالفان از جمله به این واقعیت استدلال کرده است که عدم جواز قضاوت بر پایه تقلید، تنگنایی شدیدی و مفسد بزرگ و زیان فراوان در پی خواهد داشت؛ زیرا آن دسته از دعاوی در جان و مال و عرض و حقوق که در همه زمان‌ها و شهرها و روستاها باید فیصله پیدا کند، بسیار فراوان است و مجتهدی که دارای شایستگی قضاوت باشد، در بیشتر جاها وجود ندارد و آن اندازه هم که گاهی وجود دارد، دستیابی به او غالباً ناممکن یا دشوار است؛ چون یک نفر نمی‌تواند به ساماندهی اموری پردازد که بسی فراوان است و این مایه حرج برای خود مجتهد و نیز سایر مردم خواهد بود و در نتیجه حقوق مردم و دعاوی معطل می‌ماند و این امر مایه فتنه‌خیزی و دشمنی و کشمکش میان مردم خواهد شد و به از میان رفتن جان و مال و آبروی افراد و نیز شکایت‌بردن پیش قاضیان جور و کافران و هر مفسده و زبانی خواهد شد و پیدا است که این موارد به مقتضای ادله چهارگانه نادرست است (مجاهد، بی‌تا، صص ۶۹۹-۷۰۰).

۳-۱. تفصیل محقق رشتی

میرزا حبیب‌الله رشتی نیز که با نکته‌سنجی و دقت خود به ریشه‌یابی اصل حکم پرداخته و قلمرو موضوع را گسترده‌تر و در همه امور حسبه دیده است، در یک بررسی تفصیلی که بازگویی آن در این بحث مفید و راهگشا است، با یادآوری اینکه عدم جواز قضاوت از سوی مقلد مربوط به زمان اختیار است، خاطر نشان می‌کند که حکم زمان ناچاری و اضطرار با بیان مقدمه‌ای روشن می‌شود و آن اینکه وجوب قضا و فصل خصومت‌ها و رفع کشمکش‌ها از شمار احکامی است که عقل با توجه به حکم خود در وجوب حفظ نظام به آن حکم می‌کند و در واقع این امر از مصادیق همان حکم کلی عقل به وجوب حفظ نظام اجتماعی است. وی احتمال قوی می‌دهد که حتی اصل دستور به داود علیه السلام پس از دریافت حکم خلافت از سوی خداوند به اینکه برابر «حق» میان مردم حکم کند (ص، ۲۵)، در واقع تأکیدی بر همان حکم عقل به این امر است که باید قضاوت و حکم مطابق

حق و مشروع باشد. البته حکم عقل به وجوب وجود قاضی به صورت اجمالی است و نشان نمی‌دهد که بر همه واجب است یا برخی. به عبارت دیگر، آنچه عقل در این مرحله حکم می‌کند این است که باید قاضی‌ای میان مردم وجود داشته باشد که مفسده‌ای بر قضاوت او بار نیست و چون ویژگی‌های چنین قاضی‌ای نزد عقل معلوم نیست، تشخیص و تعیین آن موکول به نظر شارع است که آگاه به حقایق است و تعیین قاضی از سوی شارع در واقع تشخیص موضوع حکم عقل است؛ چنان که حکم شارع به وجوب قضا، در واقع تأکید بر همان حکم عقل است. بر این اساس اگر قاضی از سوی شارع معرفی شد، طبق آن عمل می‌شود و اگر نشد، اگر در میان مکلفان فردی مورد اتفاق و به‌عنوان قدرمتیقن وجود داشت، باید به آن بسنده کرد و اگر چنین نبود، بر همه مکلفان - به حکم عقل - واجب کفایی است. وی سپس خاطر نشان می‌کند که این اصلی عقلی و عام در همه امور حسیه‌ای است که عقل به حفظ و برپایی آنها حکم می‌کند، مانند فریادرسی و کمک به دادخواهان و نگهداری جان‌ها و اموال در معرض تلف با رعایت اصل و ترتیب یادشده (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۵۵-۵۷).

محقق رشتی با این مقدمه کلی و با همان ملاک وجوب حفظ نظام و پرهیز از الزام‌های حرجی در موضوع به کارگیری «مقلد» به جای «مجتهد»، با فرق‌گذاری میان اختلاف و کشمکش در موضوعات بیرونی، با نزاع به دلیل اختلاف در اصل حکم شرعی کلی، به این قاعده خود وفادار می‌ماند و بر قضاوت مقلد در موضوعات مورد اختلاف و دعوا تأکید می‌ورزد، اما در فرض نزاع برخاسته از اختلاف در ناحیه حکم کلی شرعی، مانند اختلاف فقها در موضوع منجزات مریض یا اندازه شیردادن در محرمیت ناشی از شیردادن، چنین ضرورت و نیازی را نمی‌بیند و تنها راه و چاره کار را در این بخش، رجوع به فقیه می‌شمارد.

استدلال جواز قضاوت مقلد، بلکه وجوب عقلی آن، با فرض عذر یا عسر رجوع به فقیه، در شبهات موضوعیه که در واقع بخش اصلی مصادیق کار قضایی، به‌ویژه در دوره معاصر و بر پایه قوانین مصوب و فراگیر است، بر اساس گفته محقق رشتی با سه مقدمه شکل گرفته است: ۱. وجوب ریشه‌کن کردن کشمکش و دعوا در جامعه و عدم جواز





حکم به بقای این دست دعاوی که مجرای بینه و سوگند است. این وجوب امری آشکار است، و گرنه مایه اختلال نظام و از میان رفتن حقوق و اموالی خواهد شد که پیدا است شارع از باب حسبه خواهان حفظ آنها است، مانند حفظ جان، ۲. عدم جواز رجوع به حکومت‌های جائز و قضات و کارگزاران آنان که در واقع رجوع به جبت و طاغوت است و از نگاه قرآن و سنت و اجماع حرام است، ۳. عدم وجوب رجوع به مجتهدی که در منطقه‌ای دور دست قرار دارد و لزوم طرح دعوا پیش او مایه عسر و حرجی است که شارع موافق آن نیست و این امری آشکار است که الزام صاحبان دعوا و اختلاف، به بارسفربستن به شهر دیگر برای اختلافات خرد و کلان خود، کاری خنده‌آور است که نمی‌توان آن را به هیچ عاقلی نسبت داد، چه رسد به شارع حکیم. با توجه به این مقدمات عقل حکم می‌کند که باید در همین شهری که فاقد مجتهد جامع شرایط است، کسی یا کسانی باشند که در شبهات موضوعی به دعاوی رسیدگی کنند و آنها را فیصله دهند (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۵۷-۵۸).

با این حال محقق رشتی درباره مقدمه دوم، این پرسش را مطرح می‌کند که حرمت رجوع به حاکمان جائز مربوط به حال اختیار است و در حال ناچاری معلوم نیست این کار حرام باشد؛ زیرا ضرورت، امر محذور را مجاز می‌سازد و چه ضرورتی بالاتر از حفظ نظام و حفظ حقوق و نفوس مردم؟ از این رو سایر محرمات نمی‌تواند مانع جریان حکم و مصلحت حفظ نظام و حفظ اموال و نفوس باشد. اما وی به این شبهه در استدلال خود پاسخ می‌دهد که تنها زمانی می‌توان مقدمه حرامی را به دلیل برخی واجبات مهم مرتکب شد که مقدمه یا مقدماتی منحصر باشد و تنها راه برای حفظ آن واجب به شمار رود، اما با فرض عدم انحصار، چنان که موضوع بحث است و امکان رجوع به مقلد وجود دارد، آن مقدمه بر حرمت خود باقی خواهد بود. وی اشکال دیگری را درباره استدلال خود مطرح می‌کند و آن اینکه ثبوت عدم انحصار مقدمه، تنها در فرضی است که قضاوت غیرمجتهد مشروع باشد؛ در حالی که این خود مورد بحث و پرسش نخست است. اما پاسخ وی این است که شک در جواز قضاوت مقلد باعث نمی‌شود که از نظر حرمت، همسان رجوع به جبت و طاغوت شود؛ زیرا نهایت چیزی که از ادله ثابت

می‌شود این است که قضاوت مقلد در حال اختیار مشروع نیست و این به جهت فقدان دلیل بر مشروعیت است و نه حرمت ذاتی آن، آن‌گونه که رجوع به طاغوت حرمت دارد؛ به فرض هم که حرمت ذاتی قضاوت مقلد پذیرفته شود، قدر مسلم آن در وقت اختیار است نه مطلقاً؛ در حالی که حرمت رجوع به طاغوت حتماً همه حالات را در بر می‌گیرد.

استدلال محقق رشتی در عدم جواز رجوع به مقلد در فرض اختلاف به دلیل اختلاف فتوا این است که عقل در چنین فرضی حکم به وجوب رفع خصومات به دست افراد مقلد ندارد؛ زیرا با عدم رسیدگی چنین فردی به دعوا، مخالفت قطعی یا احتمالی با واقع -بیش از فرضی که رسیدگی کند- پیش نمی‌آید و مایه اختلال نظام نیز نمی‌شود؛ از این رو بر صاحبان دعوا واجب است که اختلاف شرعی خود را پیش مجتهد، هر چند در شهری دیگر مطرح کنند و این کار هیچ مشقتی، مانند آنچه در شبهات موضوعی است، ندارد؛ زیرا فیصله یافتن اختلاف در این‌گونه موارد نیازمند طرح بینه و جرح و تعدیل آن به دست قاضی نیست و به مجرد بیان فتوا، حکم به دست می‌آید؛ از این رو بر مدعی واجب است ادعای خود را تا زمان استفتا و پرسش از مجتهد رها کند و این کاری آسان است؛ زیرا نهایت چیزی که در چنین مواردی وجود دارد این است که استفتا زمانی کم یا زیاد می‌خواهد و نادیده گرفتن دعوا در یک مدت، در مسائل اختلافی هیچ محذوری ندارد. در فرض ادعای طرفین نیز همین وظیفه ترک نزاع وجود دارد تا حکم مسئله معلوم شود و بر مؤمنان نیز واجب کفایی است که آن مدعی یا مدعیان را تا روشن شدن حکم از دعوا و نزاع بازدارند. این تفصیل محذور معطل ماندن اموال در مسائل خلافیه را نیز پدید نمی‌آورد؛ زیرا این کار در صورتی زشت و ناروا است که امری ادامه‌دار باشد، اما با امکان استفتا از مجتهد -هر چند طی یک یا دو سال مثلاً- اشکالی ندارد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۵۸-۵۹).

محقق رشتی در پایان، در جمع‌بندی با تأکید بر تفاوت میان شبهات موضوعی و حکمی، تنها راه را این می‌داند که از میان مؤمنان کسی بر اساس موازین قضایی اقدام کند، زیرا هدف اصلی شارع این است که به این موازین عمل شود و تعیین پیامبر و



وصی و فقهای مأذون، در واقع «غرض در غرض» و هدف ثانوی است و وقتی دستیابی به یکی از دو غرض در دسترس نیست، آن هدف دیگر را نمی‌توان به‌عذر رها ساخت (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص ۵۹-۶۰).

آنچه گفته شد در فرضی است که اصل رجوع به فقیه هرچند در شهری دوردست امکان داشته باشد، اما اگر اساساً فقیهی وجود نداشته باشد یا دسترسی به او ممکن نباشد، محقق رشتی باز بر همین تفصیل تأکید جسته است و در شبهات حکمی انتظار کشیدن را تا زمان دستیابی به فقیهی که به اختلاف پایان دهد لازم دانسته است؛ با این افزوده که چون لازمه برخی مسائل اختلافی در این فرض، معطل ماندن همیشگی مال است، باید راهی را پیمود که چنین محذوری نداشته باشد. باین حال وی معتقد است اگر مال به همین وضعیت بماند نیز محذوری بیش از آنچه از قضاوت مقلد بر اساس فتوای دیگران پیش می‌آید نخواهد داشت؛ چنان که حکم شبهات موضوعی نیز همانند فرض وجود فقیه خواهد بود و مقلد می‌تواند به نزاع رسیدگی قضایی کند، اما از نظر لزوم و عدم‌لزوم اجازه مقلد از فقیه، میان دو صورت «تعذر» که دسترسی به فقیه ناممکن است و «تعسر» که دسترسی به او دشوار است، فرق است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۶۰).

۲-۳. نقد تفصیل محقق رشتی

تصویری که محقق رشتی از صورت مسئله در دو فرض شبهات موضوعی و حکمی به دست می‌دهد، تا آنجا که مربوط به جواز قضاوت مقلد در بخش شبهات موضوعی است، در راستای همان نظر سید محمد مجاهد و سخنی منطقی و درست است، اما گفته وی در خصوص اختلاف ناشی از شبهات حکمی، این ملاحظه را دارد که رجوع به فقیه یا مقلد در شبهات حکمی ماهیت قضایی ندارد و صرف بیان مسئله است و از این رو در همه موارد به زوال اختلاف نمی‌انجامد؛ زیرا فقیه در شبهات حکمی تنها نظر فتوایی خود را بیان می‌کند و التزام به آن تنها در چارچوب تقلید از او قابل تعریف است و تقلید تنها در فرض اعتبار و حجیت آن از سوی طرفین نزاع و پایبندی عملی هر دو به آن می‌تواند نزاع و اختلاف را رفع کند. از سوی دیگر، رجوع به مقلد نیز تنها به‌عنوان ناقل

فتوا قابل تعریف است که افزون بر الزامات تقلید، اعتماد و پذیرش نقل وی از سوی طرفین را نیز می‌طلبد.

بنابراین رجوع به فقیه در شبهات حکمی گرچه نوعاً و به‌ویژه در این روزگار مایه عسر و حرج نیست، اما همواره مایه رفع نزاع نیست، مگر اینکه فرض مسئله در جایی باشد که طرفین یا اطراف نزاع و اختلاف، توافق بر عمل به فتوای فقیه خاص داشته باشند، یا از نگاه کلی پذیرفته شود که مفاد ادله ارجاع به فقها، مانند مقبوله عمر بن حنظله، اعتبار و حجیت فتوای فقیه به‌عنوان حکم قرار گرفتن در چنین مواردی است، بی‌آنکه این رجوع و حکمیت ماهیت قضایی داشته باشد.

۳-۳. جواز قضاوت در فرض نصب مقلد

آنچه درباره جواز قضاوت مقلد به‌دلیل پرهیز از اختلال نظام و نیز عسر و حرج از زبان این فقها گفته شد، مربوط به اصل حکم است، نه اینکه مردم خود مجاز باشند چنین شخصی را به قضاوت برگزیده و او را برای این کار نصب کنند. محقق رشتی پس از بیان اصل جواز قضاوت مقلد، فروع چندی را در تبیین مسائل پیرامونی آن مطرح کرده است؛ از جمله توجه داده است که سقوط شرط اجتهاد در قاضی ملازم با جواز نصب مقلد از سوی شهروندان نیست، بلکه آنان باید خواهان نصب مقلد از سوی فقیه شوند و مقلد تنها در صورت نصب از سوی مجتهد حق قضاوت خواهد داشت. وی دلیل این امر را قاعده لزوم بسنده کردن به قدرمتیقن می‌شمارد؛ زیرا در چنین وضعی احتمال دخالت داشتن نصب از سوی مجتهد وجود دارد و با وجود این احتمال، عقل اجازه عمل مستقل و بدون نصب از سوی فقیه را به مردم نمی‌دهد و به‌هرحال، این مسئله خود امری تقلیدی و نیازمند رجوع به فقیه است. برخی فقهای معاصر با اشاره به احتمال دخالت نصب فقیه، فلسفه آن را جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظام قضایی شمرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۰۲)؛ چنان‌که در جزئیات موازین قضا نیز مقلد باید به مقتضای تقلید از مجتهد خود یا فقیهی که او را نصب کرده است عمل کند و نمی‌تواند عمل به نظر ارجح و اقوی را مانند عمل به نظر مشهور ملاک قرار دهد. بنابراین معنای این سخن که اجتهاد



فتا



در فرض امکان و اختیار، شرط قضاوت است، این است که مقلد در فرض تعدر می‌تواند با اذن فقیه قضاوت کند، درحالی که در صورت عدم تعدر حتی با اذن وی نمی‌تواند قضاوت کند (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، صص ۶۰-۶۳).

نکته قابل توجه دیگر در قضاوت غیر فقیه که محقق رشتی بر آن تأکید دارد این است که فایده چنین قضاوتی تنها رفع فتنه و تباهی و حفظ حقوق است، اما سایر احکامی که بر قضاوت فقیه بار می‌شود، مانند عدم جواز نقض حکم قضایی و عدم جواز تجدید شکایت و دادرسی جاری نمی‌گردد؛ زیرا عقل به همان اندازه حکم می‌کند و احکام دیگر اموری‌اند که با ادله شرعی ثابت شده و می‌شود؛ چنان که از واژه «قضا» نیز حرمت نقض حکم فهمیده می‌شود و روشن است که حکم عقل امری لئی و برکنار از معانی و مفاهیمی است که از ادله لفظی فهمیده می‌شود (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، صص ۶۳-۶۴). برخی با اذعان به عدم جریان سایر احکام، از جمله حرمت نقض، تنها فقیه نصب‌کننده را صالح برای نقض حکم شمرده‌اند؛ زیرا اگر جز این باشد موجب هرج و مرج خواهد شد؛ چنان که گفته‌اند به طور کلی اگر در رأس حکومت فقیه جامع شرائط باشد، او باید عهده‌دار این امور و عزل و نصب باشد و دیگران حق دخالت ندارند و گر نه مایه هرج و مرج در نظام خواهد شد. آری، اگر امکان نصب از سوی فقیه نبود، مسلمانان باید خود کسانی را که بیش از همه آگاه به موازین قضا و آیین دادرسی هستند، هر چند با تقلید، برای قضاوت برگزینند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص ۱۰۳-۱۰۴). برخی دیگر افزون بر نصب، راهکار و کالت دادن به غیر فقیه آشنا به موازین قضا را نیز مطرح کرده‌اند و خاطر نشان کرده‌اند که کار قضاوت از خود حکومت مهم‌تر نیست، درحالی که اگر فقیه جامع شرائط نباشد، باید افراد شایسته از میان مؤمنان عادل عهده‌دار حکومت شوند و تعطیل آن یا واگذار کردن به زمامداران جائز جایز نیست (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۱۷۵-۱۷۶).

استدلال به لزوم جلوگیری از هرج و مرج و اختلال نظام در سقوط شرط فقاہت در فرض ناچاری و فقدان فقیه به اندازه کفایت، در سخن برخی دیگر از معاصران نیز آمده است؛ با این افزوده که حدود الهی نیز نباید تعطیل شود و شرائطی که برای قاضی بیان شده، مانند اجتهاد، برای حفظ حقوق و حدود و جلوگیری از اختلال نظام است و سبب

دیگری ندارد؛ از این رو اگر امر دایر میان تعطیلی حدود و حقوق، و هرج و مرج و دست کشیدن از برخی شروط غیراساسی باشد، حکم قطعی عقل این است که راه دوم برگزیده شود. از سوی دیگر، دلیلی نیز نیست که با عموم یا اطلاق خود ثابت کند که شرایط مورد نظر در قاضی حتی در فرض ناچاری نیز باید رعایت شود و اصل عدم اشتراط نیز در فرض شک حاکم است. بر این اساس مقتضای احکام اولیه همین است که در شرایط ناچاری باید از شروط غیراساسی که قوام قضاوت وابسته به آن نیست صرف نظر کرد، نه ادله ولایت و اختیارات فقیه. البته چنین قضاوتی باید با نصب فقیه و زیر نظر و هدایت او صورت گیرد و یک مصداق آن نیز مکلف بودن قاضی غیر فقیه به رعایت چارچوبها و موازین قانونی است که به صورت عمومی ابلاغ می شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، صص ۲۴۲-۲۴۸).

امام خمینی نیز پس از شکل گیری نظام جمهوری اسلامی و نیاز شدید نظام قضایی به قاضیان صالح، بارها بر کمبود شدید قاضی و لزوم تربیت قضات شایسته تأکید کرده (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۳، ص ۵۰؛ امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۳۳۳؛ امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۲۴۰) و راهکار موقت برای فعالیت دستگاه قضایی و جلوگیری از هرج و مرج (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۹، ص ۱۵۵) را نادیده گرفتن شرط اجتهاد و به کارگیری افراد صالح غیر فقیه شمرده است؛ به ویژه که ایشان تأکید کرده قاضی مستقل در قضاوت سنگینی دارد و باید مجتهد جامع شرائط باشد و در ایران و در حوزه های علمیه افراد کمی را سراغ دارد که دارای آن شرائط باشند و راه چاره را اجازه قضاوت به افرادی شمرده که سایر شرائط را دارا باشند؛ یعنی آگاه به احکام و موازین قضا و مورد اطمینان و عادل هم باشند. ایشان از سوی خود نیز چنین افرادی را مجاز به قضاوت شمرده است (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۲، صص ۲۱۲-۲۱۳). استدلال امام خمینی در برابر کسانی که خدشه شرعی در کار قضات می کردند همان است که در سخن برخی فقها نیز آمد، و آن اینکه یا باید تن داد به حذف قضاوت در جمهوری اسلامی و هرج و مرج ناشی از آن، یا آنکه وضع قضا و قاضیان همان وضع رژیم پهلوی باشد و راه سوم، سپردن کار به دست افراد غیر فقیه اما واجد سایر شرائط است (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۴، صص ۳۳۷-۳۳۹).





امام خمینی از یک سو با این اشکال مسئولان قضایی و تقنینی کشور روبه‌رو شده است که سپردن تعیین میزان تعزیرات به دست قاضیان غیر فقیه برابر نظر شورای نگهبان، وحدت رویه در قضا را از میان می‌برد و موجب تزلزل در ساختار و نظام قضایی می‌شود، و از سوی دیگر، تنها قاضی مجتهد را مستقل و بی‌نیاز از نصب می‌داند و درباره سایر قضات که فقیه نیستند و نظر فتوایی ندارند و به تعبیر ایشان، اکثریت قاطع قضات چنین‌اند، خاطر نشان کرده که آنان خود حق تعیین اندازه تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع شرائط ندارند؛ از این رو راهکار موقت را تا زمان وجود قضات جامع شرائط، در این دیده است که گروهی از فقها حدود تعزیرات را معین کنند تا قضات یادشده در چارچوب آن قضاوت کنند و حق تخطی نداشته باشند (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۸، ص ۴۹۱؛ امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۹، ص ۴۲۳).

آنچه درباره سخن این دسته از فقها باید گفت، چیزی جز همراهی اجمالی با آن نیست و پیدا است که آن دسته از امور قضایی که حفظ قوام جامعه و نظام اجتماعی مسلمین بسته به آن است، نمی‌تواند معطل برخی شروط در قاضی مانند فقاقت یا عدالت باشد؛ زیرا حفظ نظام اجتماعی و به تبع آن حفظ نظام سیاسی، هم به حکم بداهت عقلی و هم به دلالت ادله لفظی موجود، مانند روایت حفص بن غیاث و نیز نصوصی که جایگاه امامت و رهبری یا مرز مدارا با مخالفان را مشخص کرده، در شمار واجبات روشن است و به عنوان یک قاعده حاکم در علوم مختلف عقلی و نقلی، از جمله فقه، مورد استناد قرار گرفته است و نگارنده در اصل پژوهش خود در موضوع حفظ نظام، به تفصیل به آنها پرداخته است (مرتضوی، ۱۳۹۸، صص ۲۹-۵۲). با توجه به بداهت یادشده است که فقها نیز نوعاً به مفاد این حکم، بدون بیان دلیل آن استناد کرده‌اند و حتی گاه حفظ نظام را علت و فلسفه تشریح بخشی از احکام یا همه آنها شمرده‌اند و در مواردی نیز به دلالت عقل بر این حکم تصریح کرده‌اند. آنچه مورد تردید و نیازمند بررسی جداگانه است، گسترش قلمرو اختیارات این دسته قضات به همه اختیارات و مسئولیت‌های قضات جامع شرائط است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۴. قلمرو قضاوت غیرفقیه

آنچه محور اصلی پذیرش قضاوت غیرفقیه در شرائط ناچاری است، وجوب حفظ نظام اجتماعی و جلوگیری از هرج و مرج در جامعه است که گاه نیز لزوم حفظ حقوق و جلوگیری از تضییع و تعطیل به آن افزوده شده است و این دو -چنان که پیدا است- نوعاً ملازم یکدیگرند. بر این اساس یک پرسش مهم این است که قلمرو جواز یا وجوب قضاوت قاضی غیرفقیه منصوب و مأذون چیست و آیا شامل اجرای حدود و تعزیرات و احکام کیفری نیز می‌شود یا تنها محدود به فصل خصومت و احکام حقوقی و مدنی است؟

خاستگاه این پرسش این است که گرچه حذف مجازات در جامعه ضمانت اجرایی احکام و قوانین و مقررات را نوعاً از میان می‌برد و طبعاً زمینه هرج و مرج و اختلال گسترده نظام اجتماعی را پدید می‌آورد، اما حفظ نظام اجتماعی ملازم با اجرای حدود خاص شرعی نیست و شاهد آن جوامع مختلف اسلامی و غیراسلامی دیگر است که به‌رغم عدم اجرای حدود خاص شرعی، گرچه مصالح مورد نظر شارع در تشریح این حدود را از دست می‌دهند، اما این امر موجب اختلال نظام و هرج و مرج در آن جوامع نیست. مجموع ادله حدود و تعزیرات نیز گرچه نشان‌دهنده تأکید شارع بر اصل اجرای آنها است (از جمله نک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، صص ۱۱-۱۴، ۴۷)، اما نشان نمی‌دهد که اجرای آنها در هر شرائطی مطلوب نظر شارع است؛ بلکه شواهدی را می‌توان به دست داد که شارع تنها در شرائطی ویژه و معین خواهان اجرای آنها است و قهراً باید تأکیدهای شارع بر اجرای حدود و تعزیرات و تعطیل نشدن حدود الهی را در فرض وجود آن شرائط شمرد. بر همین اساس شیخ حر عاملی عنوان بابی را که به روایات وجوب اجرای حدود اختصاص داده، مقید به فرض تحقق شروط کرده است و این شروط تنها شروط اثبات قضایی موجبات حدود، مانند شهادت چهار نفر مرد یا چهار بار اقرار یا قاعده مانعیت هر نوع شبهه در اجرای حد یا سیره پیامبر ﷺ و امیرالمؤمنین علیه السلام در عدم استقبال از اثبات و حتی زمینه‌سازی برای عدم اثبات آن -که قضایای معروفی دارد- نیست؛ چنان که اتفاق نظر وجود دارد که اجرای آن نیازمند نصب خاص یا عام از سوی امامان علیهم السلام است و





برخی فقها اجرای آن در دوره غیبت را قابل خدشه و رد شمرده‌اند و به‌عنوان نمونه، از میان فقهای گذشته (درباره تفصیل اقوال نک: شفتی، ۱۴۲۷ق، صص ۴۰-۵۸) می‌توان به محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، صص ۳۱۲-۳۱۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۱۵) و از فقهای متأخر و معاصر به محقق قمی (محقق قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۹۵؛ محقق قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۵۸۵-۵۸۶)، آیت‌الله سیداحمد خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۵، صص ۴۱۱-۴۱۲) و نیز نظر اخیر آیت‌الله یوسف صانعی (صانعی، ۱۳۹۹) اشاره کرد. البته در برخی منابع فقهی ابن‌ادریس نیز در شمار این گروه شمرده شده که اشتباه است. این دیدگاه ظاهراً در نگاه برخی از آنان مانند محقق حلی شامل حدود نیز می‌گردد و از این رو وی با اعتقاد به اینکه هر گناهی موجب تعزیر است، آن را منوط به نظر امام علیه السلام دانسته و سخنی از اجرای آن از سوی فقها نیاورده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۵۵). این نگاه هرچند در اصل خود قابل خدشه است و بیشتر فقها آن را نپذیرفته‌اند و به اختلافی مبنایی در فقه بازمی‌گردد، اما نشان‌دهنده جهت‌گیری‌ای کلی در اجرای حدود است که حتی به‌عنوان نظر معروف نیز معرفی شده است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۴۱۱) و به‌رحال فرق آشکاری است میان اجرای حدود که نیازمند اذن و نصب است با امور حسیه‌ای مانند حفظ اموال قاصران که خواسته شارع این است که حتی در فرض عدم امکان دخالت فقیه، عدول مؤمنان و - در صورت لزوم - حتی افراد فاسق اما مورداعتماد عهده‌دار آن گردند.

با این حال با این استدلال نمی‌توان اصل لزوم مجازات را نادیده گرفت؛ زیرا تا آنجا که به موضوع جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم و نظام اجتماعی برمی‌گردد، جامعه نمی‌تواند مقررات جزایی نداشته باشد و از این رو و با همین ملاک باید در قاضی غیرواجد همه شرایط، میان اجرای حدود و تعزیرات مقدر و اصل لزوم مجازات تعزیری فرق گذاشت. اینکه به‌عنوان مثال قاضی غیرفقیه یا نیروی انتظامی بتواند متخلفان از قوانین شهرداری یا راهنمایی و رانندگی را در چارچوب مقررات و قوانین جاری، مجازات مالی یا بدنی کند، یک امر است و اینکه قاضی غیرفقیه هرچند برابر احکام شرعی و به‌عنوان قاضی منصوب از سوی فقیه جامع‌شرائط بتواند اجرای حدی از حدود الهی مانند شلاق و رجم کند امر دیگری است و ادله ولایت فقیه نیز چنین اختیاری را

برای فقیه در تفویض اجرای حدود ثابت نمی‌کند و عدم اجرای آن نیز ملازم با اختلال نظام نیست؛ بنابراین در حدود و تعزیرات شرعی، یا باید فقیه جامع شرائط عهده‌دار صدور و اجرای حکم باشد، یا باید از آن صرف نظر کرد و البته تعیین مجازات تعزیری جایگزین در حد حفظ نظام اجتماعی و بیش از آن امری است که در این فرض قابل بررسی است؛ چنان که محقق قمی پس از خدشه در جواز اجرای حدود در عصر غیبت، جواز تعزیر از سوی حاکم شرع - به گونه‌ای که صلاح بداند - را به عنوان مجازات جایگزین مطرح کرده است (محقق قمی، بی تا، ج ۱، ص ۳۹۵؛ محقق قمی، بی تا، ج ۴، صص ۵۸۵-۵۸۶). مرحوم استاد آیت الله صانعی نیز در گفتگویی که نگارنده کمی پیش از فوت با ایشان در این باره داشت، تأکید کرد که اصل کیفر را نمی‌توان نادیده گرفت و تعزیر جایگزین حدود می‌شود.

دلیل جواز یا وجوب تعزیر در فرض پذیرش عدم اجرای حدود شرعی در دوره غیبت، می‌تواند بر اساس قاعده ثبوت تعزیر برای هر گناه یا هر گناه کبیره باشد که فقهای چندی مانند محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۵۵) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۹۸) اصل آن را برای امام علیه السلام مطرح کرده‌اند و صاحب جواهر آن را در محدوده گناهان کبیره مورد اتفاق فقها شمرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۴۸) و برخی مانند فیض کاشانی آن را اعم از امام علیه السلام دانسته و عنوان «حاکم» را متعلق این حکم شمرده‌اند (فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۶)؛ به این بیان که گرچه کسی که مرتکب یکی از موجبات حد شده است، بر مبنای یادشده، حد شرعی خاص بر او جاری نمی‌گردد، اما از این رو که مرتکب گناه کبیره شده، به حسب تشخیص حاکم تعزیر می‌گردد. این تعزیر از یک سو به مقتضای این قاعده است، و از سوی دیگر برای حفظ نظام اجتماعی و جلوگیری از تضییع حقوق و هرج و مرج و برای حفظ امنیت اجتماعی چاره‌ای جز آن نیست؛ چنان که وقتی اصل وجوب وجود حکومت پذیرفته شد، چنین الزاماتی که قوام حکومت به آن بستگی دارد و جامعه نیازمند آن است نیز باید پذیرفته شود. به بیان محقق نراقی، هر کاری که مربوط به امور ضروری دنیا یا آخرت مردم است و به حکم عقل یا به حکم عادت از نظر توقف و انتظام امور دینی یا





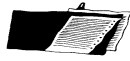
زندگی کسی یا کسانی بر آن، و یا به حکم شرع از جهت اینکه دلیلی بر وجوب یا ترک آن در دست است یا شارع به آن اذن داده یا الزام کرده ولی شخص خاصی را به آن موظف نکرده، دست کم از باب قدرمیتین، وظیفه فقیه است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۳۶).

محقق نراقی در استدلال بر این مدعا، افزون بر اجماع، تأکید دارد که بی تردید در چنین اموری شارع حکیم باید کسی را بر آن بگمارد و چون دلیلی بر نصب فرد یا افراد معینی در دست نیست و تنها فقیه است که متصف به مزایا و اوصاف نیک شده است، همین اندازه در دلالت بر منصوب بودن او کافی است و دیگر اینکه فقیه قدرمیتین از ادله است و دخالت دیگران موردشک است. وی آن گاه به برشماری شئون مختلف فقیه می‌پردازد و با بهره گرفتن از سخن شهید اول (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص ۴۰۵)، مواردی را که نیاز به حاکم دارد، از جمله حدود و تعزیرات، برمی شمارد و همسو با گروهی از فقیهان گذشته و بیشتر فقهای متأخر، آن را برای فقیه در دوره غیبت ثابت می‌داند (نراقی، ۱۴۱۷ق، صص ۵۳۶-۵۵۳). با این بیان نیز می‌توان بر لزوم برقراری مجازات به عنوان نیاز اجتماعی برای انتظام امور و در راستای مصالح دنیا و آخرت، هر چند برای غیر فقیه استدلال کرد و اگر دلیل بر اختصاص اجرای حدود به امام علیه السلام یا فقیه در دست باشد، باید آن را محدود به تعزیر کرد و نمی‌توان با چنین استدلالی بر جواز یا وجوب اجرای حدود به دست غیر فقیه دلیل آورد؛ زیرا چنان که گفته شد، انتظام امر معاش و حفظ نظام اجتماعی ملازم با اجرای حدود نیست.

با این حال برخی فقهای معاصر گسترش تعزیرات به ارتکاب هر گناهی، به استناد ضرورت حفظ نظام و لزوم مجازات به سبب ارتکاب اموری مخالف آن را نپذیرفته و بیش از امر به معروف و نهی از منکر را مجاز ندیده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۹۷-۹۸) و برخی در همراهی با این نظر، به رغم تأکید بر وجوب حفظ نظام به عنوان یکی از احکام عقلی و به رغم پذیرش اجرای حدود و تعزیرات در دوره غیبت، قلمرو تعزیرات را محدود به مواردی شمرده‌اند که از سوی خود شارع به صورت خاص ذکر شده است، مانند تعزیر در روزه‌خواری؛ اما راه حفظ نظام را از یک سو، همان مقررات و احکامی که شارع وضع کرده شمرده‌اند و از سوی دیگر، بهره‌بردن از حکم امر به معروف و نهی

از منکر، مگر اینکه بتوان برای حاکم ولایت مطلقه‌ای را ثابت کرد که شامل جعل احکام نیز بشود و ثبوت این امر برای پیامبر ﷺ و امامان علیهم‌السلام نیز دشوار است، چه رسد به دیگران، چنان که حفظ نظام نمی‌تواند مجوز تغییر و تبدیل در حدود باشد، و به‌عنوان مثال در کیفر دزد به‌جای قطع انگشتان، گوش مجرم بریده شود یا زناکار به‌جای تازیانه جریمه مالی گردد؛ با این توجیه که مجازات جایگزین تأثیر بیشتری در بازدارندگی و حفظ نظام دارد (گلبایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، صص ۱۵۳-۱۵۵). این محدودیت درباره گسترش نوع تعزیر از تازیانه به اموری مانند جریمه مالی و زندان نیز مطرح و تأکید شده است که ضرورت حفظ نظام و اقتضای حکومت و سیاست نمی‌تواند مجوز آن باشد (صافی گلبایگانی، بی‌تا، صص ۹۷-۱۱۴) که مجال پرداختن به آن نیست.

ولی به نظر ما با این گفته در مجموع نمی‌توان همراهی کرد؛ زیرا اگر کسی قائل به عدم جریان حدود و تعزیرات در دوره غیبت باشد، قهراً باید نشان دهد که با حذف مجازات -از جمله تعزیر- از جامعه، اولاً ضمانت اجرایی سایر احکام چیست و ثانیاً نظام اجتماعی مسلمانان را چگونه می‌توان حفظ کرد و به‌فرض اگر درباره پایبندی به احکام گفته شود مسلمانان وظیفه‌ای بیش از امر به معروف و نهی از منکر ندارند، اما پیدا است که نظام اجتماعی را نمی‌توان تنها از راه امر به معروف و نهی از منکر حفظ کرد؛ به‌ویژه اگر مرحله سوم که جلوگیری عملی از گناه است، محدود به اذن امام علیهم‌السلام یا حتی فقیه شمرده شود؛ یا برخلاف آنچه گمان شده (معرفت، بی‌تا، ص ۳۲۰)، به بیان احکام شرعی در موارد اختلاف و نزاع و حداکثر الزام کسی که از پذیرش آن امتناع می‌کند بسنده کرد. اگر کسی قائل به جواز اجرای حدود و تعزیرات در زمان غیبت باشد، اما آن را در هر حال منوط به نظر و حکم فقیه بدانند، باز با این پرسش روبه‌رو است که در فرض بحث چه باید کرد؟ آیا می‌توان گفت به‌رغم تأکید شارع بر حکم عقلی و جوب حفظ نظام و تلازم آن با وجود اصل مجازات، به‌دلیل فقدان قضای فقیه، تعزیرات نیز قابل اجرا نیست؟ این در حالی است که نیازهای عام و روزمره در مدیریت جامعه و نظم‌بخشی به آن، مانند نظم‌بخشی در رانندگی و رسیدگی به تخلفات، قانون گمرک، قوانین و مقررات شهرداری‌ها، چاره‌ای جز صرف نظر کردن از برخی موازین و تشریفات قضایی





و سپردن مسئولیت مستقیم چنین اموری به مأموران انتظامی و مسئولان اجرایی و اداری نیز باقی نمی‌گذارد؛ چه‌رسد به لزوم سپردن این امور به قضات و محاکم و چه‌رسد به اینکه فقها عهده‌دار چنین محاکمی باشند. اما این سخن را می‌توان همراهی کرد که صرف اختیارات ناشی از ولایت فقیه جامع‌شرائط نمی‌تواند مجوز گسترش اجرای حدود از سوی فقیه یا فقیه حاکم به قاضی مقلد باشد؛ زیرا حفظ نظام یا تحقق و بقای نظام سیاسی، ملازمه عقلی یا عرفی با اجرای حدود شرعی ندارد و ادله ثبوت ولایت نیز چنین اطلاق یا عمومی ندارد؛ چنان‌که امام خمینی گفته است فقیه جامع‌شرائط نمی‌تواند حکمی را که در فصل خصومت میان مردم از سوی فرد غیرصالح، مانند غیرفقیه یا غیرعادل صادر شده است امضا کند؛ هرچند بداند آن حکم موافق قواعد دادرسی است، بلکه باید آن را نقض کند (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲، صص ۴۰۸-۴۰۹).

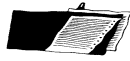
امام خمینی در راستای همین محدودیت اختیارات قاضیان غیرواجد همه شرائط، راهکار کوتاه‌مدت را در تعزیرات غیرمعین این دانسته که از سوی گروهی از فقها دستور عملی درباره چگونگی و چارچوب صدور احکام کیفری از سوی چنین قضاتی تعیین گردد تا تنها در همان چارچوب حکم کیفری صادر کنند (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۸، ص ۴۹۱؛ امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۹، ص ۴۲۴).

با این حال برخی فقها از گذشته موضوع قضاوت مقلد در دعاوی را هرچند در حال اختیار، از باب وکالت از طرف فقیه و در چارچوب فتاوی‌وی مطرح کرده و آن را پذیرفته‌اند؛ چنان‌که این گفته به محقق کرکی نسبت داده شده است (گلبایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۶) و صاحب جواهر که خود مایل به پذیرش این نظر است و بر آن استدلال کرده، آن را به محقق قمی نیز نسبت داده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، صص ۴۹-۵۰)؛ نسبتی که از سوی برخی معاصران رد شده است (معرفت، بی‌تا، ص ۳۱۳). اما امام خمینی میان تعزیرات خاص شرعی - که چگونگی و اندازه آن از سوی شارع معین شده - و مجازات مربوط به تخلف از مقررات حکومتی فرق گذاشته است. ایشان قوانینی مانند قوانین گمرک و شهرداری‌ها و راهنمایی و رانندگی را «احکام سلطانی» و در شمار احکام اولیه شمرده و مجازات تخلف از آنها را «مجازات بازدارنده» نامیده است که به‌امر

حاکم یا وکیل او صورت می‌گیرد و حق عفو در آن نیز متوقف بر اذن حاکم است. ایشان احتیاط را در این دانسته که مجازات در تعزیرات خاص شرعی به آنچه در نصوص آمده محدود گردد؛ مگر اینکه جنبه عمومی داشته باشد، مانند احتکار که در شمار همان مجازات بازدارنده قرار می‌گیرد (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۹، ص ۴۷۳). از این رو امام خمینی افزون بر جواز اذن به غیر فقیه برای قضاوت از باب اضطرار - که گذشت - باب وکالت از فقیه حاکم را در موارد احکام سلطانی و مقرراتی که حکومت به اقتضای رسالت و مسئولیت خود، از جمله در حفظ نظام وضع می‌کند، باز دیده است و مقید به اضطرار و موقت بودن آن نیز نکرده است که نشان می‌دهد آن را از الزامات حکومت‌داری و حفظ نظم اجتماعی از سوی حکومت می‌داند.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

آنچه با فرض اجرای حدود در دوره غیبت، یا حتی بر مبنای عدم جواز اجرا در دوره غیبت، روشن به نظر می‌رسد، این است که به دلیل وجوب حفظ نظام و جلوگیری از هرج و مرج و تضییع حقوق مردم، قاضی غیر واجد شرایطی مانند فقاهت و عدالت که قوام اصل قضا وابسته به آن نیست، می‌تواند با اذن یا نصب فقیه یا با وکالت و نیابت از طرف او قضاوت کند، اما قضاوت او محدود به قلمرو همان دلیل حفظ نظام است و از این رو تنها شامل فصل خصومات و نیز مجازات تعزیری و بازدارنده در چارچوب نظر فقیه جامع‌الشرائط می‌شود و مجازات بدنی، یعنی تازیانه، برابر نصوص موجود باید کمتر از حد باشد. به نظر می‌رسد از این نظر فرقی میان حدود در معنای خاص آن با تعزیرهای خاص شرعی نیست و این گونه تعزیرهای خاص که در واقع نوعی حد است، بنابر سقوط حدود در دوره غیبت ساقط است و اگر از مصادیق قسم دوم یعنی «تعزیرات بازدارنده» نباشد، تنها می‌توان از باب قاعده ثبوت تعزیر برای هر گناه یا گناه کبیره به دست فقیه یا فرد مأذون یا وکیل مجازات کرد؛ چنان‌که بر مبنای اجرای حدود در دوره غیبت نیز واگذار کردن آن به دست غیر فقیه مشکل است، مگر اینکه همزمان از مصادیق قسم دوم تعزیرات نیز باشد که در چارچوب اذن یا وکالت قابل مجازات خواهد بود.



فهرست منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن. (۱۴۲۵ق). الرسائل التسع. قم: زهیر - کنگره علامه آشتیانی.
۲. ابن ادريس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۸). صحیفه امام (۲۲ج). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴. امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحرير الوسیله (۲ج). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (۳۰ج). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (چاپ دوم، ۷ج). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۱ق). کتاب القضاء (۲ج). قم: دار القرآن الکریم.
۸. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء (۲ج). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۹. شفتی، سید محمدباقر. (۱۴۲۷ق). مقالة فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۰. شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد والفوائد (۲ج). قم: کتابفروشی مفید.
۱۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (۱۵ج). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۲. صافی گلپایگانی، لطف الله. (بی تا). التعزیر، أحكامه و حدوده. قم: بی تا.
۱۳. صانعی، یوسف. (۱۳۹۹). خبرگزاري بین المللی شفقنا، ۲۷ تیر ۱۳۹۹.
۱۴. عاملی، سید جواد بن محمد. (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه (۱۱ج). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان (۲ج). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام (۳ج). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (محقق: ابراهیم بهادری، ۶ج). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.



فهرست

۱۸. فاضل سیوری، مقداد بن عبداللہ. التفتیح الرائع لمختصر الشرائع (۴ج). قم: کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی.
۱۹. فخر المحققین حلی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (محقق: سید حسین موسوی کرمانی و دیگران، ۴ج). قم: اسماعیلیان.
۲۰. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاہ مرتضیٰ. مفاتیح الشرائع (۳ج). قم: کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی (محقق: علی اکبر غفاری، چاپ چہارم، ۸ج). تہران: دار الکتب الاسلامیہ.
۲۲. گلپایگانی موسوی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود (۳ج). قم: دار القرآن الکریم.
۲۳. گلپایگانی موسوی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء (۲ج). قم: دار القرآن الکریم.
۲۴. مجاہد طباطبائی، سید محمد. (بی تا). المناہل. قم: مؤسسہ آل البيت علیہ السلام.
۲۵. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (چاپ دوم، ۴ج). قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
۲۶. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقہ الإمامیہ (چاپ ششم، ۲ج). قم: مؤسسہ المطبوعات الدینیہ.
۲۷. محقق قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی اجوبۃ السؤالات (محقق: مرتضیٰ رضوی، ۴ج). تہران: مؤسسہ کیهان.
۲۸. مرتضوی، سید ضیاء. (۱۳۹۸). قاعدہ حفظ نظام و پیوند آن با حفظ نظام سیاسی؛ با تأکید بر نگاہ فقہی امام خمینی. فصلنامہ علوم سیاسی، ۸۶، صص ۲۹-۵۲.
۲۹. معرفت، محمد ہادی. (بی تا). تعلیق و تحقیق عن أمہات مسائل القضاء. قم: چاپخانہ مہر.
۳۰. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولاية الفقیہ وفقہ الدولة الإسلامیہ (چاپ دوم، ۴ج). قم: نشر تفکر.
۳۱. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ق). فقہ القضاء (۲ج). قم: بی تا.
۳۲. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (محقق: عباس قوچانی، چاپ سوم، ۴۳ج). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۳. نراقی، مولیٰ احمد بن محمد مہدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.



References

1. Allameh Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Zhan ila Ahkam al-Iman*. (2 vols.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
2. Allameh Heli, H. (1413 AH). *Qava'ed al-Ahkam fi Ma'arifah al-Halal va al-Haram*. (3 vols.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariyah ala Mazhab al-imamiyah*. (I. Bahadori, 6 vols.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
4. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah fi Sharh Qava'ed al-Allamah*. (11 vols.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
5. Ashtiani, M. H. (1425 AH). *Al-Risal al-Tes'e*. Qom: Zuhair - Congress of Al-lameh Ashtiani. [In Arabic]
6. Fadhil Sivari, M. (n.d.). *Al-Tanqih al-Ra'ee le Mukhtasar al-Shara'e*. (4 vols.). Qom; Ayatollah Mar'ashi Najafi Library.
7. Fakhr al-Muhaqiqin Heli, M. (1387 AH). *Izah al-Fawa'ed fi Sharh Mishkat al-Qava'ed*. (S. H. Mousavi Kermani et al, 4 vols.). Qom: Ismailian. [In Arabic]
8. Feiz Kashani, M. (n.d.). *Mafatih al-Shara'e*. (3 vols.). Qom: Library of Ayatollah Marashi Najafi.
9. Golpayegani Mousavi, S. M. R. (1412 AH). *Al-Dor al-Manzood fi Ahkam al-Hodud*. (3 vols.). Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
10. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (30 vols.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
11. Ibn Idris, M. (1410 AH). *Al-Sara'ir Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
12. Imam Khomeini, S. R. (1378 AP). *Sahifa Imam*. (22 vols.). Tehran: The Institute for Preparing and Publishing Imam Khomeini's works. [In Persian]
13. Imam Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Dar Al-Ilm Press Institute.
14. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. (2nd ed., 7 vols.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
15. Koleyni, M. (n.d.). *Al-Kafi*. (A. A. Ghaffari, 4th ed., 8 vols.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah.
16. Ma'arefat, M. H. (n.d.). *Ta'aliq va Tahqiq an Omo7hat Masa'el al-Qaza'*. Qom: Mehr Printing House.
17. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masail al-Haram va al-Halal*. (2nd ed., 4 vols.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]



فقه

18. Mohaqeq Heli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar al-Nafi' fi Fiqh al-Imamiyah*. (6th ed., 2 vols.). Qom: Mu'asisat al-Matbu'at al-Diniyah. [In Arabic]
19. Mohaqeq Qomi, M. A. (1413 AH). *Jame' al-Shatat fi Ujbat al-Su'alat*. (M. Razavi, 4 vols.). Tehran: Kayhan Institute. [In Arabic]
20. Mojahed Tabatabaei, S. M. (n.d.). *al-Manahil*. Qom: AlulBayt Institute.
21. Montazeri, H. A. (1409 AH). *Dirasat fi Wilayat al-Fiqhiyah va Fiqh al-Dolat al-Islamiyah*. (2nd ed., 4 vols.). Qom: Tafakor Publications. [In Arabic]
22. Mortazavi, S. Z. (1398 AP). The rule of maintaining order and its connection with maintaining the political system; Emphasizing the jurisprudential view of Imam Khomeini. *Journal of Political Science*, 86, pp. 29-52. [In Persian]
23. Mousavi Ardebili, S. A. (1423 AH). *Fiqh al-Qaza'*. (2 vols.). Qom. [In Arabic]
24. Mousavi Golpayegani, S. M. R. (1413 AH). *Kitab al-Qaza'*. (2 vols.). Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
25. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam* (A. Quchani, 3rd ed., 43 vols.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
26. Naraqi, M. (1417 AH). *Awa'ed al-Ayam fi Bayan Qava'ed al-Ahkam*. Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
27. Rashti, M. H. (1401 AH). *Kitab al-Qaza'*. (2 vols.). Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. [In Arabic]
28. Safi Golpayegani, L. (n.d.). *al-Ta'zeer, Ahkameh va Hodudeh*. Qom.
29. Sanei, Y. (1399 AP). *Shafaqna International News Agency*, July 17, 2016. [In Persian]
30. Shafti, S. M. B. (1427 AH). *Maqalah fi Tahqiq Iqamah al-Hodood fi Hazehi al-A'asar*. Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office. [In Arabic]
31. Shahid Awal, M. (n.d.). *al-Qava'ed va al-Fawa'ed*. (2 vols.). Qom: Mofid Bookstore.
32. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (15 vols.). Qom: Muasisat al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
33. Sobhani, J. (1418 AH). *Nizam al-Qaza va al-Shahadah fi al-Shariya al-Islamiyah al-Qara*. (2 vols.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]





The Effect of Recovery on Reducing the Amount of Diya of Criminal Impairments in Jurisprudence and Islamic Penal Code of Iran; Gaps and Challenges

Saeed Nazari Tawakoli¹

Mohammad Jafar Sadeqpour²

Received: 08/07/2020 Accepted: 06/04/2021

Abstract

The legislator of the Islamic Republic of Iran has considered the recovery of some of the impairments that occur because of crimes against the physical integrity of individuals to reduce the diya for those impairments. This view is the result of referring to some religious texts and jurisprudential fatwas. By examining the jurisprudential sources and articles of the Islamic Penal Code, it is possible to find many gaps and challenges in the field of the effect of recovery on reducing the amount of diya. In addition to the monopoly of impairments to specific cases such as fractures and the limited cases of impact on a particular organ, one of the most important gaps is that no clear features and components are provided to explain the concept of recovery and recognition of its types from each other. This major gap and challenge also exists in the Islamic Penal Code and has become one of its weaknesses. Besides, the legislator's use of vague interpretations in this regard has caused the Islamic Penal Code to face major problems. In this paper, with the aim of amending the articles of the Islamic Penal Code, an attempt is made to explain the viewpoints of jurists and legislators in a descriptive-analytical method, as well as to explain the existing challenges in this regard and finally to offer suggestions to solve them.

Keywords

Criminal impairments, recovery, crime, bone fragments, diya, fracture.

-
1. Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology, University of Tehran. sntavakkoli@ut.ac.ir
 2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahrekord University, and Researcher, Office of Jurisprudential studies of Forensic Medicine (Corresponding Author). jafar.samen.1367@gmail.com

* Nazari Tawakoli, s. & Sadeqpour, m.j. (2021). The Effect of Recovery on Reducing the Amount of Diya of Criminal Impairments in Jurisprudence and Islamic Penal Code of Iran; Gaps and Challenges. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp. 93-121. Doi: 10.22081/jf.2021.58211.2083.

تأثیر بهبود بر کاهش میزان دیه آسیب‌های جنایی در فقه و قانون مجازات اسلامی ایران؛ خلأها و چالش‌ها

سعید نظری توکلی^۱
محمدجعفر صادق پور^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

چکیده

قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران، بهبود یافتن برخی از آسیب‌هایی که در پی جنایت بر تمامیت جسمانی اشخاص پدید می‌آید را موجب کاهش دیه آن آسیب‌ها دانسته است. این نگره برآیند رجوع به برخی از نصوص شرعی و فتاوی‌ای فقهی است. با تأمل در منابع فقهی و مواد قانون مجازات اسلامی می‌توان دریافت خلأها و چالش‌های فراوانی در زمینه تأثیر بهبود بر کاهش میزان دیه وجود دارد. علاوه بر انحصار نوع آسیب‌ها به موارد خاصی همچون شکستگی و نیز محدود بودن موارد تأثیر به اندامی خاص، یکی از مهم‌ترین خلأها این است که هیچ شاخصه و مؤلفه روشنگری برای تبیین مفهوم بهبود و بازشناسی گونه‌های آن از یکدیگر ارائه نشده است. همین خلأ و چالش اساسی به قانون مجازات اسلامی نیز راه یافته و موجب سستی آن شده است. علاوه بر این، استفاده مقنن از تعابیر مبهم در این زمینه موجب شده است که قانون مجازات اسلامی با اشکالات اساسی روبرو شود. در این نوشتار تلاش می‌شود با هدف اصلاح مواد قانون مجازات اسلامی، با روشی توصیفی-تحلیلی، به تبیین موضع فقیهان و قانون‌گذار، و نیز تشریح چالش‌های موجود در این زمینه پرداخته شود و در پایان پیشنهادهایی جهت رفع آنها ارائه گردد.

کلیدواژه‌ها

آسیب جنایی، بهبود، جنایت، خردشدگی، دیه، شکستگی.

۱. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران. sntavakkoli@ut.ac.ir
۲. پژوهشگر دفتر مطالعات فقهی پزشکی قانونی و استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهرکرد (نویسنده مسئول). jafar.samen.1367@gmail.com

*نظری توکلی، سعید؛ صادق پور، محمدجعفر. (۱۴۰۰). تأثیر بهبود بر کاهش میزان دیه آسیب‌های جنایی در فقه و قانون مجازات اسلامی ایران؛ خلأها و چالش‌ها. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۵)، صص ۹۳-۱۲۱.

Doi:10.22081/jf.2021.58211.2083.



قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر گزاره‌های فقهی و فتاوی فقیهان امامیه است. تأثیرپذیری این قانون از فتاوی فقهی به گونه‌ای است که بسیاری از مواد آن در حقیقت ترجمانی منقح از کلام فقیهان محسوب می‌شود. این امر در خصوص مواد قانونی کتاب دیات (مواد ۴۴۸ تا ۷۲۸) برجستگی بیشتری دارد. یکی از مباحثی که به پیروی از فتاوی فقهی در کتاب دیات قانون مجازات اسلامی گنجانده شده، تأثیر بهبود آسیب جنایی بر میزان دیه است؛ بدین معنا که با بهبود یافتن برخی آسیب‌های خاص، میزان دیه‌ای که برای آنها در فرض عدم بهبود در نظر گرفته شده، کاسته می‌شود. این تأسیس فقهی که عمدتاً بر آئیند فرازهایی از روایت ظریف بن ناصح (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، صص ۳۳۴-۳۴۰) است، در مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی بازتاب یافته است؛ لکن آنچه بازناندیشی در این تأسیس را ضرورت می‌بخشد دو مسئله مختلف است: نخست ابهامات ناظر بر مبانی فقهی و گزاره‌های شرعی مستند این تأسیس، و دوم، چالش‌های ناظر بر قانون مجازات اسلامی در زمینه قانونی‌سازی این گزاره‌ها. بر این اساس هم از حیث مبنایی می‌توان ملاحظات در خصوص تأثیر بهبود بر میزان دیه ملحوظ داشت و هم ابهامات و چالش‌هایی از حیث تقنینی در این زمینه وجود دارد. شگفتا که جایگاه ویژه این موضوع موجب نشده تا پژوهش‌گران حوزه فقه و حقوق به صورت مستقل به واکاوی این مسئله بپردازند، و همین امر موجب بروز مشکلاتی در زمینه اجرایی‌سازی مواد مربوطه شده است. البته علاوه بر اینکه در خصوص حدود و ثغور تأثیرگذاری بهبود بر میزان دیه در متون فقهی، نکات مهمی مورد تصریح قرار گرفته، برخی از پژوهش‌گران به شکل گذرا و بسیار کلی به وجود پاره‌ای از مشکلات در این زمینه اشاره کرده‌اند (بای، ۱۳۹۴، ص ۴۹؛ شاکر و ساریخانی، ۱۳۹۵، ص ۳۲۶)؛ لکن این تصریحات و اشارات در جهت تبیین زوایای چنین موضوع بااهمیتی بسیار ناکافی است. از این رو، در این نوشتار پس از گزارش موارد تأثیر بهبود بر میزان دیه، متکی به این گزارش‌ها به بیان چالش‌ها و خلأهای موجود در این زمینه پرداخته می‌شود تا برای رفع این چالش‌ها به صورت موردی و مستقل چاره‌ای اندیشیده شود.



۱. موارد تأثیر بهبود بر میزان دیه در فقه و قانون مجازات اسلامی^۱

در فقه امامیه و به تبع در قانون مجازات اسلامی ایران، تحقق بهبود به دو صورت کلی تصویر شده است: نخست وضعیتی که عضو آسیب دیده به طور کامل و بدون هیچ عیب و نقصی سلامتی خود را باز یابد، و حالت دوم آن است که عضو آسیب دیده همراه با عیب و نقص بهبود یابد (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۶۱۹؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۲). این دو وضعیت که می توان تحت عنوان «بهبود کامل» و «بهبود ناقص» از آنها یاد کرد (ر.ک: ماده ۶۰۱ق.م.ا)، می توانند مبنای طبقه بندی موارد تأثیر بهبود قرار گیرند. از همین رو، در ادامه در دو محور کلی به بررسی موارد تأثیر بهبود پرداخته خواهد شد:

۱-۱. تعیین میزان کسری دیه در فرض بهبود کامل و ناقص

اعضایی که میزان کسر دیه آنها در فتاوی فقها، در دو فرض بهبود کامل و ناقص مشخص شده، پنج عضو است که در برخی از موارد آنها حالت بهبود ناقص عضو با حالت عدم بهبود در میزان دیه، حکم یکسان دارند. با این وجود چون میزان دیه در دو فرض فوق مورد تصریح قرار گرفته، به قرار زیر قابل بررسی هستند:

۱-۱-۱. شکستگی ستون فقرات (Verebral Column)

در روایت ظریف برای شکستگی ستون فقرات، در دو فرض بهبود کامل و ناقص، به قرار زیر دیه تعیین شده است:

فَإِنْ انْكَسَرَ الصُّلْبُ فُجِبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَدِيَّتُهُ مِائَةٌ دِينَارٍ وَإِنْ عَثِمَ فَدِيَّتُهُ أَلْفُ دِينَارٍ؛ اگر ستون فقرات بشکند و بدون خمیدگی و عیب بهبود یابد، دیه آن یکصد دینار [یک دهم دیه کامل] است و در صورتی که دچار خمیدگی شود، دیه آن هزار دینار [دیه کامل] است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۰۵).

۱. لازم به ذکر است که در فقه و قانون، مجازات آسیب هایی وجود دارد که بهبود آنها موجب کاسته شدن دیه آنها می شود؛ لکن از آنجا که این کاهش در قالب «ارش» صورت گرفته، تحت موضوع این نوشتار نمی گنجد و به آنها پرداخته نخواهد شد.





فقیهان امامیه نیز بر مبنای این روایت، برای شکستگی ستون فقرات تعیین دیه کرده‌اند (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق، ص ۶۱۹؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۲) و قانون‌گذار نیز در بند «الف» و «ت» ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی، به تبعیت از فقها در خصوص دیه ستون فقرات این گونه مقرر می‌دارد:

دیه شکستن ستون فقرات به ترتیب ذیل است:

الف. شکستن ستون فقرات در صورتی که اصلاً درمان نشود و یا بعد از علاج به صورت خمیده درآید، موجب دیه کامل است.

...

ت. شکستن ستون فقرات که بدون عیب درمان شود، موجب یک‌دهم دیه کامل است.

در ماده فوق تعبیر «بعد از علاج به صورت خمیده درآید» در حقیقت عبارتۀ اخرای بهبود همراه عیب یا همان بهبود ناقص است که ملحق به «اصلاً درمان نشدن» گشته و در نتیجه برای آن دیه کامل در نظر گرفته شده است.

۱-۱-۲. شکستگی ترقوه (Celvicle)

در نظر اغلب فقیهان امامیه، دیه ترقوه در فرض بهبود ناقص آن همانند فرض عدم بهبود، نصف دیه کامل است. در عین حال، فقیهان جملگی معتقدند در صورتی که این عضو بهبود کامل یابد، چهل دینار برای آن ثابت است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۸۶). منشأ اختلاف فوق این است که در روایت ظریف تنها برای فرض بهبود کامل دیه تعیین شده است و اساساً بهبود ناقص ترقوه مورد توجه قرار نگرفته است: «فِي التَّرْقُوتِ إِذَا انْكَسَرَتْ فَجُبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ أُرْبَعُونَ دِينَارًا؛ دیه ترقوه در صورتی که بدون کژی و عیب بهبود یابد، چهل دینار است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۰).

ماده ۶۵۶ ق.م.ا نیز به تبعیت از قول مشهور فقها، برای فرض بهبود کامل هر یک از استخوان‌های ترقوه، چهار درصد دیه کامل و برای فرض بهبود ناقص یا عدم بهبود آنها، نصف دیه کامل در نظر گرفته است.

۱-۳. شکستگی استخوان ران (Femur)

در روایت ظریف برای استخوان ران به ترتیب زیر دیه تعیین شده است:

فِي الْفَخْذِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلِ مِائَتًا دِينَارٍ فَإِنْ عَثِمَتْ فَلِدِيَّتِهَا ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا وَثُلُثُ دِينَارٍ وَذَلِكَ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ؛ هر گاه استخوان ران بشکند و بدون کثری و عیب بهبود یابد، یک پنجم دیه پا، یعنی ۲۰۰ دینار دیه دارد و در صورت کثری، دیه آن ۳۳۳ دینار و یک سوم دینار، یعنی یک سوم دیه نفس است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۹؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۸).

برخی فقها نیز بر اساس همین روایت، میزان دیه استخوان ران را در فرض بهبود کامل و ناقص مشخص کرده‌اند (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق، ص ۶۲۰؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۸؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۲۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۰۵). شایان ذکر است که میزان دیه تعیین شده، مربوط به هر دو استخوان ران است و نه فقط یکی از آنها.

۱-۴. شکستگی استخوان ساق (The Leg)

ساق پا شامل دو استخوان است: تیبیا (Tibia) یا درشت‌نی، و فیبولا (Fibula) یا نازک‌نی (درک، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۹). بر مبنای روایت ظریف هر گاه استخوان ساق پس از شکستن بدون عیب بهبود یابد، یک پنجم دیه دو پا را دارا است و هر گاه با کثری بهبود یابد، یک سوم دیه نفس به آن تعلق می‌گیرد:

فِي السَّاقِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلِ مِائَتًا دِينَارٍ وَ... فَإِنْ عَثِمَ السَّاقُ فَلِدِيَّتِهَا ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا وَثُلُثُ دِينَارٍ؛ هر گاه استخوان ساق بشکند و بدون کثری و عیب بهبود یابد، یک پنجم دیه پا یعنی ۲۰۰ دینار دیه دارد و در صورت کثری، دیه آن ۳۳۳ دینار و یک سوم دینار یعنی یک سوم دیه نفس است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۴۰؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۹).

برخی از فقها بر اساس این روایت فتوا داده‌اند (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۷؛ خویی، ۱۴۲۲ق،



فقه



ج ۴۲، ص ۴۲۰؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۳۸؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۳، ص ۴۲۲). شایان ذکر است که در این مورد نیز ملاک در تعیین دیه، هر دو ساق انسان است.

۱-۱-۵. کنده شدن ناخن (Unuis)

در برخی روایات برای کنده شدن ناخن به فرار زیر دیه تعیین شده است:

قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي الطُّفْرِ إِذَا قُطِعَ وَلَمْ يَنْبُثْ أَوْ خَرَجَ أَشْوَدَ فَاسِدًا عَشْرَةَ دَنَانِيرَ فَإِنْ خَرَجَ أَيْضًا فَحَمْسَةٌ دَنَانِيرًا؛ امام علی عليه السلام در خصوص ناخنی که قطع شده و دیگر نمی‌روید و یا سیاه و فاسد می‌روید (باعیب) به ده دینار حکم کرده و در صورتی که سفید بروید (بدون عیب)، به پنج دینار قضاوت نموده است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۴۹).

فقیهان امامیه نیز مطابق این روایت در خصوص جنایت بر ناخن فتوا داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۵۸؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۸۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۱۶). در ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی نیز با بهره‌گیری از نصوص شرعی و فقهی فوق، برای فرض بهبود ناقص ناخن، یک درصد دیه کامل و برای فرض بهبود کامل آن نیم درصد دیه کامل در نظر گرفته شده است.

۱-۲-۲. تعیین میزان کسری دیه در فرض بهبود کامل

در کنار اعضای پنج‌گانه‌ای که از آنها نام برده شد، معدودی از اعضا مورد احصا قرار گرفته که کسر دیه آنها تنها در فرض بهبود کامل مطرح می‌شود و نسبت به فرض بهبود ناقص آنها سکوت اختیار شده است. این موارد عبارتند از:

۱-۲-۱. شکستگی، خردشدگی و دررفتگی استخوان‌های اعضای دارای دیه

بسیاری از فقیهان امامیه (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۸۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۴۸؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۸۷) با الغای خصوصیت از برخی فرازهای روایت ظریف (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۷۵-۹۲)، قاعده‌ای کلی اصطیاد کرده‌اند که می‌توان از آن تحت عنوان کلی «قاعده دیه آسیب‌های استخوانی» یاد کرد که در ضمن این قاعده برای بهبود کامل شکستگی،

خردشدگی و دررفتگی استخوان اعضایی که دیه مقدر دارند، کاهش دیه در نظر گرفته شده است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران به تبعیت از فقها این قاعده کلی را در قالب سه محور مختلف پذیرفته است؛ بدین بیان که علاوه بر فراز نخست ماده ۵۶۸، در بند اول ماده ۵۶۹، قاعده شکستگی را این گونه بیان کرده است: «دیه شکستن استخوان هر عضو یک‌پنجم دیه آن عضو، و اگر بدون عیب درمان شود، چهارپنجم دیه شکستن آن است.» همچنین در دومین بند همین ماده، قاعده خردشدگی را این گونه انعکاس داده است: «دیه خردشدن استخوان هر عضو یک‌سوم دیه آن عضو، و اگر بدون عیب درمان شود، چهارپنجم دیه خردشدن آن استخوان است.»

علاوه بر دو فراز فوق، در خصوص دررفتگی نیز قاعده‌ای به همین مناسبت وجود دارد که توسط فقها نیز مورد توجه قرار گرفته است (ابن‌حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۵۳)؛ لکن این قاعده مربوط به فرضی است که دررفتگی موجب شلل و از کارافتادگی عضو شود و سپس بهبود یابد. ماده ۵۷۰ در این رابطه مقرر می‌دارد: «دررفتگی استخوان از مفصل، در صورتی که موجب شلل یا از کارافتادگی کامل عضو نگردد، موجب ارش، و در غیر این صورت موجب دوسوم دیه همان عضو و در صورت درمان بدون عیب، موجب چهارپنجم از دوسوم دیه آن عضو است.»

ناگفته پیداست که با پذیرش این قاعده، در تمامی شکستگی‌ها، خردشدگی‌ها و دررفتگی‌هایی که موجب شلل شود، تحقق بهبود کامل موجب کاهش دیه خواهد شد؛ مشروط به اینکه استخوان آسیب‌دیده مربوط به عضوی باشد که دیه مقدر دارد.

۱-۲-۲. شکستگی بازو (Humerus)

در روایت ظریف، برای شکستن استخوان بازو در صورتی که بهبود کامل یابد، به شرح زیر دیه تعیین شده است:

فِي الْعَصْدِ إِذَا انْكَسَرَتْ فُجِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَلِدِيَّتْهَا حُمْسُ دِيَةِ الْيَدِ

۱. ماده ۵۶۸: در شکستگی عضوی که دارای دیه مقدر است، چنانچه پس از جنایت به گونه‌ای اصلاح شود که هیچ عیب و نقصی در آن باقی نماند، چهاربیست‌وپنجم دیه آن عضو ثابت است.





مِائَةٌ دِينَارٍ؛ ديه بازو آن گاه که شکسته شود و بدون عيب و نقص بهبود يابد،
 يک پنجم ديه دست يعنى صد دينار است» (کليني، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۵؛ طوسی،
 ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۱).

برخی فقیهان امامیه نیز بر مبنای همین روایت، در فرض فوق يک پنجم ديه کامل
 تعيين کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۸). در قانون مجازات اسلامی، حکم شکستگی
 بازو به طور مستقل نیامده، لذا مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۳. شکستگی آرنج (Elbow Joint)

در روایت ظریف وضعیت تعيين ديه در آرنج نیز همانند بازو است:
 فِي الْمَرْفِقِ إِذَا كُسِرَ فُجِبَ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَدِيَّتُهُ مِائَةٌ دِينَارٍ وَذَلِكَ خُمْسُ
 دِيَةِ الْيَدِ؛ ديه آرنج هر گاه شکسته شود و بدون عيب و نقص بهبود يابد، صد
 دينار است که معادل يک پنجم ديه دست است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۴؛
 کليني، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۵).

برخی فقها نیز بر همین مبنای فتوا داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۰). این آسیب نیز
 مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۴. شکستگی ساعد (The Forearm)

در روایت ظریف، برای شکستگی همراه با بهبود کامل دو ساعد، يک سوم ديه کامل در
 نظر گرفته شده است:

«فِي السَّاعِدِ إِذَا كُسِرَ ثُمَّ جُبِرَ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَدِيَّتُهُ ثُلُثُ دِيَةِ النَّفْسِ
 ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَاراً وَثُلُثُ دِينَارٍ؛ ديه ساعد آن گاه که شکسته شود و
 بدون عيب و نقص بهبود يابد، ثلث ديه نفس، معادل ۳۳۳ دينار و يک سوم دينار
 است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۴؛ کليني، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۵).

فقها نیز بر همین مبنای شکستگی همراه با بهبود کامل هر يک از ساعدها را مستحق
 ثلث ديه دست دانسته‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۹؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق،
 ج ۲۶، ص ۳۰۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۷۲). این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۵. شکستگی استخوان نشیمن‌گاهی (Ischium)

دیه شکستگی استخوان نشیمن‌گاهی یا همان «ورک» در فرض بهبود کامل، یک پنجم دیه پا تعیین شده است:

فِي الْوُرْكِ إِذَا كَسِرَ فَجَبِرَ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ حُمْسُ دِيَةِ الرَّجُلِ مِائَتًا دِينَارًا؛
برای استخوان ران آن‌گاه که شکسته شود و بدون عیب و نقص بهبود یابد،
یک پنجم دیه پا معادل دویست دینار ثابت است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۸؛
طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۴).

برخی از فقیهان امامیه به صراحت بر اساس این روایت فتوا داده‌اند (ابن حمزه طوسی،
۱۴۰۸ق، ص ۴۵۱؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۷؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۶؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۲۸؛
روحانی، بی تا، ج ۳، ص ۴۱۶). این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۶. خردشدگی استخوان‌های میج (Carpal)

در روایت ظریف برای کوبیدگی/خردشدگی میج دست به قرار زیر تعیین دیه شده است:

دِيَةُ الرُّضْعِ إِذَا رُضَّ فَجَبِرَ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ ثُلُثُ دِيَةِ الْيَدِ مِائَةٌ دِينَارٍ وَسِتَّةٌ
وَسِتُّونَ دِينَارًا وَتُلْتَا دِينَارًا؛ دیه میج آن‌گاه که کوبیده/خرد شود و بدون عیب و
نقص بهبود یابد، ثلث دیه دست معادل ۶۶ دینار و دوسوم دینار است» (کلینی،
۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۰۱).

برخی از فقها نیز بر همین پایه فتوا داده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۱۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ق،
ج ۲۶، ص ۳۰۸). این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۷. شکستگی کف دست (Palm)

در خصوص دیه کف دست در فرض بهبود کامل، دو دیدگاه فقهی مختلف وجود دارد؛ در یکی از دیدگاه‌ها برای کف دست در صورت بهبود کامل چهل دینار دیه تعیین شده (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۲۶۴؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۲۳) و در دیگری صد دینار (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۰۳). این اختلاف، نتیجه وجود تعارض در دو فراز مختلف از



فقه



روایت ظریف است که در یکی چهل دینار به عنوان میزان دیه مشخص شده^۱ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۷) و در دیگری صد دینار^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۶). میزان دیه شکستگی در صورت بهبود کامل کف دست در قانون مجازات، به طور مستقل مشخص نشده است. ممکن است در بدو امر چنین تلقی شود که این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است، اما به نظر نگارنده با توجه به ماده ۶۳۷ ق.م.ا که برای کف دست، ارش تعیین کرده است، به نظر می‌رسد این عضو از اعضای دارای دیه مقدر نیست تا مشمول ماده ۵۶۹ شود.

۱-۲-۸. شکستگی استخوان انگشت ابهام (pollex)

برخی ققیهان به تبعیت از روایت ظریف، برای فرض بهبود کامل شکستگی انگشت ابهام، یک پنجم دیه انگشت ابهام، یعنی ۳۳ دینار و یک سوم دینار دیه در نظر گرفته‌اند (روحانی، بی تا، ج ۳، ص ۴۱۴؛ همچنین: عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۴۳۵؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۳). این دیدگاه برآمده از رجوع به روایت ظریف است:

دِيَهٗ قَصَبَةِ الْاِبهَامِ الَّتِي فِي الْكَفِّ تُجْبَرُ عَلٰى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ حُمْسُ دِيَهٗ الْاِبهَامِ
ثَلَاثَةٌ وَتَلَاثُونَ دِينَارًا وَتُلْتُ دِينَارٍ؛ دیه استخوان انگشت ابهام که در کف دست
است، آن گاه که شکسته شود و بدون عیب و نقص بهبود یابد، یک پنجم دیه
انگشت ابهام، معادل ۳۳ دینار و ثلث دینار است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۵؛
طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۲).

این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۹. شکستگی بند محل رویش ناخن انگشت ابهام (Distal)

در روایت ظریف برای شکستگی همراه با بهبود کامل بند محل رویش انگشت ابهام، به قرار زیر دیه تعیین شده است:

۱. «فِي الْكَفِّ إِذَا كَسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَلِدِيَّتْهَا أَرْبَعُونَ دِينَارًا.»
۲. «فِي الْكَفِّ إِذَا كَسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَظْمٍ وَلَا عَيْبٍ فَلِدِيَّتْهَا حُمْسُ دِيَهٗ الْيَدِ مِائَةَ دِينَارٍ.»

دِيَّةُ الْمَفْصِلِ الثَّانِي مِنْ أَعْلَى الْإِهَامِ إِنْ كُسِرَ فَجَبِرَ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ سِنَّةٌ
عَشْرَ دِينَاراً وَتُلْتَأَ دِينَارٍ؛ ديه بند دوم از بالای انگشت ابهام هرگاه شکسته شود و
بدون عیب و نقص بهبود یابد، شانزده دینار و دوسوم دینار است» (کلینی، ۱۴۰۷ق،
ج ۷، ص ۳۳۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۲).

همین دیدگاه در برخی منابع فقهی نیز انعکاس یافته است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۴؛
تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۲۶؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۳، ص ۴۲۰).
این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱-۲-۱۰. شکستگی و خردشدگی زانو (Knee Joint)

در روایت ظریف برای شکستگی همراه با بهبود کامل زانو، به قرار زیر ديه تعیین شده است:
فِي الرُّكْبَةِ إِذَا كُسِرَتْ فَجَبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَثْمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَّةِ الرَّجُلِ مَا تَنَا
دِينَارٍ؛ برای زانو آن گاه که شکسته شود و بدون عیب و نقص بهبود یابد،
یک پنجم ديه با معادل دویست دینار ثابت است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۹؛
کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۹).

این روایت از سوی برخی فقها موردعمل قرار گرفته است (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۷؛
خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، صص ۴۱۸-۴۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، صص ۳۰۵-۳۰۶).
با این وجود جالب این است که در صورت خردشدگی زانو، تنها به فرض بهبود
ناقص آن توجه شده و در ادامه روایت فوق آمده است:

«إِنْ رُضِّتْ فَعَتَمَتْ فِيهَا ثُلُثُ دِيَّةِ النَّفْسِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَاراً وَتُلْتَأُ
دِينَارٍ؛ ديه زانو هر گاه خرد/کوبیده شود و با عیب بهبود یابد، یک سوم ديه نفس
معادل ۳۳۳ دینار و یک سوم دینار است.» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۹؛ کلینی،
۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۹).

این فراز نیز مورد توجه برخی فقها قرار گرفته و بر مبنای آن فتوا داده‌اند (ابن سعید حلّی،
۱۳۹۴، ص ۱۵۰). این میزان ديه معادل با فرض فلج و شلل زانو است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲،
ص ۴۱۹).

این دو آسیب نیز مشمول بند «الف» و «ب» ماده ۵۶۹ است.



فقه

۱۱-۲-۱. خردشدگی قوزک (Malleolus)

در روایت ظریف برای خردشدگی قوزک پا در فرض بهبود کامل، یک سوم دیه پا تعیین شده است:

فِي الْكَعْبِ إِذَا رُضَّ فُجِبِرَ عَلَى غَيْرِ عَنَمٍ وَلَا عَيْبٍ ثُلُثُ دِيَةِ الرَّجُلِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا وَثُلُثُ دِينَارٍ؛ برای قوزک آن گاه که کوبیده/خرد شود و بدون عیب و نقص بهبود یابد، یک سوم دیه پا معادل ۳۳۳ دینار و یک سوم دینار ثابت است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۶).

میزان دیه فوق توسط برخی فقها مورد تصریح قرار گرفته است (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۸؛ ابن سعید حلی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۴؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۹؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۳۲). این آسیب مشمول بند «ب» ماده ۵۶۹ است.

۱۲-۲-۱. شکستگی قدم (Metatarsals & Tarsal Bones)

در روایت ظریف برای القدم (پنجه پا از میچ به پایین) به قرار زیر تعیین دیه شده است:

فِي الْقَدَمِ إِذَا كُسِرَتْ فَجِبِرَتْ عَلَى غَيْرِ عَنَمٍ وَلَا عَيْبٍ خُمُسُ دِيَةِ الرَّجُلِ مِائَتًا دِينَارًا؛ برای پنجه پا آن گاه که شکسته شود و بدون عیب و نقص بهبود یابد، یک پنجم دیه پا معادل دویست دینار ثابت است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۹۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۰۶).

برخی از فقیهان امامیه نیز بر همین مبنا فتوا داده‌اند (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۲۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۳۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۰۶). این آسیب نیز مشمول ماده ۵۶۹ است.

۱۳-۲-۱. شکستگی استخوان بینی (Nasal Bones)

بسیاری از فقیهان امامیه، بی آنکه نصی در این رابطه وجود داشته باشد، بر این باورند که اگر استخوان بینی بشکند و سپس بهبود کامل یابد، دیه آن صد دینار (یک دهم دیه کامل) است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۶۷؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۷۶؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۴۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۴۱۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۱۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۴۶؛ علامه حلی،



فقه

۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۷۲؛ ابن شجاع حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۸۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۷۶). چه بسا این حکم نتیجه قیاس حکم شکستگی همراه با بهبود کامل بینی با شکستگی ستون فقرات باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۹۲). ماده ۵۹۳ ق.م.ا نیز متأثر از این دیدگاه مقرر می‌دارد:

شکستن استخوان بینی در صورتی که موجب فساد بینی و از بین رفتن آن شود، دیه کامل دارد و چنانچه بدون عیب و نقص اصلاح شود موجب یک‌دهم دیه کامل، و اگر با عیب و نقص بهبود پیدا کند، موجب ارش است. در کج شدن بینی یا شکستن استخوان بینی که منجر به فساد آن نشود، ارش ثابت می‌شود.»
نکته‌ای که باید در این رابطه مورد توجه قرار گیرد این است که همان‌گونه که در متن ماده نیز روشن گشته، شکستگی استخوان بینی در صورتی که بهبود ناقص یابد، موجب دیه کامل نیست و از این میزان کسر می‌شود، لکن از آنجا که میزان کسری در این فرض متناسب با میزان آسیب و نسبت بهبودی، در قالب ارش تعیین می‌شود، نمی‌توان آن را مصداق تعیین کسری دیه دانست.

۱-۲-۱۴. سوراخ شدن و پارگی بینی

در خصوص دیه نافذه بینی، صور مختلفی در روایت ظریف آمده است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۱). همچنین در این رابطه میان فقها اختلاف وجود دارد. فارغ از این اختلافات، در بسیاری از منابع به صورت کلی و اجمالی برای جنایتی که موجب سوراخ شدن بینی شود، یک سوم دیه بینی و در صورتی که بهبود کامل یابد، یک پنجم (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۴؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۰۷) یا یک‌دهم (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۷) دیه در نظر گرفته شده است. چه بسا یک پنجم دیه در فرض سوراخ شدن دو طرف بینی و یک‌دهم دیه در فرض سوراخ شدن یک طرف بینی ثابت باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۴۲). در ماده ۵۹۶ قانون مجازات اسلامی نیز سوراخ شدن بینی به دو شکل مختلف تصویر شده است:

الف. اگر هر دو طرف بینی سوراخ شود، در صورتی که باعث از بین رفتن بینی یا نوک آن نشود، اگر بهبود حاصل نشود، یک سوم دیه کامل ثابت است، اما اگر بهبود





کامل تحقق یابد، یک پنجم دیه کامل پرداخت می شود (ماده ۵۹۶ ق.م.ا).
 ب. اگر تنها یک طرف بینی سوراخ شود، در صورت عدم بهبود، دونهم دیه کامل و در صورت بهبود کامل، یک پانزدهم دیه کامل ثابت می شود (ماده ۵۹۷ ق.م.ا).
 در کنار سوراخ شدن بینی، پارگی بینی نیز از جمله آسیب‌هایی است که در فرض بهبود کامل آن، میزانی از دیه تعلق گرفته کسر می شود. ماده ۵۹۸ در این رابطه مقرر می دارد: «دیه پاره کردن بینی در صورتی که سبب از بین رفتن بینی یا نوک آن نشود، یک سوم دیه کامل، و اگر بهبود یابد یک دهم دیه کامل است.»
 جالب این است که در این ماده میان پارگی یک طرف بینی یا دو طرف آن تفصیلی داده نشده و قانون‌گذار ترجیح داده که این آسیب را به صورت کلی موجب ترتب دیه فوق‌الذکر بداند.

۱-۲-۱۵. شکافتن لب

وفق دیدگاه فقها (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۶۲) و متکی به روایت ظریف (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۸۱-۸۲)، اگر لب شکافته شود به گونه‌ای که دندان‌ها نمایان شوند، یک سوم دیه آن لب ثابت خواهد بود و در صورتی که بهبود یابد، یک پنجم دیه آن لب باید پرداخت شود. در قانون مجازات اسلامی، شکافتن لب‌ها نیز موجب ترتب دیه دانسته شده که در صورت بهبود کامل، میزانی از دیه تعیین شده کسر می شود. در ماده ۶۱۰ این قانون برای لبی که شکافته، یک ششم دیه کامل و برای لب شکافته شده‌ای که بهبود یافته، یک دهم دیه کامل در نظر گرفته شده است:

شکافتن هر دو لب به نحوی که باعث نمایان شدن دندان‌ها شود، یک سوم دیه کامل، و در صورت بهبودی بدون عیب، یک پنجم دیه کامل دارد. شکافتن یک لب موجب یک ششم دیه کامل و در صورت بهبودی بدون عیب، موجب یک دهم دیه کامل است.

با توجه به تعیین یک ششم دیه برای شکافتن هر لب که بیشتر از میزانی است که برای فرض بهبود یافته آن ثابت است، قاعدتاً بایستی میزان مذکور برای فرض بهبود نیافته تقریر یافته باشد.

۲. خلأها و چالش‌های تأثیر بهبود بر میزان ديه

تأثيرگذاري بهبود بر ميزان ديه در نظام حقوقی اسلام و به‌خصوص آن‌گاه که در عرصه عمل اجرائی می‌شود، دارای خلأها و چالش‌هایی است که در ادامه مورد توجه قرار می‌گیرد:

۲-۱. محدود و محصور بودن موارد تأثیر

جز شکافتن و پاره‌شدن لب، نافذه بینی و همچنین کنده‌شدن ناخن، تقریباً تمامی آسیب‌هایی که تحقق بهبود موجب کاهش ديه آنها می‌شود، مربوط به جنایت بر استخوان می‌شوند. جالب این است که از میان جنایات وارده بر استخوان، جز خردشدگی مچ، زانو و قوزک، تمامی آسیب‌هایی که بر استخوان‌ها وارد می‌شود و بهبودیافتگی آنها موجب کسر ديه می‌شود از نوع شکستگی است. بر این پایه، نقل اصلی تأثیر بهبود بر میزان ديه مربوط به شکستگی استخوان‌ها است. این در حالی است که آسیب‌های دیگری همچون از بین رفتن عضو، اعم از قطع و فساد، زوال منافع و جراحات، از جمله آسیب‌هایی هستند که در بستر جامعه به‌وفور رخ می‌دهند و در عین حال فقه امامیه و به تبع آن قانون مجازات اسلامی، تحقق بهبود را در کاهش ديه آنها مؤثر ندانسته است. بالاتر اینکه امروزه گاه برخی از این آسیب‌ها با سهولت بیشتری درمان شده و بهبود می‌یابند؛ چنان که زوال حس و حرکت (فلج) گرچه در گذشته به‌سختی بهبود می‌یافت، امروزه در مواردی با پیوند اعصاب قطع شده به‌راحتی بهبودپذیر شده است (غفاری و همکاران، ۱۳۸۳، صص ۴۶-۴۹). از همین رو، نخستین پرسش قابل طرح در این زمینه این است که تا چه میزان امکانات و ظرفیت‌های عصر تشریح در گستره موارد تأثیر بهبود مؤثر بوده است؟ آیا امروزه که امکان بهبود بسیاری از آسیب‌ها فراهم آمده، نمی‌توان این گستره را توسعه داد و موارد تأثیر را بسط داد؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش نیازمند مجال دیگری است و از همین رو نگارندگان در پژوهشی دیگر به‌طور مبسوط به این پرسش پاسخ داده‌اند، اما عجالتاً باید پذیرفت که این ناهمگونی و ناسازواری در موارد تأثیر، به‌خصوص در حوزه تقنین، توجیه‌پذیر



نیست و با تفصیل میان آسیب‌ها بایستی گستره موارد تأثیر را فراتر از موارد مصرّح دانست.

۲-۲. عدم انضباط منطقی در توسعه موارد بهبود

گرچه فقها در آثار خود هیچ‌گاه به چالش محدود و محصور بودن موارد تأثیر بهبود توجه نکرده‌اند و این مسئله را امری طبیعی دانسته‌اند که در پی رجوع به نصوص حاصل آمده، لکن جالب این است که در مواردی ظاهراً خود اقدام به توسعه حکم کاهش دیه به موارد غیر مصرّح کرده‌اند. توضیح بیشتر اینکه برخی از فقیهان امامیه، در دو موضع، از روایات تأثیر بهبود تعدی کرده و بهبود آسیب وارده بر اندام غیر مصرّح را نیز موجب کاهش دیه دانسته‌اند. این دو موضع - و در واقع دو عضو - عبارتند از ستون فقرات و بینی.

۲-۲-۱. ستون فقرات

گرچه گروهی از فقها بر این باورند که دیه ستون فقرات در صورت بهبود کامل، یک‌دهم دیه کامل است (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵ق، ص ۶۱۹؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۲)، لکن بسیاری از فقیهان امامیه در این فرض یک‌سوم دیه کامل را ثابت می‌دانند (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۵۱؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۸۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۳۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۰۸). نظریه نخست (یک‌دهم دیه کامل) متکی به روایت ظریف است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۳۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۰۵)، اما نظریه دوم (ثلث دیه کامل) که نظریه مشهور و یا اشهر فقیهان امامیه محسوب می‌شود (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۴۳۵)، فاقد پشتوانه روایی است و چنان‌که برخی فقها (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۸۱؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۲) مطرح کرده‌اند، ظاهراً مبتنی بر تعمیم حکم لَحیه و ساعد به ستون فقرات است؛ زیرا همان‌گونه که وفق روایات، کندن لَحیه و قطع ساعدها دیه کامل دارد و بهبود کامل آنها دارای ثلث دیه کامل است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۸۴؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۱۶)، در ستون فقرات که شکستگی بدون درمانش دیه کامل دارد، بایستی بهبود کامل آن، میزان دیه را به ثلث دیه برساند.



فقه

۲-۲-۲. بینی

چنان که گذشت، بسیاری از فقیهان امامیه معتقدند که اگر استخوان بینی بشکند و سپس بهبود کامل یابد، دیه آن یک‌دهم دیه کامل (صد دینار) است. جالب این است که دیدگاه فوق هیچ‌گونه پشتوانه‌ای در جوامع روایی ندارد، بلکه با توجه به اینکه میزان دیه بینی و ستون فقرات، هر دو، در فرض عدم بهبود یکسان است، فقها چنین نتیجه گرفته‌اند که اگر این شکستگی بهبود یابد، همان‌گونه که در ستون فقران یک‌دهم دیه کامل ثابت می‌شود، در اینجا نیز یک‌دهم دیه کامل ثابت می‌شود. جالب‌تر اینکه چنین تعمیمی از سوی برخی از فقها به صراحت گزارش شده و در عین حال مخالفت با آن نوعی تردید بی‌مورد تلقی شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۹۲).

به‌هرروی، فارغ از صحت و سقم این تعمیم‌ها، با توجه به این دو مورد می‌توان پذیرفت که فقها لاقلاً به صورت موردی، توسعه حکم بهبود را جایز دانسته و خود مطابق آن فتوا داده‌اند، لکن این توسعه و تعمیم هیچ‌گونه انضباط منطقی ندارد و تنها در خصوص برخی اعضا و آسیب‌ها روا داشته شده است. لذا ضروری است این عدم انضباط به رویه‌ای استوار و منضبط تبدیل شود و نحوه تأثیر بهبود بر میزان دیه تمامی آسیب‌های جنایی، واکاوی و روشن شود.

۲-۳. چالش قاعده‌سازی

بسیاری از فقها جهت منضبط‌ساختن نحوه تأثیر بهبود بر میزان دیه آسیب‌های استخوانی، اقدام به قاعده‌سازی کرده و چنان که گذشت قواعد دیه شکستگی، خردشدگی و دررفتگی را تأسیس کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۸۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۴۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۸۷). علاوه بر اینکه این قاعده‌سازی با بخشی‌نگری و تمرکز بر تنها یک نوع آسیب سامان یافته و تأثیر بهبود بر دیه دیگر آسیب‌ها (غیر از آسیب استخوانی) کماکان مبتلا به عدم انضباط است، تأسیس همین قاعده نیز با چالش‌های جدی مواجه است؛ زیرا هیچ نص شرعی متضمن قاعده‌ای کلی در خصوص کاهش دیه در فرض بهبود شکستگی و خردشدگی -به‌نحوی که همه استخوان‌ها را در بر گیرد-



فقه



فقه

سال بیست و هشتم، شماره اول (پیاپی ۱۰۵)، بهار ۱۴۰۰

در دست نیست، بلکه با توجه به اینکه در روایت ظریف، بهبود شکستگی و خردشدگی استخوان‌های متعددی موجب کاهش دیه دانسته شده، این حکم به دیگر استخوان‌ها تعمیم داده شده و از آن قاعده‌ای کلی بر ساخته شده است. از همین رو، برخی فقیهان معاصر (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۰۰؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۱۲) با خرده گرفتن به این قاعده، به گستره آن پایبند نشده و معتقدند چگونگی تأثیر بهبود، دائرمدار حکمی است که در نصوص وارد شده، و لذا در خصوص استخوان‌هایی که نص خاص درباره آنها وارد شده است، همان حکم مصرح، و در استخوان‌هایی که حکمی درباره آنها بیان نشده، بهبود تنها می‌تواند در قالب ارش بر میزان دیه تأثیرگذار باشد و نمی‌توان از حکم برخی استخوان‌ها به قاعده‌ای کلی و شامل در این رابطه نائل آمد. این اختلاف نگرش موجب شده در خصوص بسیاری از آسیب‌های استخوانی که در بالا ذکر شد، موضع متفاوتی از سوی فقها اتخاذ شود؛ بدین ترتیب که مشهور فقها در زمینه دیه شکستگی ران [فخذ]، ساق، بازو، آرنج، ساعد، سر ران [ورک]، کف دست، بند انگشت ابهام، بند محل رویش انگشت ابهام، زانو، قدم، و همچنین خردشدگی استخوان زانو، مچ و قوزک، به فقرات مختلف روایت ظریف عمل نکنند و تعیین دیه آنها را به قاعده فوق‌الذکر حواله کنند. این در حالی است که وفق دیدگاه غیرمشهور که از فقیهان معاصر، مرحوم خویی و شاگردانش، و از گذشتگان، در مواردی ابن سعید حلی و کیدری آن را نمایندگی می‌کنند، در این آسیب‌ها به فقرات مختلف روایت ظریف عمل می‌شود (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۸؛ ابن سعید حلی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۴؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۰۶). بر این پایه، طبیعی است که در بسیاری از موارد تأثیر بهبود همانند ساق، بازو، آرنج و... که در بالا ذکر شد، میزان دیه تعیین شده با قاعده کلی دیه شکستگی یا خردشدگی مطابقت نداشته باشد. به نظر می‌رسد شایسته‌تر این باشد که تأثیر بهبود بر میزان دیه آسیب‌های استخوانی به‌طور کلی پذیرفته شود، اما میزان کسری دیه تابع نظر کارشناسان باشد و با استفاده از نظر آنان در قالب ارش (نه دیه) تأثیرپذیری بهبود بر میزان دیه مقبول افتد. البته می‌توان از فقرات متعدد روایت ظریف، قاعده دیگری به مثابه قاعده شکستگی اصطیاد نمود که نه با آنچه مشهور معتقدند هم‌خوانی دارند و نه با دیدگاه غیرمشهور؛ اما

در عین حال متکی به نصوص شرعی است. چنین دیدگاهی در نوشتاری مستقل تحت عنوان «قاعده‌ی دیه شکستگی: بازتاب فاصله‌ای میان مشهور و مأثور» در آینده نزدیک ارائه خواهد شد، ان شاءالله.

۲-۴. ابهام ناشی از تعدد اصطلاحات

ابهام ناشی از تعدد اصطلاحات، از جمله اشکالاتی است که مخصوص حوزه قانون‌نگاری است که بر اساس اصول اساسی تقنین، امری ناپسند و نکوهیده است؛ توضیح آنکه قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در بیان مفهوم بازیابی سلامت، از چهار اصطلاح مختلف استفاده کرده است. این چهار اصطلاح عبارتند از «بهبود» (مواد ۵۹۳، ۵۹۶، ۵۹۷، ۵۹۸، ۶۱۰ ق.م.ا)، «درمان» (مواد ۵۶۹، ۵۷۱، ۶۴۷، ۶۵۶ ق.م.ا)، «اصلاح» (مواد ۵۶۸ و ۵۹۳ ق.م.ا) و «علاج» (ماده ۶۴۷ ق.م.ا). قاعدتاً این تعدد اصطلاحات بایستی جهت‌دار باشد و از همین رو علی‌القاعده بایستی هر کدام از این تعابیر معنا و مفهومی غیر از تعبیر دیگر داشته باشند. این در حالی است که بی‌تردید قانون‌گذار در استفاده از این تعابیر مختلف قصد القاء مفهومی غیر از بازیابی سلامت نداشته و تمامی آنها را به‌صورت مترادف به کار برده است، اما حقیقت این است که به کارگیری این اصطلاحات متفاوت در قانون موجب شده تا مراجعان به متن قانون تصور کنند -به‌عنوان مثال- میان دو اصطلاح بهبود و درمان تفاوت مهمی وجود دارد که مقنن را بر آن داشته در یک ماده از اصطلاح نخست و در ماده‌ای دیگر از اصطلاح دوم استفاده کند. در عین حال، چون هیچ نشانه تفسیرگیری در این زمینه در متن قانون وجود ندارد، تمامی اصطلاحات فوق‌الذکر آن‌گاه که در کنار یکدیگر نگریسته می‌شوند، مترادف به نظر می‌آیند. همین تعدد اصطلاحات موجب شده قانون از این جهت دچار ابهام شود و در نتیجه شفافیت خود را از دست بدهد. این در حالی است که امروزه یکی از اصول بنیادین قانون‌نگاری، «اصل شفافیت» است که در صورت فقد آن، قانون وضع‌شده، صلاحیت و مشروعیت ایجاد محدودیت برای شهروندان را ندارد (See: K-H. W. V. Germany, 2001, Para 84-58; C.R. V. United Kingdom, 1995, Para 33). به نظر می‌رسد مقنن بایستی جهت رفع این چالش، در تمامی مواردی که در صدد بیان مفهوم بازیابی سلامت است، از یک تعبیر واحد استفاده



فقه

نماید. پیشنهاد ما این است که اصطلاح «بهبود» دارای مفهومی عام و همه‌جانبه است که می‌تواند در همه موارد بیان‌گر مفاد بازیابی سلامت باشد.

۲-۵. ابهام در مفهوم بهبود و ملاک تحقق آن

ابهامی که ناشی از تعدد اصطلاحات ناظر بر مفهوم بازیابی سلامت به وجود آمده است، طبعاً به مفهوم بهبود که با این تعابیر مختلف از آن یاد شده نیز راه می‌یابد. لکن آنچه موجب ابهام بیشتر این مفهوم اساسی شده، این است که در قانون مجازات اسلامی صرفاً به تحقق آن و حکم مترتب بر آن اشاره شده و اساساً معیار و ملاکی برای اینکه به‌مثال، یک استخوان بهبودیافته تلقی شود، به دست داده نشده است. این در حالی است که اساساً مفهوم بهبود می‌تواند در نگرش پزشکان بسیار متفاوت از مفهوم آن در عرف عام مردم و حتی دانش فقه باشد. لذا گاه عضوی از حیث عرفی بهبودیافته تلقی می‌شود، در حالی که پزشکان آن را معیوب یا بهبودنیافته تلقی می‌کنند و یا اینکه عکس این موضوع اتفاق می‌افتد. به‌عنوان مثال، در نظر پزشکان قانونی، شکستگی استخوان‌های اندام تحتانی در صورتی که جوش بخورد، اما در حد دو سانتی‌متر کوتاه شود، به‌عنوان شکستگی همراه با بهبودی کامل گزارش می‌شود (عابدی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۳۵). به عبارت دیگر، چنین آسیبی هم بهبودیافته تلقی می‌شود و هم گونه آن بهبود کامل قلمداد می‌گردد. این در حالی است که ممکن است این کوتاهی، از حیث عرفی، به‌خصوص در برخی اعضا مصداق عیب باشد و در این فرض، بهبود با عیب تحقق یافته باشد و در نتیجه عضو شکسته‌شده در وضعیت بهبود ناقص قلمداد شود، نه آن‌گونه که پزشکان قانونی تصور می‌کنند که بهبود کامل یافته محسوب گردد. بر این در علم پزشکی بازیابی سلامت عضو شکسته‌شده به‌واسطه استفاده از ابزارهای ارتوپدی همانند پلاتین، بهبود کامل تلقی می‌شود، اما در نگاه فقهی که مبتنی بر نگرش عرف عام است، چه‌بسا اینچنین وضعیتی به‌هیچ‌وجه بهبود کامل برشمرده نشود. این تفاوت نگرش در حالی است که آنچه در خصوص تحدید و تبیین مفاهیم و اصطلاحات فقهی دارای اهمیت و موضوعیت است، همین نگرش عرف عام است و دقت‌های علمی و اظهارنظرهای مبتنی



فقه

بر عرف خاص تنها در مقام تشخیص این مفاهیم و اصطلاحات کارآمد است، نه در مقام تبیین و تفسیر آنها. همچنین برخی فقها معتقدند که بهبود با واسطه و -در حقیقت- معالجه عضو آسیب دیده توسط پزشک، بهبود شرعی قلمداد نمی شود تا موجب کسر دیه شود، بلکه بایستی عضو به طور طبیعی بهبود یافته باشد تا از میزان دیه آن کسر شود (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ص ۴۳۹). این در حالی است که این موضوع نه توسط فقیهان به طور مبسوط مورد بررسی قرار گرفته و نه قانون گذار به آن توجه نموده است.

باری، در مجموع بهبود به مثابه یک گزاره فقهی و شرعی که موجب کاهش دیه می شود، بایستی همراه با مؤلفه ها، ضابطه ها و حدود و ثغور مفهومی آن تبیین شود و در متن قانون منعکس شود تا به هیچ وجه این مفهوم با آنچه در علم پزشکی به عنوان درمان یا بهبود تلقی می شود کاملاً یکسان انگاشته نشود.

۲-۶. فقدان ضابطه مشخص در کسر دیه

چنان که گفته شد، آنچه مقنن در قانون مجازات اسلامی به عنوان موارد تأثیر بهبود بر میزان دیه مورد توجه قرار داده، برگرفته از آراء فقها است. همین امر موجب شده نسبت میزان کسر دیه در اعضا و اندام مختلف، سیال و متفاوت باشد و از قاعده و ضابطه ای مشخص تبعیت نکند. به عنوان مثال وفق ماده ۶۴۷ بهبود کامل ستون فقرات، میزان دیه را از دیه کامل به یک دهم دیه کامل کاهش می دهد، در حالی که مطابق ماده ۶۵۶، تحقق بهبود کامل در ترقوه، نصف دیه کامل در هر ترقوه را به میزان چهار درصد دیه کامل می کاهد. این ناهمگونی ها که در مواردی طبیعی و نتیجه تفاوت کارکرد اعضا به نظر می رسد، عمدتاً بر آیند مراجعه به نصوص شرعی است. با این اوصاف در صورتی که موارد تأثیر بهبود توسعه داده شود و «تأثیر بهبود بر میزان دیه» به مثابه گزاره ای عام پذیرفته شود، لزوماً بایستی ضابطه و ملاک مشخص و یا دست کم راهکاری کلی برای تعیین میزان کسری دیه تعیین شود. چه بسا در موارد غیر مصرح مراجعه به نظرات کارشناسان مربوطه و تعیین کسری دیه بر مبنای میزان بهبود تحقق یافته، بهترین راهکار برای ایجاد رویه واحد در تعیین میزان کاهش دیه باشد.



نتیجه گیری

الف. یافته‌ها

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد:

۱. جز سوراخ شدن و پارگی بینی، شکافتن لب‌ها و کنده شدن ناخن، تمام آسیب‌هایی که بهبود آنها، بنابر قانون، موجب کاسته شدن از دیه آنها می‌شود، از نوع آسیب استخوانی هستند. این در حالی است که آسیب‌های مختلفی در قانون مجازات اسلامی نام برده شده که می‌توان بهبود آنها را تصور نمود و بدین ترتیب از میزان دیه آنها کاست.

۲. فقها علیرغم اینکه در مواردی همچون ستون فقرات و بینی اقدام به توسعه حکم تأثیر بهبود کرده‌اند، اما هیچ‌گاه این مهم به عنوان یک دغدغه برای ایشان مطرح نبوده تا آن را به شکل مستقل و ضابطه‌مند بررسی کنند و به رویه و دیدگاهی جامع در این زمینه نائل آیند. لذا اقدام آنان در توسعه موارد بهبود، اساساً اقدامی گزینشی، بخشی‌نگرانه و موردی است.

۳. قانون‌گذار در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی برای اشاره به مفهوم بهبودی و باز یافتن سلامت، از واژه‌ها و اصطلاحات مختلفی استفاده کرده است. اقتضای کار بست اصطلاحات متعدد این است که مقنن در صدد القای مفاهیم مختلفی باشد، در حالی که هیچ نشانه لفظی و غیرلفظی مبنی بر این مقصود در قانون به کار گرفته نشده، بلکه نشانه‌هایی وجود دارد که این اصطلاحات جملگی به یک معنا به کار رفته‌اند.

۴. اقدام مشهور فقها و قانون‌گذار در ضابطه‌مند کردن نحوه کاهش دیه در آسیب‌های استخوانی موفق نبوده است؛ زیرا قاعده ارائه شده توسط آنان از حیث مبنایی قابل دفاع نیست و مبتلا به اشکال اساسی است.

۵. با وجود اینکه در قانون مجازات اسلامی تأثیر بهبود بر میزان دیه در مواردی به رسمیت شناخته شده و میان حالت بهبود ناقص و کامل آن تفاوت حکمی در نظر گرفته شده است، اما در عین حال قانون‌گذار هیچ تفسیری از مفهوم بهبودی و هیچ معیاری برای بازشناسی بهبود کامل و بهبود ناقص ارائه نکرده است.



فقه

ب. پیشنهادها

به نظر نویسندگان، اصلاح قانون مجازات اسلامی بر اساس پیشنهادهای زیر می‌تواند سبب کارآمدی این قانون در حل مشکلات ناظر به تعیین دیه برای بزهدیدگان شود:

۱. حذف واژه‌های متعدد و استفاده از یک واژه برای توضیح مفهوم «بازیابی سلامت آسیب‌دیدگان». این واژه می‌تواند اصطلاح «بهبود» باشد.

۲. تبیین مفهوم «بهبودی کامل» و «بهبودی ناقص»، و تعیین معیار برای جداسازی آنها از یکدیگر.

۳. توسعه تأثیر بهبود بر کاهش میزان دیه به آسیب‌های غیرمصرح مبتنی بر پژوهشی اصیل و معتبر.

۴. تعیین مرجعی قانونی برای بررسی میزان بهبودی بزهدیده و تعیین میزان کاهش دیه ناظر به آن در قالب ارش. این مرجع می‌تواند سازمان پزشکی قانونی باشد.



فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نیل الفضيلة (چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.
۳. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۴. ابن سعید حلی، یحیی. (۱۳۹۴). نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر (چاپ اول). قم: منشورات رضی.
۵. ابن سعید حلی، یحیی. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع (چاپ اول). قم: مؤسسه سید الشهداء العلمية.
۶. ابن شجاع حلی، محمد. (۱۴۲۴ق). معالم الدين فی فقه آل یاسین (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۷. بای، حسینعلی. (۱۳۹۴). تأملی در قاعده ديه شکستگی استخوانها. حقوق اسلامی، ۱۲(۴۴)، صص ۳۱-۶۵.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحكام: کتاب الديات (چاپ اول). قم: دار الصدیقة الشهيدة علیها السلام.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۰. خویی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۱. درک، ریچارد؛ وگل، وین؛ میچل، آدام. (۱۳۹۲). آناتومی گری برای دانشجویان (چاپ سوم، مترجم: غلامرضا حسنزاده و همکاران). تهران: انتشارات ابن سینا.
۱۲. روحانی قمی، سید صادق حسینی. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام (چاپ اول). قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۳. روحانی قمی، سید صادق حسینی. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله.



۱۵. شاکر، محمدحسین؛ ساریخانی، عادل. (۱۳۹۵). بررسی دیه شکستگی استخوان از منظر قانون و رویه سازمان پزشکی قانونی به همراه حل برخی مشکلات اجرایی. پزشکی قانونی، ۱۲(۴)، صص ۳۲۵-۳۳۱.

۱۶. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة (چاپ اول). بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة.

۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (حاشیه نویس: سلطان العلماء، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

۱۹. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العربی.

۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۲. عابدی، محمدحسن؛ مهدوی، امیرحسین؛ ناطقی فرد، فریبرز. (۱۳۸۴). ارش و دیه اندام فوقانی و تحتانی (چاپ اول). تهران: پیام عدالت.

۲۳. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام (چاپ اول). قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۲۶. غفاری، پرویز؛ فخری، محمود؛ برزگر، اکبر؛ غفاری، شایسته. (۱۳۸۳). نتایج ترمیم ۲۱ مورد قطع عصب اندام توسط اجسام تیز به روش اپی پری نوریل در بیمارستان های طالقانی و بیستون کرمانشاه (۱۳۸۰-۱۳۸۲)، مجله علمی-پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی کرمانشاه، ۳، صص ۴۶-۴۹.





۲۷. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۸ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة: الدیات (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۲۹. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین (چاپ اول). بی جا: بی نا.
۳۱. کیدری، قطب الدین محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق). إصباح الشيعة بمصباح الشريعة (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۲. مجلسی اول، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقين فی شرح من لا يحضره الفقيه (چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۳۳. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۴. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامية (چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدينية.
۳۵. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه. (۱۳۹۲). قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (چاپ اول). تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۳۶. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعة (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۷. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۳۷۷). استفتانات. قم: انتشارات نجات.
۳۸. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۳۹. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۰. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم). قم، مدرسه امام باقر علیه السلام.
41. C.R. v. United Kingdom, European Court of Human Rights, 1995.
42. K-H. W. v. Germany, European Court of Human Rights, 2001.

References

1. Abedi, M. H., & Mahdavi, A. H., Nateqi fard, F. (1384 AP). *Arsh va Diya of the upper and lower organs*. (1st ed.). Tehran: Payame Edalat. [In Persian]
2. Allama Helli, H. (1413 AH). *Qava'ed al-Ahkam fi Ma'arif al-Halal va al-Haram*. (1st ed.). Qom, Islamic Publications Office affiliated with the seminary teachers' association. [In Arabic]
3. Allama Helli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam al-Shariyah ala Mazhab al-Imamiyah*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
4. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramat fi Sharh Qava'ed al-Allamah*. (1st ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
5. Bai, H. A. (1394 AP). An Examination of the rule of Diya for broken bones. *Journal of Islamic Law*, 12(44), pp. 31-65. [In Persian]
6. C.R. v. United Kingdom, European Court of Human Rights, 1995. [In Arabic]
7. Derek, Richard; Vogel, Wayne; Mitchell, Adam. (1392 AP). *Anatomy for Students* (3rd ed., Gh. Hassanzadeh et al. Trans.). Tehran: Ibn Sina Publications. [In Persian]
8. Fadhil Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Rumooz fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'*. (3rd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
9. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham va al-Ibham an Qava'ed al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
10. Fayyaz Kabuli, M. I. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. (1st ed.).
11. Fazel Lankarani, M. (1418 AH). *Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah: Al-Diyaat*. (1st ed.). Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Arabic]
12. Ghaffari, P., & Fakhri, M., & Barzegar, A., & Ghaffari, Sh. (1383 AP). Results of repair of 21 cases of amputation of Organs by sharp objects by eperiperoper method in Taleghani and Biston hospitals of Kermanshah (2003-2001), *Journal of Kermanshah University of Medical Sciences*, 3, pp. 46-49. [In Persian]
13. Hor Ameil, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]



فقہ

14. Ibn Hamzeh Tusi, M. (1408 AH). *Al-Wasilat ila Nil al-Fazilah*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Library Publications. [In Arabic]
15. Ibn Idris Heli, M. (1410 AH). *Al-Sara'ir Al-Hawi le Tahrir al-Fatawa*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
16. Ibn Saeed Helli, Y. (1394 AP). *Nazha al-Nazir fi al-Jam'e Bayn al-Ashbah va al-Naza'er*. (1st ed.). Qom: Razi Publications. [In Persian]
17. Ibn Saeed Helli, Y. (1405 AH). *Al-Jame' al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Sayyid Al-Shuhada Al-Ilmiyah Institute. [In Arabic]
18. Ibn Shuja Helli, M. (1424 AH). *Ma'alim al-Din fi Fiqh Al-Yasin*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
19. Ibn Zohreh Halabi, H. (1417 AH). *Qanyah al-Nozoo' ila Ilmi al-Usul va al-Forou'*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
20. Judiciary Press and Publishing Center. (1392 AP). *Islamic Penal Code adopted in 2013*. (1st ed.). Tehran: Judiciary Press and Publishing Center. [In Persian]
21. K-H. W. v. Germany, *European Court of Human Rights*, 2001.
22. Khoei, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilat al-Minhaj*. (1st ed.). Qom: Mu'asisat Ihya Athar al-Imam Al-Khoei. [In Arabic]
23. Kidari, Q. (1416 AH). *Isbah al-Shia be Misbah al-Shariah*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
24. Majlesi Awal, M. T. (1406 AH). *Rawzat al-Motaqin fi Sharh man la Yahzar al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Islamic Cultural Institute of Kushanbour. [In Arabic]
25. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam fi Masa'il al-Halal va al-Haram*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
26. Mohaqeq Heli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar al-Nafi' fi Fiqh al-Imamiyah*. (6th ed.). Qom: Mu'asisat al-Matbu'at al-Diniyah. [In Arabic]
27. Mousavi Ardebili, A. (1377 AP). *Istifta'at*. Qom: Nejat Publications. [In Persian]
28. Mousavi Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1st ed.). Qom: Dar Al-Ilm Press Institute. [In Arabic]
29. Mufid, M. (1413 AH). *Al-Moqane'ah*. (1st ed.). Qom: Sheikh Mufid International Congress. [In Arabic]
30. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*. (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi. [In Arabic]



فقه

31. Rouhani Qomi, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (1st ed.). Qom: Dar Al-Kitab - Imam Sadegh School. [In Arabic]
32. Rouhani Qomi, S. S. H. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*.
33. Sabzewari, S. A. (1413 AH). *Mohazab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute - Office of Hazrat Ayatollah. [In Arabic]
34. Saduq, M. (1413 AH). *Man la Yahzar al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
35. Shahid Awal, M. (1410 AH). *Al-Lom'at al-Dameshiyah fi Fiqh al-Imamiyah*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Torath - Al-Dar Al-Islamiya. [In Arabic]
36. Shahid Thani, Z. (1412 AH). *Al-Rawdah al-Bahiyya fi Sharh al-Lom'at al-Dameshiyah*. (Sultan al-Ulama, Ed., 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary Publications. [In Arabic]
37. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'e al-Islam*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
38. Shakir, M. H., & Sarikhani, A. (1395 AP). Evaluation of bone fracture blood money from the perspective of law and procedure of forensic medicine organization along with solving some executive problems. *Journal of Forensic Medicine*, 12(4), pp. 325-331. [In Persian]
39. Tabrizi, J. (1428 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam: Kitab al-Diyat*. (1st ed.). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahidah. [In Arabic]
40. Tusi, A. (1400 AH). *Al-Nahayah fi Mojarad al-Fiqh va al-Fatawa*. (2nd ed.). Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. [In Arabic]
41. Tusi, A. (1407 AH). *Al-Khalaf*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
42. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (15th ed.). Qom, Imam Baqir School.



فقہ

A Jurisprudential Study of the Theory of Connection and Mixing in the Treatment of Polluted Water¹

Mahdi Erfanian² Mohammad Jafar Harandi³ Sayyid Ali Hosseini⁴

Received: 27/09/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

Increasing population and rapid industrialization and declining quality of water resources around the world have placed limitations on water use. Therefore, one of the solutions to fix this problem is the use of unconventional water and wastewater treatment and its use in various applications of drinking, agriculture, and health. Despite the fact that this issue has been studied in detail from a technical and engineering point of view, but unfortunately from a jurisprudential point of view, the method of purifying polluted water from wastewater has not been dealt with. One of the important issues that jurists have dealt with in the matter of the method of purification of polluted waters is whether the treated wastewater is purified after the decay of the three attributes (smell, taste, and flavor) as soon as it is connected to the Asem waters (water which is considered inherently pure, and therefore may be used to purify oneself.) or not. There are two main views on this in jurisprudence. Some believe in the theory of connection and others believe that connection is not enough and mixing is a condition in addition to connection. In this paper, by explaining the jurisprudential background of the subject, the jurisprudential arguments of those who believe in the two theories of connection and mixing have been examined and Mukhtar's point of view has been explained in this regard. In this paper, Mukhtar believes in the theory of connection and the most important reason for proving this theory is Ibn Bazi's narrative from Imam Reza.

Keywords

Jurisprudence, pure water, impure water, connection, mixing, wastewater.

1. This article is taken from the doctoral dissertation entitled Jurisprudential study of the quality of purification of polluted water and its jurisprudential rulings.
2. PhD student in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Yadegar Imam Khomeini Branch, Tehran, Iran. Mahdi.erfanian138@gmail.com
3. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Yadegar Imam Khomeini Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author). harandi_lawyer@yahoo.com
4. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Islamic Studies and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. sa_114@yahoo.com

* Erfanian, m., & Jafari Harandi, M., & Hosseini, s. a. (2021). A Jurisprudential Study of the Theory of Connection and Mixing in the Treatment of Polluted Water. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp.123-150.
Doi: 10.22081/jf.2021.58937.2140.

بررسی فقهی نظریه اتصال و امتزاج در تصفیه آب‌های آلوده^۱

مهدی عرفانیان^۲ محمد جعفری هرندی^۳ سیدعلی حسینی^۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

چکیده

افزایش روزافزون جمعیت و رشد شتابان صنعتی شدن و کاهش کیفیت منابع آب در سطح جهان محدودیت‌هایی را برای استفاده از آب ایجاد کرده است. به همین دلیل یکی از راهکارهای حل این معضل، استفاده از آب‌های نامتعارف و تصفیه فاضلاب و استفاده از آن در مصارف مختلف شرب، کشاورزی و بهداشت است. علی‌رغم اینکه به لحاظ فنی و مهندسی به این موضوع به تفصیل پرداخته شده است، ولی متأسفانه به لحاظ فقهی به شیوه تطهیر آب‌های آلوده ناشی از فاضلاب پرداخته نشده است. یکی از موضوعات مهمی که فقها در موضوع شیوه تطهیر آب‌های آلوده بدان پرداخته‌اند آن است که آیا فاضلاب تصفیه شده بعد از زوال اوصاف ثلاثه (بو، طعم و مزه) به مجرد اتصال به آب‌های عاصم تطهیر می‌شود یا خیر. در این باره دو نظر عمده در فقه وجود دارد؛ عده‌ای قائل به نظریه اتصال شده و برخی دیگر معتقدند که اتصال کفایت نمی‌کند و امتزاج نیز علاوه بر اتصال شرط است. در این مقاله سعی شده است با تبیین پیشینه فقهی موضوع، ادله فقهی قائلان دو نظریه اتصال و امتزاج مورد بررسی قرار گرفته و دیدگاه مختار در این باره تبیین شود. دیدگاه مختار در این مقاله، نظریه اتصال بوده و مهم‌ترین دلیل اثبات این نظریه، روایت ابن بزیر از امام رضا علیه السلام است.

کلیدواژه‌ها

فقه، آب پاک، آب نجس، اتصال، امتزاج، فاضلاب.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان بررسی فقهی کیفیت تطهیر آب‌های آلوده و احکام فقهی آن می‌باشد.
۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یادگار امام خمینی علیه السلام شهرری، تهران، ایران. Mahdi.erfanian138@gmail.com
۳. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یادگار امام خمینی علیه السلام شهرری، تهران، ایران (نویسنده مسئول). harandi_lawyer@yahoo.com
۴. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران. sa_114@yahoo.com

* عرفانیان، مهدی؛ جعفری هرندی، محمد؛ حسینی، سیدعلی. (۱۴۰۰). بررسی فقهی نظریه اتصال و امتزاج در تصفیه آب‌های آلوده. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۵)، صص ۱۲۳-۱۵۰.

Doi: 10.22081/jf.2021.58937.2140.



فقه

۱. بیان مساله

موضوع آب و مدیریت آن به‌عنوان یکی از مباحث اصلی در سطح کشور، منطقه و دنیا مطرح است. همگام با افزایش روزافزون جمعیت و رشد شتابان صنعتی شدن، از جمله چالش‌های پیش روی جوامع، کاهش کیفیت منابع آب و مدیریت پساب برای دستیابی به توسعه پایدار است. از این‌رو در اهداف توسعه همواره بر دسترسی پایدار به آب آشامیدنی و همچنین برخورداری از بهداشت مناسب محیط، از قبیل دفع بهداشتی فاضلاب تأکید شده است. در این باره تجربه کشورهای مختلف نشان می‌دهد که به‌سازی آب، رابطه مستقیمی با کاهش بیماری‌های عفونی دارد؛ به طوری که پس از تأمین آب آشامیدنی سالم، میزان مرگ‌ومیر و با ۷۴.۱ درصد، حصه ۶۳.۳ درصد، اسهال خونی ۲۳.۱ درصد و اسهال ۴۲.۷ درصد کاهش یافته است (یوسفی و مهدیان، ۱۳۹۳، ص ۱).

رابطه مستقیم تصفیه فاضلاب‌ها و پساب‌ها با بهداشت و سلامت مردم و فواید متعدد محیط‌زیستی آن، کشورها را به این سمت سوق داده است که فاضلاب‌ها را تصفیه و بازچرخانی نموده و مجدداً از آن در مصارف مختلف مانند شرب، بهداشت، کشاورزی و صنعت استفاده شود. امروزه تصفیه فاضلاب در کشورهای پیشرفته دنیا مانند آمریکا، انگلیس، فرانسه و... امری پذیرفته‌شده و قابل قبول است. در ایران نیز پس از تصویب و ابلاغ قانون تشکیل شرکت‌های آب و فاضلاب در دی ۱۳۹۶، توجه جدی و اهتمام ویژه‌ای به موضوع جمع‌آوری و تصفیه فاضلاب به‌عنوان یکی از وظایف اصلی و بنیادین این شرکت‌ها شده است (قانع و قنادی، ۱۳۹۶، صص ۴۷-۵۰).

باید گفت با توجه به اهمیت تصفیه فاضلاب برای داشتن محیط‌زیست سالم، امروزه در دنیا و ایران به مباحث فنی و مهندسی آب‌های آلوده و تصفیه و بازیافت آن به‌صورت گسترده پرداخته شده است، ولی متأسفانه مطالعات جامع درباره ابعاد و زوایای مختلف فرهنگی و حقوقی به‌طور عام، و ابعاد فقهی و شرعی برای مسلمانان به‌صورت خاص، صورت نگرفته است و همین مسئله باعث شده است که این مقوله مورد توجه عموم مردم و مسئولان واقع نشده و مطالعات و تحقیقات فنی و مهندسی نیز به نتایج مطلوب منجر نشود. لذا ضروری است ابعاد و زوایای مختلف فقهی-حقوقی بازیافت



فقه

آب‌های آلوده به صورت عالمانه و محققانه مورد توجه واقع گردد.

اهمیت پرداختن به ابعاد فقهی تصفیه فاضلاب از آنجا بیشتر مشخص می‌شود که در راهنماهای سازمان سلامت جهانی، علاوه بر مسائل فنی، فاکتورهای فرهنگی و مذهبی نیز به رسمیت شناخته شده است. این مورد برای موفقیت استفاده مجدد آب برای مصارف مختلف حائز اهمیت است. سازمان بهداشت جهانی گزارش می‌دهد که مسائل اجتماعی در برخورد با زائدات انسانی تصفیه نشده از حد انزجار تا حد پذیرش متغیر است (کیهانیان و چوبانوگوس، ۱۳۹۷، ص ۶۵).

یکی از مسائل و چالش‌های فقهی تصفیه فاضلاب و پساب‌ها در کشور، شیوه تطهیر و احکام مربوط به آن است. این مطلب که فاضلاب تصفیه شده که هیچ کدام از اوصاف سه گانه نجاست (بو، طعم و مزه) را ندارد، محکوم به نجاست است، مسئله‌ای اجماعی در بین فقها است، ولی سؤال اساسی آن است که شیوه طهارت فاضلاب تصفیه شده - که اوصاف سه گانه از آن زائل شده - چگونه است؟ درباره شیوه تطهیر فاضلاب‌ها در فقه امامیه به طور عمده دو نظریه مطرح است: بعضی فقها در این باره قائل به نظریه اتصال شده‌اند؛ بدین معنا که برخی فقها صرف اتصال آب‌های آلوده بعد از زوال اوصاف ثلاثه (بو، رنگ و مزه) به آب‌های عاصم را برای تطهیر آب‌های آلوده کافی دانسته‌اند، لیکن برخی دیگر از فقهای امامیه در این باره قائل به نظریه امتزاج شده‌اند. به اعتقاد قائلان نظریه امتزاج، اتصال آب‌های آلوده به آب در طهارت فاضلاب کفایت نمی‌کند و علاوه بر اتصال آن به آب‌های عاصم مثل آب کر، آب جاری و آب باران، امتزاج و مخلوط شدن نیز لازم است.

۲. بیان مفردات تحقیق

۲-۱. آب طاهر

طهارت از ریشه «ط ه ر» در لغت به معنای ضد حیض و ضد نجاست است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۰۴) و همچنین در تعریف طهارت آمده است: «هُوَ النَّقَاءُ مِنَ الدَّنَسِ وَ النَّجَسِ»؛ طهارت پاک بودن از نجاست و آلودگی است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۹). واژه «ط





ه ر) و مشتقات آن ۳۱ بار در قرآن کریم به کار رفته است. علامه طباطبایی در معنای طهارت در قرآن کریم معتقد است مراد از طهارت در قرآن، «طهارت از همه انواع قذارت‌ها و مکارهی است که مانع از تمامیت الفت و التیام و انس می‌شود؛ چه قذارت‌های ظاهری و خلقتی، و چه قذارت‌های باطنی و اخلاقی» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۳۹).

در اصطلاح فقهی، آب طاهر به همان معنای لغوی استعمال می‌شود؛ یعنی آبی که از هرگونه قذارت و نجاست و پلیدی دور باشد. در واقع آب طاهر آبی است که اوصاف سه‌گانه نجاست نداشته باشد و رنگ، بو و طعم آن دچار تغییر نشده باشد. از انواع آب‌های پاک (مطلق) در فقه می‌توان به آب کر، آب جاری، آب باران و آب چاه اشاره کرد که این‌گونه آب‌ها معتصم هستند و در ملاقات با نجاست نجس نمی‌شوند، مگر اینکه رنگ یا بو یا طعم آن تغییر کند. به اعتقاد فقها، چنین آبی نه تنها خود پاک است، بلکه مزیل خبث و حدث خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۲۶).

۲-۲. آب نجس

نجاست در لغت به قذارت، چرکین بودن و ضد نظیف و نظافت است؛ در این باره در کتاب العین در معنای نجاست آمده است: «کل شیء قذرتة فهو نجس»؛ هر چیز چرکین و غیرنظیف نجس است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۵۵) و در لسان العرب درباره نجاست آمده است: «القذیر من الناس ومن کل شیء قذیرته» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۲۶). همچنین در قاموس و اقرب الموارد، نجاست ضد طاهر معنا شده است (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۹۴). راغب اصفهانی نیز در معنای نجاست گفته است: «نَجَاسَةٌ بِمَعْنَى قَذَارَةٌ است و آن دو نوع است؛ یکی آنکه با چشم قابل درک است، دیگری با بصیرت. خداوند مشرکان را با وجه دوّم وصف کرد که فرموده: *إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ*» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۷۹۱).

در اصطلاح فقهی، آب نجس عبارت است از آبی که استفاده از آن در اموری که مشروط به طهارت است، همچون آشامیدن، وضو و غسل، جایز و صحیح نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۹۹). بنابر قول مشهور فقها، آب قلیل به صرف ملاقات نجس نجس می‌شود، ولی آب کر یا جاری با حصول تغیر در یکی از اوصاف رنگ، بو یا

طعم به وسیله نجاست، نجس می شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص ۳۲، ۳۴).

۲-۳. فاضلاب تصفیه شده

فاضلاب^۱ به معنای آب زائد، فضولات مایع است و امروزه به آبراهه‌هایی اطلاق می‌شود که آب زائد و کثافات از آن عبور می‌کند و به خارج شهر می‌رود. تصفیه نیز در لغت به معنای پاک کردن، صاف کردن و خالص کردن است (معین، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۴۵۹). به طور کلی فاضلاب تصفیه شده به معنای فرایند زدودن آلاینده‌ها از پساب، به ویژه فاضلاب خانگی است که شامل فرایندهای شیمیایی، فیزیکی و بیولوژیکی برای زدودن این آلاینده‌ها و تأمین فاضلاب تصفیه شده است که برای محیط زیست بی خطر است. معمولاً برای تصفیه فاضلاب‌ها، آنها را از نقاط مصرف آب (منازل، مراکز آموزشی، مراکز تجاری و واحدهای صنعتی) جمع‌آوری و از طریق شبکه‌های فاضلاب به تصفیه‌خانه فاضلاب انتقال می‌دهند. در تصفیه‌خانه‌های فاضلاب، پس از انجام مراحل مختلف، از فاضلاب، این ماده آلوده و بیماری‌زا، آب سالم عاری از آلودگی به دست می‌آید که می‌توان در مصارف گوناگون از آن استفاده نمود.

۳. موضوع شناسی تحقیق

امروزه در بسیاری از کشورهای دنیا فاضلاب را با روش‌های مختلف تصفیه کرده و آن را در مصارف مختلف مورد استفاده قرار می‌دهند. دسته‌بندی کلی فرآیندهای مورد باز جهت تصفیه و بازیافت فاضلاب به صورت کلی عبارتند از تصفیه مقدماتی، تصفیه اولیه، تصفیه ثانویه، تصفیه ثانویه با حذف نیتروژن، حذف فسفر (بیولوژیکی-شیمیایی)، حذف پیشرفته جامدات معلق، کلوئیدی و محلول (انعقاد نرم‌سازی)، حذف جامدات معلق باقی مانده (فیلتراسیون)، حذف جامدات کلوئیدی باقی مانده (فیلتراسیون غشایی)، حذف جامدات محلول باقی مانده (فیلتراسیون غشایی)، حذف ترکیبات و عناصر ویژه



فصل



باقی مانده (فرایندهای متعدد) و گندزدایی (حذف یا غیرفعال سازی میکرواورگانیزم‌ها). منظور از تصفیه مقدماتی در فرایند تصفیه فاضلاب، جدا کردن مواد زائد اضافی داخل فاضلاب است که عموماً آشغال نامیده می‌شود و به کمک آشغال گیرها جدا می‌شود. همچنین تصفیه اولیه شامل روش‌های ته‌نشین سازی اولیه و جدا کردن ذرات معلق است. این امر می‌تواند به کمک متعادل ساز و تأمین زمان ماند مناسب میسر شود. با اینکه در این مرحله نیز مقداری از بار آلودگی فاضلاب کاهش می‌یابد، ولی تصفیه اصلی فاضلاب با هدف کاهش بار آلودگی در مرحله تصفیه ثانویه انجام می‌گیرد. در این مرحله از وجود باکتری‌ها جهت تصفیه استفاده می‌شود. البته باکتری‌ها جهت انجام این کار به اکسیژن زیادی نیاز دارند که از طریق روش‌های مختلفی قابل تأمین است.

زالال سازی نهایی مرحله بعدی است؛ در این مرحله فاضلاب خروجی از تصفیه ثانویه وارد تانک ته‌نشین نهایی می‌شود تا لخته‌های متراکم از فاضلاب جدا شده و پساب زلال از روی تانک به واحد گندزدایی منتقل شود. در واحد زلال سازی نهایی، میکروب‌های ته‌نشین شده از فاضلاب، لجن ثانویه را تشکیل می‌دهند و قسمتی از این لجن دوباره به واحد تصفیه ثانویه برگشت داده می‌شود که اصطلاحاً به آن لجن فعال گفته می‌شود. آخرین عملیاتی که بر روی فاضلاب در تصفیه‌خانه انجام می‌شود، ضد عفونی کردن است؛ برای نابودسازی میکروب‌های بیماری‌زای موجود در فاضلاب، آن را ضد عفونی می‌کنند. جهت گندزدایی، از موادی همچون کلر، گاز ازن و یا شعله ماورای بنفش استفاده می‌شود. بعد از این مرحله، آب را می‌توان برای مصارف مختلف مورد استفاده قرار داد (علیزاده، ۱۳۸۸، صص ۹۰-۹۲).

فاضلاب تصفیه شده امروزه در مصارف مختلف مثل کشاورزی، محیط زیست و... مورد استفاده قرار می‌گیرد و از جمله مصارف در دنیا، مصرف شرب و آشامیدن است. البته در کشور ما از این گونه آب‌ها در مصرف شرب استفاده نمی‌شود و برنامه‌ای نیز در قوانین و طرح‌های آبی کشور در این باره وجود ندارد و با توجه به امکان تأمین آب به طرق دیگر، این روش توصیه هم نمی‌شود، ولی در سایر کشورها، فاضلاب تصفیه شده

حتی برای شرب مورد استفاده واقع می‌شود. به عنوان مثال در ایالات متحده امریکا، آب تصفیه شده در مصارف خانگی و آشامیدن مدنظر است. استفاده از فاضلاب تصفیه شده جهت شرب (DPR) در امریکا به دو نوع است: در نوع اول، آب تصفیه شده پیشرفته به منبع آب خام در بالادست تأسیسات تصفیه آب آشامیدنی اضافه می‌شود، و در نوع دوم، آب تهیه شده نهایی از طریق تأسیسات تصفیه پیشرفته آب که اجازه مصرف شرب را دارد، مستقیماً به سیستم توزیع آب شرب اضافه می‌شود (کیهانیان و جویانوگوس، ۱۳۹۷، صص ۸-۱۰). علاوه بر امریکا، در کشورهای دیگر مثل سنگاپور نیز به دلیل محدودیت منابع آب شرب، استفاده از پساب به عنوان آب آشامیدنی را به سرانجام رسانده‌اند (رضایی و سعادت، ۱۳۹۷، صص ۲۱۴-۲۲۵).

به لحاظ فقهی، فاضلابی که به صورت کامل به وسیله تأسیسات پیشرفته تصفیه شده، به مخازن خاص انتقال یافته است، و دارای اوصاف سه گانه نجاست (رنگ، بو و مزه) نیست، به اجماع فقها این گونه آب‌ها مشمول ادله نجاست است و برای تطهیر آن باید روش‌های مذکور مدنظر واقع شود:

اول، اتصال به آب معتصم: بر اساس این دیدگاه، اگر آب تصفیه شده - که دارای اوصاف سه گانه نباشد - به آب معتصم متصل شود، برای تطهیر کافی است (آب معتصم نیز آبی است که در ملاقات نجاست نجس نشود؛ مثل آب کر یا باران).
دوم، مخلوط شدن و درهم آمیختگی (امتزاج): بر اساس این دیدگاه، در آب تصفیه شده برای طاهر شدن باید امتزاج و آمیختگی اتفاق افتد، به طوری که اجزای آب نجس در آب طاهر مستهلک شود و این آمیختگی و امتزاج می‌تواند به لحاظ فنی با دستگاه‌ها یا تجهیزات پیچیده‌ای اتفاق بیفتد که بتواند حجم بسیار زیادی از آب‌ها را بر هم زند تا آمیختگی و امتزاج به طور کامل محقق شود.

۴. پیشینه تحقیق

شیوه تطهیر آب‌های آلوده و متنجس از قدیم‌الایام در فقه امامیه پیشینه داشته است و فقها به این مسئله پرداخته‌اند. همان‌طور که بیان شد، دیدگاه اول در طهارت آب‌های





متنجس نظریه امتزاج است که برخی از فقهای متقدم، متأخر و معاصر قائل به این نظریه هستند. از فقهای متقدم که قائل به نظریه امتزاج شده‌اند، می‌توان به علامه حلی در تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۳) و محقق حلی در المعبر (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۵۰) اشاره کرد. علاوه بر این، فقهای متأخر مانند شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۸۵) و صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۳۳۶) از قائلان نظریه امتزاج هستند. از فقهای معاصر و مراجع تقلید نیز امام خمینی علیه السلام (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴)، فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۶) قائل به نظریه امتزاج شده‌اند.

دیدگاه دیگر فقهای امامیه در شیوه تطهیر آب‌های متنجس نظریه اتصال است. از فقهای متقدم، محقق کرکی قائل به نظریه اتصال است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۳۶). بعد از ایشان نیز فقهایی مثل شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۵۴) قائل به این دیدگاه بوده‌اند. همچنین از فقهای متأخر که قائل به نظریه اتصال در تطهیر آب‌های متنجس هستند، می‌توان به صاحب عروه (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۳)، سید محسن حکیم (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۹۸)، محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۰۴) و محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۲۸) اشاره کرد.

از فقهای معاصر و مراجع تقلید که قائل به دیدگاه اتصال هستند می‌توان از فقهایی مثل سید محمدباقر صدر (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۶۹)، سید ابوالقاسم خویی (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۵۵)، محمدتقی بهجت (بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۵۲) و میرزا جواد تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۸) نام برد.

مطلب دیگری که در این باره وجود دارد آن است که اکثریت فقهایی که قائل به نظریه اتصال یا امتزاج در تطهیر آب‌های آلوده و متنجس شده‌اند، ملاک اتصال و امتزاج را عرف دانسته‌اند و به اعتقاد ایشان دقت‌های عقلی در طهارت آب‌های آلوده ضرورتی ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۲۸؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۵۵؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۸۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۸۲).

۵. دیدگاه‌های فقها درباره روش‌های تطهیر آب‌های آلوده

۵-۱. ادله فقهی قائلان نظریه امتزاج

دلیل اول: استصحاب

استصحاب نجاست از ادله قائلان نظریه امتزاج است؛ بر این اساس بعد از اتصال آب تصفیه شده - که اوصاف ثلاثه نجاست آن زائل شده است - به آب عاصم، چنانچه شک کنیم که آیا آب نجس است یا طاهر، بنا بر دلیل استصحاب حکم به نجاست آب خواهیم کرد. بنابراین بنا بر گفته فقها، آب متنجس قبل از امتزاج، به دلیل استصحاب نجاست محکوم به نجاست است؛ زیرا اگر در طهارت آن به مجرد اتصال به آب عاصم شک کنیم، به دلیل اینکه دلیلی برای طهارت آن نداریم، حکم به نجاست آب خواهیم کرد (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۳۸۱).

دلیل دوم: تحقق اتحاد اجزای آب

دلیل بعدی قائلان نظریه امتزاج آن است که برای تطهیر آب متنجس هنگام اتصال به آب عاصم، تحقق اتحاد اجزای آب لازم است و این امر بعد از امتزاج حاصل می‌شود؛ به عبارت دیگر آب باید در نظر عرف متحد باشد تا حکم بعضی را به بعض دیگر سرایت دهیم. و اتحاد آب وقتی محقق می‌شود که امتزاج حاصل شود؛ چرا که آب واحد بالاجماع دارای دو حکم نیست، یعنی این امکان وجود ندارد که بخشی از آب واحد طاهر و بخشی دیگر از آن متنجس باشد (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۸۲).

دلیل سوم: شرطیت استهلاك

دلیل دیگر قائلان نظریه امتزاج، شرطیت استهلاك در تطهیر آب متنجس است. استهلاك در اصطلاح فقهی به معنای پراکنده شدن اجزا و از بین رفتن حالت ظاهری آن به کار می‌رود. استهلاك یا به جهت ناچیز بودن «مستهلك» (استهلاك شده) و فزونی «مستهلك فیه» (آنچه استهلاك در آن تحقق یافته) است - مانند استهلاك قطره‌ای خون در آب زیاد - و یا به جهت هم جنس بودن مستهلك و مستهلك فیه، مانند استهلاك





قطره‌ای آب در آب بیشتر. مراد از استهلاک در بیشتر موارد به‌ویژه نزد متأخران، نوع نخست است. اطلاق استهلاک بر نوع دوم مسامحه است؛ زیرا امتزاج چیزی با هم جنس خود موجب افزایش آن خواهد بود، نه نابودی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۴۶۴). فقها درباره شرط استهلاک در تطهیر آب‌های آلوده و نجس معتقدند صرفاً در صورت امتزاج است که عین نجس در آب مستهلک شده و ماهیت قبل خود را از دست می‌دهد و تطهیر می‌شود، و در واقع ملاک در طهارت آن است که امتزاج به گونه‌ای باشد که آب نجس در آب طاهر مستهلک شود (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۲۷).

این نکته را نیز باید در اینجا گفت که طبق نظر فقها، ضابط و معیار استهلاک عرف است؛ در این باره در موسوعه الفقهاء الإسلامی آمده است: «والضابط فی الاستهلاك - كما فی الاستحالة - هو نظر العرف لا العقل»؛ ضابطه در استهلاک مثل استحاله عرف است نه دقت عقلی (شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱۱، ص ۱۷۹). محقق سبزواری نیز قائل به عرفی بودن استهلاک شده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۴۱).

۵-۲. نقد و بررسی ادله قائلان نظریه امتزاج

نقد دلیل اول:

استصحاب در فرض مذکور جاری نمی‌شود و محل نزاع از باب اقل و اکثر استقلالی است نه از باب استصحاب؛ توضیح آنکه علم اجمالی داریم که آب آلوده یا با اتصال، و یا با اتصال و امتزاج پاک و تطهیر می‌شود. اتصال آب آلوده تصفیه شده به آب عاصم محل علم تفصیلی و یقینی است، حال در مورد امتزاج (که آیا علاوه بر اتصال نیاز به امتزاج آب آلوده تصفیه شده به آب عاصم وجود دارد)، شک بدوی می‌شود که در شک بدوی برائت جاری می‌شود و بر اساس برائت نیازی به امتزاج نیست و اتصال آب عاصم به آب آلوده تصفیه شده کفایت می‌کند. به عبارت دیگر در محل بحث اتصال یقینی است و چه متقدمان و چه متأخران معتقدند اتصال باید باشد، حال علاوه بر اتصال، امتزاج هم باید باشد یا نه؟ که در اینجا اصل برائت جاری می‌شود.

نقد دلیل دوم:

دلیل دوم نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اگر مراد از امتزاج، مزج جمیع اجزاء و سطوح آب باشد، به طوری که اتحاد اجزاء محقق شود، به دو دلیل غیرقابل قبول است؛ زیرا اولاً امتزاج و ممازجه تمام اجزاء امکان ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۵۴)، ثانیاً اتحاد اجزای آب عرفاً با اتصال حاصل می شود و نیازی به امتزاج نیست (وجدانی فخر، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۹۹).

نقد دلیل سوم:

این دلیل نیز برای اثبات مدعا کامل نیست؛ در این باره مرحوم حلی در بیان نقد دلیل استهلاك آب نجس در آب طاهر سه احتمال از امتزاج را مطرح می کند:

احتمال اول: اگر مراد از امتزاج، استهلاك آب منتجس در آب کر باشد؛ یعنی آب منتجس باید فانی در آب عاصم شود تا طاهر شود این استهلاك در بسیاری از موارد محقق نشده، ولی مع ذلك حکم به طهارت شده است؛ مثلاً اگر آب کر منتجسی «که سابق نجس بوده و در آن آب ریخته شده تا به حد کر رسیده» در آب کر دیگری ریخته شود، در این فرض چون هر دو آب تقریباً به یک اندازه است اتصال آب اول در آب دوم محقق می شود ولی آب اول عادتاً مستهلك در آب کر طاهر نمی شود، زیرا فرض این است که هر دو تقریباً به یک اندازه اند و استهلاك در فرض قلت آب در آب کثیر محقق می شود؛ در نتیجه در این صورت استهلاك نیست، ولی در همین صورت فقها حکم به طهارت نموده اند.

احتمال دوم: اگر مراد از امتزاج که شرط در طهارت است، این باشد که تمام جزء جزء آب منتجس در آب طاهر ترکیب شود، این امر هم عادتاً محال است؛ چنان که مرحوم علامه حلی در منتهی این فرض را محال دانسته است.

احتمال سوم: اگر مراد از امتزاج بعضی از اجزای آب منتجس با آب کر به صورت موجه جزئی باشد، یعنی بعضی از اجزای آب منتجس با آب عاصم ترکیب شود دون بعض الآخر، در این صورت اگر با این ترکیب مجموع آب طاهر باشد که حاصل المطلوب، و اگر بگویید بخشی از آب نجس و بخش دیگر آن پاک است، این تفصیل



صحیح نیست؛ زیرا آب واحد دارای دو حکم نیست، و اگر بگویید مجموع آب نجس باشد، این کلام هم با عاصمیت آب کَرّ سازگار نیست (حلی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۵).
 بنابراین در مجموع باید گفت هیچ‌یک از ادله قائلان نظریه امتزاج یعنی استصحاب، شرطیت استهلاک و تحقق اتحاد جمیع اجزای آب در تطهیر آب‌های آلوده و متنجس، دلیل کامل و روشنی بر قبول آن ندارد و می‌توان این ادله قائلان نظریه امتزاج را مورد مناقشه و نقد قرار داد.

۵-۳. ادله فقهی قائلان نظریه اتصال

۵-۳-۱. روایت سکونی

مَا أَخْبَرَنِي بِهِ الشَّيْخُ أَيَّدَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ الْمَاءُ يُطَهَّرُ وَلَا يُطَهَّرُ؛ امام صادق علیه السلام فرمود: «رسول خدا فرموده است آب طاهر می‌کند ولی طاهر نمی‌شود» (شیخ طوسی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۵).

نحوه استدلال به این روایت بدین گونه است که اولاً به دلیل اطلاق عبارت «الْمَاءُ يُطَهَّرُ»، آب موجب تطهیر اشیاء مختلف، حتی آب‌های آلوده است، ثانیاً از آنجا که در این فقره از روایت، تطهیر آب‌های آلوده، مقید به امتزاج نشده است، از این رو صرف اتصال برای تطهیر آب‌های متنجس کافی است. از فقهای که با استناد به این روایت، قائل به نظریه اتصال شده‌اند، می‌توان به محقق سبزواری اشاره کرد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۲۸).

۵-۳-۲. روایت کاهلی

وَعَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يَرَاهُ مَاءَ الْمَطَرِ فَقَدْ طَهَّرَ؛ هر آبی که آب باران بدان اصابت کند طاهر می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۴۶).



فقه

نحوه استدلال به این روایت بدین گونه است که اولاً «کل شیء» شامل آب متنجس در مانحن فیه می شود و ثانیاً عبارت «يَرَاهُ مَاءَ الْمَطَرِ» صرف اتصال را شامل می شود ولو امتزاج نباشد. از فقهای که با استناد به این روایت، اتصال را در تطهیر آب متنجس - که اوصاف ثلاثه (رنگ، بو و مزه) آن زائل شده است - کافی دانسته اند، می توان به صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، صص ۱۴۵، ۱۵۰) و محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۲۸) اشاره کرد.

۵-۳-۳. اخبار ماء الحمام

از جمله روایاتی که قائلان نظریه اتصال در تطهیر آب های متنجس بدان استناد می کنند، روایات ماء الحمام است که مفاد آن طهارت حوضچه های حمام متصل به خزینه است. در اینجا به بعضی از این روایات می پردازیم:

روایت اول: روایت داود بن سرحان

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ مَا تَقُولُ فِي مَاءِ الْحَمَّامِ قَالَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْجَارِي؛ به امام صادق علیه السلام گفتم نظرتان درباره آب حمام چیست؟ فرمود: «به منزله آب جاری است» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۷۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۴۸).

بررسی سندی نشان می دهد که این روایت به دلیل داشتن راویان ثقه و امامی: احمد بن محمد (شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۵۱؛ نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۸۱)، عبدالرحمن بن ابی نجران (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۲۳۵؛ علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۱۴)، و داود بن سرحان (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۱۵۹، علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص ۶۹) صحیح و معتبر است.

به لحاظ دلالتی نیز شیوه استدلال به این دسته از روایات بدین گونه است که آب حوضچه های حمام که معمولاً کمتر از مقدار کراهت است، اگر متنجس شود، به علت اتصال به خزینه طاهر و بلکه مطهر غیر خواهد بود. در این روایات مجرد اتصال این حوضچه ها به آب خزینه موجب برای طهارت آنها ذکر شده و این در حالی است که آب حوضچه ها معمولاً در آب خزینه ممزوج نمی شود.



روایت دوم: روایت بکر بن حبیب

عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ بَكْرِ بْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: مَاءُ الْحَمَّامِ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَتْ لَهُ مَادَّةٌ؛ آب حمام، شکی در [طهارت] آن نیست، زیرا که دارای ماده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۷۸).

این روایت به لحاظ سندی معتبر است. البته ممکن است برخی در سند این روایت مناقشه کرده و معتقد باشند اولاً این روایت مرسله است و ثانیاً راوی حدیث یعنی بکر بن حبیب فردی ضعیف است. در جواب به مناقشه باید گفت اولاً درست است که روایت مرسله است، ولی مرسله‌ای که اصحاب به آن عمل کرده‌اند، و عمل اصحاب هم جابر ضعف سند است. ثانیاً چون در سند روایت صفوان بن یحیی وجود دارد که از اصحاب اجماع است (کشی، ۱۳۴۸، ص ۵۵۶)، بنابراین روایت معتبر خواهد بود؛ زیرا در این باره قانونی وجود دارد که اگر روایتی مرسل باشد یا راوی آن معلوم نباشد، اگر یکی از راویان آن از اصحاب اجماع باشد، می‌توان به آن روایت عمل کرد. البته این قانون مورد نقد و خدشه فقها قرار گرفته و ایشان معتقدند در تمام کتب فقهی از آغاز طهارت تا پایان دیات کسی برخورد نکرده که فقهی از فقهای شیعه به خبری ضعیف عمل کرده و چنین استدلال کند که سند این روایت تا یکی از اصحاب اجماع صحیح است (خویی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۱).

به لحاظ دلالتی نیز شیوه استدلال به این دسته از روایات بدین گونه است که عدم‌بأس در روایت به خاطر وجود ماده برای ماء الحمام، باعث می‌شود آب حوضچه حمام در اتصال با خزینه که طاهر و مطهر غیر است، موجب طهارت شود (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۸۶).

روایت سوم: روایت ابی الحسن الماضي

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي يَحْيَى الْوَأَسِطِيِّ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْمَاضِي قَالَ: سُئِلَ عَنْ مُجْتَمِعِ الْمَاءِ فِي الْحَمَّامِ مِنْ عَسَائِلِ النَّاسِ يُصِيبُ التُّؤَبَ قَالَ



فقه

لَا بَأْسَ؛ از حضرت موسی بن جعفر علیه السلام پرسیدند: «از آب بالوعه و چاه حمام که از غسله و پساب مردم جمع شده، اگر به لباس انسان برسد و جامه شخص به آن آلوده شود حکم آن چیست؟ حضرت فرمود: «اشکالی ندارد» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۷۹).

این روایت به لحاظ سندی ضعیف است، چون مرسله است. به لحاظ دلالتی نیز عدم بَأْس از غسله‌ای که به لباس اصابت کرده است (به عبارت دیگر عدم نجاست لباسی که غسله بدان اصابت کرده است) نشان می‌دهد که ماء الحمام پاک بوده و این حکم بدان سبب است که آب حوضچه‌های حمام به خزینه متصل است و از آنجا که خزینه دارای ماده است، مجرد اتصال آب حمام به خزینه موجب طهارت ماء الحمام خواهد شد و نیازی به امتزاج نیست.

روایت چهارم: روایت حنان

الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَّارٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ حَنَانٍ قَالَ: سَمِعْتُ رَجُلًا يَقُولُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ إِنِّي أَدْخَلْتُ الْحَمَّامَ فِي السَّحْرِ وَفِيهِ الْجُنُبُ وَغَيْرُ ذَلِكَ فَأَقُومُ فَأَغْتَسِلُ فَيَنْتَضِحُ عَلَيَّ بَعْدَ مَا أَفْرَغُ مِنْ مَائِهِمْ قَالَ أَلَيْسَ هُوَ جَارٍ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ؛ شنیدم که مردی به امام صادق علیه السلام می‌گفت: «من در سحرگاهان وارد حمام می‌شوم و در آنجا افراد جنب و کسان دیگری غسل می‌کنند و من نیز در آنجا غسل می‌کنم و پس از پایان غسل مقداری آب از آنها به من می‌پاشد. چگونه است؟» فرمود: «آیا آن آب جاری نیست؟» گفت: «آری.» فرمود: «ایرادی ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۴).

این روایت به لحاظ سندی موثقه و دارای اعتبار است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۸۵؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵۲۱). به لحاظ دلالتی نیز شیوه استدلال بدین گونه است که عدم بَأْس در صورت جریان آب و اتصالش به ماده، نشان آن است که ماء الحمام اعتصام دارد و به مجرد اتصال آب متنجس به خزینه، آب متنجس طاهر خواهد شد (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۹۰).



روایت پنجم: روایت ابن ابی یعفور

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنِ ابْنِ جُمُهورٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنِ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ... أَحْزِنِي عَنْ مَاءِ الْحَمَّامِ يَغْتَسِلُ مِنْهُ الْجُنُبُ وَالصَّبِيُّ وَالْيَهُودِيُّ وَالنَّضْرَانِيُّ وَالْمَجُوسِيُّ فَقَالَ إِنَّ مَاءَ الْحَمَّامِ كَمَاءِ النَّهْرِ يُطَهِّرُ بَعْضُهُ بَعْضًا؛ راوی می گوید: «گفتم مرا از آب حمامی که در آن جنب، کودک، یهودی، مسیحی و مجوسی غسل می کنند آگاه کن که حکمش چیست»، فرمود: «آب حمام همانند آب نهر است که بعضی از آن بعضی دیگر را پاک می کند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۴).

این روایت به لحاظ سندی به علت اینکه بعضی از راویان حدیث ذکر نشده است (عن بعض اصحابنا)، مرفوعه است و قابل اعتنا نیست و نحوه استدلال این روایت نیز بدین گونه است که آب حمام به علت غسل جنب، کودک، یهودی، مسیحی و مجوسی در آن منفعَل است و تطهیر آن به واسطه اتصال این آب به خزینه است و از آنجا که در این روایت مطلق است و تطهیر آن مقید به امتزاج نشده است، از این رو مجرد اتصال برای طهارت آب متنجس کفایت می کند (حائری، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۲۲۴).

بنابراین از مجموع این روایات به خوبی استفاده می شود که اولاً صرف اتصال آب متنجس در حوضچه ها به آب خزینه، کافی در طهارت آن است، و اگر این امر را در مورد آب حوضچه های حمام بپذیریم، با الغای خصوصیت از خصوص آب خزینه، شامل آب های عاصم دیگر نیز می شود. ثانیاً اگر بخشی از آب حوض بزرگی متغیر به اوصاف نجس شود، سپس حالت تغیر و اضافه آن بخش زائل شود، به مجرد اتصال به بخش دیگر آن که به قدر کر است پاک خواهد شد، ولو اینکه هنوز با مجموع آب ممزوج نشده باشد.

۵-۳-۴. روایت ابن بزیع

عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيْعٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى رَجُلٍ أَسْأَلُهُ أَنْ يَسْأَلَ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَا عليه السلام فَقَالَ مَاءُ الْبُرِّ وَاسِعٌ لَا يُفْسِدُهُ



فقه

شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَغَيَّرَ رِيحُهُ أَوْ طَعْمُهُ فَيُنْتَرَحُ مِنْهُ حَتَّى يَذْهَبَ الرَّيْحُ وَ يَطْيِبَ طَعْمُهُ لِأَنَّ لَهُ مَادَّةً؛ آب چاه واسع است و چیزی آن را فاسد نمی کند، مگر آنکه آب به واسطه نجاست تغییر یابد، یعنی رنگ، بو یا مزه آن تغییر کند، چون آب چاه دارای ماده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۳۴).

این روایت به لحاظ سندی معتبر است. راویان این روایت: سعد بن عبدالله (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۱۷۷؛ علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص ۷۸)، احمد بن محمد (شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۵۱؛ نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۸۱)، و محمد بن اسماعیل بن بزیع (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۳۳۰؛ علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۳۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۶۴)، همگی در منابع معتبر توثیق شده اند.

به لحاظ دلالتی نیز شیوه استدلال به این روایت بدین گونه است که با توجه به تعلیل در روایت ابن بزیع: «لِأَنَّ لَهُ مَادَّةً»، علت طهارت آب چاهی که نجس در آن افتاده، بعد از زوال تغییر، وجود ماده در آب چاه و اتصال آب نجس به آن ماده است؛ لذا از این تعلیل استفاده می شود که هر آب متغیر چنانچه اوصاف نجس از آن زائل شود به مجرد اتصال به آبی که دارای ماده است پاک خواهد شد و نیازی به امتزاج با آن آب ندارد. آیت الله خویی در کتاب الطهاره به این روایت تمسک کرده و معتقد است: «كفاية الاتصال بالعاصم في تطهير الماء المتنجس من دون اعتبار الامتزاج، عمدتها عموم التعليل في صحیحة ابن بزيع لطهر ماء البئر بعد زوال تغيره ب أن له مادة»؛ در تطهیر آب متنجس، اتصال آن به عاصم کفایت می کند و امتزاج اعتبار ندارد، دلیل آن نیز عموم تعلیل در صحیحة ابن بزيع است. طهارت آب چاه متنجس بعد از زوال تغییر آن به دلیل ماده داشتن آن است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۵۵).

شهید صدر نیز در این باره می نویسد: «خبر ابن بزيع المشتمل على التعليل بقوله "لأنه له مادة" - فقد استدل به على كفاية الاتصال في الحكم بالمطهرية، باعتبار أن تمام العلة المذكورة للمطهرية هو المادة، فلو فرض أن الامتزاج كان دخيلاً في المطهرية لأشير إليه في التعليل أيضاً، و حيث أنه لم يذكر واقتصر على ذكر صرف المادة الذي لا يساوق الامتزاج وإنما يساوق الاتصال، فيكون دالاً على كفاية الاتصال بالمادة في التطهير»؛ به تعبیر شهید صدر تمام العله در طهارت آب وجود ماده است و اگر امتزاج در مطهریت



دخیل بود باید در روایت ذکر می‌شد و از آنجا که ذکر نشده است، صرف اتصال برای مطهریت کفایت می‌کند (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۹۴).

۴-۵. نقد و بررسی ادله قائلان نظریه اتصال

۴-۵-۱. نقد روایت سکونی

روایت سکونی قابل اعتنا نیست؛ زیرا اسماعیل بن ابی‌زیاد سکونی در منابع معتبر رجالی فردی غیر امامی معرفی شده و تضعیف شده است (علامه حلی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۹۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۴۷۱). علاوه بر این، بزرگان فقه امامیه در منابع فقهی، مانند محقق حلی در شرائع الإسلام (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۱۲)، علامه حلی در تحریر الاحکام (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۱۷)، و شهید ثانی در مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۲۳)، سکونی را فردی ضعیف دانسته و روایات وی را کنار گذاشته‌اند.



۴-۵-۲. نقد روایت کاهلی

روایت کاهلی نیز قابل اعتنا نیست؛ زیرا این روایت مرسله است و روایات مرسله نیز معتبر نیستند.

۴-۵-۳. نقد روایات ماءالحمام

بررسی این دسته از روایات نشان می‌دهد که روایات ماءالحمام به‌جز روایت داود بن سرحان و روایت حنان، به‌لحاظ سندی نمی‌توانند اعتبار لازم برای اثبات نظریه اتصال در تطهیر آب‌های آلوده داشته باشند. البته این دو روایت نیز به‌لحاظ دلالتی نمی‌توانند حجیت کافی برای اثبات مدعا داشته باشند. به‌لحاظ دلالتی شیوه استدلال به این روایات بدین‌گونه است که آب حوضچه‌های حمام که معمولاً کمتر از مقدار کر است اگر متنجس شود، به‌منزله آب جاری بوده و به‌علت اتصال به خزینه، طاهر خواهد بود. در این روایات مجرد اتصال این حوضچه‌ها به آب خزینه علت طهارت آنها ذکر شده و در واقع فرقی ندارد که خزینه به‌اندازه کر باشد یا نباشد و همچنین اینکه ماده داشته باشد یا نداشته باشد.

فقه

اما نقد اساسی که در اینجا مطرح است آن است که این گونه نیست که ماء الحَمَام از جمیع حیثیات به منزله ماء الجاری باشد، و با استناد به این روایات نمی توان ماء الحَمَام را از جمیع حیثیات و احکام به منزله ماء جاری دانست. در واقع بنا بر اقوال فقها به شرطی می توان ماء الحَمَام را به منزله آب جاری دانست و ماء الحَمَام را معتصم فرض کرد که خزینه دارای ماده باشد یا اینکه خزینه به مقدار کر رسیده باشد. دلیل این مسئله دو دلیل لفظی است:

الف. صحیحہ ابن بزیر از امام رضا علیه السلام: «ماء البئر واسع لا ینجسه شیء الا أن یتغیر ریحہ أو طعمہ فینزح حتی یدهب الریح ویطیب طعمہ لأن له مادہ». این روایت اگرچه در مورد آب چاه است، ولی فقها تعلیل در آن را متوجه غایت دانسته اند، بنابراین حکم اعتصام در آن شامل هر آبی که دارای ماده است، مانند آب حوضچه های حمام می شود (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۹۲).

ب. اطلاق نصوصی که در آنها از آب حمامی که ماده دارد نفی باس شده است؛ مانند روایت بکر بن حبیب: «ماء الحَمَام لا باس به اذا کانت مادہ». اطلاق این روایت شامل صورتی که آب حوضچه متنجس گردد، سپس به ماده متصل گردد می شود؛ یعنی آب حوضچه ها پاک است؛ چه اتصال پیش از تنجس برقرار باشد و چه بعد از نجس برقرار گردد.

۴-۴-۵. نقد و بررسی روایت ابن بزیر

نقدی که بر روایت ابن بزیر وارد است آن است که از آنجا که این روایات دارای احتمالات است، روایت مجمل بوده و نمی توان در مانحن فیه بدان تمسک کرده و با استناد این روایت، حکم به عدم اشتراط امتزاج نمود. این احتمالات عبارت است از:

احتمال اول: تعلیل برای خصوص صدر روایت باشد؛ در این صورت این امر دلالت بر این دارد که آب چاه به جهت وجود ماده، نجاست را از خود دفع کرده و متنجس نمی شود؛ چرا که تعلیل برای عدم افساد آب چاه است و دلالت بر رفع نجاست یعنی مطهریت لغیر ندارد تا نتیجه بگیریم که آب متنجس به مجرد اتصال به آب چاه پاک





خواهد شد. در نتیجه اگر تعلیل متعلق به صدر روایت باشد دلالت دارد بر اینکه آب چاه تنها نجاست را دفع می‌کند، یعنی آب چاه منفعل نمی‌شود، ولی دلالت ندارد بر اینکه رافع نجاست و مطهر غیر هم باشد تا بتوان به جهت این تعلیل دو اثر رفع و دفع را از روایت استفاده نمود.

احتمال دوم: تعلیل ذیل روایت باشد؛ در این صورت در مقام اخبار به این مطلب است که آب چاه چون دارای ماده و جوشش است، به وسیله نزع، اوصاف نجس از آن به تدریج از بین می‌رود و تدریجاً طعم و بوی طبیعی چاه برمی‌گردد؛ برخلاف آب راکد که ماده ندارد و با نزع بخشی از آن اوصاف نجس از آن زائل نمی‌شود.

احتمال سوم: تعلیل برای مجموع صدر و ذیل روایت باشد؛ تعلیل برای هر دو بخش ذیل و صدر باشد و از آن طهارت و مطهریت آب چاه بعد از زوال تغییر به واسطه نزع استفاده شود. با این احتمال، روایت شامل اثر رفع و دفع خواهد شد.

از این رو چون احتمال‌های سه‌گانه در تعلیل روایت وجود دارد، روایت مجمل بوده و نمی‌توان به این تعلیل در مانحن‌فیه تمسک نموده و بگوییم آب چاه به خاطر وجود ماده در آن واحد، طاهر و مطهر غیر است، یعنی هم دافع نجاست و هم رافع نجاست است. در پاسخ به این اشکالات باید گفت:

احتمال اول و دوم قابل‌پذیرش نیست؛ احتمال اول قابل‌پذیرش نیست چون ارجاع تعلیل به خصوص صدر روایت صحیح نیست، زیرا اگر استثنا و یا تعلیل در پی جمل متعدّد ذکر شود، به عنوان مثال اگر مولی بگوید «اکرم العلماء والشعراء والنحویین إلا الفساق منهم»، در اینجا دو احتمال وجود دارد: احتمال اول اینکه تعلیل یا استثنا راجع به جمله اخیر باشد، و احتمال دوم اینکه راجع به مجموع جمل باشد و کسی قائل به این مطلب نشده است که استثنا راجع به خصوص جمله اول است، مگر اینکه قرینه‌ای بر آن دلالت کند.

احتمال دوم نیز قابل‌پذیرش نیست، چون رجوع تعلیل به ذیل روایت صحیح نیست؛ زیرا نزع آب چاه تا اینکه طعم و بوی آن طبیعی شود به سبب جوشش آب طبیعی از ماده، امری عادی و طبیعی است و مناسب مقام تشریح نیست.

در نتیجه تعلیل راجع به مجموع ذیل و صدر روایت است و از آن طهارت و مطهریت آب چاه بعد از زوال تغییر به واسطه نزع استفاده می‌شود. با این احتمال روایت شامل اثر رفع و دفع خواهد شد و دلالت دارد بر اینکه آب متنجس متغیّر بعد از زوال تغییر به مجرد اتصال به آب چاه طاهر می‌شود و طهارت آن مشروط به امتزاج به آب چاه نشده است، و از طرفی آب چاه خصوصیت ندارد و به مقتضای تعلیل «لَأَنَّ لَهُ مَادَّةً»، هر آبی که دارای ماده باشد به مجرد اتصال به آب عاصم طاهر خواهد شد.

در اینجا چنانچه اشکال شود که مطهریت آب چاه را به مجرد اتصال به متنجس نمی‌توان با دیگر آب‌ها قیاس نمود، چرا که جوشش در آب چاه اقتضای امتزاج دارد، از این جهت در روایت مذکور امتزاج شرط نشده است و در نتیجه نمی‌توان حکم به طهارت آب‌های دیگر بدون امتزاج نمود، در پاسخ به این اشکال این چنین پاسخ می‌دهیم: فقره «لَأَنَّ لَهُ مَادَّةً» در روایت ابن بزیع برای طهارت و مطهریت آب چاه به عنوان تعلیل ذکر شده است و این تعلیل شامل همه آب‌های دارای ماده می‌شود و حضرت علیه السلام در تعلیل امتزاج را شرط ندانسته‌اند.

از فقهای که با استناد به روایت ابن بزیع قائل به نظریه اتصال شده‌اند، می‌توان به سید محسن حکیم در مستمسک عروة الوثقی (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۰۱) و محقق سبزواری در مهذب الاحکام (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۵۱) اشاره کرد. همچنین طبق نظر فقها و با استناد به روایت مذکور، فهم عرفی در نظریه اتصال کفایت می‌کند و نیازی به دقت‌های عقلی نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۵۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۲۸).

نتیجه‌گیری

شیوه تطهیر آب‌های متنجس (فاضلاب) در فقه امامیه از مسائلی است که فقها در منابع فقهی بدان پرداخته‌اند. به‌طور کلی دو دیدگاه عمده در این باره وجود دارد؛ عده‌ای از فقها قائل به نظریه اتصال و برخی دیگر نیز اتصال را برای طهارت کافی ندانسته و قائل به نظریه امتزاج شده‌اند. بر اساس ادله قائلان نظریه امتزاج، به مجرد اتصال فاضلاب تصفیه شده - که فاقد اوصاف ثلاثه نجاست، یعنی بو، رنگ و طعم باشد - به آب‌های



عاصم، موجب طهارت نخواهد شد و امتزاج نیز لازم است. از مهم‌ترین ادله قائلان این نظریه می‌توان به استصحاب، وحدت اجزای آب، شرطیت استهلاک و سیره متشرعه اشاره کرد. البته بر هر یک از این ادله نقدهایی وارد است که آن را از حجیت ساقط می‌کند.

در مقابل نظریه امتزاج، نظریه اتصال است که مهم‌ترین دلیل برای اثبات این نظریه، روایت ابن‌بزیع است که به‌لحاظ سندی و دلالتی کاملاً معتبر است. به‌لحاظ سندی، راویان این روایت همگی ثقه و امامی هستند و به‌لحاظ دلالتی نیز شیوه استدلال به این روایت بدین‌گونه است که از تعلیل روایت ابن‌بزیع «لَأَنَّ لَهُ مَادَّةً» استفاده می‌شود که هر آب متغیر چنانچه اوصاف نجس از آن زائل شود، به‌مجرد اتصال به آبی که دارای ماده است پاک خواهد شد و نیازی به امتزاج با آب طاهر ندارد؛ زیرا که اگر نیاز به امتزاج داشت لازم بود در روایت بیان می‌شد. گرچه روایات دیگر مثل روایت سکونی، روایت کاهلی و روایات ماء‌الحمام که برای اثبات نظریه اتصال بدان استناد شده است به‌لحاظ سندی یا دلالتی معتبر نیست، ولی می‌توان این روایات را به‌عنوان معاضد برای برای اثبات نظریه اتصال در تطهیر آب‌های آلوده دانست.



ف

فهرست منابع

۱. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۲. اردبیلی، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). جامع الرواة وإزاحه الاشتباهات عن الطرق والاسناد. بیروت: دار الأضواء.
۳. اصفهانی، محمدتقی رازی نجفی. (۱۴۲۷ق). تبصرة الفقهاء. قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
۴. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب الطهاره. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل. قم: دفتر معظم‌له.
۷. پورجمال، یعقوب؛ آیتی، محمدرضا. (۱۳۹۳). اعتباری یا واقعی بودن طهارت و نجاست از منظر ادله شرعیه. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۳۸(۱۱).
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی العروه. قم: دارالصدیقه الشهیده.
۹. حائری یزدی، مرتضی. (۱۴۲۶ق). شرح العروه الوثقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البت.
۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البت.
۱۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۰۲ق). رجال علامه حلی. قم: الشریف الرضی.
۱۴. حلی، حسین. (۱۳۷۹). دلیل العروه الوثقی. نجف: مطبعة النجف.
۱۵. حلی، محقق، جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ق). المعتبر. قم: مؤسسه سیدالشهداء.
۱۶. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۷. خمینی، سید روح‌الله. (بی تا). تحریر الوسیله. قم: دارالعلم.



۱۸. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸ق). فقه الشیعه (چاپ سوم). قم: مؤسسه آفاق.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۳۹۰). معجم رجال الحدیث. قم: مرکز نشر الثقافة الإسلامية فی العالم.
۲۰. دهخدا، علی اکبر. لغتنامه دهخدا (چاپ دوم). تهران: دانشگاه تهران.
۲۱. راغب اصفهانی، حسین. (۱۴۱۲ق). مفردات قرآن. لبنان: دارالعلم.
۲۲. رضایی، حامد؛ سعادت، سعید. (۱۳۹۷). استفاده از فاضلاب در کشاورزی فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها. نشریه مدیریت اراضی، ۲، صص ۲۱۳-۲۳۱.
۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مذهب الأحکام (چاپ چهارم). قم: المنار.
۲۴. صافی گلپایگانی، علی. (۱۴۲۷ق). ذخیره العقبی. قم: انتشارات گنج عرفان.
۲۵. صدر، محمدباقر. (۱۴۰۸ق). بحوث فی شرح العروة الوثقی. قم: مجمع الشهد آیت الله الصدر.
۲۶. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۴). ترجمه تفسیر المیزان. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). عروة الوثقی (چاپ دوم). بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۲۸. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). الرجال الطوسی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۸ق). تهذیب الأحکام (چاپ اول). تهران: مکتبه صدوق.
۳۰. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة. قم: کتابفروشی داوری.
۳۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۳۳. علیزاده، ولی الله. (۱۳۸۸). پژوهشی در حکم فقهی فاضلاب تصفیه شده. فقه و تاریخ تمدن، ۹، صص ۸۸-۱۰۷.
۳۴. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



۳۵. فاضل لنکرانی، محمد. (بی تا). جامع المسائل (چاپ یازدهم). قم: انتشارات امیر قلم.
۳۶. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین (چاپ دوم). قم: هجرت.
۳۷. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر. قم: انتشارات دارالرضی.
۳۸. قانع، علی اصغر؛ قنادی، مجید. (۱۳۹۶). آسیب شناسی اجرا و توسعه طرح های فاضلاب در ایران. نشریه علوم آب و فاضلاب، ۲۱(۲)، صص ۴۷-۵۰.
۳۹. کشی، محمد بن عمر. (۱۳۴۸). رجال الکشی. مشهد: انتشارات دانشگاه مشهد.
۴۰. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). کافی (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۱. کیهانیان، مسعود؛ چوبانوگلوس، جورج. (۱۳۹۷). پتانسیل استفاده مجدد از آب برای مصارف خانگی، فرصت ها و چالش ها. مجله آب و فاضلاب، بخش سوم، صص ۶۱-۷۴.
۴۲. معین، محمد. (۱۳۸۴). فرهنگ فارسی معین. تهران: انتشارات آدنا.
۴۳. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). غنائم الأيام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵). رجال نجاشی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۶. نجفی، حسن. (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام فی ثوبه الجدید. قم: دائرة المعارف فقه اسلامی.
۴۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف اسلامی
۴۸. وجدانی فخر، قدرت الله. (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخریه (چاپ دوم). قم: انتشارات سماء قلم.
۴۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۵۰. یوسفی، علی؛ مهدیان، شکبیا. (۱۳۹۳). ارزیابی ضرورت اقتصادی و اجتماعی بازیافت پساب در کشور. بازیافت آب، ۱۱(۱)، صص ۱-۷.



References

1. Alizadeh, W. (1388 AP). A study on the jurisprudential ruling on treated wastewater. *Journal of Jurisprudence and History of Civilization*, 9, pp. 88-107. [In Persian]
2. Allameh Heli, H. (1402 AH). *Rijal Allameh Heli*. Qom: Al-Sharif Al-Radhi. [In Arabic]
3. Allameh Heli, H. (1414 AH). *Tazkirah al-Foqaha*. (1st ed.). Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
4. Allameh Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
5. Ansari, M. (1415 AH). *Kitab al-Taharah*. Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
6. Ardabili, M. (1403 AH). *Jame' al-Ravat va Izaheh al-Ishtibahat an al-Toroq va al-Asnad*. Beirut: Dar Al-Azwa. [In Arabic]
7. Bahjat, M. T. (1426 AH). *Jame' al-Masa'il*. Qom: Ayatollah Bahjat office. [In Arabic]
8. Bahrani, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nazirah*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
9. Dekhoda, A. A. (1377 AP). *Dekhoda Dictionary*. (2nd ed.). Tehran: University of Tehran. [In Persian]
10. Esfahani, M. (1427 AH). *Tabsirah al-Foqaha*. Qom: Majma' al-Zakha'ir al-Islamiyah. [In Arabic]
11. Farahidi, K. (1410 AH). *Kitab Al-Ain*. (2nd ed.). Qom: Hijrat. [In Arabic]
12. Fayumi, A. (n.d.). *al-Misbah al-Munir*. Qom: Dar al-Razi Publications.
13. Fazel Lankarani, M. (n.d.). *Jame' al-Masa'il*. (11th ed.). Qom: Amir Ghalam Publications.
14. Ghane, A. A., & Qanadi, M. (1396 AP). Pathology of implementation and development of sewage projects in Iran. *Journal of Water and Wastewater Sciences*, 1(2), pp. 47-50. [In Persian]
15. Haeri Yazdi, M. (1426 AH). *Sharh al-Orwat al-Wothqa*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
16. Hakim, S. M. (1416 AH). *Mustamsik al-Orwat al-Wothqa*. Qom: Dar al-Tafsir Institute. [In Arabic]
17. Hashemi Shahroudi, S. M. (1423 AH). *The Dictionary of jurisprudence ac-*



فقه

ording to the religion of AhlulBayt. Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic]

18. Hashemi Shahroudi, S. M. (1426 AH). *The Dictionary of jurisprudence according to the religion of AhlulBayt*, Qom, Islamic Encyclopedia Institute. [In Arabic]
19. Heli, H. (1379 AP). *Dalil al-Orwat al-Wothqa*. Najaf: Matba'at al-Najaf.
20. Heli, Mohaqeq, J. (1407 AH). *al-Mutabar*. Qom: Sayyid al-Shuhada Institute. [In Arabic]
21. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: Alulbayt Institute. [In Arabic]
22. Ibn Manzoor, J. (1414 AH). *Lisan al-Arab*. Beirut: Dar al-Fikr le al-Taba'at va al-Nashr al-Tawzi'. [In Arabic]
23. Kashi, M. (1348 AP). *Rijal al-Kashi*. Mashhad: Mashhad University Press. [In Persian]
24. Keyhanian, M., & Chubanoglu, G. (1397 AP). The Potential for reuse water for home use, opportunities and challenges. *Journal of Water and Wastewater*, Part 3, pp. 61-74. [In Persian]
25. Khoei, S. A. (1418 AH). *Fiqh al-Shia*. (3rd ed.). Qom: Afaq Institute. [In Arabic]
26. Khoei, S. A. M. (1390 AP). *Mujam Rijal al-Hadith*. Qom: Markaz Nashr al-Thaqafah al-Islamiyah fi al-Alam. [In Persian]
27. Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah*. Qom: Dar al-Ilm.
28. Koleyni, M. (1407 AH). *al-Kafi*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
29. Mirza Qomi, A. (1417 AH). *Qana'im al-Ayam*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
30. Moein, M. (1384 AP). *Moein Persian Dictionary*. Tehran: Adena Publications. [In Persian]
31. Mohaqeq Karaki, A. (1414 AH). *Jam'e al-Maqasid*. (2nd ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
32. Najafi, H. (1421 AH). *Jawahir al-Kalam fi Tawbat al-Jadid*. Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence. [In Arabic]
33. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam*. (7th ed.). Beirut: Dar Al-Ihya Al-Torath Al-Arabi. [In Arabic]
34. Najashi, A. (1365 AP). *Rijal al-Najashi*. Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Persian]
35. Pourjamal, Y., & Ayati, M. R (1393 AP). The validity or authenticity of puri-



- ty and impurity from the point of view of Shari'a arguments. *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, 38(11). [In Persian]
36. Ragheb Esfahani, H. (1412 AH). *Mufradat Quran*. Lebanon: Dar al-Ilm. [In Arabic]
37. Rezaei, H., & Saadat, S. (1397 AP). Wastewater use in agriculture Opportunities, challenges and solutions. *Journal of Land Management*, 2, pp. 213-231. [In Persian]
38. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Mohazab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar. [In Arabic]
39. Sadr, M. B. (1408 AH). *Bahouth fi Sharh al-Orwat al-Wothqa*. Qom: Assembly of Ayatollah Al-Sadr. [In Arabic]
40. Safi Golpayegani, A. (1427 AH). *Zakhirah al-Oqba*. Qom: Ganj Erfan Publications. [In Arabic]
41. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *al-Rawzah al-Bahiyah*. Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
42. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham*. Qom: Mu'asisah al-Ma'arif al-Islamiyah. [In Arabic]
43. Sheikh Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
44. Sheikh Tusi, M. (1418 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (1st ed.). Tehran: Sadough School. [In Arabic]
45. Sheikh Tusi, M. (1427 AH). *al-Rijal al-Tusi*. Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
46. Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1409 AH). *Orwa al-Wothqa*. (2nd ed.). Beirut: Mu'asisah al-A'alami le al-Matbu'at. [In Arabic]
47. Tabatabaei, S. M. H. (1374 AP). *Translation of Tafsir Al-Mizan*. Qom: Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]
48. Tabrizi, J. (1426 AH). *Tanqih Mabani al-Orwah*. Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahidah. [In Arabic]
49. Vojdani Fakh, Q. (1426 AH). *Al-Jawahir Al-Fakhriya*. (2nd ed.) Qom: Sama Qalam Publications. [In Arabic]
50. Yousefi, A., & Mahdian, S. (1393 AP). Assessing the economic and social necessity of wastewater recycling in the country (Iran). *Journal of Water Reuse*, 1(1), pp. 1-7. [In Persian]



فصل



An Examination of the Jurisprudential Principles of the Benefit of Hearing in People with One Hearing Ear

(A study on the principles of Article 683 of the Islamic Penal Code)

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

Received: 02/08/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

The legislator in Article 683 of the Islamic Penal Code, as it is known, considers half of the diya (blood money) in the hearing loss of a person with one hearing ear. The only person who disagrees with this view is Ibn Hamza al-Tusi. He distinguishes between deafness for criminal reasons and non-criminal and congenital ones. By studying the principles of most of the jurists' viewpoints, it was concluded that the fatwa to halve the full diyat on hearing in both ears has weak basis or reasons and the claim of the jurists on the non-inclusion of narratives in the other main benefits of the person's body – based on the multiplicity of benefits and the mere attribution of the benefits to extreme strength and weakness - confirms this fact. In addition, most of jurists' viewpoints on the diya of hearing implies a full diya in total hearing. However, a person's hearing may be weak or strong. In addition, while rejecting the possibility that the fatwa of Ibn Hamzah was comparative, it became clear that the narrative on which the possibility of comparing hearing to sight, was related to the eye, not sight. In addition, in that narrative, there is no distinction between blindness for criminal and non-criminal reasons. Therefore, in determining the diyat for the complete hearing loss, the narratives consider the full diya, and the case where the hearing of one of the two ears has already been lost because of a crime is beyond these narratives.

Keywords

Hearing, ear, Hisham narration, comparison, diya.

-
1. PhD in Islamic Jurisprudence and Law, Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author) amin.soleyman1370@gmail.com
 2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom University, Qom, Iran. vazirifard@yahoo.com
 3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom University, Qom, Iran. abasaleh.s@gmail.com

*Soleyman Kolvanaq, A & Vazirifard, M, & Nozari Ferdowsieh, M, (2021), An Examination of the Jurisprudential Principles of the Benefit of Hearing in People with One Hearing Ear (A study on the principles of Article 683 of the Islamic Penal Code). *Journal of Fiqh*, 28 (105), pp. 152-177.
Doi: 10.22081/jf.2020.58445.2103.

بازخوانی مبانی فقهی دیه منفعت شنوایی در افراد دارای یک گوش شنوا (تأملی در مبانی ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی)

امین سلیمان کلوانق^۱ سید محمدجواد وزیری فرد^۲ محمد نوذری فردوسیة^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

چکیده

قانون گذار در ماده ۶۸۳ ق.م.ا، مطابق مشهور، در زوال شنوایی فرد دارای یک گوش شنوا، قائل به نصف دیه کامل است. تنها مخالف این نظر، ابن حمزه طوسی است که بین ناشنوایی به علل جنایی با غیرجنایی و مادرزادی، تفاوت قائل شده است. با پژوهش در مبانی قول مشهور، این نتیجه به دست آمد که مبانی مشهور در فتوا به تنصیف دیه کامل بر شنوایی دو گوش، از ضعف دلالتی برخوردار است و اذعان فقیهان بر عدم شمولیت روایات، در سایر منافع اصلی بدن -بنابر تعددناپذیری منافع و صرف ائصاف منافع به شدت وضعف- مؤید همین مطلب است و مضاف براین، مستند قول مشهور در دیه شنوایی، دلالت بر دیه کامل در مجموع شنوایی دارد؛ حال ممکن است شنوایی فردی ضعیف و شنوایی فردی قوی باشد. همچنین ضمن رد احتمال قیاسی بودن فتوای ابن حمزه، روشن شد روایتی که احتمال قیاس شنوایی با بینایی به استناد آن می‌رفت، درخصوص چشم است، نه بینایی. به‌علاوه در آن روایت تفکیکی میان نابینایی به علل جنایی و غیرجنایی صورت نگرفته است. لذا در مقام تعیین دیه در زوال کل شنوایی، روایات دلالت بر تعلق دیه کامل دارند و موردی هم که قبلاً شنوایی یکی از دو گوش در اثر جنایت از دست رفته باشد، از تحت این روایات خارج است.

کلیدواژه‌ها

شنوایی، گوش، روایت هشام، قیاس، دیه.

۱. دکتری تخصصی فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

amin.soleyman1370@gmail.com

vaziryfard@yahoo.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.

abasaleh.s@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.

* سلیمان کلوانق، امین؛ وزیری فرد، سیدمحمدجواد؛ و نوذری فردوسیة، محمد. (۱۴۰۰). بازخوانی مبانی فقهی دیه منفعت شنوایی در افراد دارای یک گوش شنوا (تأملی در مبانی ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی). فصلنامه فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۸(۱۰۵)، صص ۱۵۲-۱۷۷.
Doi: 10.22081/jf.2021.58445.2103.

طرح مسئله

شنوایی یکی از منافی است که خدای متعال به مخلوقات خود اعطا کرده است. اهمیت منفعت مذکور به نحوی است که زوال آن در تکلم نیز اثرگذار است. شارع اقدس مانند برخی دیگر از منافع موجود در بدن انسان، جنایتی که موجب زوال شنوایی گردد را موجب دیه کامل می‌داند و در بحث قطع گوش و همزمانی زوال شنوایی با آن، حکم به دو دیه کامل داده است. برخی از افراد به طور مادرزادی شنوایی یکی از دو گوش را ندارند، یا به جهتی غیرجنایی آن را از دست داده‌اند. در اینکه دیه شنوایی گوش شنوای این فرد چه مقدار است، قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۸۳ مقرر می‌دارد: «از بین بردن شنوایی گوش شنوای شخصی که یکی از گوش‌های او نمی‌شوند، موجب نصف دیه کامل است.» با وجود اینکه ناشنوایی می‌تواند ناشی از علل جنایی و علل غیرجنایی (یا مادرزادی) باشد، ولی حکم ماده به طور مطلق بوده و هر دو حالت را شامل است. در خصوص فردی که ناشنوایی گوشش به علل جنایی باشد، این مطلب قابل قبول است، زیرا یا شخص در مقابل آن دیه دریافت کرده است، یا اینکه با عفو جانی، از حق خود صرف نظر کرده است. لذا با زائل کردن شنوایی گوش شنوای چنین فردی، حکم به نصف دیه کامل می‌شود. در خصوص زوال شنوایی فردی که دارای یک گوش شنوای است و گوش دیگرش ناشنوا به علل غیرجنایی یا مادرزادی است، مشهور فقیهان - که نزدیک به اجماع هم است و تنها یک مخالف دارد - رأی به نصف دیه کامل داده‌اند و در مقابل تنها ابن حمزه طوسی است که دیه کامل را در آن ثابت می‌داند. لذا تعمیم حکم ماده مذکور به مواردی که ناشنوایی به علل غیرجنایی یا مادرزادی باشد، مطابق با نظر مشهور است. نظر اخیر به نظر نگارنده با اشکال‌هایی مواجه است؛ عمده ایرادها در برداشتی است که مشهور فقها از روایات وارده در خصوص دیه اعضای جفتی بدن دارند و کلام فقیهان در عدم شمولیت این روایات به منافع اعضای بدن، بر عدم دلالت روایات بر تنصیف دیه کامل بر شنوایی دو گوش را معاضدت می‌نماید. همچنین مشهور فقها، نظر ابن حمزه را مستند به قیاس می‌دانند که در فقه امامیه اعتباری ندارد. لازم به ذکر





است که با توجه به اینکه ضعف و قوت منافع اعضای افراد یکسان نیست، پیش فرض این است که تمام منافع برای هر کس به حسب خودش دیه کامل دارد و مؤید آن این مطلب است که در روایات تعیین کننده دیه منافع، سخنی از تفاوت میان افراد با منفعت ضعیف (مثلاً کسی که به جهت ضعف اعصاب از بیست درصد شنوایی افراد عادی برخوردار است) و منفعت قوی، وجود ندارد.

سیر جستار در این جستار پژوهش به این ترتیب خواهد بود که بعد از دسته بندی آراء موجود در مسئله، ابتدا مستندات موجود در مسئله مطرح می شود و محدوده دلالت آنها تبیین می گردد و در ادامه ضمن ارزیابی ایراد وارده به فتوای ابن حمزه، دلیل گزینش نظر ابن حمزه ارائه می گردد و در پایان پیشنهادی برای قانون گذار محترم در جهت اصلاح ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی ارائه می شود.

۱. آرای فقیهان در مسئله

سخن از اختلاف آراء در بادی امر شاید برای همگان قابل قبول نباشد، زیرا اکثر قریب به اتفاق فقها متفق القول اند و تنها نظر یکی از فقها با سایرین هم سو نیست. با این حال شاید مقام اجتهاد پذیرای سخن از اختلاف آراء نباشد یا حداقل اینکه به سختی آن را قبول کند. اما به هر حال در این زمینه دو نظر وجود دارد:

۱. عمده فقیهان بر این باورند که در زوال شنوایی گوش فردی که دارای یک گوش شنوا است، نصف دیه کامل ثابت است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۱۰؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۴۶۱)؛ البته در این میان برخی نیز به طور مطلق رأی به نصف دیه در گوش شنوا داده اند، بدون اینکه تفکیکی میان افراد دارای یک گوش سالم و دو گوش سالم انجام دهند (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۵۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۸۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۶۰۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۴۹؛ حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۹۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۲۵۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۳۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۵۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۲؛ سبزواری،

۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۵۸؛ مشکینی، ۱۴۱۸ق، ص ۵۳۶؛ حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۱۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۷۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۱۶؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۳، ص ۴۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۱۰؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۶۵؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۵۶؛ فقعی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۲۸؛ جزائری، بی تا، ص ۱۰۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۹۳؛ کاشف الغطاء، ۱۳۶۶، ج ۶، ص ۱۵؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۸۲؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۹۷. همان گونه که برخی نیز اشاره داشته‌اند، اطلاق فتاوی فقها مقتضی این است که تفاوتی میان جایی که گوش دیگر شنوا باشد یا ناشنوا باشد وجود ندارد و نیز تفاوتی وجود ندارد میان جایی که ناشنوایی گوش دیگر مادرزادی باشد، یا به علل غیرجنایی از بین رفته باشد، با جایی که گوش دیگر در اثر جنایت از بین رفته باشد (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۴۶۱). حتی برخی از فقیهان نصف بودن دیه در حالات اخیرالذکر را علاوه بر اقتضای اطلاق فتاوا، مقتضای اطلاق نصوص نیز می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۹۸). البته فقهایی هم هستند که به این عدم تفاوت اشاره داشته‌اند (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۸۹؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۵۰۱).

۲. ابن حمزه طوسی قائل بر این است که اگر شنوایی یکی از دو گوش به‌طور مادرزادی یا در اثر غیرجنایت از بین رفته باشد، با زوال شنوایی گوش سالم فرد، دیه کامل ثابت است، اما در صورتی که به سبب جنایی از بین رفته باشد، نصف دیه کامل در شنوایی گوش سالم ثابت است (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۴۵).

۲. مستندات اقوال

عمده عبارات قائلان به قول اول بدون ذکر دلیل است، ولی فقهایی نیز هستند که مستندشان را ذکر کرده‌اند. برخی اشاره داشته‌اند که مستند این قول عموماً این است که وارد شده؛ از جمله روایت هشام، و مفادش این است که هر آنچه که در بدن انسان دو تا است، در آن دو، دیه کامل ثابت است و در هر یک، نصف دیه ثابت است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۴۳۰؛ جزائری، بی تا، ص ۱۰۳)، و عمل برخلاف این نیاز به دلیل دارد که مفقود است (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۳۳؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۵۱). روایات مورد استناد قرار گرفته، در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:





۲-۱. روایات عام

۱. صحیح هاشم: «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ قَالَ: "كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ اثْنَانِ فَفِيهِمَا الدِّيَّةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ وَمَا كَانَ وَاحِدًا فَفِيهِ الدِّيَّةُ"»^۱ (حر عاملی، ج ۲۹، ص ۲۸۷؛ اصفهانی (مجلسی اول)، ج ۱۴۰۶، ص ۱۶، ج ۵۵۵).

البته در برخی کتب با عبارات متفاوتی نقل کرده‌اند. (عمانی، ج ۱۴۱۳، ص ۵۴۱)^۲

در ارزیابی سندی این روایت گفته شده که روایت مضمراً است؛ چون هشام مشخص نکرده است که از چه کسی نقل می‌کند (نجفی، ج ۱۴۰۴، ص ۴۳؛ ج ۱۸۲؛ خوانساری، ج ۱۴۰۵، ص ۶، ج ۲۱۸)، یا به تعبیری دیگر گفته‌اند که روایت مقطوعه^۳ است (صیمری، ج ۱۴۲۰، ص ۴، ج ۴۴۹).

در مقام پاسخ به این اشکال، گفته می‌شود که سند این روایت در تهذیب الاحکام مقطوع است، ولی در من لایحضره الفقیه چنین نیست و هشام از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند (صدوق قمی، ج ۱۴۱۳، ص ۴، ج ۱۳۳)^۴ و حدیث مذکور مسند به شمار می‌رود.

در سندی که شیخ طوسی در تهذیب ارائه داده است، اشکال دیگری نیز مطرح شده و آن اینکه یکی از راویان حدیث، محمد بن خالد است که بنابر تعبیر برخی از علمای اهل رجال، از ضعف نقل روایت می‌کند (حلی، ج ۱۳۸۳، ص ۳۰۹؛ شبیری زنجانی، ج ۱۴۱۹، ص ۲، ج ۵۶۶)، به مرسله‌ها اعتماد می‌کند (ابن غضائری، بی‌تا، ص ۹۳)، و احادیث وی از ضعف برخوردار است (نجاشی، ج ۱۴۰۷، ص ۳۳۵).

در رد این اشکال هم باید گفت: ظاهر این است که هشام از امام معصوم علیه السلام نقل می‌کند، زیرا ثقّه است (شهید ثانی، ج ۱۴۱۳، ص ۱۵، ج ۴۰۲؛ عمّانی، ج ۱۴۱۳، ص ۵۴۱؛ شهید اول، ج ۱۴۱۴، ص ۴، ج ۵۲۵). همچنین می‌توان گفت که مجموع احوالات وی حاکی از آن است که ثقّه است، همان‌طور که علامه نیز ایشان را تعدیل می‌کند (علامه حلی، ج ۱۳۸۱، ص ۱۳۹)؛ از

۱. «هر آنچه که در بدن انسان دو تا است، در آن دو دیه کامل ثابت است و در یکی از آن دو نصف دیه کامل ثابت است و هر آنچه که در بدن انسان واحد باشد، در آن به تنهایی دیه کامل ثابت است.»

۲. «كل ما كان في الإنسان اثنان فيه الدية وفي أحدهما نصف الدية.»

۳. به روایت مقطوع، مضمراً و موقوفه نیز گفته می‌شود.

۴. «رَوَى ابْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ اثْنَيْنِ فَفِيهِمَا الدِّيَّةُ.»

جمله این احوالات اینکه شیخ طوسی ایشان را از زمره اصحاب امام موسی کاظم و امام رضا علیهما السلام نام برده است (طوسی، ۱۴۲۷ق، صص ۳۶۳، ۳۷۷). همچنین مشمول یکی از توثیقات عام رجالی^۱ شده است (سبحانی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۴)؛ همان‌طور که آیت‌الله العظمی خامنه‌ای می‌فرماید: «آنچه که ما به آن اعتماد داریم، اعتماد اجلا و بزرگان از علما و فقیهان است. مثلاً وقتی می‌بینیم شیخ کلینی که این قدر در بیان معارف اهل بیت، تقوا، ورع و احتیاط دارند، از یک نفر تعداد زیادی روایت نقل می‌کند، پی می‌بریم که آن فرد ثقه است؛ زیرا چطور ممکن است که کسی مثل کلینی از کسی که [به او] اعتماد ندارد، این همه روایت مربوط به احکام را نقل کند» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۳). پاسخی دیگر اینکه نقل روایت از ضعفا موجب تضعیف نمی‌شود؛ باید دقت داشت که فرض ناقلیت از ضعفا در جایی که نقل از ثقه است، آسیبی نمی‌زند. با همه اینها، برخی فقهای رجالی هستند که صریحاً حکم به وثاقت وی داده‌اند (طوسی، ۱۴۲۷، صص ۳۶۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۱، ص ۱۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۵۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۱۵۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۷، ص ۴۷۹). فراتر از همه اینها، در سندی که شیخ صدوق ارائه می‌دهد، اصلاً محمد بن خالد وجود ندارد (صدوق قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۴۲۴-۴۲۵).

همچنین اشکال کرده‌اند که با وجود مقطوع بودن روایت هشام، ظن در رسیدن خبر به امام علیه السلام دلیل کافی برای اعتماد بر آن نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰۲؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۴۱)؛ ولی گفته شده که ثقه بودن وی مانع از آن است که بدون دلیل فتوا دهد (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۴۹۴؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۴۴۴؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۹، ص ۶۱۴). لذا مناقشه در سند روایت بی‌وجه است (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۳۸۶؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۳۱) و با وجود این قیل و قال‌ها، به نظر می‌آید خدشه‌ای بر معتبر بودن روایت وارد نیست.

اما در مقام دلالت روایت بر تعلق دیه کامل در شنوایی و تقسیم کل دیه بر شنوایی

۱. اگر فرد به خصوصی باشد که دلیلی بر ثقه بودنش نداریم ولی راوی یا راویان ثقه و مورد اعتماد از او بسیار نقل کرده‌اند، همین کثرت نقل شخص یا اشخاص ثقه از او می‌تواند دلیلی بر ثقه بودنش باشد.





دو گوش، باید گفت درخصوص دلالت آن بر ثبوت دیه کامل درخصوص منفعت شنوایی مطلبی وجود ندارد و اگر هم بخواهیم حکم عام روایت را شامل منافع اعضا بدانیم، در ادامه خواهد آمد که با اشکالات اساسی مواجه است.

۲. «عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَيَّانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: "مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ مِنْهُ اثْنَانِ فَفِي الْوَاحِدِ نِصْفُ الدِّيَةِ مِثْلُ الْيَدَيْنِ وَالْعَيْنَيْنِ..."^۱ (کافی، ج ۷، ص ۳۱۵؛ اصفهانی (مجلسی اول)، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۶۴۰).

از روایت مذکور تحت عنوان حسنه یاد شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰۲؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۴۱)؛ البته برخی هم از آن تحت عنوان صحیحہ یاد کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۷۳).

۲-۱-۱. دلالت روایات

از حیث دلالت روایات بر تقسیم دیه کامل بر شنوایی دو گوش لازم به ذکر است که از آنجائیکه شنوایی از منافع بدن است لذا باید این مطلب ثابت شود که این روایات شامل منافع اعضای بدن نیز می‌شود. البته باید گفت که آنجائیکه در منافع بدن از جمله بینایی، عقل، بویایی و شنوایی، دلیل دیگری مبنی بر ثبوت دیه کامل وجود دارد لذا از این روایات کمتر سخن به میان آمده و بیشتر درخصوص حس چشایی، فقهایی که رأی به ثبوت دیه کامل در آن می‌دهند به روایات فوق استناد می‌کنند به این جهت که دلیل خاصی وجود ندارد. اما به هر حال چون شمول یا عدم شمول روایت نسبت به منافع اعضای بدن، در تنصیف دیه منفعت شنوایی به دو گوش، مؤثر است لذا جهت جمع بندی از دلالت روایت، نقل استدلال فقیهان در شمولیت یا عدم شمولیت روایت نسبت به منافع اعضاء لازم است.

۱. «هر آنچه که در بدن انسان از آن دو تا باشد، در هر یک نصف دیه کامل ثابت است؛ مانند دو دست و دو چشم و...»

۲-۱-۱. استدلال قائلان به شمول روایت به منافع اعضا

برخی از فقیهان می‌فرمایند که منظور از هر آنچه که در بدن انسان واحد است، هم شامل اعضا و هم شامل منافع می‌شود (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۵؛ جزائری، بی‌تا، ص ۱۰۳) و در بحث از دیه منافع متعدد، آنجا که به منفعت واحدی از بدن برمی‌خورند، حکم به دیه کامل را مستند به واحد بودن آن منفعت در بدن می‌دانند که مبنای همین استدلال هم اعتقاد به شمول روایت به فراتر از اعضا، یعنی به منافع است (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۴۶۵؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۴۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۷۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۸۹؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۶۲؛ سبحانی، ۱۸ آذر ۱۳۹۱).

۲-۱-۳. استدلال قائلان به عدم شمول روایات به منافع اعضا

در مقابل برخی قائل‌اند که متبادر از عمومیت مذکور در روایت (یعنی «ما کان»)، «اعضا» است؛ یعنی هر عضوی که واحد باشد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۴۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۳۱۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۲۰)، که به طور قطع شامل منفعت نمی‌شود (نجفی، ج ۴۳، ص ۳۱۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۴۹) و در همین راستا گفته شده که مرحوم صاحب شرایع، چون به عضو بودن حس چشایی یقین نداشته، لذا ثبوت دیه کامل در آن را به عنوان احتمال مطرح کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۲۰)؛ در حالی که عضو نبودن حس چشایی بر هیچ کسی پوشیده نیست؛ چه برسد به فقیهی سترگ چون محقق حلی. لذا باید گفت که ایشان در شمول روایت به منافع تردید داشته‌اند. آیت‌الله فاضل در وجه سخن مرحوم امام خمینی بر ثبوت حکومت در چشایی می‌فرمایند که از روایت «کل ما کان فی الإنسان منه واحد فیه الدیه»، عضو متبادر می‌شود نه منفعت (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۴۱).

در پاسخ به این استدلال باید گفت که لفظ «کل»، هم شامل اجزای داخلی و اجزای خارجی است و هم شامل منافع می‌شود و ادعای اینکه اختصاص به اعضای خارجی دارد، با عمومیتی که در روایت است منافات دارد، و کلمات فقها اطلاق دارد؛ البته حکم به تصالح احتیاطی است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۷۶).





دومین دلیلی که به آن استناد شده، این است که روایت انصراف به اعضای بدن دارد و به این جهت است که در صحیحہ عبدالله بن سنان آمده است: «ما كان في الجسد منه اثنان ففيه الدية» (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۶۳).

در پاسخ به انصراف روایت به اعضا و جوارح، گفته شده که روایت هشام و عبدالله بن سنان، در موارد زیاد و متعددی از قبیل گویایی، شنوایی، بینایی، بویایی و عقل وارد شده‌اند. لذا این روایت دلالت بر تعمیم دارد (شوستری، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص ۴۴۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۸۷)؛ زیرا که لفظ کل شامل اجزا و اعضا است: چه اعضای داخلی و چه خارجی، علاوه بر اینکه منافع و غیر اینها در بدن انسان موجودند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۷۱).

آیت‌الله سبحانی در پاسخ به این سخن می‌فرمایند: «وقتی در اعضا مسئله را می‌گویند، منافع عضو به طریق اولی باید همان حکم اعضا را داشته باشد. چرا؟ چون عضو به خاطر منافعی ارزش دارد و الا اگر بدون منفعت عضوی باشد، چندان ارزش ندارد. پس اگر در عضو گفتند، باید در منافع به طریق اولی بگویند» (سبحانی، ۱۵ آذر ۱۳۹۱).

اما تأملاتی بر کلام ایشان وارد است؛ اول اینکه در منفعت شنوایی و گوش که محل آن است، چنین نیست و هر دو مستقلاً دارای دیه کامل هستند، و دوم اینکه اولویتی که ایشان به آن استناد می‌کنند، در عکس چنین حالتی صادق است؛ زیرا آنچه که زوالش با زوال دیگری قطعی است، منفعت است، نه عضو. به عبارت دیگر، اگر عضو از بین برود زوال منفعت قطعی است، اما زوال منفعت به معنای زوال محل آن نیست، لذا اگر در منفعت دیه کامل ثابت باشد، به طریق اولی در زوال محل آن باید دیه کامل ثابت باشد، اما عکس آن صحیح نیست؛ زیرا چه بسا که با زوال منفعت محل آن باقی باشد، مثل اینکه شنوایی یا بینایی از بین برود، ولی گوش و چشم باقی باشد. این در حالی است که خود ایشان حکم به تعلق دیه کامل در زوال التذاذ جنسی را مستند به روایت هشام و عبدالله بن سنان، بعید می‌داند (سبحانی، ۱۹ آذر ۱۳۹۱).

جمع‌بندی از استدلال موافقان شمولیت «ما کان» به منافع، و مخالفان به شمولیت روایت به جهت انصراف و تبادر، بدین کیفیت است که اولاً این قطعی است که «ما کان» شامل منافع می‌شود، زیرا منافع هم در بدن انسان است، اما فراز بعدی روایت که می‌فرماید: «... منه اثنان و... الخ»، شمولیت را با مانع مواجه می‌کند؛ زیرا قرینه بر این است که منظور از «ما کان» مواردی است که وصف یکی بودن و دو تابدون را داشته باشد، درحالی که منافع فقط پذیرای وصف شدت و ضعف است. اما درخصوص استدلال به تبادر باید گفت که تبادر در تعاریف اصولیان عبارت است از سبقت گرفتن معنا به ذهن در جایی که قرینه نباشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۷۸)؛ بر اساس این تعریف، آیا معنای اعضا از لفظ «ما کان» به ذهن منسب می‌شود؟ پاسخ منفی است و از آن لفظ، مطلق هر آنچه که در بدن است به ذهن می‌رسد. لذا استناد به تبادر صحیح به نظر نمی‌رسد. اما ذکر این نکته ضروری می‌نماید که خود تبادر بنابر تقسیم مرحوم بهبهانی سه نوع است؛ حاقی، اطلاق و انصرافی. در اولی تبادر از خود لفظ است، در دومی از اطلاق لفظ، و در مورد اخیر انصراف ذهن به معنای مخصوص از طریق قرائن است (موسوی بهبهانی، ۱۳۸۱، ص ۸۵). مطابق با این گفتار، بعید نیست که گفته شود تبادر انصرافی در کلام موجود است و آن هم اینکه «ما کان» منافع را شامل نشود.

اما اینکه گفته شده انصراف «ما کان» به اعضا است، باید گفت که در تعریف انصراف گفته شده که انسی ذهنی بین لفظ و حصه‌ای معین از معنای موضوع له آن لفظ است (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۳۹)؛ یعنی با شنیدن لفظ، ذهن به یک فرد از آن لفظ مطلق متوجه می‌شود، نه به سوی معنای اصلی لفظ. مطابق با این تعریف، در روایات انصرافی وجود ندارد.

پس روشن شد که از طرفی تبادر و انصراف در روایات درباره اعضا وجود ندارد. از طرف دیگر هم مانع برای شمول روایت به منافع وجود دارد. بنابراین چون امکان استناد به دو روایت فوق برای ثبوت دیه کامل در شنوایی وجیه نیست، به دنبال آن تقسیم دیه





کامل شنوایی بر دو گوش نیز صحیح نیست. برخی از فقیهان نیز همین مطلب را تأیید می‌کنند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۵۵).

دیگر ادله‌ای که در تعلق دیه کامل بر منفعت شنوایی وارد شده، عبارتند از:

۲-۲. روایات خاص

۱. «مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْبُرْقِيِّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: "قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ وَلسَانُهُ وَعَقْلُهُ وَفَرَجُهُ وَانْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَهُوَ حَيٌّ بَسَّتْ دِيَاتُ" ^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۶۵).

۲. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ وَ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ أَنَّه عَرَضَ عَلَيَّ أَبِي الْحَسَنِ الرَّضَا عليه السلام كِتَابَ الدِّيَاتِ وَ كَانَ فِيهِ فِي ذَهَابِ السَّمْعِ كُلِّهِ دِينَارٌ... الخ» ^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۱۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۴۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۸۳؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹ق، ج ۳۱، ص ۶۹۸).

۳. «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: "فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي أُذُنِهِ بِعَظْمٍ فَادَّعَى أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ قَالَ يَتَرَضَّدُ وَيُسْتَعْفَلُ وَيُنْتَظَرُ بِهِ سَنَةٌ فَإِنْ سَمِعَ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ أَنَّهُ سَمِعَ وَإِلَّا حَلَفَهُ وَأَعْطَاهُ الدِّيَةَ". قِيلَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ: "فَإِنْ عُثِرَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ سَمِعَ". قَالَ: "إِنْ كَانَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ رَدَّ عَلَيْهِ سَمْعَهُ لَمْ أَرْ عَلَيْهِ شَيْئاً" (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، صص ۲۶۴-۲۶۵).

مدلول روایات فوق این است که دیه کامل در زوال کل شنوایی ثابت است و در این روایات سخن از تقسیم دیه شنوایی بر دو گوش به میان نیامده است تا در صورت

۱. «امیرالمؤمنین عليه السلام در خصوص مردی که به مرد دیگر با عضا ضربه زد و شنوایی و بینایی و زبان و عقل و فرج و قدرت مقاربت وی از بین رفت، درحالی که مرد زنده بود، به شش دیه حکم داد».

۲. «در ازبین رفتن شنوایی به‌طور کامل، هزار دینار ثابت است».

زوال شنوایی فردی که دارای یک گوش ناشنوای مادرزادی یا به علل غیرجنایی است، حکم به نصف دیه کامل داده شود. چنین امری نیاز به دلیل دارد که مفقود است. برخی تقسیم دیه کامل بر دو گوش و عدم تفاوت میان ناشنوایی به جهت جنایی و غیرجنایی را مقتضای اطلاق صحیحه یونس نیز دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۲۵۸). اما درباره اینکه عدم تفاوت میان نابینایی به علت جنایی و غیرجنایی مقتضای اطلاق روایت دانسته شده، باید گفت که در روایت از دیه شنوایی فردی که دارای یک گوش شنوا است، سخنی به میان نیامده است؛ بنابراین چگونه می‌شود از مطلبی که در روایت وجود ندارد اطلاق‌گیری کرد؟ یا به تعبیری دیگر، جریان اطلاق نیاز به وجود مقدمات حکمت دارد و از جمله این مقدمات، امکان اطلاق و تقيید است که در روایات فوق چنین امکانی وجود ندارد، زیرا به جهت عدم ذکر ناشنوایی فردی که دارای یک گوش سالم است، امکان اطلاق‌گیری درباره علت ناشنوایی (یعنی جنایی و غیرجنایی) وجود ندارد.



فقه

۳. ارزیابی ایراد وارده بر فتوای ابن حمزه و تنقیح استدلال بر فتوای ایشان

ابن حمزه طوسی که قائل به تعلق دیه کامل در شنوایی گوش سالم فردی است که تنها یک گوش شنوا دارد و گوش دیگرش به علل غیرجنایی ناشناخته شده است، مورد هجمه سایر فقها قرار گرفته و برخی بر فتوای وی ایراداتی وارد کرده‌اند که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفته شده که فتوای ابن حمزه مبنایی جز قیاس نمی‌تواند داشته باشد و آن هم قیاس شنوایی به چشم است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۲۵۴؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴۳۳؛ تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۵۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۲۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۳۱۳)؛ به این نحو که ایشان شنوایی را با بینایی فردی مقایسه کرده است که یکی از چشمانش نابینا است؛ در حالی که دلیل خاص درباره بینایی وجود دارد که دیه کامل در آن ثابت است.

باید گفت که بطلان قیاس مستنبط‌العله میان فقهای امامیه امری اتفاقی است، اما اینکه ابن حمزه به راحتی متهم به استفاده از آن شناخته شود به نظر قابل دفاع نیست و



می‌توان با تنقیح مبانی بر نظر وی، اتقان نظرش را روشن ساخت. در این راستا ارائه چند نکته ضروری به نظر می‌رسد:

نکته اول اینکه استدلال ابن حمزه معلوم نیست و اگر هم منظور افرادی که وی را به عمل به قیاس متهم می‌کنند این باشد که ابن حمزه شنوایی را با بینایی قیاس کرده درحالی که این دو متفاوت‌اند و در بینایی روایت خاص وجود دارد که در چشم بینای فردی که دارای یک چشم بینا است دیه کامل ثابت است، باید در پاسخ گفته شود که این قیاس محتمل مردود است، به این دلیل که روایات وارده در کافی^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، صص ۳۱۷-۳۱۸) و تهذیب^۲ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۶۹) درخصوص چشم است نه بینایی (بله، اگر روایت درخصوص بینایی بود، به جهت اینکه هر دو منفعت‌اند، شاید می‌شد گفت که قیاس صورت گرفته است، درحالی که چنین نیست).

دومین نکته این است که حتی در خود روایت نیز تفکیکی میان نابینایی به‌علل جنایی و غیرجنایی صورت نگرفته و این مطلب فقط در کلام فقیهان است. حتی برخی از فقیهانی که به ابن حمزه ایراد کرده‌اند، اذعان می‌دارند که در روایتی که در مقام تعیین دیه چشم بینای شخص دارای یک چشم سالم است، میان نابینایی مادرزادی و نابینایی در اثر قصاص، با نابینایی به‌علل جنایی، تفاوتی در حکم وجود ندارد و در این میان روایتی هم وجود ندارد که مقید آن روایت باشد (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۳۶)؛ لذا در این میان درخصوص تعیین دیه بینایی فردی که دارای یک چشم بینا است و چشم دیگرش

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَمُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ أَعْوَرَ أُصِيبَتْ عَيْنُهُ الصَّحِيحَةَ فَقَضَتْ أَنْ تُقْفَلَ إِحْدَى عَيْنَيْ صَاحِبِهِ وَ يُعْقَلَ لَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَةً كَامِلَةً وَيُعْفَى عَنْ عَيْنِ صَاحِبِهِ».

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَفْصَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الدِّيَةُ».

«عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ».

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَجْنُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَسَّانَ عَنْ أَبِي عِمْرَانَ الْأَزْمِنِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ صَحِيحٍ فَقَالَ عَيْنُ رَجُلٍ أَعْوَرَ فَقَالَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ فَإِنْ شَاءَ الَّذِي قُتِلَتْ عَيْنُهُ أَنْ يُعْتَصَ مِنْ صَاحِبِهِ وَيَأْخُذَ مِنْهُ حَمْسَةَ آلَافٍ ذَرَاهِمَ فَعَلَّ لِأَنَّ لَهُ الدِّيَةَ كَامِلَةً وَقَدْ أَخَذَ نِصْفَهَا بِالْقِصَاصِ».

نابینای مادرزادی یا به علل غیرجنایی است، وضعیت مشابه شنوایی است و در هیچ یک دلیل روایی خاص وجود ندارد.

ثالثاً، بعد از تبیین این مطلب که برای تفاوت قائل شدن میان نقص عضو ناشی از جنایت با مواردی که نقص عضو در اثر علل غیرجنایی یا مادرزادی است، مستند روایی وجود ندارد، در مقام تعیین دیه شنوایی فردی که دارای یک گوش شنوا است و گوش دیگرش شنوایی ندارد، مسئله دو صورت دارد؛ حالت اول اینکه ناشنوایی شخص در اثر جنایت یا قصاص بوده باشد که در این خصوص گفته شده که اگر مجنی علیه، دیه را دریافت کرده باشد یا عفو کند و یا اینکه قصاص انجام داده باشد، با جنایت بر شنوایی گوش دیگرش، مجنی علیه فقط نصف دیه را استحقاق خواهد داشت، زیرا با اخذ دیه یا قصاص، عوض را در دنیا دریافت کرده است و یا اینکه به واسطه عفو، در آخرت عوض آن را دریافت خواهد کرد^۱ (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۶۴)، و اگر هم در اثر قصاص از دست داده باشد، با اقدام به جنایت عمدی، استحقاقش درباره یک دیه کامل (در شنوایی) به مقدار زائل شده از شنوایی اش تقلیل می یابد. همان گونه که این قاعده در کل اعضا و منافع بدن جاری است؛ مثلاً اگر شخص قبلاً در اثر قصاص یکی از دو دست خود را از دست داده باشد، با از بین رفتن دست دیگرش نصف دیه را مستحق می شود، اما حالت دوم، موردی است که ناشنوایی گوشش مادرزادی بوده یا در اثر غیرجنایت بوده باشد؛ در این خصوص به این دلیل که لسان روایات وارده در مقام تعیین دیه شنوایی و بینایی در وسائل الشیعه^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۳۶۵)، من لا یحضره

۱. به طور کلی می شود گفت که قبلاً استحقاق کل دیه را داشته است و با اقدام به دریافت یا عفو، استحقاقش به نصف را از دست داده است، زیرا با تعدد جنایات درباره یک منفعت، مجنی علیه در مجموع این جنایات، تنها استحقاق دیه کامل آن منفعت را دارد؛ به عنوان مثال در اثر جنایات متعدد بر شنوایی، شخص نباید بیشتر از یک دیه کامل که دیه منفعت شنوایی است مستحق شود.

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْبُرْقِيِّ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ إِسْرَاهِيمَ بْنِ عَمْرٍو عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بَعْضًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ وَلسَانُهُ وَعَقْلُهُ وَفَرْجُهُ وَانْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَهُوَ حَيٌّ بِسِتِّ دِيَّاتٍ».

المعتبرة من كتاب ظريف: «... والضوء كله من العينين ألف دينار الخ».





الفقیه^۱ (صدوق قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۹) و جامع احادیث شیعه^۲ (طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹ق، ج ۳۱، ص ۵۱۴) حکایت از تعلق دیه کامل بر مجموع شنوایی و بینایی دارد و فردی که شنوایی یکی از دو گوش را به علل غیرجنایی از دست داده باشد، در اثر جنایت موجب زوال شنوایی اش مشمول روایات می شود، زیرا کل شنوایی اش را از دست داده است.

نتیجه این می شود که مجموع شنوایی و بینایی مشمول روایات است و دیه کامل بر مجموع آن تعلق گرفته (و چه بسا این منفعت در برخی ضعیف و در برخی قوی باشد)، و آنچه که مطابق قاعده از این روایات مستثنی شده است، موردی است که شنوایی یا بینایی یکی از دو چشم قبلاً در اثر جنایت از بین رفته باشد.^۳ اما در جنایت موجب زوال بینایی یا شنوایی فردی که دارای یک چشم بینا یا گوش شنوا است و بینایی چشم دیگرش یا شنوایی گوش دیگرش را در اثر جنایت از دست داده است، نمی توان به روایات استدلال کرد؛ زیرا شخص نمی تواند بیشتر از آنچه که شارع اقدس برای وی تعیین کرده استحقاق یابد.

همچنین ذکر این نکته نیز ضروری به نظر می رسد که اگر روایات دال بر تقسیم دیه کامل بر شنوایی دو گوش وجود داشت، حکم به نصف دیه کامل در زوال شنوایی هر یک از دو گوش وجیه می نمود و تفاوت قائل شدن میان ناشنوایی مادرزادی و ناشنوایی به علت جنایت نیز ناپسند جلوه می کرد، ولی روشن شد که روایات چنین دالالتی ندارند و روایات دال بر تعلق دیه بر مجموع مانع از این می شود که دیه بر شنوایی دو گوش

۱. صحیحہ شیخ صدوق عن عاصم بن حمید، عن محمد بن قیس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ضرب رجل رجلاً فإني هامته على عهد أمير المؤمنين عليه السلام فأدعى المصروب أنه لا يبصر بعينه شيئاً وأنه لا يشم رائحة وأنه قد خرس فلا ينطق فقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن كان صادقاً فقد وجبت له ثلاث ديات النفس».

۲. المعترية من كتاب ظريف: «... والضوء كله من العينين ألف دينار الخ».

۳. دلیل این استثنا، این قاعده کلی است که شخص نمی تواند بر یک عضو خود در اثر تعدد جنایات بیشتر از تمام دیه آن عضو را دریافت کند؛ درحالی که اگر نصف دیه کامل را به جهت از بین رفتن شنوایی یکی از دو گوش دریافت کند و با زوال شنوایی گوش دیگر (مستند به روایات دال بر تعلق دیه کامل بر مجموع شنوایی)، دیه کامل اخذ کند، به جهت زوال شنوایی در اثر تعدد جنایات، یک دیه کامل و نصف دیه را دریافت کرده که صحیح نیست.

تقسیم شود، یا همان گونه که برخی از فقیهان به صراحت بیان کرده‌اند، روایات مانع از تفاوت میان گوش ضعیف و قوی در تعیین دیه است (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۴۷۴).

در پایان لازم به ذکر است که اگرچه همه فقها در جایی که هر دو گوش شنوایی داشته باشد و شنوایی یکی از آن دو از بین برود حکم به نصف دیه کامل می‌دهند، و این شاید به جهت توزیع دیه کامل بر منفعت شنوایی به اعتبار محل آن باشد (و این فتوا از شهرت برخوردار است)، ولی باید در نظر داشت که شهرت توان کنار گذاشتن روایات صحیح را ندارد و در مسئله مورد پژوهش، حکم به نصف دیه کامل موجب کنار گذاشتن روایات صحیحی می‌شود که دال بر تعلق دیه کامل بر مجموع شنوایی دارند.

۴. نتیجه‌گیری و پیشنهاد

بعد از روشن شدن عدم شمولیت روایات هشام و عبدالله بن سنان بر منافع و -بالتبع آن- عدم دلالت آنها بر تقسیم دیه کامل بر شنوایی دو گوش، این نتایج به دست آمد که مبنا در حکم به دیه کامل در زوال شنوایی، روایات یونس، ابراهیم بن عمر و در آخر، روایت سلیمان بن خالد است. با اینکه برخی از فقیهان این روایات را مقتضی تقسیم دیه کامل بر شنوایی دو گوش می‌دانستند، اما در روایات مطلبی وجود نداشت که بر این امر دلالت کند و دیه کامل بر کل شنوایی تعلق گرفته است. همچنین اشکال قیاسی بودن فتوای ابن حمزه، به این نحو مرتفع گردید که نه تنها روایتی در خصوص بینایی وجود ندارد، بلکه در روایتی هم که در مقام بیان دیه چشم فردی است که دارای یک چشم بینا است، تفکیکی میان نایبایی به علل جنایی با نایبایی به علل غیر جنایی و مادرزادی صورت نگرفته است (تا شنوایی با بینایی قیاس شود)، و تنها دلیل بر تفاوت گذاشتن میان چشم نایبنا به علل جنایی و غیر جنایی این است که در صورتی که بینایی چشم در اثر جنایت موجب دیه یا قصاص از بین رفته باشد، اگر دیه را دریافت کرده باشد یا عفو کند و یا اینکه قصاص انجام داده باشد، در این صورت با اخذ دیه یا قصاص، عوض را در دنیا دریافت کرده است و یا اینکه به واسطه عفو در آخرت عوض آن را دریافت





خواهد کرد، لذا با جنایت موجب زوال بینایی، فقط نصف دیه را استحقاق خواهد داشت و به طور کلی می‌شود گفت که قبلاً استحقاق دیه را داشته است، پس عوض دیگری را استحقاق نخواهد داشت. مطابق با این استدلال، موردی از تحت شمول روایات خارج شده است. موردی که نایبایی چشمش مادرزادی یا به علل غیر جنایی باشد، تحت شمول روایات دال بر تعلق دیه کامل بر مجموع شنوایی باقی است و همین مطلب در خصوص شنوایی نیز صادق است و روشن شد که در هیچ‌یک روایت خاصی وجود ندارد و دلیل ارائه شده می‌تواند در هر دو جاری شود.

اگر هم گفته شود که در خصوص عین الأعمور روایت خاص وجود دارد، ولی در مورد گوش روایتی وجود ندارد و این خود نشان‌دهنده تفاوت حکم میان آن دو است، باید گفت که در قطع گوش شخص ناشنوا نیز دیه کامل ثابت است، چه برسد به گوش شخص شنوا؛ لذا وجود دلیل خاص در این خصوص تأثیری در حکم ندارد.

اگر هم تعلق دیه کامل و تقسیم آن بر شنوایی دو گوش را به عنوان شهرت بپذیریم که بر مبنای توزیع دیه کامل منفعت شنوایی به اعتبار محل آن باشد، باید دقت داشت که این شهرت نهایتاً تا جایی حجیت دارد که موجب کنار گذاشتن روایات صحیح نگردد و در فرض مسئله، عمل به آن نباید موجب کنار گذاشتن روایات خاص باشد (زیرا همان‌گونه که بیان شد، دیه کامل بر مجموع شنوایی فرد است)، لذا نمی‌توان در جایی که فرد به طور مادرزادی فقط یک گوش شنوا دارد، حکم به نصف دیه داد، زیرا مجموع شنوایی چنین فردی که روایات، دلالت بر تعلق دیه کامل در آن دارند، عبارت از شنوایی یک گوش وی است و در این میان تفاوتی وجود ندارد که فرد دارای دو گوش شنوا باشد یا دارای یک گوش شنوا. حتی ممکن است که فرد دارای یک گوش با شنوایی کامل و یک گوش با شنوایی پنج درصد، یا فقط دارای یک گوش شنوای ضعیف باشد.

شایان ذکر است که ملاک در تعیین دیه، شنوایی است، نه گوش مجنی علیه، و دیه کامل بر مجموع شنوایی مجنی علیه تقسیم می‌شود. اگرچه در مواردی که جنایت موجب زوال کامل شنوایی می‌گردد تعیین آن آسان است، ولی در جنایت موجب

نقصان شنوایی فرد دارای یک گوش شنوا، تعیین دیه مانند موردی است که جنایتی موجب نقصان شنوایی یک گوش فردی شده است که دارای دو گوش شنوا است. روش تعیین دیه در تمامی منافع که جنایت موجب زوال ناقص می شود واحد است و آن این است که در چنین مواردی باید ارش تعیین گردد. البته در روش تعیین آن، نظرات متعددی از سوی فقیهان ابراز شده است، ولی نظر نگارنده بر این است که چنین مواردی مقام افتاء را می طلبد و حکم قاضی غیر مجتهد، اگرچه با مشاوره پزشکی قانونی دیه را تعیین کند، مجزی نیست.^۱

در پایان به قانون گذار محترم پیشنهاد می شود تا ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی به شرح زیر اصلاح گردد: «از بین بردن شنوایی گوش شنوای شخصی که گوش دیگرش ناشنوی مادرزادی و یا به علل غیر جنایی از بین رفته باشد، موجب دیه کامل است، لکن اگر گوش دیگرش را در اثر قصاص یا جنایتی که استحقاق دیه آن را داشته است از دست داده باشد، دیه از بین بردن شنوایی آن، نصف دیه کامل است».

۱۶۹



فقه

۱. جهت اطلاع از تقسیم بندی مواردی که ارش در آنها ثابت می شود و تفاوت های این موارد در مقام تعیین کننده آن، ثابت بودن ارش، ر.ک: رساله دکتری با عنوان «حقوق ناشی از جنایت بر منافع با رویکردی بر پیشرفت های پزشکی، از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران» اثر امین سلیمان کلوانق، دانشگاه قم: سال ۱۳۹۹.

فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲. ابن غضائری، احمد بن ابی عبدالله. (بی تا). رجال ابن الغضائری: کتاب الضعفاء. قم: بی نا.
۳. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۴ق). المسائل الواضحة (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. اصفهانی (مجلسی اول)، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۶. اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۲۰ق). الوجیزة فی الرجال (چاپ اول). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. تبریزی، جواد. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحکام: کتاب الديات (چاپ اول). تهران: دار الصدیقة الشهیدة علیهم السلام.
۸. ترحینی عاملی، سید محمد حسین. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقہیة فی شرح الروضة البهیة (چاپ چهارم). قم: دار الفقه.
۹. جزائری، عبدالله بن نورالدین. (بی تا). التحفة السنیة فی شرح النخبة المحسنیة (چاپ اول). تهران: محقق کتاب.
۱۰. حائری طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۲. حسینی خامنه ای، سید علی. (۱۳۹۳). درس خارج فقه (جلسه اول، اردیبهشت ۱۳۹۳). بی جا: بی نا.
۱۳. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (چاپ اول). قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیهم السلام.
۱۴. حسینی عاملی، سید جواد. (بی تا). مفتاح الكرامة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۵. حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دار الصفوة.



۱۶. حلبی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۱۷. حلبی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حلبی، حسن بن علی بن داود. (۱۳۸۳ق). رجال ابن داود. تهران: دانشگاه تهران.
۱۹. حلبی، شمس‌الدین محمد. (۱۴۲۴ق). معالم‌الدین (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۰. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۹). کلیات علم الرجال (مترجم: مسلم قلی‌پور). قم: قدس.
۲۲. سبحانی، جعفر. (۱۳۹۱). درس خارج فقه. بازیابی شده در ۲۱ مرداد ۱۳۹۸، از
[/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910915](https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910915)
[/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910918](https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910918)
[/https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910919](https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910919)
۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۴. سیوری حلبی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: کتابخانه مرعشی.
۲۵. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه رأی پرداز.
۲۶. شوشتری، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). النجعة فی شرح اللمعنة (چاپ اول). تهران: کتابفروشی صدوق.
۲۷. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکتة الإرشاد (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی.
۲۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة (محشّی: کلانتر، چاپ اول). قم: کتابفروشی داوری.
۲۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۳۰. صدر، محمدباقر. (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الأصول (چاپ پنجم). قم: مؤسسه النشر الإسلامي.
۳۱. صدوق قمی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.



٣٢. صيمرى، مفلح بن حسن. (١٤٢٠ق). غاية المرام فى شرح شرائع الاسلام (چاپ اول). بيروت: دار الهادى.
٣٣. طباطبايى بروجردى، آقاحسين. (١٤٢٩ق). جامع أحاديث الشيعة (چاپ اول). تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
٣٤. طوسى، محمد بن حسن. (١٣٨٧). المبسوط (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية.
٣٥. طوسى، محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذيب الأحكام (چاپ چهارم). تهران: دار الكتب الإسلامية.
٣٦. طوسى، محمد بن حسن. (١٤٢٧ق). رجال الشيخ الطوسى (چاپ سوم). قم: انتشارات اسلامى.
٣٧. طوسى، محمد بن على بن حمزه. (١٤٠٨ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة (چاپ اول). قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعى نجفى.
٣٨. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٣٨١ق). خلاصة الأقوال فى معرفة الرجال (چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعة الحيدرية.
٣٩. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤١٠ق). إرشاد الأذهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٠. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤١٣ق). قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤١. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤٢٠ق). تحرير الأحكام (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٤٢. عمانى، حسن بن على. (١٤١٣ق). حياة ابن أبى عقيل و فقهه (چاپ اول). قم: مركز معجم فقهى.
٤٣. فاضل آبى، حسن بن ابى طالب. (١٤١٧ق). كشف الرموز (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٤. فاضل لنكرانى، محمد. (١٤١٨ق). تفصيل الشريعة: الديات (چاپ اول). قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام.
٤٥. فاضل هندى، محمد. (١٤١٦ق). كشف اللثام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٦. فقعانى، على بن على بن محمد. (١٤١٨ق). الدر المنضود (چاپ اول). قم: مكتبة إمام العصر العلمية.



فقه

۴۷. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: ناشر.
۴۸. فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). مفاتیح الشرائع (چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۹. کاشف الغطاء، احمد بن علی. (۱۴۲۳ق). سفینه النجاة ومشكاة الهدی ومصباح السعادات (چاپ اول). عراق: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۰. کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی. (۱۳۶۶ق). وجیزة الأحكام (چاپ دوم). عراق: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (چاپ اول). قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۵۳. مامقانی، ملا عبدالله. (۱۳۵۰ق). نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال (چاپ اول). قم: مجمع الذخائر.
۵۴. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۵. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع (چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۵۶. مدنی کاشانی، رضا. (۱۴۰۸ق). کتاب الدیبات (چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی.
۵۷. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۱۸ق). الفقه المأثور (چاپ دوم). قم: نشر الهادی.
۵۸. موسوی بهبهانی، علی. (۱۳۸۱). بدائع الأصول (چاپ اول). اهواز: دار العلم.
۵۹. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۲). تهذیب الاصول (چاپ اول). قم: دار الفکر.
۶۰. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (چاپ اول). قم: مؤسسه دار العلم.
۶۱. موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکملة المنهاج (چاپ بیست و هشتم). قم: مدینه العلم.
۶۲. موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۶۳. نجاشی، ابوالحسن احمد. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی. قم: انتشارات اسلامی.
۶۴. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۶۵. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (چاپ پنجم). قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.



References

1. A. Faqanani. (1418 AH). *al-Dor al-Manzoud*. (1st ed.). Qom: Maktabah Imam al-Asr al-Ilmiyah. [In Arabic]
2. Akhund Khorasani, M. K. (1409 AH). *Kifayat al-Usual*. (1st ed.). Qom: Alul-Bayt Institute. [In Arabic]
3. Al-Jaza'eri, A. (n.d.). *Al-Tohfah al-Saniyah fi Sharh a l-Nokhbah al-Mohseniyah* (1st ed.). Tehran: Mohaqeq Kitab.
4. Allama Heli, H. (1381 AH). *Khulasah al-Aqwal fi Ma'arifah al-Rijal*. (2nd ed.). Najaf: Mushurat al-Matba'ah Al-Haydariyah. [In Arabic]
5. Allama Heli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhan*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
6. Allama Heli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
7. Allama Heli, H. (1420 AH). *Tahrir al-Ahkam*. (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
8. Araki, M. A. (1414 AH). *Al-Masa'il al-Wazihah*. (1st ed.). Qom: Qom Seminary Islamic Propagation Office Publications. [In Arabic]
9. Ardabil, A. (1403 AH). *Majma' al-Fa'idah va al-Borhan*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
10. Esfahani, M. (1420 AH). *Al-Vajizah fi al-rijal*. (1st ed.). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
11. Esfahani, M. T. (Majlesi Awal), (1406 AH). *Malaz al-Akhyar*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
12. Fadhil Abi, H. (1417 AH). *Kashf al-Romouz*. (3rd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
13. Fadhil Hindi, M. (1416 AH). *Kashf al-Latham* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
14. Fayyaz Kabuli, M. I. (n.d.). *Minhaj Al-Saleheen*. Nasher.
15. Fazel Lankarani, M. (1418 AH). *Tafseel al-Shari'ah*: Al-Diyat (1st ed.) Qom: The jurisprudential center of the pure Imams. [In Arabic]
16. Feiz Kashani, M. M. (n.d.). *Mafatih al-Shara'e*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library.
17. Haeri Tabatabaei, S. A. (1418 AH). *Riyaz al-Masa'il*. (1st ed.). Qom: Alul-Bayt Institute. [In Arabic]



فقه

18. Hakim, S. M. S. (1415 AH). *Minhaj Al-Saleheen* (1st ed.). Beirut: Dar Al-Safwa. [In Arabic]
19. Halabi, A. (1403 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh*. (1st ed.). Isfahan: Imam Amir Al-Mo'menin Public Library. [In Arabic]
20. Heli, A. (1407 AH). *Al-Mohazab al-Bare'*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
21. Heli, H. (1383 AH). *Rijal Ibn Davoud*. Tehran: University of Tehran. [In Arabic]
22. Heli, S. (1424 AH). *Ma'alim al-Din* (1st ed.). Qom: Imam Sadegh Institute. [In Arabic]
23. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
24. Hosseini Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Kiramah*. Beirut: Dar Ihya al-Torath al-Arabi.
25. Hosseini Khamenei, S. A. (1393 AP). *Darse Kharij Fiqh*. (1st session, May 2014). [In Persian]
26. Hosseini Rouhani, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. (1st ed.). Qom: Dar Al-Kitab - Imam Sadegh School. [In Arabic]
27. Ibn Qazai'ri, A. (n.d.). *Rijal ibn al-Ghazairi. Kitab al-Zo'afa*. Qom.
28. Kashif al-Ghitta ', A. (1423 AH). *Safinah al-Nijat va Mishkat al-Huda va Misbah al-Sa'adat*. (1st ed.). Iraq: Kashif Al-Ghitta Institute. [In Arabic]
29. Kashif al-Ghitta ', M. (1987). *Wajizah al-Ahkam*. (2nd ed.). Iraq: Kashif Al-Ghitta Institute.
30. Khansari, S. A. (1405 AH). *Jame' al-Madarik*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
31. Koleyni, M. (1407 AH). *Al-Kafi* (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
32. Koleyni, M. (1429 AH). *al-Kafi*. (1st ed.). Qom: Dar Al-Hadith le Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
33. Madani Kashani, R. (1408 AH). *Kitab al-Diniyah*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
34. Mamqani, A. (1350 AH). *Nahayah al-Moqal fi Takmilah Qayah al-Amal*. (1st ed.). Qom: Majma' al-Zakha'er. [In Arabic]
35. Meshkini, M, A. (1418 AH). *al-Fiqh al-Ma'athur*. (2nd ed.). Qom: Al-Hadi Publications. [In Arabic]



36. Mohaqeq Heli, J. (1408 AH). *Shara'e al-Islam*. (2nd ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
37. Mohaqeq Heli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar Al-Nafi'*. (6th ed.). Qom: Mu'asisah al-Matbu'at al-Diniyah. [In Arabic]
38. Mousavi Behbahani, A. (1381 AP). *Mada'e al-Usul*. (1st ed.). Ahwaz: Dar Al-Ilm. [In Persian]
39. Mousavi Khoei, A. (1410 AH). *Takmilah al-Minhaj*. (28th ed.). Qom: Madinah al-Ilm. [In Arabic]
40. Mousavi Khoei, A. (1422 AH). *Mabani Takmilah al-Minhaj*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah Ihya Athar al-Imam Al-Khoei. [In Arabic]
41. Mousavi Khomeini, S. R. (1382 AP). *Tahdhib al-Osul* (1st ed.). Qom: Dar al-Fikr. [In Persian]
42. Mousavi Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasila*. (1st ed.). Qom: Mu'asisah Dar al-Ilm.
43. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam*. (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Toras al-Arabi. [In Arabic]
44. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi*. Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
45. Omani, H. (1413 AH). *Hayat ibn Aqil va Fiqheh*. (1st ed.). Qom: Center for Dictionary of Fiqh. [In Arabic]
46. Sabzewari, S. A. (1413 AH). *Mohazab al-Ahkam*. (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
47. Sadr, M. B. (1418 AH). *Dorus fi Ilm al-Usul*. (5th ed.). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
48. Saduq Qomi, M. (1413 AH). *man la Yahzar al-Faqih*. (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
49. Seyvari Heli, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i le Mukhtasar al-Sharia*. (1st ed.). Qom: Marashi Library. [In Arabic]
50. Shabir Zanjani, S. M. (1419 AH). *Kitab al-Nikah*. Qom: Mu'asisah Ray Pardaz. [In Arabic]
51. Shahid Awal, M. (1414 AH). *Qayat al-Murad fi Sharh Nokat al-irshad*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
52. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *al-Rawzah al-Bahiyah*. (Kalantar, Ed.). (1st ed.). Qom: Dawari Bookstore. [In Arabic]



فقه

53. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham*. (1st ed.). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic]
54. Shoushtari, M. T. (1406 AH). *Al-Naj'at fi Sharh al-Lom'ah*. Tehran: Sadough Bookstore. [In Arabic]
55. Simari, M. (1420 AH). *Qayat al-Maram fi Sharh Shara'e al-Islam*. (1st ed.). Beirut: Dar Al-Hadi. [In Arabic]
56. Sobhani, J. (1389 AP). *Koliyat Ilm Rijal*. (M. Qolipour, Trans.). Qom: Quds. [In Persian]
57. Sobhani, J. (1391 AP). *Darse Kharij Fiqh*. Retrieved August 21, 2009, from <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910915/>, <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani / feqh / 91/910918 />, <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/910919/>. [In Persian]
58. Tabatabaei Boroujerdi, H. (1429 AH). *Jame' Ahadith al-Shia*. (1st ed.). Tehran: Farhang Sabz Publications. [In Arabic]
59. Tabrizi, J. (1428 AH). *Tanqih Mabani al-Ahkam: Kitab al-Diyat*. (1st ed.). Tehran: Dar al-Sadiqah al-Shahidah. [In Arabic]
60. Tarhini Ameli, S. M. H. (1427 AH). *Al-Zobdah al-Fiqhiyah fi Sharh al-Rawzah al-Bahiyah*. Qom: Dar al-Fiqh. [In Arabic]
61. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam*. (4th ed.). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
62. Tusi, M. (1408 AH). *al-Wasilah ila Niel al-Fadhilah*. (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
63. Tusi, M. (1427 AH). *Rijal al-Sheikh al-Tusi*. (3rd ed.). Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
64. Tusi, M. (2008). *al-Mabsut*. (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Library.
65. Wahid Khorasani, H. (1428 AH). *Minhaj Al-Saleheen*. (5th ed.). Qom: Imam Baqir School. [In Arabic]





The What, Why and How of Medical Jurisprudence

Mohammad Ali Ghasemi¹

Received: 25/10/2020

Accepted: 06/04/2021

Abstract

The growing expansion of jurisprudence, the emergence of many new issues, meeting the current jurisprudential needs of society, planning for the balanced growth of jurisprudence in medical issues in order to systematize and improve the ability to respond and determine the duties of those responsible, has created the need to a specialized field under the title of medical jurisprudence, which should be dealt with through studying the basic and fundamental questions. One of the issues is, "can medical jurisprudence be considered as one of the fields of specialized jurisprudence?" Moreover, what is its place in the system of comprehensive jurisprudence? What steps should be taken to create and work on this specialized field? The present study, by taking a comprehensive look at the place of medical jurisprudence and explaining the necessity and criteria for specialization of jurisprudence, proves that medical jurisprudence has the necessary criteria to be formed as a specialized field. Therefore, this field needs to be compiled, taught, and studied step by step. In particular, it is necessary to develop a comprehensive training program in different educational levels, in such a way that the context of this field to present in Islamic seminaries and related universities be provided. In addition, writing textbooks, educational texts, and training capable professors in this field, is one of the most important requirements for the formation and development of this field.

Keywords

Medicine, medical jurisprudence, requirements of medical jurisprudence, specialized jurisprudence, jurisprudence structure.

1. PhD in Qur'an and Politics, Director of the Department of Medical Jurisprudence, The Jurisprudential Center for the Holy Imams. ghasemimohammad110@gmail.com

* Ghasemi, m. a. (2021). The What, Why and How of Medical Jurisprudence. *Journal of Fiqh*, 28(105), pp. 179-205. Doi: 10.22081/jf.2021.59172.2159.

فقه پزشکی؛ چیستی، چرایی و چگونگی

محمدعلی قاسمی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۰۴

چکیده

گسترش روزافزون قلمرو علم فقه، بیدایش مسائل مستحدثه فراوان، پاسخ‌گویی به نیازهای فقهی روزآمد جامعه، برنامه‌ریزی برای رشد متوازن فقه در مسائل مورد ابتلای پزشکی در جهت نظام‌سازی و ارتقای توانایی پاسخ‌گویی و تعیین وظیفه مکلفان، ضرورت ایجاد رشته و گرایش تخصصی با عنوان فقه پزشکی را مطرح ساخته است که باید با مطالعه و بررسی پرسش‌های مبنایی و زیرساختی صورت پذیرد؛ از جمله اینکه آیا می‌توان فقه پزشکی را به‌عنوان یکی از گرایش‌های فقه تخصصی محسوب کرد؟ و اساساً جایگاه آن در منظومه فقه جامع چیست؟ برای ایجاد و تدوین این رشته تخصصی چه اقداماتی باید صورت داد؟ پژوهش حاضر با نگاهی همه‌سویگر به جایگاه فقه پزشکی و تبیین ضرورت و معیارهای تخصصی کردن فقه، ثابت می‌کند که فقه پزشکی معیارها و ملاک‌های لازم را برای تشکیل رشته تخصصی دارد، بنابراین باید به‌صورت گام‌به‌گام به تدوین، آموزش و پژوهش در این عرصه پرداخت. به‌ویژه تدوین برنامه آموزشی جامع در مقاطع مختلف آموزشی ضرورت دارد؛ به‌گونه‌ای که ظرفیت ارائه آن در حوزه‌های علمیه و دانشگاه‌های مرتبط فراهم آید. همچنین نگارش درس‌نامه‌ها و متون آموزشی، و تعلیم و تربیت اساتید توانمند در این زمینه، از مهم‌ترین بایسته‌های تشکیل و گسترش این رشته به‌شمار می‌آید.

کلیدواژه‌ها

پزشکی، فقه پزشکی، بایسته‌های فقه پزشکی، فقه تخصصی، ساختار فقه.

۱. دکتری قرآن و سیاست و مدیر گروه فقه پزشکی مرکز فقهی ائمه اطهار^(ع). ghasemimohammad110@gmail.com

مقدمه

در پرتو پیشرفت علم و تغییر سبک زندگی انسان عصر مدرن، مسائل و موضوعات چالشی پیش روی عالمان و فقیهان دین قرار گرفته است و هرروزه به نمونه‌های آن افزوده می‌شود، تا جایی که به جرأت می‌توان مسائل نوپیدا را بیشتر از مسائل پیشین دانست؛ از این رو در راستای پاسخ‌گویی به مسائل مستحدث، نیازمند تأسیس و تدوین فقه‌های تخصصی و میان‌رشته‌ای هستیم تا بتوان با موضوع‌شناسی و بررسی عالمانه بر اساس ادله فقهی-اصولی، حکم مسائل جدید را استنباط کرد.

پیشرفت دانش پزشکی، کشف عرصه‌های نوین و ابتلای عموم مردم با مسائل بهداشتی و درمانی، فقه پزشکی را به یکی از مهم‌ترین عرصه‌های فقه‌های تخصصی تبدیل کرده است، و حتی با فراگیری بیماری کرونا به‌عنوان بیماری نوین زندگی بشر، می‌توان پزشکی را تأثیرگذارترین موضوع بر عرصه‌های مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و فرهنگی دانست؛ چراکه همگان منتظرند تا دانشیان علوم پزشکی بتوانند با کشف واکسن این بیماری، این مشکل امروز بشر را حل نمایند.

بر این اساس در راستای پاسخ‌گویی به همه پرسش‌های مطرح در زمینه فقه پزشکی که هرروزه به حجم انبوه آنها افزوده می‌شود، ضرورت دارد با برنامه‌ریزی دقیق و حساب‌شده به تدوین برنامه رشته تخصصی فقه پزشکی به‌عنوان یکی از گرایش‌های فقه عام پرداخت. در این راستا نخست باید به پرسش‌های مبنایی مطرح پاسخ داد که مهم‌ترین آنها عبارتند از اینکه آیا فقه پزشکی یک گرایش فقهی تخصصی محسوب می‌شود؟ جایگاه فقه پزشکی در منظومه فقه چیست؟ برای ایجاد گرایش تخصصی فقه پزشکی، چه اقداماتی باید صورت گیرد؟ محورهای مهم و کلی آن کدام‌اند؟

مقام معظم رهبری نیز در دیدار با عالمان حوزه، نگرانی خویش را از سستی و رکودی که بر علوم حوزوی، به‌ویژه فقه، حاکم است ابراز داشته و حوزویان را به تلاش فزون‌تر در راستای بالنده‌ساختن فقه و فقاقت، به‌گونه‌ای که به نیازهای مختلف اجتماعی و حکومتی و مسائل و موضوع‌های نوپیدا پاسخ‌گو باشد، فرا خواندند (خامنه‌ای، ۱۳۷۴) و در سخن دیگری فرمودند: «حوزه‌ها باید حرکت به سمت تخصصی‌شدن را جدی



فقه

بگیرند و در فقه و اصول و بخش‌های مختلف فقهی و دیگر علوم اسلامی، تخصص و درجات تخصصی به اجرا گذاشته شود» (خامنه‌ای، ۱۳۷۰).

پیشینه تحقیق: تاکنون پژوهش‌هایی مانند مقاله «قلمرو فقه پزشکی و اخلاق پزشکی»، نوشته محمود طباطبائی و محسن علم‌الهدی و یا مقاله «واکاوی پیوند دانش فقه و علم پزشکی»، نوشته کاظمی و همکاران، در این موضوع نگارش یافته‌اند، اما در هیچ کدام از چگونگی تأسیس رشته فقه پزشکی، لوازم، موانع و چگونگی انجام آن به صورت منسجم سخن گفته نشده است. بر این اساس پژوهش حاضر در گفتار یکم، بعد از بررسی اجمالی اهمیت و جایگاه پزشکی و فقه پزشکی، به تبیین ضرورت و بایسته‌های آن می‌پردازد. گفتار دوم به بیان ضرورت تخصصی شدن فقه و ایجاد گرایش فقه پزشکی می‌پردازد، و در گفتار سوم، به تبیین محورهای بنیادین این رشته تخصصی می‌پردازیم و چگونگی تأسیس رشته «فقه پزشکی» را آشکار می‌سازیم. گفتار چهارم با تلاشی وافر و جامع به تدوین چگونگی برگزاری دوره آموزشی فقه پزشکی به تبیین سرشاخه‌های عناوین مهم دروس آن می‌پردازد.

نوآوری‌های پژوهش: ارائه دلایل ضرورت ایجاد رشته فقه پزشکی، ارائه راهکار چگونگی ایجاد رشته فقه پزشکی در حوزه‌های علمی و دانشگاه‌ها، ارائه راهکارهای تحقق بخشیدن به مزایای رشته تخصصی فقه پزشکی و برطرف کردن آسیب‌های رشته‌های تخصصی، و تدوین سرفصل دروس به صورت جامع و فراگیر، می‌تواند از جمله نوآوری‌های پژوهش حاضر به شمار آید.

۱. اهمیت و جایگاه پزشکی

از گذشته تاکنون، علم پزشکی در حوزه علوم بشری از رتبه بالایی برخوردار بوده است؛ چه اینکه بهره‌مندی از همه مواهب هستی در پرتو سلامتی جسم و جان به سرانجام می‌رسد. رسول گرامی اسلام ﷺ دانش را به دو دسته تقسیم می‌کند: دانش دین‌ها و دانش بدن‌ها (کراچکی، ۱۳۹۴ق، ص ۲۵؛ قمی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۶۳)، و امام باقر علیه السلام می‌فرماید: «هیچ دانشی به اندازه جستن سلامتی اهمیت ندارد...» (حرانی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۸۶) و امام





صالح علیه السلام فرمود: «هیچ گاه مردم از پزشک آگاه و مورد اعتماد بی نیاز نیستند» (ر.ک: مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۷۵، ص ۲۳۵)، بنابراین طبابت و طیب از دیدگاه روایات از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و امروزه نظام سلامت یکی از معیارها و ترازهای توسعه و پیشرفت جوامع بشری به شمار می‌آید و کمتر کسی را می‌توان یافت که نیازمند مراجعه به پزشکان نباشد، بلکه وضعیت بهداشت، سلامت و پیشگیری، درمان و روش‌های مختلف درمانی، همه عرصه‌های زندگی بشر را تحت الشعاع خود قرار داده است و نقش بی‌بدیلی در زندگی انسان‌ها ایفا می‌کند، به گونه‌ای که دیگر نمی‌توان از مسائل مختلف آن چشم پوشید و آن را تنها منحصر به افراد خاصی دانست، بلکه وضعیت پزشکی به‌عنوان یکی از شاخصه‌های مهم اجتماعی و راهبردی مورد توجه جوامع بشری، دولت‌ها، نهادهای دولتی در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی قرار گرفته و هر یک می‌کوشند تا ظرفیت سلامت و بهداشت، پیشگیری و درمان کشور خویش را توسعه بخشند تا بیش از پیش بتوانند سلامت آحاد جامعه خود را تضمین نمایند.

بنابراین از یک سو، با توجه به اینکه همه انسان‌ها، از قبل از تولد تا بعد از فوت، نیاز مبرم به دستورات عمل‌های طب، بهداشت، درمان و سلامت دارند، و از سوی دیگر پیشرفت فوق‌العاده دانش پزشکی در عرصه‌های مختلفی مانند ژن‌درمانی، انرژی‌درمانی، جراحی‌های مختلف به روش مدرن، لقاح مصنوعی، انواع جراحی‌ها از قبیل جراحی‌های زیبایی، ترمیمی و درمانی، گسترش همه‌جانبه ابزارهای پزشکی توسط دانشوران مهندسی پزشکی، هیچ جامعه بشری را نمی‌توان یافت که به پزشکی و مسائل پیرامون آن اهمیت ندهد و درصدد توسعه، مطالعه و حمایت از این نیاز اساسی جامعه خویش نباشد.

پزشک، کسی است که با تدبیر و داروی شفا بخش، به درد بیماران رسیدگی می‌کند، و همچنین به او پزشک، بجشک، طیب، متطبب، حکیم، آسی و معالج گویند (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۲، ص ۳۱۱). ابن‌سینا همانند جالینوس آورده است: «طب دانشی است که به بررسی فراگیر وضعیت بدن آدمی پرداخته، عوامل نگه‌دارنده و زداینده سلامتی و شیوه‌های بازگرداندن سلامتی از دست‌رفته را شناسایی می‌کند. این دانش دارای دو

بخش نظری و عملی است» (ابن سینا، ۱۲۹۶ق، ج ۱، ص ۵؛ جالینوس، ۱۹۸۲م، صص ۲۴-۳۴) بر این اساس پزشک کسی است که با تحقیق و مطالعه و معاینه با درمان بیماران می‌پردازد؛ برخی هنوز هم تعریف ربیع بن احمد اخوینی را معتبر می‌دانند که به نظر وی، پزشکی پیشه‌ای بود که سلامت را نگاه‌دارد و چون رفته باشد باز آرد به علم و عمل (مروندی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۳).

وابستگی جامعه به پزشکی و رشد و گسترش آن به ایجاد «علوم پزشکی» در مراکز دانشگاهی، و بخش اجرایی آن در قالب تشکیل «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی» انجامید و به موازات آن با توسعه قوانین و مقررات حاکم بر پزشکی و مسائل مرتبط با آن، شاخه‌ای از مباحث حقوقی را تحت‌عنوان «حقوق پزشکی» شکل داد. گزارش‌ها نشان می‌دهد امروزه دانشمندان توجه ویژه‌ای به جنبه دیگر مسائل پزشکی نموده‌اند و در صدد برآمده‌اند تا رشته تخصصی دیگری با عنوان «اخلاق پزشکی» تأسیس کنند که هر ساله در این موضوع نشست‌های متعدد داخلی و خارجی متعددی برگزار می‌شود (سادوک و سامون، ۱۳۸۹، ص ۸۹)، بنابراین اخلاق پزشکی به‌عنوان نوعی از اخلاق کاربردی هنجاری، به‌دنبال جست‌وجوی راهکارهای مؤثر برای رفع معضلات اخلاقی حاصل از پیشرفت‌های نوین علم پزشکی است.

بدین ترتیب پزشکی به‌عنوان دانشی کاربردی، با هدف حفظ و ارتقای تندرستی، درمان بیماری‌ها و بازتوانی آسیب‌دیدگان پدید آمده است و این غایت با شناخت بیماری‌ها، تشخیص، درمان و جلوگیری از بروز آنها به سرانجام می‌رسد. حاصل آنکه همان‌سان که سیر صعودی پیشرفت‌های علوم پزشکی موجب پدید آمدن حوزه‌های مختلفی در زمینه تکامل علوم پزشکی و شاخه‌های دانشی مانند «حقوق پزشکی» و میان‌رشته‌ای همچون «اخلاق پزشکی» شده است، مسائل نوپدید نیازمند تعیین حکم نیز خواهان تأسیس و گسترش شاخه‌ای از فقه به نام «فقه پزشکی» هستند.

۲. ضرورت و جایگاه فقه پزشکی

در این گفتار، نخست درباره ضرورت تخصصی شدن فقه گفتگو می‌شود، سپس ظرفیت



فقه پزشکی به عنوان یک فقه تخصصی مورد بررسی قرار می گیرد و آن گاه در مورد ضرورت ایجاد این تخصص گفت و گو می شود.

۲-۱. ضرورت تخصصی شدن فقه

فقه در لغت، به معنای دانستن و فهمیدن است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۲۴۳؛ حمیری، ۱۴۲۰، ج ۸، ص ۵۲۳۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۴۲) و به معنای درک کردن چیزهای مخفی نیز آمده است (عبد الناصر، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۹)، و به تعبیر راغب اصفهانی، فقه به معنای پی بردن از معلومات حاضر به معلومات غایب است (راغب، ۱۴۱۲، ص ۶۴۲)، و در اصطلاح، «هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصیلیة»؛ یعنی فقه همان علم به احکام شرعی فرعی، از راه استنباط از دلایل تفصیلی آن است» (عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۸). بر اساس تعریف یادشده، موضوع فقه تمامی قوانین و مقررات عملی فردی و اجتماعی اسلام خواهد بود (نوری، ۱۳۷۸، ص ۱۵؛ موسوی، ۱۳۷۹، ص ۴۹) و هدف آن این است که از طریق منابع و براهین فقهی، در تمامی مواردی که بشر نیازمند دانستن حکم الهی است، به کنکاش پرداخته، و قوانین مربوط به هر مورد خاص را کشف کند (ر.ک: جناتی، ۱۳۷۴، ص ۸). با توجه به تعریف و غایت پیش گفته، فقیهان در طی قرن های متمادی، رسالت پاسخ به پرسش ها، نیازها و تعیین تکالیف مکلفان را در همه عرصه های زندگی به دوش کشیده اند و با گسترش روزانه موضوعات و مسائل نوپدید، مرزهای دانش فقه نیز گسترش یافته است، اما گسترش علوم در عصر جدید، سرعتی دوچندان یافته و پیشرفت دانش بشری، انبوهی از مسائل و سؤالات مستحدث را پیش روی فقیهان نهاده است. تشکیل حکومت اسلامی در ایران، گسترش حوزه ارتباطات، اختراعات و پدید آمدن عرصه های نوین به اضافه عدم امکان تسلط یک نفر بر تمام علوم و پاسخگویی به همه مسائل فقهی آنها، ضرورت تخصصی کردن فقه را آشکارتر ساخته است.

این ضرورت بیش از هشتاد سال پیش توسط عبدالکریم حائری یزدی (۱۲۷۹-۱۳۵۵) مطرح شد: «هر بابی از ابواب، یک متخصص نیاز دارد، چون ابواب فقه خیلی مشتت [است]، و ادله عقلیه و نقلیه و اجتماعات شان تتبع زیادی می خواهد و افراد



فقه

سریع‌الذهن لازم دارد. این عمر انسانی کفایت نمی‌کند که [یک نفر] پنجاه باب را به‌طور شایسته و آن‌طور که باید و شاید تحقیق کند، پس خوب است برای هر بابی یک شخص متخصص شود» (ر.ک: مولوی وردنجانی، ۱۳۸۸، ص ۶). شهید مطهری نیز تقسیم کار در فقه و تخصصی کردن اجتهاد را نیاز صد سال پیش از زمان خود می‌داند و می‌گوید: «یا فقیهان باید جلوی پیشرفت دانش فقه را بگیرند و یا باید با ایجاد رشته‌های تخصصی به پاسخ‌گویی مسائل جدید پردازند» (مطهری، ۱۳۶۵، ص ۶۲). بنابراین اگر در زمان شیخ عبدالکریم حائری نیاز به تخصصی کردن فقه ضرورت داشته، امروزه با چندین برابردن مسائل نوپیدا، این ضرورت نیز دوچندان خواهد بود.

با توجه به نکات فوق، فقه باید به‌صورت ضابطه‌مند، به‌موازات گسترش مرزهای دانش در همه حوزه‌ها، به نظریه‌سازی و تعامل و تقابل با نظامات حقوقی پردازد و فقیهان و دانشوران ژرف‌اندیش و مراکز فقهی باید با مجهز شدن به لوازم دانش نوین بشری و با شناخت عرصه‌های مختلف و نیازهای متفاوت، بهترین روش‌های آموزشی و پژوهشی را برای پاسخ‌گویی و دفاع از حریم فقه و فقاقت و شریعت به کار گیرند.

بنابراین با توجه به عدم توانایی و تسلط یک نفر به همه جوانب اجتهاد مطلق و تخصصی شدن پرسش‌های جدید و در راستای یافتن پاسخ دقیق‌تر برای پرسش‌های مطرح، عقل و عقلا، در زمان فعلی، و بلکه از صد سال قبل، به تخصصی کردن حوزه‌های مختلف فقه تأکید می‌وزند؛ افزون بر اینکه پیچیدگی موضوعات و گسترش بیش از پیش آنها و لزوم موضوع‌شناسی برای صدور حکم، تخصصی کردن فقه را لازم می‌نماید. حاصل آنکه با توجه به نکات یادشده، هر دانشور آگاه به فقه و ظرفیت‌های آن، علم و قطع به ضرورت تخصصی کردن اجتهاد پیدا می‌کند. البته روشن است که چنین کاری به‌معنای نادیده گرفتن قواعد فقه جواهری نیست، بلکه همان قواعد در حوزه تخصصی، به‌صورت موشکافانه‌تر تحقیق می‌شود؛ همان‌گونه که حضرت امام خمینی علیه السلام به این نکته تصریح کرده‌اند: «در عین اینکه اجتهاد جواهری به‌صورتی محکم و استوار ترویج می‌شود، از محاسن روش‌های جدید علوم مورداحتیاج حوزه‌های اسلامی استفاده گردد» (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۲۱، ص ۴۶).





مزیت یا ضرورت دیگر تخصصی کردن فقه این است که فقه تخصصی در دستیابی به حکم واقعی موفق تر خواهد بود؛ چرا که به کارگیری تخصص و بررسی همه جانبه موضوع همراه با شناخت دقیق موضوع شناسی، به طور معمول حکم صادر شده را دقیق تر می نماید؛ از این رو عبدالهادی شیرازی در پاسخ به این پرسش که اگر شخصی در تمام ابواب فقه مجتهد شود اما در مقام استنباط به روایات دم دستی اکتفا کند، یا تنها در یک بخش مانند مکاسب یا اراضی با فحوص کامل اجتهاد نماید، کدام یک از این دو اقرب به واقع است، فرمودند: «به طور مسلم دومی مقدم است» (جعفری، ۱۳۶۶، صص ۳۷-۳۸).

۲-۲. گرایش تخصصی فقه پزشکی

در طول بیش از چهارده قرن از ظهور اسلام، همواره فقیهان به تمام پرسش های نوپیدا در عرصه های مختلف پاسخ گفته اند؛ چرا که اسلام دینی پویا و جاودانه است (مازندرانی، ۱۳۸۲ق، ج ۱، صص ۶۱-۶۲؛ نوری، ۱۲۸۷، صص ۳-۹)، اما امروزه با توجه به نکات تبیین شده در زمینه تخصصی کردن فقه و گسترش همه جانبه پزشکی و ایجاد پرسش های فقهی فراوان، ضرورت ایجاد گرایش مستقلی تحت عنوان «فقه پزشکی» بیش از هر زمان دیگر احساس می شود، تا در پرتو آن بتوان به صورت آکادمیک و منضبط و بر اساس قواعد اصولی و فقهی، حکم مسائل مستحدث پزشکی را استنباط کرد.

از آن رو که «فقه پزشکی» شاخه ای از فقه عام به شمار می آید، با این تفاوت که به صورت میان رشته ای به تبیین مسائل این دانش می پردازد، «فقه پزشکی» دانشی است که به استنباط و تبیین احکام رویدادهایی می پردازد که به گونه ای با علم پزشکی، وظایف پزشکان، تکالیف بیماران و موضوعات جدید این عرصه - از آن جهت که پزشکی هستند - ارتباط دارند. بنابراین فقه پزشکی شامل تمام ابعاد حکمی و موضوعی مسائل پزشکی و تکالیف مکلفان درباره آنها می شود. به عبارتی روشن تر، ما فقه پزشکی را اینگونه تعریف می کنیم: «هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية الطبية عن ادلتها التفصیلیة؛ فقه پزشکی علم به احکام شرعی فرعی پزشکی از ادله تفصیلی فقه است» (قاسمی، ۱۳۹۹، ص ۲۸).

چنانچه شرایط و ضوابط تأسیس یک دانش میان‌رشته‌ای رعایت شود و دانشوران و مجتهدان متجزی و متبخر در این زمینه پرورش یابند، پردازش فقیهانه مبتنی بر قواعد استنباط، احکام و گزاره‌هایی را پیش روی دانشیان و محققان می‌نهد که به‌عنوان ناگفته‌های علم فقه جلوه خواهد کرد؛ البته اگرچه مسائل جدید و نوپدید هستند، اما یا اصول و قواعد کلی و یا دلایل نقلی عام و مطلق و گاه دلایل خاص آنها در منابع فقهی آمده است و اجتهاد و استنباط باید مبتنی بر آن ادله صورت پذیرد. بنابراین با تأسیس و تربیت دانشوران عرصه «فقه پزشکی» به‌عنوان یکی از زیرشاخه‌های فقه عام و مطلق، فقیه فقه پزشکی باید با نگاه به جامعه معاصر خویش و شناخت کامل خاستگاه مسئله و موضوع و معرفت و شناخت کامل از مباحث موضوع‌شناسی آن از یک سو و توجه و دقت به قواعد اجتهادی و استنباطی و رعایت دقیق ضوابط فقه جواهری از سوی دیگر، احکام مطرح در فقه پزشکی را استنباط نماید.

بر این اساس، ضرورت می‌یابد که حوزه‌های علمیه و مراکز تخصصی فقه و بلکه دانشگاه‌های مرتبط، با اذعان و توجه به نظام جامع و بهره‌مندی از باقیات فقیهان پیشین، تدابیری بیندیشند تا بر پایه اصول سدید و قواعد قویم فقه جواهری، موضوعات نوپیدای عرصه پزشکی را با تدوین ابواب فقهی جدید و سرفصل‌های نوین آموزشی و پژوهشی در سایه گسترش عرصه فقه تخصصی، به‌صورت نظام‌مند مورد بحث و گفت‌وگوی عالمانه قرار دهند.

«فقه پزشکی» با تک‌نگاره‌های ارائه‌شده، بخشی از راه را طی کرده است، ولی به‌جهت پربتابودن و گسترش موضوعات و مسائل، شایسته توجه بیشتری است تا به‌عنوان رشته‌ای تخصصی طرح شود؛ رشته‌ای که به تبیین همه احکام مرتبط با پزشکی موردنیاز جامعه و نظام اسلامی بپردازد.

حاصل آنکه «فقه پزشکی» گرایشی تخصصی از فقه عام است که به استنباط احکام، قواعد و روش استخراج احکام فقهی مرتبط با عرصه‌های مختلف پزشکی، از زوایایی مختلف می‌پردازد. در ادامه ظرفیت‌شناسی تخصصی کردن فقه و ارائه فقه پزشکی، مورد تأمل و ژرف‌نگری بیشتری قرار می‌گیرد.





۲-۳. ضرورت ایجاد فقه تخصصی پزشکی

در راستای بحث از ضرورت ایجاد فقه تخصصی پزشکی باید به دو پرسش پاسخ داد؛ نخست اینکه آیا در حال حاضر منظومه فقه وجود گرایش تخصصی فقه پزشکی را برمی‌تابد؟ دوم اینکه ایجاد فقه پزشکی چه ضرورتی دارد؟

بی‌گمان توجه به تخصصی کردن فقه ضروری است، ولی نباید از این نکته غفلت ورزید که چنانچه این امر بدون برنامه و روشمندی صورت پذیرد، آسیب‌های فراوانی در پی خواهد داشت. روشن است که فقه مدون در عموم ابواب، منسجم و پاسخ‌گوی نیازهای مکلفان است، بنابراین ایجاد فقه‌های تخصصی تنها باید در مسائل نوین و مستحدث صورت گیرد و تخصصی کردن فقه در همه ابواب، جز هدر دادن سرمایه‌ها اثری نخواهد داشت، از این رو نخست باید به شناسایی محاسن و معایب ایجاد رشته‌های تخصصی در حوزه فقه پرداخت و تبیین قابل اطمینانی از شاخص‌های آن ارائه کرد.

مهم‌ترین مزایای تخصصی شدن فقه عبارتند از:

۱. تخصصی کردن فقه سبب ورود فقه به عرصه خارجی و عملی و تمرکز بر کارگشایی و ارائه نظر در مسائل مورد ابتلا می‌شود و حضور فقه را در عرصه‌های مختلف زندگی بشر به صورت روشمند به دنبال دارد. به عنوان نمونه، اگر مباحث پزشکی مرتبط با فقه در مجموعه‌ای گنجانده و تحت عنوان فقه پزشکی دسته‌بندی شود، موضع به کارگیری هر یک از احکام به خوبی مشخص و آشکار شده و زمینه عملی آن به روشنی تبیین می‌گردد. برای مثال آنچه به عنوان تلقیح پزشکی در سیستم درمانی کشور برای درمان ناباروری مطرح است، نیازمند تحقیق دقیق در منابع و مدارک فقه شیعه است تا مبانی و ادله صحیح شرعی آن بر اساس ادله فقهی پایه‌ریزی شود و به صورت مشخص حکم فقهی تلقیح درون‌رحمی و بیرون‌رحمی در انواع مختلف آن استنباط گردد و به صورت یکسان‌سازی شده، به عنوان شیوه و راهکار عملی به مؤسسات مرتبط ارسال شده و مبنای عمل شرعی آنها قرار گیرد.

۲. یکی از مزایای تخصصی شدن این است که سبب می‌شود فقیه واقعیت‌های موجود در این زمینه را دریابد و تنها به صورت ذهنی پیش نرود، بلکه موضوعات و

مسائل را به صورت محسوس و ملموس درک و به دنبال حکم الهی آنها باشد.

۳. تخصصی شدن فقه باعث ورود به حوزه‌ها و عرصه‌های جدید می‌شود؛ چرا که دنیای امروز می‌طلبد که افرادی ممحض و متخصص این موضوعات شوند تا توانایی ارائه پاسخ مناسب برای پرسش‌های آن عرصه را بیابند. به عبارتی، گسترش مباحث فقهی و دامنه فقه به مسائل نوپیدا به صورت نظام‌مند، از دیگر مزایای تخصصی شدن فقه است؛ چرا که تطبیق احکام شرعی بر مسائل روز و یافتن مسائل جدید، در ابواب مختلف فقهی رسوخ کرده و زمینه توسعه در تبویب و احکام فقهی را فراهم می‌آورد.

۴. تخصصی شدن فقه تمرکز هرچه بهتر فقیهان را در موضوع‌ها و مسائل تخصصی به دنبال خواهد داشت و در نتیجه فتاوی صادر شده به واقع نزدیک‌تر خواهند بود.

۵. تعامل و تضارب آراء با رشته‌های دیگر (فقیهان با پزشکان و بیماران)، جذب دانشوران عرصه‌های مختلف به فقه، و معرفی این دانش به آنها.

۶. تدوین نظام آموزشی و ایجاد نظام آموزشی تخصصی، از الزامات تخصصی شدن تدوین نظام آموزشی جدید خواهد بود و این خود از مزایای استقلال رشته‌های تخصصی به شمار می‌آید.

۷. شناخت حوزه‌های دارای کمبود و نیازمند بررسی فقهی جدی‌تر نیز از الزامات ایجاد رشته تخصصی است که به ایجاد این مزیت می‌انجامد.

۸. کمک به رفع معضلات فقهی نظام اسلامی؛ زیرا یکی از معضلات و مشکلات برنامه‌ریزان حکومت اسلامی، به اجرا گذاشتن و تدوین قوانین منطبق بر اصول و موازین استنباط فقه شیعه است. تخصصی کردن فقه یکی از راهکارهای ازین‌بردن این مشکلات است؛ زیرا با تخصصی شدن فقه و دسته‌بندی موضوعات مختلف شرعی، دقیقاً محل‌گره و معضل شرعی قوانین و آیین‌نامه‌های اجرایی مشخص می‌شود و بدین ترتیب راه برطرف کردن آن میسر خواهد شد.

۹. همگامی دانش فقه با بنای عقلا در تخصصی شدن علوم: به‌اعتراف همه دانشوران و متخصصان فنون، در عصر حاضر تنها راه پیشرفت علم و تکامل دانش‌های بشری، تخصصی شدن رشته‌های علوم و فنون است. خردمندان و عالمان دنیای امروز بر آنند تا





با تربیت دانشمندان در اجزای کوچک‌تر علوم، به عمق و دقت تحقیقات علمی بیفزایند. بر این اساس تخصصی کردن فقه حرکت در مسیر تخصصی شدن علوم توسط خردمندان و دانشوران سایر علوم خواهد بود.

اما چنانچه فرایند تخصصی کردن این رشته به صورت صحیح صورت نگیرد، سبب آسیب‌ها و نقایصی می‌شود که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۱. ورود به رشته تخصصی بدون اجتهاد عمومی آسیب‌زا است، زیرا تخصصی شدن نیازمند اجتهاد عمومی است و کسی که به این مرحله نرسیده باشد نمی‌تواند پاسخ مناسبی برای پرسش‌های آن عرصه ارائه کند.

۲. ورود برخی با نگاه سطحی‌نگر به عرصه تخصصی می‌تواند آسیب‌های فراوانی چون بدبینی به فقه، فقاهت و احکام آن را در پی داشته باشد.

۳. ورود به مسائل جدید با رویکرد ذهنی و بدون توجه به واقع خارجی، یکی از آسیب‌های مباحث تخصصی است. به سخن روشن‌تر، شخص نباید دوباره در مرحله کلی‌گویی باقی بماند، بلکه باید از این مرحله گذر کرده و به مرحله ارائه پاسخ عملی و اثرگذار نائل آید.

۴. در صورت شتاب‌زدگی، تخصصی کردن می‌تواند سبب تورم نظام اجتهاد و فقه و صرف سرمایه‌ها در مسیر نادرست گردد.

۵. ایجاد تضادهای گرایشی و تداخل برخی گرایش‌ها.

۶. فراهم‌نبودن زیرساخت‌ها و ابزارهای مناسب اجرایی شدن رشته‌های تخصصی: ایجاد رشته تخصصی بدون فراهم شدن زیرساخت‌ها و ابزارها، می‌تواند سبب تصور ناکارآمدی رشته تخصصی گردد.

از آنجا که برای تأسیس رشته تخصصی «فقه پزشکی» می‌توان همه معیارها و مزیت‌های یادشده را تحقق بخشید و جلوی معایب و آسیب‌های مزبور را گرفت، بنابراین این موضوع ظرفیت لازم را برای تبدیل شدن به رشته تخصصی دارد. با توجه به نکات پیش گفته، برای پیشگیری از آسیب‌ها، تنها کسانی باید وارد این رشته تخصصی شوند که اجتهاد عمومی یا دست کم قوه اجتهاد را دارا باشند و افرادی به این عرصه پا

گذارند که اهل دقت بوده و از سطحی‌نگری بپرهیزند. این نکته می‌تواند در گزینش افراد مورد دقت و تأمل قرار گیرد و کلاس‌های آموزشی و کارگاه‌های عملی را می‌توان به گونه‌ای برگزار کرد که از کلی‌گویی و بررسی ذهنی صرف جلوگیری شود. همچنین با تعریف دقیق صورت گرفته از «فقه پزشکی» می‌توان از تداخل دیگر موضوعات در این رشته جلوگیری کرد و به‌صورت روشمند به تدوین سرفصل‌های دروس آن در بالاترین سطح اقدام کرد. البته حوزه علمیه یا برخی مراکز مرتبط به‌عنوان نهاد مسئول تخصصی کردن علوم، باید زیرساخت‌ها و ابزار تخصصی شدن را فراهم آورند تا از آسیب‌های به‌وجودآمده به‌جهت عدم وجود ابزارها جلوگیری شود.

بنابر تحقیق صورت گرفته، «فقه پزشکی» همه محاسن و مزایای تخصصی شدن را دارا است و می‌توان با برنامه‌ریزی دقیق و منضبط از آسیب‌های پیش‌گفته جلوگیری کرد. البته ناگفته نماند که تخصصی شدن فقه تنها در یکی از رشته‌ها مانند پزشکی نمی‌تواند آثار مطلوبی داشته باشد، بلکه باید در ضمن یک طبقه‌بندی و ساختار مناسب در ضمن درخت‌واره جامع به همه تخصص‌ها نگریسته شود و هر یک از رشته‌ها و گرایش‌های تخصصی در جای مناسب خود قرار گیرد.

برای این منظور و ایجاد نگاه همه‌جانبه نیازمند واکاوی تقسیم مباحث فقهی هستیم؛ به‌عبارتی ضرورت دارد جایگاه فقه‌های تخصصی دارای نقطه جامع در تقسیم‌بندی موضوعات فقه دیده شود. یکی از کسانی که با ژرف‌اندیشی و نبوغ خویش به این امر توجه کرده، مرحوم شهید صدر در کتاب الفتاوی الواضحة است. وی با توجه به روایت «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَأَقْعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۴۰)، محور اصل مسائل جدید و تخصصی را در فقه در واژه «واقعه» می‌بیند. در نظر ایشان ملاک گسترش فقه و تخصصی کردن آن مبتنی بر چند شاخصه است: ۱. ارتباط مستقیم وقایع با حیات بشری که در توفیق شریف آمده است، ۲. شاخصه دوم این است که واقعه‌ها رو به تزاید و فزونی باشند، ۳. نویدبودن واقعه‌ها، ۴. مستمر و پویا بودن واقعه‌ها، به این معنا که فزونی و گستردگی وقایع، منحصر در زمان خاصی نباشد (ر.ک: صدر، ۱۴۲۳ق، ص ۱۰۵).





اگرچه کار مرحوم صدر ستودنی و درخور توجه است، اما باید معیارها و ملاک‌های تخصصی شدن را تکمیل و به صورت جامع و مانع به تعریف و تقسیم‌بندی فقه‌های تخصصی پرداخت تا از یک سواز تداخل رشته‌ها و گرایش‌ها در یکدیگر پیشگیری و از سوی دیگر از تکرر بی‌جهت رشته‌ها بدون ملاک و معیارهای لازم جلوگیری کرد.

بنابراین افزون بر چهار شاخصی که در سخن شهید صدر آمده است، باید در راستای تکامل معیارهای تخصصی کردن فقه، معیارهای ذیل مورد توجه قرار گیرد:

۱. موضوع تخصصی باید از مسائل عینی و خارجی در جامعه اسلامی باشد، نه از موضوعات ذهنی و نظری صرف.

۲. دارای اولویت و اهمیت و فراگیری بخش زیادی از جامعه باشد.

۳. هم‌تراز یکی از رشته‌های دانش‌ها باشد تا میان رشته‌ای بر آن صدق کند.

۴. نیازمند موضوع‌شناسی در دانش دیگر باشد؛ به عنوان نمونه، موضوعات رشته تخصصی «فقه پزشکی» به شدت نیازمند موضوع‌شناسی در دانش پزشکی است. بنابراین بدون موضوع‌شناسی جنین و مراحل آن، یا خون بند ناف و آثار آن از نظرگاه پزشکی، امکان تعیین احکام آن وجود ندارد.

۵. در زمره ابواب مختلف موجود جای نداشته باشد؛ چه اینکه در این صورت نیازی به تخصصی کردن و جایابی نخواهد داشت.

۶. موضوع دارای ظرفیت کمی و کیفی برای تبدیل شدن به یک رشته را داشته باشد، یا دست کم بتواند به صورت گرایشی مستقل در آید. در غیر این صورت باید در زمره مسائل یکی از رشته‌ها یا گرایش‌ها مطرح شود.

۷. قابلیت موضوع برای ارتباط با علوم، رشته‌ها و گرایش‌های دیگر، از مزایای موضوع برای تخصصی شدن است؛ به عنوان نمونه، فقه پزشکی با اخلاق پزشکی و حقوق پزشکی ارتباطی وثیق دارد. بنابراین وقتی در فقه به صورت تخصصی مطرح شود، می‌تواند به صورت مقایسه‌ای و یا موازی با گرایش‌های مرتبط بررسی شود.

۸. موضوع باید قابلیت اجرایی شدن در جامعه را داشته باشد.

با توجه به چهار ملاک بیان‌شده در سخن مرحوم شهید صدر و هشت معیار فوق، در مجموع، چنانچه موضوعی دوازده معیار و تراز پیش‌گفته را داشته باشد، صلاحیت

تبدیل شدن به رشته یا گرایش تخصصی را دارا خواهد بود. در باور این پژوهش، فقه پزشکی همه معیارهای یادشده را دارا است و بنابراین باید در اولویت تبدیل شدن به رشته تخصصی فقهی قرار گیرد.

۳. چگونگی ایجاد فقه پزشکی

پس از بیان ضرورت تخصصی شدن فقه، و اثبات وجود شرایط لازم در «فقه پزشکی» برای تبدیل شدن به رشته‌ای مستقل، اکنون باید دید چگونه می‌توان به این مهم دست یافت؛ چه اینکه اگرچه تلاش‌های علمی متفرقه برخی پژوهش‌گران حوزوی در رساله‌های علمی، مقالات پژوهشی و کتاب‌های منتشره، نشان از آن دارد که حوزه علمیه به سمت و سوی توجه بیشتر به مسائل تخصصی پیش می‌رود، ولی مشکل کار آن است که هنوز انتقال کامل دانش به شکل سامان‌یافته صورت نگرفته است، بنابراین بایسته است تا طرح و برنامه‌ای مدون تدوین شود که مهم‌ترین مراحل آن عبارتند از:

۱. در مرحله نخست باید اهداف تدوین و برگزاری دوره آموزشی-پژوهشی فقه پزشکی را به صورت منطقی مشخص کرد تا سایر امور در راستای دستیابی به آنها آماده‌سازی شود.

۲. ظرفیت‌شناسی در زمینه فقه پزشکی: در راستای جلوگیری از موازی‌کاری و امکان بهره‌مندی از کارهای صورت گرفته، باید ظرفیت‌های حوزه را در این عرصه شناخت. بنابراین ضرورت دارد دروس خارج فقه پزشکی در حوزه علمیه و کرسی‌های تدریس در دانشگاه‌های مرتبط و مراکزی چون مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، تشکیل گروه فقه پزشکی در آن مرکز و تلاش‌های علمی متفرقه که برخی از پژوهش‌گران طلبه در رساله‌های علمی، مقالات و کتاب‌های پژوهشی در این زمینه انجام داده‌اند را شناسایی نمود. همچنین شناسایی دانشوران و صاحب‌نظران و آثار فاخر در عرصه فقه پزشکی، از مهم‌ترین مراحل ظرفیت‌شناسی این رشته به شمار می‌آید.

۳. ایجاد فضای سخت‌افزاری مناسب، یا استفاده از مراکز موجود دارای ظرفیت لازم برای برگزاری دوره‌های آموزشی فقه پزشکی، از قبیل کلاس‌های آموزشی مجهز،





کتابخانه مناسب، دسترسی به فضای مجازی علمی در زمینه پزشکی، ارتباط با مراکز پزشکی و دانشوران آن عرصه، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

۴. سپس باید به شناسایی اساتیدی پرداخت که توانایی و انگیزه لازم را برای ورود به مباحث تخصصی فقه پزشکی دارند.

۵. در مرحله بعد لازم است به صورت نظام‌مند به ایجاد زیرساخت‌های علمی برگزاری دوره‌های آموزشی-پژوهشی پرداخت؛ مانند تدوین کتاب‌های لازم دروس پایه و درس‌نامه‌های مناسب این رشته در مقاطع مختلف که تاکنون بخشی از آن توسط گروه فقه پزشکی مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) فراهم آمده است.

۶. با تدوین ملاک‌های لازم و معیارهای مشخص و هدفمند از میان دانشوران حوزوی مسلط به فقه و اصول عمومی، استعدادیابی صورت گیرد و برای تحصیل و پژوهش در زمینه فقه پزشکی گزینش شوند.

۷. تدوین سرفصل‌های دوره آموزشی که ویژگی‌ها و سرشاخه‌های عناوین کلی آن در گفتار بعد بیان می‌شود.

۴. تدوین دوره آموزشی فقه پزشکی

شاید بتوان گفت که یکی از مهم‌ترین مراحل تخصصی کردن فقه (فقه پزشکی) تدوین سرفصل‌ها و عناوین دروسی است که باید در دوره‌های آموزشی-پژوهشی تدریس شود. تدوین سرفصل‌ها به همراه اهداف و روش‌شناسی دوره به منزله نقشه راه خواهد بود که می‌تواند از قبل مسیر آینده و چگونگی دستیابی به غایات موردنظر را نشان دهد. از این رو باید با کارشناسی دقیق اقدام به تدوین این نقشه راه نمود. بنابراین تدوین دوره آموزشی را در سه بخش: ۱. دروس مقدماتی و تمهیدی، ۲. بخش اصلی (دروس اصلی)، و ۳. دروس تکمیلی، پی می‌گیریم.

۴-۱. بخش مقدماتی و تمهیدی

منظور از بخش تمهیدی، مباحثی است که جنبه مقدماتی و مدخلی برای فقه پزشکی

داشته و به مطالبی چون مفاهیم، پیشینه، اقسام و کارکردهای فقه پزشکی و اهداف دور اختصاص دارد. بنابراین در این بخش به بیان دو مطلب مهم پرداخته می‌شود:

۱. اهداف: نخست باید اهداف و غایات دوره را به‌طور دقیق مشخص کرد. بر اساس

تحقیق صورت گرفته، اهداف مهم دوره آموزشی-پژوهشی فقه پزشکی عبارتند از:

- شناخت درباره مسائل پزشکی و تحقیق و تحلیل فقهی موضوعات آن.

- تربیت محقق در خصوص فقه پزشکی (دستیابی به قدرت استنباط در رشته

تخصصی و مجتهد متجزی در موضوعات مرتبط با فقه پزشکی).

- تربیت مدرس برای مقاطع تحصیلی عالی فقه پزشکی.

- تولید و گسترش مرزهای دانش در فقه پزشکی.

- نظریه‌پردازی در مسائل و موضوعات نوپیدای فقه پزشکی.

- کاربردی کردن فقه به‌منظور طراحی نظام پزشکی و پرستاری بر پایه فقه اسلامی.

- ترویج و دفاع علمی از فقه اهل بیت علیهم‌السلام و پاسخ‌گویی به مسائل نوپدید و موردنیاز

اهل شریعت، بر اساس اصول و قوانین اجتهادی در سایه فقه جواهری و پویا.

- کمک به رفع معضلات فقهی نظام اسلامی: یکی از معضلات و مشکلات

برنامه‌ریزان حکومت اسلامی، به‌اجرا گذاشتن و تدوین قوانین منطبق بر اصول و

موازین استنباط فقه شیعه است. تخصصی کردن فقه پزشکی یکی از راهکارهای

از بین بردن مشکلات حاکمیت در زمینه قوانین مرتبط با فقه پزشکی و انطباق آنها

با موازین شرعی است.

۲. دروس تمهیدی و آماده‌سازی: جهت آشنایی کلی دانش‌پژوهان این عرصه قبل از

ورود به دروس اصلی، باید آشنایی اجمالی با برخی مباحث صورت پذیرد؛ مباحثی

مانند کلیات فقه پزشکی (تعریف، تبیین موضوع فقه پزشکی، ضرورت فقه پزشکی و

نظام سلامت و اهداف آن)، تاریخچه موضوع و پیشینه پژوهشی موضوع، آشنایی کلی با

فلسفه پزشکی (آشنایی با مبادی و مبانی، روش و مسائل)، آشنایی اجمالی با سازمان‌های

حرفه‌ای پزشکی (آشنایی کلی با ساختار علوم پزشکی، پرستاری و پیراپزشکی جهت

موضوع‌شناسی فقهی در این حوزه)، آشنایی کلی با مبانی طب اسلامی، آشنایی با





اخلاق پزشکی و زیست پزشکی (در حوزه توان‌بخشی، معاینه، درمان و تحقیقات)، و نیز آشنایی با فقه پزشکی و حقوق پزشکی.

۴-۲. سرفصل‌های دروس اصلی

برای ارائه سرشاخه‌های دروس اصلی دوره آموزشی فقه پزشکی، می‌توان چهار محور اصلی را مشخص کرد؛ به گونه‌ای که تمام مسائل فقه پزشکی به صورت نظام‌مند در یکی از محورها و سرعنوان جای گیرد. بر این اساس چهار محور اصلی عبارتند از:

۴-۲-۱. فقه معاینه

«فقه معاینه» عرصه وسیعی از فعالیت‌های پزشکی را شامل می‌شود که در بسیاری از رشته‌های پزشکی که اقدام به تشخیص بیماری می‌کنند مشترک است. از این رو بخش مهمی از مسائل پزشکی در ارتباط با حوزه معاینه و تشخیص است؛ بنابراین آموزش و پژوهش در آن می‌تواند در پرورش توانایی اجتهادی پژوهش‌گران فقه پزشکی تأثیر بسزایی داشته باشد. مهم‌ترین سرفصل‌های این بخش عبارتند از: آشنایی با روش‌های معاینه و موضوع‌شناسی آن، بررسی مسائل فقهی معاینات پزشکی، پرستاری و کادر درمانی، صلاحیت و شرایط معاینه‌کننده، بررسی مصداقی معاینات غیرضروری مثل معاینات استخدومی و غربال‌گری و مانند آن، بررسی حکم رضایت بیمار در معاینات، خطا در معاینه، و نیز معاینه در شرایط ضروری، اضطراری، فوری و همانند آن.

۴-۲-۲. فقه درمان

«فقه درمان» گرایش دیگری در فقه پزشکی است که در این عرصه، روش‌های درمانی تهاجمی و غیرتهاجمی مانند دارودرمانی، جراحی، یا رفتاردرمانی، از منظر فقهی مورد بررسی می‌گیرد. هدف اصلی همه بخش‌های پزشکی، درمان بیماران و حفظ سلامتی آنها است، به گونه‌ای که می‌توان سایر بخش‌ها را مقدمه‌ای برای این هدف به شمار آورد. بنابراین آشنایی با این بخش کمک‌شایانی به تشخیص موضوعات و استنباط احکام آن می‌نماید. سرفصل‌هایی که در این درس بیشتر باید مورد توجه قرار

گیرد عبارتند از: شناخت روش‌های درمانی، بررسی صلاحیت پزشک، همچنین مسائل مرتبط با عرضه دارو، مواد خوراکی و آشامیدنی تقلبی، بدون تأثیر یا زیان آور، بررسی احکام فقهی در زمینه مواد روان‌گردان، حکم تکلیفی درمان خود و دیگران، احکام بیماری‌های واگیر، درمان با خوراکی‌ها و آشامیدنی‌های حرام، درمان با امور خارق‌العاده، رابطه درمان با اذن و آگاهی بیمار، اجرت و دستمزد درمان، و درمان با داروهای زیان‌بار.

۴-۲-۳. فقه تحقیقات نوین پزشکی

در حوزه تحقیقات نوین پزشکی و مسائل مرتبط با آن، مسائل فقهی فراوانی مطرح است که یادگیری چگونگی تحقیق و استنباط در آنها می‌تواند رهگشای کشف احکام مسائل مستحدث دیگر نیز باشد. چگونگی تطبیق و ارتباط این نوع موضوعات با اصول کلی موجود در منابع استنباط و نقشه راه رسیدن به حکم فقهی بر اساس موازین و قواعد اجتهادی، هدف اصلی این درس خواهد بود. همچنین موضوع‌شناسی را می‌توان در این درس جای داد. بر این اساس، برخی از عناوین و سرفصل‌های مهم این درس عبارتند از: مسائل فقهی مرتبط با مرگ مغزی و قطع ادامه حیات بیماران، پیوند اعضا در تحقیقات نوین، بررسی فقهی شبیه‌سازی، آشنایی با تحقیقات نوین ژنتیک (تصرفات ژنتیکی، و انتخاب و تعیین جنسیت قبل از تشکیل جنین)، باروری‌های نوین، استفاده از داروهای نوین، اثبات جرائم با تحقیقات پزشکی، تغییر جنسیت و تغییر شکل اندام‌ها و اعضا، پوست و مو، رنگ چشم، روش‌های نوین عقیم‌سازی، مسائل نوین قاعدگی زنان وابسته به مصرف دارو و مسائل درمان، و نیز مسائل نوین بانک‌های طی.

۴-۲-۴. فقه بهداشت و سلامت

«فقه بهداشت و سلامت» به بررسی مدل‌ها و ابزارهای پایش بهداشت فردی و اجتماعی و نیز سنجش سلامت روانی و معنوی در مقاطع مختلف سنی (از قبل از تولد تا پایان حیات)، همچنین به بررسی مسائل فقهی ارائه مراقبت‌های معنوی و چالش‌های فقهی آن



در سطوح مختلف پیشگیری از بیماری می‌پردازد که مهم‌ترین سرفصل‌های آن عبارتند از: بهداشت فردی، بهداشت عمومی یا اجتماعی، سلامت جسمی، سلامت روانی - روحی (معنوی)، و نیز پیشگیری از بیماری و سطوح سه‌گانه آن.

۳-۴. درس تکمیلی

در بخش درس تکمیلی باید به دو سرفصل مهم پرداخته شود که در زمره مباحث و عناوین پیشین جای نمی‌گیرند:

۳-۴-۱. اصول فقه با رویکرد به مباحث فقه پزشکی

آموزش اصول فقه باید با رویکرد به مباحث مرتبط با فقه پزشکی صورت گیرد که عمده‌ترین مباحث در این زمینه عبارتند از: حجیت سیره عقلا، شمول اطلاعات و عمومات درباره مسائل مستحدثه، ملازمات عقلی در مباحث فقه پزشکی، مستقلات غیرعقلی و کاربرد آن در فقه پزشکی، بحث مذاق شریعت و مقاصد شریعت در فقه پزشکی، مجاری اصول پر کاربرد در فقه پزشکی، و تأثیر مبانی اصولی در فقه پزشکی.

۳-۴-۲. فقه حقوق و قراردادهای پزشکی

یکی از لوازم پژوهش در مسائل فقه پزشکی، شناخت قوانین حقوقی در این دسته موضوعات است. برای دستیابی به این منظور می‌توان به دو روش ذیل عمل کرد: یکی اینکه دوره‌ای فشرده در زمینه حقوق به صورت کلی برگزار کرد تا پژوهش‌گران و دانش‌پژوهان این عرصه با منابع و چگونگی استفاده از منابع حقوقی و نظرات مرتبط با آن آشنا شوند و توانایی یابند تا در پژوهش‌های خویش از آنها بهره‌جویند، یا به صورت تفصیلی به شناخت قوانین و مباحث حقوقی مرتبط با پزشکی پرداخت. البته روش دوم کارایی بیشتری خواهد داشت. عموم سرفصل‌های این درس عبارتند از: شناخت قانون طبابت، قوانین مسئولیت فنی مراکز معاینات بالینی و غیربالینی، شناخت قوانین تعزیرات حکومتی درباره خدمات بهداشتی-درمانی در سه حوزه معاینه، درمان و تحقیقات،



فقه

همچنین قوانین حقوقی درخصوص آموزش‌های نوین و مداوم جامعه پزشکی در مسائل معاینه، قوانین مرتبط با پیشگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار، قوانین حقوقی درباره عرضه و درمان با داروها و مواد خوراکی و آشامیدنی قلبی، یا بدون تأثیر و زیان آور، قوانین حقوقی درباره صلاحیت افرادی که به درمان و تجویز دارو اقدام می‌نمایند، شناخت قوانین مرتبط با لزوم کمک به مصدومان و رفع مخاطرات جانی، شناخت قوانین حقوقی درخصوص مواد روان‌گردان، شناخت قوانین حقوقی درباره مجازات اسلامی در امور مربوط به معاینه، درمان و تحقیقات پزشکی، شناخت قوانین بانک‌های پزشکی (بانک خون، بند ناف، بافت، سلول و...)، شناخت قوانین پیوند اعضا از فردی به فرد دیگر، شناخت قوانین اهدای گامت، شناخت قوانین سقط جنین، شناخت قوانین رحم اجاره‌ای، شناخت قوانین حقوقی درباره نظریه تیم پزشکی در اثبات جرائم، شناخت قوانین حقوقی درباره جنون، و نیز شناخت قوانین ضمان و مسئولیت پزشکان و کادر درمانی.

بدین ترتیب، روشن شد که فقه پزشکی همه شرایط تبدیل شدن به یکی از فقه‌های تخصصی را دارا است و با حرکت گام‌به‌گام و برنامه‌ریزی منسجم، و به کارگیری برنامه یادشده در این پژوهش که نتیجه تجربه و تحقیق ده‌ساله نویسنده است، می‌توان آینده‌ای روشن و توسعه‌یافته برای رشته «فقه پزشکی» پیش‌بینی کرد.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این پژوهش گذشت، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱. گسترش و پیشرفت روزافزون دانش و توسعه و فزونی پرسش‌ها، نیاز به تخصصی شدن همه علوم را آشکار ساخته است و دانش فقه نیز از این قاعده مستثنی نیست، ولی تأسیس یک گرایش یا رشته تخصصی در فقه نیازمند نگرش عمیق و تسلط بر عرصه‌های مختلف دانش فقه و درک صحیح ارتباط آن با موضوع میان‌رشته‌ای است. از این رو باید به صورت گام‌به‌گام و بر اساس برنامه‌ای منسجم به سوی تخصصی کردن فقه حرکت کرد.





۲. پیشرفت دانش پزشکی و ابتلای روزافزون عموم مردم به مسائل پزشکی و درمانی، می‌طلبد که زمینه تبدیل شدن فقه پزشکی به یکی از فقه‌های تخصصی فراهم آید؛ چه اینکه اگر چنین کاری صورت نپذیرد، پاسخ‌گویی مستمر فقه به مسائل مورد ابتلای جامعه در عرصه پزشکی، گرفتار چالش می‌شود.

۳. «فقه پزشکی» به‌عنوان یکی از شاخه‌های فقه عام عبارت است از: «هو العلم بالأحكام الطبية الفرعية من الأدلة التفصيلية؛ فقه پزشکی علم به احکام فرعی پزشکی از مسیر بررسی ادله تفصیلی فقه است». چنانچه ضوابط و شرایط تأسیس دانش‌های میان‌رشته‌ای در زمینه فقه پزشکی مراعات شود، این فقه تخصصی می‌تواند به‌عنوان یکی از فقه‌های تخصصی مطرح شود؛ چراکه این موضوع ظرفیت لازم را دارد و می‌توان با برنامه‌ای منسجم، معایب و آسیب‌های تخصصی شدن فقه را به حداقل رساند و مزایای آن را تحقق بخشید.

۴. ورود به عرصه‌های عملی و رفتاری جامعه بشری، فراهم آمدن زمینه‌های درک صحیح از مسائل مورد نیاز جامعه اسلامی، حضور فقه در عرصه‌های جدید و محض شدن تعدادی از دانشوران در رشته‌ای تخصصی، درک واقعیت‌های موجود و حل مشکلات و معضلات فقهی آنها، گسترش و توسعه دامنه فقه به‌صورت نظام‌مند، تمرکز تخصصی بر موضوعات مرتبط با فقه پزشکی، تعامل و تضارب آراء میان فقه و پزشکی، تدوین نظام آموزشی، و کاربردی کردن آن، شناخت هرچه بیشتر کمبودها و نیازها در عرصه فقه، همگی از محاسن و مزایای تخصصی کردن فقه در عرصه پزشکی است.

۵. تخصصی شدن فقه ممکن است معایب و آسیب‌هایی را به دنبال داشته باشد؛ مانند ورود به عرصه تخصصی بدون داشتن قدرت اجتهاد عمومی، ورود با نگرش سطحی و کلی‌گرایی، تورم نظام فقه و اجتهاد، ایجاد تضادهای گرایشی و نیز فراهم‌نیامدن زیرساخت و ابزار تخصصی شدن. با این حال با رعایت ضوابطی چون گزینش دقیق، سرمایه‌گذاری در ایجاد زیرساخت‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری، می‌توان جلوی آسیب‌های یادشده را گرفت.

۶. بر اساس تحقیق، دوازده شاخص برای تخصصی کردن و تأسیس رشته یا گرایش تخصصی لازم و ضروری است که فقه پزشکی همه شاخص‌های مزبور را دارد و از این رو می‌تواند در اولویت تبدیل شدن به رشته‌ای تخصصی قرار گیرد.

۷. با طی مراحل هفت‌گانه می‌توان به تأسیس «فقه پزشکی» اقدام کرد: تبیین اهداف و غایات، ظرفیت‌شناسی، ایجاد فضای سخت‌افزاری لازم، شناسایی اساتید توانمند در این عرصه، ایجاد زیرساخت‌های نرم‌افزاری، گزینش صحیح و دقیق، و تدوین سرفصل‌های آموزشی.

۸. می‌توان دوره آموزشی فقه پزشکی را در سه بخش کلی تمهیدی، اصلی و تکمیلی ارائه کرد؛ بخش تمهیدی جنبه مقدماتی و ورود به فقه پزشکی را دارد که بیان اهداف، تبیین مفاهیم رشته و پیشینه آن، تبیین کلیات فقه پزشکی، آشنایی با مباحث جنبی لازم مانند فلسفه پزشکی و آشنایی اجمالی با حرفه‌های پزشکی و مبانی طب اسلامی، از جمله مباحث مقدماتی به شمار می‌آید.

سرفصل‌های اصلی دروس دوره در چهار بخش کلی ارائه می‌شود: ۱. فقه معاین، ۲. فقه درمان، ۳. فقه تحقیقات نوین، و ۴. فقه بهداشت و سلامت. هر یک از بخش‌های مذکور، دارای سرفصل‌های فرعی متعدد و فراوان خواهد بود که ذیل سرشاخه‌های چهارگانه جای می‌گیرند. دروس تکمیلی، عناوینی هستند که در چارچوب یادشده جای نمی‌گیرند، ولی آموزش آنها ضروری به نظر می‌رسد. مباحث اصول فقه با رویکرد فقه پزشکی و حقوق فقه پزشکی و قراردادهای آن، در زمره مباحث تکمیلی جای می‌گیرد.

حاصل آنکه با طی مراحل به‌صورت گام‌به‌گام و حرکت بر اساس آنچه در این پژوهش گذشت، فقه پزشکی یکی از غنی‌ترین فقه‌های تخصصی قابل طرح و اجرایی شدن است.



فقه



فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن سینا. (۱۲۹۶ق). القانون فی الطب (چاپ سنگی). تهران: الطباعة طهرانی.
۲. ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳. جالینوس. (۱۹۸۲م). التاتی لشفاء الأمراض (مترجم: حنین بن اسحاق). قاهره: انتشارات الهيئة المصرية لطباعة الكتاب.
۴. جعفری، محمد تقی. (۱۳۶۶). مصاحبه. مجله حوزه، ۱۹، صص ۱۷-۳۸.
۵. جناتی، محمدابراهیم. (۱۳۷۴). ادوار فقه و کیفیت بیان آن. تهران: کیهان.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). صحاح اللغة. بیروت: دار العلم للملایین.
۷. حر عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۸. حرانی، ابن شعبه حسن بن علی. (۱۴۰۴ق). تحف العقول (مصحح: علی اکبر غفاری، چاپ دوم). قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۹. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دار الفکر المعاصر.
۱۰. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۷۰). سخنرانی رهبر انقلاب در آغاز درس خارج فقه. بازیابی شده در ۳۱ شهریور ۱۳۷۰، از <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=534>
۱۱. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۷۴). بیانات در دیدار جمعی از نخبگان حوزوی. بازیابی شده در ۱۳ آذر ۱۳۷۴، از <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=3962>
۱۲. خمینی، روح‌الله. (۱۳۷۰). صحیفه نور. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۳. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). لغتنامه. تهران: دانشگاه تهران.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم - دار الشامیة.
۱۵. سادوک، بنجامین؛ سامون، احمد. (۱۳۸۹). دست‌نامه روان‌پزشکی (ویراست پنجم: ۲۰۱۰م، مترجم: دکتر فرزین رضاعی). تهران: انتشارات ارجمند.
۱۶. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۳ق). الفتاوی الواضحه. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.

۱۷. عاملی، حسن بن زین‌الدین. (۱۴۱۸ق). معالم‌الدین وملاذ‌المجتهدین: قسم‌الفقہ. قم: مؤسسه‌الفقہ للطباعة و النشر.
۱۸. عبدالناصر، جمال. (۱۴۲۸ق). موسوعة‌الفقہ الاسلامی. قاهره: وزارة‌الاقواف - المجلس‌الأعلى للثنون‌الإسلامیة.
۱۹. علامه‌حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). تذکره‌الفقہاء (۱۴ جلد). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۲۰. قاسمی، محمدعلی. (۱۳۹۹). آیات‌فقہ پزشکی. قم: مرکز‌فقهی ائمه‌اطهار (عج).
۲۱. قمی، شیخ‌عباس. (۱۴۱۴ق). سفینه‌البحار. قم: انتشارات‌اسوه.
۲۲. کراجکی، محمد بن علی. (۱۳۹۴ق). معدن‌الجواهر وریاضة‌الخواطر. تهران: المكتبة‌المرتضویة.
۲۳. مازندرانی، محمدصالح بن احمد. (۱۳۸۲ق). شرح‌اصول‌الکافی. بیروت: دار‌احیاء‌التراث‌العربی للطباعة و النشر.
۲۴. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار‌الانوار. بیروت: احیاء‌التراث‌العربی.
۲۵. مرندی، علیرضا؛ عزیزی، فریدون؛ لاریجانی، باقر؛ جمشیدی، حمید رضا. (۱۳۹۸). سلامت‌در جمهوری‌اسلامی ایران (ویرایش دوم). تهران: فرهنگستان‌علوم پزشکی جمهوری‌اسلامی ایران.
۲۶. مطهری، مرتضی. (۱۳۶۵). مرجعیت‌روحانیت. تهران: صدرا.
۲۷. موسوی، رضا. (۱۳۷۹). آشنایی با مبادی‌فقہ یا حقوق‌اسلامی. مشهد: دانش‌شرقی.
۲۸. مولوی وردنجانی، سعید. (۱۳۸۸). ضرورت‌اجتهاد تخصصی در عصر جدید و شؤون آن در فقہ شیعه. مجله فروع و وحدت، ۲(۱۵)، صص ۶-۱۵.
۲۹. نوری، عبدالنبی. (۱۲۸۷). تذکره‌الغافل و ارشاد‌الجاهل (نسخه سنگی): شماره ۴۵۴۷۰، کتابخانه آستان‌قدس رضوی مشهد مقدس). تهران: بی‌نا.
۳۰. نوری، محمداسماعیل. (۱۳۷۸). آشنایی با فقہ. قم: احسن‌الحديث.



References

* The Holy Quran.

1. Abdul Nasser, J. (1428 AH). *Encyclopedia of Islamic jurisprudence*. Cairo: Ministry of Endowments - Supreme Council for Islamic Affairs. [In Arabic]
2. Allama Heli, H. (1414 AH). *Tazkirah al-Foqaha*. (14 vols.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
3. Ameli, H. (1418 AH). *Ma'alim al-Din va Malaz al-Mujtahidin Qism al-Fiqh*. Qom: Mu'asisah al-Fiqh le al-Taba'ah va al-Nashr. [In Arabic]
4. Dehkhoda, A. A. (1373 AP). *Dictionary*. Tehran: University of Tehran. [In Persian]
5. Hamiri, N. (1420 AH). *Shams al-Ulum va Dawat Kalam al-Arab min al-Kolum*. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asir. [In Arabic]
6. Harani, Ibn Sh. (1404 AH). *Tohaf al-Uqool* (A. A. Ghaffari, Ed., 2nd ed.). Qom: Teachers Association Publications. [In Arabic]
7. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shia*. Qom: AlulBayt Institute.v
8. Ibn Faris, A. (1404 AH). *Mujam Maqa'is al-Loqat*. Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publishing Office. [In Arabic]
9. Ibn Sina. (1296 AH). *Al-Qanoun fi al-Tib*. (Lithography). Tehran: al-Taba'at Tehrani. [In Arabic]
10. Jafari, M. T. (1366 AP). Interview. *Journal of Hozeh*, 19, pp. 17-38. [In Persian]
11. Jalinous. (1982). *Al-Tati le Shifa al-Amraz*. (H. Ishaq, Trans.). Cairo: Intisharat al-Hiyat al-Misriyah le Taba'at al-Kitab.
12. Janati, M. I. (1374 AP). *Periods of jurisprudence and the quality of its expression*. Tehran: Keyhan. [In Persian]
13. Johari, I. (1410 AH). *Sahah al-Loqat*. Beirut: Dar Al-Ilm le al-Mala'een. [In Arabic]
14. Karajki, M. (1394 AH). *Ma'adan al-Jawahir va Riazah al-Khawatir*. Tehran: al-Maktabah Mortazaviyah. [In Arabic]
15. Khamenei, S. A. (1370 AP). Speech of the Leader of the Revolution at the beginning Kharif Fiqh Course. Retrieved September 21, 1991, from <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=534>. [In Persian]
16. Khamenei, S. A. (1374 AP). Statements at a group meeting of seminary elites. Retrieved December 4, 1995, from <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=3962>. [In Persian]



فقه

17. Khomeini, R. (1370 AP). *Sahifeh Nour*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Persian]
18. Majlesi, M. B. (1403 AH). *Bihar al-Anwar*. Beirut: Dar Al-Ihya Al-Torath Al-Arabi. [In Arabic]
19. Marandi, A., & Azizi, F., 7 Larijani, B., & Jamshidi, H. R. (1398 AP). *Health in the Islamic Republic of Iran*. (2nd ed.). Tehran: Academy of Medical Sciences of the Islamic Republic of Iran. [In Persian]
20. Mazandarani, M. (1382 AH). *Sharh Usul Kafi*. Beirut: Dar Al-Ihya Al-Torath Al-Arabi le Tabat'at va al-Nashr. [In Arabic]
21. Molawi, S. (1388 AP). The necessity of specialized ijtiḥad in the new era and its aspects in Shiite jurisprudence. *Forough Vahdat Magazine*, 2(15), pp. 6-15. [In Persian]
22. Motahari, M. (1365 AP). *Clergy authority*. Tehran: Sadra. [In Persian]
23. Mousavi, R. (1379 AP). *Familiarity with the principles of jurisprudence or Islamic law*. Mashhad: Daneshe Sharqi. [In Persian]
24. Nouri, A. (1287 AP). *Tazkerat al-Ghaqil va Irshad al-Jahil* (No. 45470, Astan Quds Razavi Library, Holy Mashhad). Tehran. [In Persian]
25. Nouri, M.I. (1378 AP). *An Introduction to Islamic jurisprudence*. Qom: Ah-san al-Hadith. [In Persian]
26. Qasemi, M. A. (1399 AP). *Verses of medical jurisprudence*. Qom: Jurispru-dential Center of the Pure Imams. [In Persian]
27. Qomi, S. A. (1414 AH). *Safinah al-Bihar*. Qom: Osweh Publications. [In Arabic]
28. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Mufradat al-faz al-Qur'an*. Beirut: Dar Al-Alam - Dar Al-Shamiya. [In Arabic]
29. Sadr, S. M. B. (1423 AH). *Al-Fatwa al-Wazihah*. Beirut: Dar Al-Ta'rif le al-Matbu'at. [In Arabic]
30. Zadok, B., & Samoun, A. (1389 AP). *Manual of Psychiatry*. (5th ed.) (F. Rezaei, Trans.). Tehran: Arjmand Publications. [In Persian]



فقه

Editorial Board

Abdorreza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

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 Sadegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy



Reviewers of this Volume

Reza Esfandiari (Islami), Esmaeil Aghababaei Bani, Mohammad Rasul Ahangaran, Mohammad Ali Khademi Kusha, Mahdi Dargahi, Asadollah Rezaei, Taha Zargarian, Adel Sarikhani, Mohammad Jafar Sadeghpour, Saifullah Sarrami, Alireza Fajri, Mohsen Malek Afzali Ardakani, Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 28, No. 1, Spring 2021

105

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

Director-in-Charge:
Abdorreza Eizadpanah

Editor-in-Chief:
Reza Esfandiari (Islami)

Secretary of the Board:
Abdul Samad Aliabadi

Executive expert:
Sayyed Hosein Mousavi

Translator of Abstracts and References:
Mohammad Reza Amouhosseini

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



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

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

فرم اشتراک

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

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

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

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

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹ تلفن: ۰۲۵-۳۷۱۱۶۶۶۷
 شماره پیامک: ۳۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی