

## فقه و اصول



- نظریه اماره بودن استصحاب و آثار فقهی و اصولی آن / اکبر احمدی - دکتر سیدمحمدرضا امام  
جستاری فقهی حقوقی پیرامون عضل در نکاح باکره و رشیده / دکتر علی اکبر ایزدی فرد - حسین کاویار  
درآمدی بر جایگاه اخلاق در ازدواج و حقوق خانواده / دکتر محمد مهدی زارعی  
شرط مقدار (تحلیل فقهی و حقوقی مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی) / دکتر عباس زراعت  
تحلیل فقهی وضعیت ید امین در حالت ترک تقصیر / مهدی شعبانی - دکتر محمدتقی فخلی  
ترور از دیدگاه فقه / عبدالکریم عبدالهین نژاد - رمضان عباس پور مقدم  
تأملی فقهی - حقوقی بر ماده ۵۷۵ حقوق مدنی / دکتر سیدمهدی قبولی درافشان - دکتر سعید محسنی  
واکاوی برخی شروط اختصاصی شهادت بر زنا  
دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمدتقی قبولی درافشان - دکتر محمدحسن خانری  
مبنا و قلمرو خسارت مازاد بر دیه / دکتر سیدحسن وحدتی شبیری



## فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۷/۱ - پاییز و زمستان ۱۳۹۰ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار:

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

## هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه مدیر کل امور پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در مردادماه ۱۳۸۸، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

## یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریتی مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

حروفچین و صفحه آرا: ریحانه فدوۀ

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۸۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹، نمابر: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹

نشانی اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## راهنمای تدوین مقالات

کلیه موضوعات مرتبط به دانش فقه، اصول فقه، فلسفه فقه در حوزه فعالیت نشریه فقه و اصول قرار دارد. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیشگفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب‌نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه *فقه و اصول* انتشار یابد، شایسته است به نکات مشروحه زیر توجه فرمایند:

- ۱ - هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و همزمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
- ۲ - زبان غالب نشریه فارسی است. ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
- ۳ - حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه مجله بیشتر باشد.
- ۴ - چکیده مقاله (شامل اهداف، روشها و نتایج) به دو زبان فارسی، و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلیدواژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵ - رعایت دستور خط فارسی مصوّب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.

۶ - هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷ - شکل لاتینی نامهای خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

۸ - نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد. در مقالات مشترک، نام نویسنده مسؤل قید شود.

۹ - ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان ( ) بیاید.

۹ - ۱ - منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است. در صورت لزوم می‌توان اطلاعات دیگری از مأخذ بدان افزود.

۹ - ۲ - در مورد منابع لاتین لازم است نام صاحب اثر و سایر اطلاعات در داخل دو کمان به فارسی بیاید و صورت لاتین آن در پایین همان صفحه درج شود.

۹ - ۳ - یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.

۱۰ - ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتابها و گزارشها و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰ - ۱ - مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار،

شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.

۱۰ - ۲ - کتابها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام

مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.

۱۰ - ۳ - گزارشها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.

۱۱ - مقاله‌های رسیده بازگردانده نمی‌شود.

## مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به نویسنده برگشت داده می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داورها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷ - پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

## مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر جواد ایروانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۲. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۳. دکتر احمد باقری (دانشیار دانشگاه تهران)
۴. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. دکتر محمود حکمت‌نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۶. دکتر محمد رسایی (استادیار مدرسه عالی شهید مطهری)
۷. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۸. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر جلیل قنواتی (استادیار دانشگاه تهران پردیس قم)
۱۰. سید ضیاء مرتضوی (پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
۱۱. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. سعید نظری توکلی (استادیار دانشگاه تهران)



با عنایت به طراحی سیستم مدیریت نرم‌افزاری مجلات علمی دانشگاه فردوسی و راه‌اندازی آن در پایگاه اینترنتی دانشگاه، به آگاهی می‌رساند کلیه محققان محترمی که در صدد ارسال مقالات خود به این نشریه هستند، لازم است از طریق آدرس درج شده ذیل به این امر اقدام کنند.

**<http://jm.um.ac.ir/index.php/Fiqh>**

## فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	نظریهٔ اماره بودن استصحاب و آثار فقهی و اصولی آن اکبر احمدی - دکتر سیدمحمد رضا امام
۳۵	جستاری فقهی حقوقی پیرامون عضل در نکاح باکرهٔ رشیده دکتر علی اکبر ایزدی فرد - حسین کاویار
۶۹	درآمدی بر جایگاه اخلاق در ازدواج و حقوق خانواده دکتر محمد مهدی زارعی
۹۷	شرط مقدار (تحلیل فقهی و حقوقی مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی) دکتر عباس زراعت
۱۲۵	تحلیل فقهی وضعیت ید امین در حالت ترک تقصیر مهدی شعبانی - دکتر محمد تقی فخلعی
۱۵۳	ترور از دیدگاه فقه عبدالکریم عبدالهی نژاد - رمضان عباس پور مقدم
۱۸۵	تأملی فقهی - حقوقی بر ماده ۵۷۵ حقوق مدنی دکتر سیدمهدی قبولی درافشان - دکتر سعید محسنی
۲۱۷	واکاوی برخی «شروط اختصاصی شهادت بر زنا» (اشتراط اتصال شهادات و اشتراط رؤیت به نحو مخصوص) دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمدحسن حائری
۲۴۷	مبنا و قلمرو خسارت مازاد بر دیه دکتر سیدحسن وحدتی شبیری
۲۸۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۳۴-۹

## نظریه اماره بودن استصحاب و آثار فقهی و اصولی آن\*

اکبر احمدی

عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ورامین-پیشوا

Email:akbarahmadi@ut.ac.ir

دکتر سیدمحمد رضا امام

دانشیار دانشگاه تهران

Email:mremam@ut.ac.ir

### چکیده

یکی از کاربردی‌ترین دلیل‌ها در علم اصول و فقه و همچنین حقوق، استصحاب است. استصحاب حکم به بقای آن چیزی است که در گذشته بوده است. بعد از وحید بهبهانی، غالب اصولی‌ها معتقدند که استصحاب اصل عملی است، اما پژوهش بیشتر در ادله اعتبار استصحاب، بیان‌گر صحت نظریه اماره بودن استصحاب است. عقل، سیره عقلا و روایات، همگی بر لحاظ جنبه کاشفیت در اعتبار استصحاب دلالت دارند. نبود گرایشهای تبعیدی در روشهای عقلا، اماریت استصحاب در دیدگاه فقهای متقدم بر وحید بهبهانی و لزوم دیدگاههای واقع‌گرایانه در فقه، همگی مؤید این نظریه هستند. حجیت آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی مستصحب و همچنین صلاحیت جانشینی استصحاب به جای علم، از آثار مهم اماره بودن استصحاب است.

**کلید واژه‌ها:** استصحاب، اصل عملی، اماره، سیره عقلا، اصل مثبت.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۱/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۱/۲۲.

### طرح مسأله و اهمیت آن

یکی از دلایل مهم و کاربردی در علم اصول فقه و علم فقه، استصحاب است به گونه‌ای که فاضل تونی می‌نویسد: فتاوی فقها در عقود و ایقاعات، غالباً مستند به استصحاب است (نک: تونی، ۲۱۸). لذا؛ تعیین ماهیت آن و تشخیص اصل و یا اماره بودن آن، مهم و بسیار کاربردی است؛ چرا که میان اصل و اماره تفاوت‌های بسیاری وجود دارد که در صورت اثبات هر یک از این دو، نتایج علمی و عملی زیادی بر آن مترتب می‌شود. اگر اثبات شود که استصحاب اصل عملی است، آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی مستصحاب اثبات نخواهند شد و معتبر نخواهند بود و از طرف دیگر، صلاحیت نشستن استصحاب به جای قطع و یقین در بسیاری از موارد محل تردید جدی قرار خواهد گرفت و بالعکس، در صورت اثبات اماریت استصحاب، آثار مستصحاب ثابت می‌شود و معتبر خواهند بود و استصحاب می‌تواند جانشین قطع و یقین گردد. این دو اثر مستقیم اماره بودن استصحاب، دارای نتایج کاربردی فراوانی در استنباط فروع فقهی هستند که در قسمت آثار اماره بودن استصحاب به برخی از آنها اشاره شده است. ما در این مقاله، درصدد بررسی همه جانبه ادله حجیت استصحاب، جهت کشف ماهیت استصحاب هستیم. با بازبینی سیره عقلا و روایات، اماره بودن استصحاب اثبات شده است و دلیل عقلی نیز به دلیل کامل نبودن مقدمات استدلال، به همراه وجهی دیگر، مؤید این دیدگاه قرار داده شده‌اند.

### زمینه پیدایش نظریه

علمای متأخر اصول فقه، در تقسیم مباحث و مسائل علم اصول، ادله را به دلیل قطعی، اماره و اصل عملی تقسیم نموده‌اند. ریشه تقسیم دلیل به اماره و اصل عملی، به تقسیم حکم به حکم واقعی و ظاهری برمی‌گردد. در خصوص مبتکر این تقسیمات، دلیل یقین‌آوری وجود ندارد، اما به کمک قرائنی می‌توان گفت که این تقسیمها، از زمان وحید بهبهانی شروع شده است و قطعاً قبل از ایشان در کتابهای شیخ طوسی، محقق

حلی، علامه حلی و شهید اول و دوم اثری از اماره و اصل عملی به معنای مصطلح امروزی نیست. آصفی در مقدمه کتاب الفوائد الحائریه، به ریشه تقسیم ادله به اماره و اصل عملی را تفکرات وحید بهبهانی می‌داند (وحید بهبهانی، ۴۸-۵۷). شهید صدر نیز وحید بهبهانی را مبتدع مرحله سوم علم فقه و تاریخ آن می‌داند؛ چرا که مفهوم اصل عملی توسط او و شاگردانش مثل محمدتقی صاحب حاشیه بنا نهاده شده است (صدر، مباحث الاصول، ۲۱/۳).

به هر حال مبانی این تقسیمات، توسط شیخ انصاری و اصولی‌های بعد از وی تعمیق و تحکیم شده است. تشخیص و تعیین اصل و یا اماره بودن یک دلیل در مقام استدلال، نتایج خاصی را به بار می‌آورد. اولویت ادله از حیث تقدم و تأخر، اعتبار آثار شرعی غیرمستقیم ادله و جانشین شدن آنها به جای قطع موضوعی و طریقی، به شکل مستقیم متأثر از تعیین ماهیت آنها است. در این مقاله، تعیین ماهیت استصحاب مورد بازبینی قرار گرفته و اماره بودن آن براساس عقل، سیره عقلا و روایات اثبات شده است.

### معیار تشخیص اماره از اصل عملی

در یک تعریف کلی، اماره، دلیلی است که نسبت به متعلق خود کاشفیت دارد و از واقع حکایت می‌کند، اما اصل عملی واقع را اثبات نمی‌کند و هدف آن تعیین وظیفه مکلف در مقام عمل است. (نایینی، ۴۸۱/۴؛ فیروزآبادی، ۳۱۰/۵). مرحوم مظفر تعبیر اماره را مترادف با تعبیر حجت در اصطلاح علمای اصول می‌داند و می‌گوید هر چیزی که متعلق خود را اثبات کند و به حد یقین نرسد، حجت و امارت است. (نک: مظفر، ۱۲/۲)، اما در تعیین ضابطه برای تشخیص اماره از اصل عملی، نگرشهای متعددی وجود دارد که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱- فرق بین اماره و اصل در سنخ مجعول در هر یک از آنها نمود پیدا می‌کند. اگر مجعول، طریقت و علمیت باشد، پس دلیل اماره است، اما اگر مجعول صرف واجب

کردن جریان عملی مکلف باشد، دلیل اما اصل عملی خواهد بود. این تفاوت از کلمات شیخ انصاری استفاده می‌شود و محقق نایینی آن را کامل کرده است (نک: صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۳/۵).

بر این نظریه اشکالاتی وارد است که به برخی از آنها اشاره می‌شود: اول اینکه طریقت و کاشفیت از امور تکوینی هستند و جعل آنها معنا ندارد (نک: عراقی، نهاییه الافکار، ج ۱۸۶/۴). دوم اینکه ادعای جعل حجیت و یا علمیت برای اماراتی که خود عقلا به آن عمل می‌کنند و ردع و منع شارع از عمل به آنها موجب اختلاف نظم جامعه می‌شود، صحیح نیست. پس اصل پذیرش جعل حجیت برای امارات مخدوش است (نک: خمینی، انوارالهدایه، ۱۰۶/۱).

۲- فرق اصل و اماره در این است که موضوع اصل مقید به شک در واقع است، اما موضوع اماره چنین تقییدی ندارد، هر چند اعتبار اماره هم در ظرف شک در واقع است و به عبارت دیگر حجیت اماره در مورد تحقق شک در واقع است، اما اعتبار اصل، مقید به شک است (نک: موسوی بجنوردی، ۵۳۴/۲؛ آملی، ۲۵۲/۴؛ نایینی، اجود التقریرات، ۴۱۵/۲).

این وجه افتراق دو اشکال اساسی دارد؛ اول اینکه این اختلاف به تنهایی توجیه‌کننده آثار اماره نیست و تنها یک تفاوت سطحی است و دوم اینکه تعبیر مورد و ظرف مشکلی را حل نمی‌کند؛ چون بالاخره اماره با مقید به شک هست و یا نیست. اگر باشد که شبیه اصل خواهد بود و اگر نباشد، یعنی اطلاق دارد و حجیت اماره، هم در صورت علم به واقع است و هم در صورت شک در واقع و جعل حجیت اماره برای شخص عالم به واقع معنا ندارد و لغو است (خویی، مصباح الاصول، ۳۹/۲).

۳- براساس نظریه برگزیده که توسط شهید محمدباقر صدر تشریح شده است، ملاک اماره، قوت احتمال و جهت کاشفیت آن است، اما ملاک حجیت در اصول عملیه، نوع حکم محتمل است.

برای مثال، در اصل طهارت می‌گوییم: خود این اصل نسبت به متعلق خود کاشفیتی ندارد، اما شارع به طور کلی حکم طهارت را بر سایر احکام ترجیح داده است. بر این اساس، کاشفیتی که برای مدلول مطابقی امارات وجود دارد، برای مدلولهای التزامی آنها نیز وجود دارد و بدین جهت، ماهیت امارات مقتضی اعتبار لوازم آنها نیز می‌باشد (نک: صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۳/۵).

همچنین براساس این رویکرد، تفاوت اماره و اصل عملی یک تفاوت جوهری خواهد بود.

### تبیین معنای استصحاب

علمای اصول تعاریف متعددی را برای استصحاب ذکر کرده‌اند. شیخ انصاری در رسائل، محکم‌ترین و مختصرترین آنها را «ابقاء ما کان» می‌داند. (نک: شیخ انصاری، فرائد، ۵۴۱/۲). یعنی حکم به بقای آن چیزی که قبلاً بوده است، اما مرحوم خوبی معتقد است نمی‌توان تعریف واحدی از استصحاب ارایه کرد؛ چرا که در مورد استصحاب، اصولی‌ها اختلاف مبنا دارند و هر مبنایی تعریف خاصی را می‌طلبد. برخی استصحاب را اماره و برخی اصل می‌دانند (نک: خوبی، مصباح الاصول، ۵/۳). همچنین محقق اصفهانی نیز دلیل اعتبار استصحاب را در تعریف آن مؤثر می‌داند؛ چرا که با استناد اعتبار استصحاب به عقل، ماهیت استصحاب متفاوت از استصحابی است که مستند به تشریح و تعبد باشد (اصفهانی، ج ۶۳).

در یک تعریف ساده از استصحاب می‌توان گفت: استصحاب عبارت است از مرجع بودن حالت سابقه (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۶/۴). براساس، قدر متیقن از ادله استصحاب هرگاه در بقای حالت سابقه چیزی که اقتضای بقا دارد، شک و تردید وجود داشته باشد. حکم به بقای همان حالت می‌شود. اعتبار حالت سابقه از برخی مواد قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی نیز استفاده می‌شود. در ماده ۳۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت

شد، اصل بقای آن است، مگر اینکه خلافش ثابت شود». مفاد این ماده مستخرج از دلیل استصحاب است (امامی، ۴۱). همچنین مواد ۸۷۴، ۱۰۱۷ و ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۲ قانون مدنی نیز مقبولیت استصحاب را بیان می‌کند.

### ماهیت استصحاب

همان طور که گفتیم در امارات جهت اعتبار، قوت احتمال ادله و در اصول عملیه جهت اعتبار نوع حکم محتمل است. برای ارزیابی جهت اعتبار استصحاب لازم است مفاد ادله استصحاب و درجه اعتبار آنها بررسی شود. از این رو، مهم‌ترین دلیلهای اعتبار استصحاب که عبارتند از حکم عقل سیره عقلا و روایات، بررسی شده و جهت اعتبار آنها واکاوی می‌شود. اگر جهت اعتبار استصحاب کاشفیت و قوت احتمال باشد، استصحاب اماره خواهد بود، اما اگر جهت اعتبار استصحاب صرف نوع حکم محتمل به حسب حالت سابقه باشد، استصحاب اصل عملی خواهد بود.

### ۱- حکم عقل مبنی بر استصحاب و اماره بودن آن

از نظر عقل در مواردی که حادث متقدم، اقتضای برای بقا را داشته باشد، بقای حالت سابقه راجح است و ظن به بقای حالت سابقه حاصل می‌شود. محقق حلی در تبیین این حکم عقل می‌نویسد: «حادث اولی قابلیت ثبوت برای آن دوم را نیز دارد والا از امکان ذاتی به محال تبدیل می‌شود که ممکن نیست.<sup>۱</sup> پس لازم است که در زمان دوم نیز ممکن الثبوت باشد، همان طور که در زمان اول ممکن الثبوت بوده است. پس از بین نمی‌رود مگر به واسطه وجود مؤثری و از آنجا که فرض این است که علم به مؤثر و سببی وجود ندارد، بقای آن در نظر مجتهد رجحان دارد و عمل به راجح لازم است (محقق حلی، ۲۰۷). به بیان دیگر می‌توان گفت این استدلال در واقع متشکل از یک صغری و کبری به شرح ذیل است:

۱ - خارج شدن ممکن از یکی دو طرف ثبوت و عدم به دیگری بدون علت و مؤثر ممکن نیست (الاشارات و التنبیها، ۱۰۸).



صغری: ثبوت حالت سابقه (و به تعبیر دیگر، یقین به حالت سابقه)، مفید ظن به بقا است. کبری: ظن در احکام شرعی حجت است. نتیجه: پس استصحاب حجت است. از جمله فقهایی که این استدلال را به ضرس قاطع قبول کرده است، علامه حلی است (نک: علامه حلی، *مبادی الاصول*، ۲۵۰). در توجیه صغرای این استدلال می‌توان افزود از نظر فلسفی، بقا نیاز به علت ندارد و بلکه صرفاً حدوث محتاج علت است. لذا، حدوث یک شیء باعث ظن به بقای آن می‌شود و عمل به طرف راجح از نظر عقلی لازم است.

براساس این استدلال، آنچه باعث اعتبار استصحاب شده است، کاشفیت حالت سابقه از بقای آن در صورت شک و تردید است و این جهت موجب می‌شود تا استصحاب جزء امارات محسوب می‌شود نه اصول عملیه. البته بسیاری از بزرگان، مانند صاحب کفایه در صغرا و کبرای این استدلال مناقشه کرده‌اند. آخوند خراسانی در رد صغری می‌گوید: صرف ثبوت و حدوث، اقتضای برای ظن به بقا ندارد، چه ظن شخصی مقصود باشد و چه ظن نوعی. پس این ادعا دلیلی غیر از ادعای غلبه ندارد که وجود چنین غلبه‌ای هم معلوم نیست (نک: آخوند خراسانی، ۳۸۸)، اما در پاسخ این اشکال می‌توان گفت: فرض بحث در مواردی است که حادث و متیقن سابق اقتضای برای بقا داشته باشد. همچنین وی در رد کبرا می‌گوید: دلیل قطعی بر اعتبار این ظن وجود ندارد و براساس ادله، ظن به طور کلی معتبر نیست (همان).

البته اگر مقدمات دلیل انسداد کامل باشد، می‌توان ظن حاصل از استصحاب را حجت دانست، همان طور که صاحب معالم و قوانین، ظن حاصل از برائت را در صورت فقدان ظن قوی‌تر حجت می‌دانند (میرزای قمی، *قوانین الاصول*، ۲۷۵/۱؛ حسن بن زین‌الدین، ۱۹۲) و در صورت عدم تمامیت مقدمات دلیل انسداد می‌توان حکم عقل را مؤید کاشفیت و اماره بودن استصحاب قرار داد. همچنین با قطع نظر از مقدمات انسداد، از کلام علامه حلی به دست می‌آید که وی ظن را در احکام شرعی حجت

می دانسته است. وی در مختلف می نویسد: «دلیل بودن استصحاب ثابت شده است؛ چرا که استصحاب مفید ظن است و عمل به ظن در شرعیات واجب است» (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۲۸/۲). همچنین آخوند خراسانی به نقل از وی اجتهاد را تلاش و کوشش برای به دست آوردن ظن به حکم شرعی می داند (آخوند خراسانی، ۴۶۳) و بدین لحاظ ظن حاصل از استصحاب حجت خواهد بود.

## ۲- سیره عقلا و اماره بودن استصحاب

از جمله دلایلی که برای اثبات اعتبار استصحاب اقامه شده سیره عقلا است. برخی از محققین سیره عقلا را یک دلیل معتبر شرعی ندانسته و وجود استصحاب به معنای استناد تبعدی به حالت سابقه را در بین عقلا نپذیرفته اند و حتی در صورت ثبوت سیره معتقدند این سیره مورد تایید شارع نیست (رک: آخوند خراسانی، ۳۸۷). از طرف دیگر برخی از بزرگان مثل آقازاده همدانی نایینی وجود این سیره را در بین عقلا براساس یک الهام خدایی می داند که بدون آن نظام معاش و معاد آنها مختل می شود (نک: نایینی، *اجود التقریرات*، ۳۵۷/۲). به هر حال وجود این سیره در بین عقلا مسلم است، هر چند در تحلیل آن اختلاف نظر وجود دارد. امام خمینی در این باره می نویسد: اصل وجود این سیره اجمالاً مسلم است (نک: خمینی، *الرسائل*، ۹۴/۱). شهید صدر نیز وجود این سیره را اجمالاً براساس وهم و انس ذهنی عقلا نسبت به حالت سابقه می پذیرد و به گفته وی گویا عقلا حتی در موارد احتمال خلاف و نقض حالت سابقه براساس انسی که از بقای حالت سابقه دارند به نوعی سکون و آرامش می رسند و لذا، به احتمال خلاف توجه نمی کنند (نک: صدر، *بحوث فی علم الاصول*، ۲۱/۶).

برای اثبات اعتبار شرعی سیره عقلا نیاز به سه شرط است که یکی از آنها وجود سیره عقلا می باشد. شرط دوم عبارت است از وجود این سیره در مرأی و منظر معصوم و یا به نحوی که به مقام تشریح ارتباط پیدا کند و نهایتاً شرط سوم عبارت است از

امضای این سیره. همان طور که گذشت، اصل وجود این سیره قطعی است، اما در ارتباط با شرط دوم می‌توان بیان‌های متفاوتی را ذکر کرد:

الف - سیره عقلا مبنی بر استصحاب در امور تکوینی، یقیناً به افعال و احکام شرعی نیز سرایت می‌کرده؛ چون محل ابتلای آنها بوده است.

ب - اگر چه ما یقین به سرایت این سیره به محدوده احکام شرعی نداریم، اما به هر حال، وجود این سیره در بین عقلا، باعث خطر سرایت آن به احکام شرعی و تهدید اغراض شارع می‌شود. لذا، شارع در صورت مخالفت با این سیره، باید موضع خود را مشخص کند (همان).

اما در ارتباط با شرط سوم برخی مثل آخوند خراسانی (نک: ۳۸۷) و مرحوم روحانی (نک: ۳۵/۶) گفته‌اند: ادله‌ای که ما را از عمل به غیر علم نهی می‌کنند، رادع و مانع این سیره می‌باشند و در نتیجه این سیره مورد تأیید و امضای شارع نیست.

جواب اجمالی این اشکال آن است که این سیره، مورد تأیید است و دلیل آن هم عدم ردع و منع از آن توسط دلیل خاص می‌باشد و همچنین این سیره مفید و ثوق و اطمینان است و عمومات نمی‌توانند ما را از عمل به آن منع کنند، اما جواب تفصیلی این اشکال عبارت است:

۱- این اشکال به مسأله حجیت خبر واحد نقض می‌شود؛ پس همان طور که در بحث خبر واحد، عمومات ادله منع‌کننده از عمل به غیر علم، رادع و مانع این سیره نیستند، در بحث استصحاب هم نباید عمومات را مانع دانست.

۲- روشی که از قدیم عقلا آن را مبنای زندگانی خود قرار داده‌اند از موضوع عمومات خارج است، چرا که موضوع ادله، نهی از عمل به ظن است و عمل عقلا براساس ظن اطمینانی می‌باشد. لذا، ردع و منع از این سیره نیاز به دلیل خاص دارد (نک: نایینی، اجود، ۳۵۸/۲).

۳- روایات استصحاب خود مؤید این سیره است؛ چرا که اولاً از این روایات اعتبار استصحاب فهمیده می‌شود و ثانیاً خود روایات هم در تأیید این قاعده به ارتکاز عقلا اشاره دارند چرا که در برخی از آنها در مقام استدلال و تعلیل آمده است که هیچ‌گاه یقین به واسطه شک نقض نمی‌شود و این تعلیل چیزی غیر از ارجاع به ارتکاز عقلا نیست. دکتر امامی در خصوص جایگاه استصحاب در بین عقلا می‌نویسد: «عقل ساده و منطقی اجتماع، استصحاب را حجت نمی‌داند و حیوانات از روی غریزه طبیعی از آن پیروی می‌نمایند. بنابراین، احتیاج به هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات حجیت آن نخواهد بود» (۴۲/۲). وی همچنین در جای دیگری می‌نویسد: «استصحاب مبنی بر ظن اطمینانی می‌باشد که در مورد تردیدی در بقای امری که سابقاً موجود بوده است حاصل می‌گردد، و در صورت نبودن راهی برای به دست آوردن علم بر حقیقت امر، عقلاً باید به ظن اطمینانی عمل کرد و حکم به بقای آن نمود؛ زیرا طرف دیگر این فرض، احتمال زوال امری است که در سابق وجود داشته است و عقلایی نیست که انسان از ظن اطمینانی دست بردارد و طبق احتمال عمل کند» (۲۴۹/۶).

با توجه به تحقق سه شرط متقدم حجیت سیره عقلا، می‌توان سیره عقلا را به عنوان دلیل معتبری بر حجیت استصحاب پذیرفت و مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. سیره عقلا در اجرای استصحاب فقط در مواردی که متیقن سابق اقتضای برای بقا را داشته باشد، مسلم و متیقن است. پس اگر در وجود رافع شک شود مقتضای استصحاب، بقای حالت سابقه است و براساس روایات و قدر متیقن از سیره، بسیاری از فقها جریان استصحاب را منحصر در شک در رافع نموده‌اند (مثل: محقق حلی، ۲۰۹؛ انصاری، فرائد، ۵۶۱/۲؛ نایینی، اجود التقریرات، ۳۵۳/۲). پس قوام سیره عقلا بر اقتضای مقتضی می‌باشد و از نظر محقق حلی نیز اعتبار استصحاب در احکام شرعی به واسطه دلیل مقتضی است که اقتضای مطلق و دائم را دارد. برای مثال، عقد نکاح دائم اقتضای برای حلیت نزدیکی به طور مطلق و همیشگی را دارد و در صورت وقوع

طلاق با الفاظ مشتبه و اختلافی، حکم به حلال بودن نزدیکی می‌شود (۲۰۹). لذا می‌توان به این اعتبار از قاعده استصحاب به قاعده اقتضا تعبیر کرد.

در مورد قاعده اقتضا می‌توان دو مصداق را مطرح نمود: مورد اول جایی است که وجود مقتضی یقینی است و لیکن در وجود مانع از تاثیر مقتضی شک وجود دارد و مورد دوم صورتی است که تأثیر مقتضی قطعی است و حصول مقتضا مسلم است، اما نسبت به وجود مانع از استمرار بقا، شک و تردید وجود دارد. در صورت نخست غالباً فقها معتقدند که با وجود شک در مانع از تحقق اثر، حکم به عدم تحقق آن می‌شود (خویی، دراسات، ۲۳۶/۴؛ نایینی، فوائد، ۳۱۶/۴)، و لیکن در صورت دوم که شک در مانع از استمرار است، عقلاً حکم به بقای آن می‌کنند. بر این اساس، روشن می‌شود که اعتبار استصحاب از جهت کاشفیت و قوت احتمالی است که در حالت سابقه وجود دارد و در حقیقت نفس اقتضا برای بقا و استمرار خود علامتی است مطمئن برای بقای آن و تا زمانی که علم یا اماره‌ای بر خلاف آن وجود نداشته باشد، عقلاً حکم به بقای حالت سابقه می‌کنند. پس حکم به بقای حالت سابقه از باب تقدم علم بر جهل است و علم به اقتضای حالت سابقه برای بقا، بر شک و تردید در بقا غلبه دارد (بهبهانی، ۱۹/۱). در نتیجه، استصحاب براساس اطمینان و سکون نفس و عدم توجه عقلاً به احتمالات مخالف معتبر می‌باشد و از این رو می‌توان نتیجه گرفت که استصحاب براساس سیره عقلاً اماره است.

حتی می‌توان گفت عقلاً در بسیاری از موارد در صورت نخست که در وجود مانع شک وجود دارد، به قاعده اقتضا عمل نموده و به تحقق اثر حکم می‌کنند. لذا، برخی از بزرگان به جریان قاعده مقتضی و مانع در موارد متعددی اذعان کرده‌اند، اما اجرای این قاعده را به شکل مطلق نپذیرفته‌اند (حکیم، محسن، ۲۴۵/۷؛ حکیم، محمدسعید ۱۵۴/۱). برای نمونه می‌توان اعمال اصالة الحقیقه و اصالة العموم را از مصادیق صورت نخست قاعده اقتضا به حساب آورد؛ چرا که لفظ، اقتضای برای معنای

وضع شده دارد و لفظ عام نیز اقتضای شمول همه افراد خود را دارد و عقلاً به احتمال وجود مانع توجهی نمی‌کنند (بهبهانی، ۱۴/۱).

### ۳- روایات استصحاب و اماره بودن آن

در میان فقهای متأخر، مهمترین دلیل اعتبار استصحاب، روایات می‌باشند. شیخ انصاری می‌نویسد: «اولین شخصی که برای اثبات استصحاب به روایات استناد کرده، پدر شیخ بهایی در کتاب العقد الطهماسبی می‌باشد<sup>۱</sup> و صاحب کتاب ذخیره و دروس از او تبعیت کرده‌اند و این امر بین متأخرین شایع شده است» (انصاری، فرائد، ۵۴۳/۲). در این قسمت به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

زراره در حدیث صحیحی از معصوم سؤال می‌کند اگر چیزی در کنار شخص خوابیده حرکت داده شود و او متوجه نشود آیا وضویش باطل می‌شود؟ امام می‌فرماید: نه؛ تا اینکه یقین کند که او خوابیده بوده و برای او روشن و آشکار شود والا همانا او نسبت به وضوی خود یقین داشته است و هیچ‌گاه یقین را با شک نقض نکن و همانا یقین را باید با یقین دیگری نقض کنی (حرعاملی، ۲۴۵/۱).

این قسمت از روایت بر مشروعیت استصحاب در احکام و موضوعات دلالت دارد، اما به این استدلال اشکال وارد شده که این روایت فقط این حکم را برای وضو و آن هم در صورت شک در خواب بیان کرده است و نهایتاً بتوان به کمک این حدیث، استصحاب را در موضوعات و احکام جزئی پذیرفت، اما نمی‌توانیم به کمک این حدیث استصحاب را در احکام کلیه هم بپذیریم. لذا، تسری این حکم به حکم کلی شبیه قیاس می‌باشد.

علمای اصول، به این اشکال جوابهای متعددی داده‌اند (نک: صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۵/۶). که بررسی آنها در حیطه مقاله نیست، اما بهترین پاسخ، پاسخ شهید صدر است. وی در جواب به این اشکال می‌گوید: ساختار تعلیل در صحیح، ساختار و

سیاق تقریب به ذهن است و هرگاه تعلیل به یک امر متمرکز ذهنی باشد. می‌توان براساس سعه و ضیق آن نکته ارتکازی، حکم را توسعه داده و یا آن را تضییق کنیم و از آنجا که ارتکاز ذهنی در عرف و عقلا عدم نقض یقین به خاطر خود یقین است، بدون آنکه متعلق یقین خصوصیتی داشته باشد، لذا، استصحاب در تمامی موضوعات و احکامی که سابقاً متیقن بوده‌اند اجرا می‌شود و در این صورت نیازی نیست که حتی ما سیره عقلا را به عنوان یک دلیل مستقل بپذیریم، بلکه صرف وجود تمایل درونی عقلا نسبت به استصحاب برای ما کافی است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۹/۶).

این پاسخ از این جهت که به ارتکاز عقلا استناد کرده، صحیح است، اما از جهت دیگری دارای اشکال می‌باشد. سیره عقلا مبنی بر عمل به یقین سابق در صورتی مسلم است که متیقن اقتضای بقا را داشته باشد و عقلا به بقای متیقن به صرف وجود یقین سابق حکم نمی‌کنند، بلکه قدر مسلم از سیره، استناد به اقتضای متیقن سابق است. لذا، یقین به خودی خود چیزی را اثبات نمی‌کند و کاشف از بقای متیقن نیست. لذا در حالاتی که متیقن اقتضای بقا را نداشته باشد و ما در بقای آن از حیث شک در قابلیت و استعداد بقا، شک داشته باشیم، عدم اعمال یقین سابق و ترتیب اثر بر شک، از نظر عقلا و همچنین روایت نقض یقین نیست تا مورد نفی یا نهی واقع شده باشد. پس روایات استصحاب صرفاً ناظر به موارد شک در رافع می‌باشند و شک در مقتضی را شامل نمی‌شوند.

در تأیید این استظهار می‌توان نکات ذیل را بیان کرد:

۱- تعلیل و استدلال امام در صحیح زاره که می‌گوید: «و لا ینقض الیقین ابداً بالشک» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۸/۱) ناظر به ارتکاز ذهنی مخاطب از موضوع است که قدر متیقن از آن شک در رافع است.

۲- زمانی نقض یقین معنا پیدا می‌کند که موضوع متیقن و مشکوک واحد باشد و متیقن اقتضای بقا را داشته باشد والا صرف یقین به حدوث در صورتی که مستلزم بقا

نباشد، علت ارتباط متیقن و مشکوک نمی‌شود. پس یقین به متیقن، ارتباطی با بقا نخواهد داشت و نقض، معنا پیدا نمی‌کند (بهبهانی، ۲۱/۱).

براساس توضیحات گذشته می‌توان گفت استصحاب یک حکم تأسیسی تبعدی نیست، بلکه یک روش عقلایی است که مانند بسیاری از روشهای دیگر عقلایی مورد تأیید شارع قرار گرفته است و روایات استصحاب نیز به این حقیقت ارشاد دارند. آقا رضا همدانی در تشریح این دیدگاه می‌نویسد: «به هر حال، قبلاً بیان کردیم که مفاد روایات استصحاب چیزی غیر از امضای روش عقلا نمی‌باشد بلکه تأمل‌کننده در آن روایات در این حقیقت شک نیز نمی‌کند. پس اگر برای کسی اطمینان و وثوق به استقرار سیره عقلا بر عدم اعتنای به شک در رافع وجود ندارد، پس باید این روایات را کاشف از روش آنها قرار دهد و ما این مطلب را در مباحث اصول<sup>۱</sup> توضیح دادیم و به قرائن داخلی و خارجی متعددی استشهاد نموده‌ایم» (همدانی، مصباح الفقیه، ۷۲/۳).

با توجه به تطابق سیره عقلا و مفاد روایات استصحاب، می‌توان گفت ملاک اماره بودن در استصحاب وجود دارد؛ چرا که از منظر روایات نیز کاشفیت حالت سابقه ملاک و معیار اعتبار استصحاب است و از آنجا که روایات استصحاب، امضا و تأیید روش عقلا هستند.

استصحاب جزء امارات عقلایی محسوب می‌شود و اگر شخصی در اماریت عقلایی استصحاب خدشه وارد کند، می‌توان گفت که اماریت استصحاب به جعل شارع بوده و تأسیسی است؛ چرا که مفاد روایات صرف تعیین وظیفه عملی نیست. بلکه در آنها یقین سابق تعبداً کاشف از بقای آن است و به تعبیر دیگر گویا به شکل ادعایی و اعتباری یقین گذشته همچنان باقی است.

محقق خوئی در تبیین اماریت شرعی استصحاب می‌نویسد: «مجموع در استصحاب طریقت است و ظاهر امر به ابقای یقین، اعتبار فرد غیرعالم به عنوان عالم

۱ - رجوع شود به الفوائد الرضویه، ج ۲، صفحه ۸۳



است» (خویی، مصباح الاصول، ۱۹/۳). علاوه بر محقق خویی، محقق فیروزآبادی، شهید مصطفی خمینی و امام خمینی در دیدگاه اولی خود معتقد به اماره بودن استصحاب می‌باشند (فیروزآبادی، ۱۴/۵؛ خمینی، مصطفی، ۴۶/۶؛ خمینی، انوارالهدایه، ۱۱۸/۱).

### نقد نظر میرزای نایینی مبنی بر جعل خاصیت احراز برای استصحاب

طبق نظر میرزای نایینی مجعول در استصحاب بنای عملی بر مؤدای استصحاب است به این عنوان که مؤدا همان واقع است (نایینی، فوائد الاصول، ۱۴/۴ و ۴۸۶). بر این اساس، محقق نایینی معتقد است برای استصحاب هم، صفت احراز جعل شده است، اما احراز مجعول در امارات با احراز مجعول در استصحاب متفاوت است؛ چرا که احراز امارات براساس ویژگی دوم علم است که عبارت است از کاشفیت، اما احراز مجعول در استصحاب براساس ویژگی سوم علم است که عبارت است از جری عملی. در نتیجه در استصحاب هیچ نوع طریقی وجود ندارد و به عبارت دیگر، معنای احراز در استصحاب، احراز مؤدا نیست، بلکه مراد احراز عملی است.

اما بیان ویژگی احراز به این شکل برای استصحاب، دارای اشکالات جدی است به نحوی که حتی خود نایینی نیز در برخی از موارد احراز را به گونه‌ای متفاوت تفسیر کرده است و دچار تناقض شده است. وی در بحث جانشین شدن امارات و اصول به جای یقینی که به عنوان طریق اخذ شده می‌نویسد: «از تمام آنچه ذکر کردیم به دست می‌آید که نشستن طرق و اصول عملیه به جای علم طریقی نیازی به دو جعل و لحاظ ندارد، بلکه خود ادله حجیت آنها وافی به این مقصود است؛ چرا که حجیت آنها عبارت است از واسطه بودن در اثبات و واقع شدن در طریق واقع - همان طور که جایگاه آنها در روشهای عقلایی است، بلکه ظاهر این است که روش شارع روشی اختراعی و

جدید نیست، بلکه راههای شرعی همگی امضای راههای عقلایی است که مفاد و متعلق خود را احراز می‌کنند» (نایینی، فوائد الاصول، ۳۰/۳).

میرزای نایینی مسأله احراز واقع و نشستن به جای قطع طریقی را هم برای امارات می‌پذیرند و هم برای اصول عملی. البته ایشان در ابتدای بحث خود می‌گویند که مقصود از اصول، تماماً صول عملیه نیستند، بلکه مراد صرفاً اصول تنزیلی است که مودا و مفاد خود را نازل منزله واقع می‌کنند. (نایینی، فوائد الاصول، ۱۵/۳) و ظاهرترین مصداق آن اصل استصحاب است. به هر حال، توصیف و تحلیلی که ایشان در این بحث برای ویژگی محرز بودن استصحاب بیان می‌کنند با احراز صرفاً در مقام عمل منافات دارد. چگونه است که استصحاب به خاطر ویژگی احراز واقع می‌تواند جانشین علم و قطعی که غالباً جنبه کاشفیت آن لحاظ شد، بشود، اما در عین حال بگوییم مفاد ادله استصحاب فقط احراز در مقام عمل است و هیچ کاشفیتی از واقع ندارد؛ بنابراین، به نظر می‌رسد ذکر احراز به عنوان احراز عملی، ویژگی خاصی به استصحاب نمی‌دهد، بلکه ماهیت استصحاب از نظر نایینی همانند نظریه شیخ انصاری و محقق خراسانی خواهد بود که نتیجه آن عدم نقض عملی و تنزیل مشکوک به منزله واقع می‌باشد (انصاری، فوائد الاصول، ۶۵۹/۲؛ آخوند خراسانی، ۳۹۲).

اساساً تعبیر احراز به معنای تعبد در مقام عمل از تعبیری است که عرفاً پذیرفته نیست؛ چرا که احراز از صفات درونی است که براساس ظن و یقین تصور می‌شود پس احراز یا با حصول ظن است و یا با حصول یقین. لذا، اگر گفته شود که استصحاب دارای خاصیت احراز است، این عبارت بدون در نظر گرفتن کاشفیت برای آن معنای صحیح عرفی و عقلایی نخواهد داشت و برگشت خصلت احراز به کاشفیت از واقع می‌باشد. شهید سیدمصطفی خمینی در تبیین این معنا می‌نویسد: «آنچه بین متأخرین مشهور شده است که استصحاب در صورتی که اصل منجز باشد می‌تواند جانشین قطع

طریقی شود،<sup>۱</sup> صحیح نیست و صرف اینکه بگوییم استصحاب از اصول محرز است،<sup>۲</sup> مفید نیست، مگر اینکه بازگشتش به این باشد که شارع یقین را در ظرف شک باقی تلقی کرده است و یا اینکه شارع ما را متعبد به یقینی مثل یقین اول کرده است و این یقین مماثل، همان آثار یقین اول را داشته باشد؛ چرا که صفت احراز از توابع یقین است نه متیقن. پس وقتی گفته می‌شود که استصحاب از اصول محرز است، معنایش این است که استصحاب یک اماره تأسیسی شرعی می‌باشد» (خمینی، مصطفی، ۱۴۹/۶).

### وجوهی برای تأیید اماره بودن استصحاب

همان طور که در بررسی مفاد ادله اعتبار استصحاب گذشت، علت اعتبار استصحاب کاشفیتی است که در آن وجود دارد. بررسی حکم عقل و عقلا و روایات حاکی از این حقیقت است که علت اعتبار استصحاب صرف تعیین وظیفه عملی نیست، بلکه جهت اصلی اعتبار آن کاشفیت حالت سابقه از بقای آن در صورت اقتضا برای بقا است، پس استصحاب اماره است. ملاک تعیین اماره یا اصل بودن، مفاد دلیل است نه خود دلیل. چه بسا فقهی مستند اصلی استصحاب را روایات بدانند و در عین حال، معتقد به اماره بودن آن بشود (خویی، مصباح الاصول، ۱۹/۳؛ فیروزآبادی، ۱۴/۵؛ خمینی، مصطفی، ۱۴۷/۶) و چه بسا فقهی مستند استصحاب را سیره عقلا و عقل بدانند و در عین حال، آن را یک اصل عملی بدانند (بهبهانی، ۱۷/۱).

در جهت تأیید کاشفیت و اماریت استصحاب می‌توان مواردی را ذکر کرد:

۱- سیره عقلا مبنی بر جریان استصحاب و ارجاع به این سیره در روایات با تعبدی بودن آن سازگار نیست؛ چرا که در احتجاجات عقلا تعبد معنا ندارد، بلکه احتجاج آنها براساس حقیقتی در عالم واقع است نه تعیین وظیفه عملی.

۱ - رجوع شود به مجدد شیرازی، ۲۵۵/۳ و نایینی، فوائد الاصول، ۲۱/۳ و عراقی، نهایی الافکار، ۲۲/۳ و بروجردی، ۴۰۴.  
 ۲ - رجوع شود به فوائد الاصول، ۱۶/۳؛ نهایی الافکار، ۲۶/۳؛ نهایی الاصول، ۴۰۴؛ تهذیب الاصول، ۳۹/۲.

۲- براساس برخی روایات مانند صحیحہ معاویه بن وهب (حراغملی، ۳۳۶/۲۷) و همچنین فتوای برخی فقها مانند شهید اول، میرزای قمی و شیخ انصاری (رک به ترتیب: ۳۷۱/۱؛ رسائل المیرزا، ۷۷۹/۲؛ انصاری، القضاء و الشهادات، ۲۶۱ و ۲۶۵، شهادت دادن در دادگاه براساس استصحاب جایز است و استناد به استصحاب برای شهادت با فرض اینکه استصحاب فقط جنبه عملی داشته باشد و متعلق خود را اثبات نکند، قابل قبول نیست؛ چرا که شهادت بایستی براساس علم و واقعیت باشد و اگر ما استصحاب را اصل عملی بدانیم این خاصیت را نخواهد داشت، حتی اگر گفته شود که استصحاب اصل عملی تنزیلی است؛ چرا که صرف تنزیل مستصحب به منزله واقع بدون داشتن خاصیت کاشفیت، مشکل را حل نمی‌کند. به هر حال، بسیاری از بزرگان، شهادت دادن براساس استصحاب را جایز می‌دانند و این خود حاکی از کاشفیتی است که در استصحاب وجود دارد. میرزای قمی می‌نویسد: «و بدان که جواز شهادت براساس استصحاب از اموری است که شک در آن روا نیست» (میرزای قمی، رسائل المیرزا، ۷۷۸/۲).

۳- استصحاب، یکی از ادله بسیار کاربردی در استدلال فقها است. فاضل تونی می‌گوید: فتاوی فقها در عقود و ایقاعات غالباً مستند به استصحاب است (تونی، ۲۱۸). لذا، صرف اثبات وظیفه عملی به واسطه استصحاب و عدم کاشفیت آن از واقع، باعث مخدوش شدن رویه استنباطی و استدلالی می‌شود؛ چرا که این نگرش، فقه را از واقع‌گرایی دور کرده و به ظاهرنگری مبتلا می‌سازد.

۴- صرف تعیین وظیفه عملی به کمک استصحاب با نگرش فقهای متقدم سازگار نیست. سیدمرتضی و شیخ طوسی اعتبار استصحاب را در صورتی قابل قبول می‌دانند که بتوان به کمک دلیل نفی، علم به عدم حکم پیدا کرد (مرتضی، ۳۵۷/۲؛ طوسی، العده، ۷۵۸/۲).

محقق حلی نیز اعتبار استصحاب را براساس علم به اقتضای مقتضی برای بقا می‌داند (۲۰۹ و ۲۱۰) و علامه حلی نیز اعتبار استصحاب را مستند به ظن حاصل از آن می‌داند (مبادئ الوصول، ۲۵۰-۲۵۲). لذا، فقها متقدم به لوازم و مثبتات استصحاب در بسیاری از موارد عمل می‌کرده‌اند (انصاری، فرائد الاصول، ۶۶۲/۲).

۵- استصحاب یک روش شرعی در احکام و موضوعات است و همان طور که نایینی می‌نویسد: «ظاهر این است که روش شارع روشی اختراعی و جدید نیست، بلکه راههای شرعی همگی امضای راههای عقلایی است که مفاد و متعلق خود را احراز می‌کنند» (نایینی، فوائد الاصول، ۳۰/۳). براساس این کبری استصحاب نیز یک راه عقلایی است که در آن تعبد وجود ندارد و متعلق خود را احراز می‌کند.

#### آثار اماره بودن

بعد از بررسی ادله اعتبار استصحاب و اثبات اماره بودن استصحاب، نوبت به تشریح آثار و امتیازات آن می‌رسد. بر اماره بودن استصحاب آثار متعددی مترتب می‌شود و در این مقاله به دو اثر مهم اشاره می‌شود. یکی از آنها اعتبار مثبتات و لوازم مستصحب و دیگری جانشین شدن مفاد استصحاب به جای علم است. در ادامه بحث به صورت مختصر و در قالب مثال، این دو اثر تبیین می‌شوند.

#### اعتبار مثبتات استصحاب و کاربرد آن در قانون مدنی

از آثار مهم اماره بودن استصحاب اعتبار لوازم شرعی غیرمستقیم آن است. در علم اصول فقه بر آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادلای دلیل، مثبتات دلیل گفته می‌شود. غالباً فقهای متأخر مثبتات دلیل استصحاب را معتبر نمی‌دانند. لذا، در بسیاری از اوقات می‌گویند اصل مثبت حجت نیست و مقصود آنها عدم اعتبار آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی مستصحب می‌باشد (گلپایگانی، افاضه العوائد، ۲۵۹/۲؛ عراقی، مقالات الاصول، ۴۰۷/۲). خمیر مایه اصلی این گفتار ماهیت استصحاب و ادله اعتبار آن است. از آنجا که براساس نگرش غالب، استصحاب یک اصل عملی و یک اصل تعبدی

محض است، لذا، مثبتات آن از حیطة تعبد خارج هستند و معتبر نمی‌باشند (انصاری، *فرائد الاصول*، ۶۵۹/۲)، اما با توجه به اینکه در این مقاله اماریت و کاشفیت استصحاب اثبات شده است، می‌توان گفت مثبتات استصحاب حجت و معتبر می‌باشند و همان طور که عقلا به بقای مستصحب ملتزم هستند به لوازم آن نیز عمل می‌کنند.<sup>۱</sup> این نگرش دارای اثرات کاربردی فراوانی در مسائل علم اصول فقه و همچنین فروع فقهی می‌باشد. برای نمونه، عده‌ای از فقها اجرای اصل عدم را در بسیاری از حالات از مصادیق اصل مثبت دانسته‌اند و بر این اساس، اعتبار اصل عدم ازلی را نپذیرفته‌اند (نابینی، *اجود التقریرات*، ۴۷۲/۱؛ روحانی، صادق، ۲۶/۱۰)، اما با نظریه اماره بودن استصحاب، این اشکال مرتفع می‌گردد. همچنین اعتبار برخی از مواد قانون مدنی بدون التزام به حجیت لوازم استصحاب محل اشکال است. در ماده ۸۷۴ قانون مدنی در بحث ارث عنوان شده است که اگر تقدم و تأخر موت اشخاص مبهم باشد و تاریخ فوت یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، مجهول‌التاریخ از معلوم‌التاریخ ارث می‌برد، اما بسیاری از فقها این مورد را از مصادیق اصل مثبت می‌دانند؛ چرا که استصحاب عدم موت مجهول‌التاریخ تا زمان موت معلوم‌التاریخ، نمی‌تواند مثبت تأخر موت او باشد؛ چرا که عنوان تأخر از لوازم عقلی مستصحب است، نه از آثار شرعی (گلیپایگانی، کتاب القضاء، ۲۵۹/۲؛ خویی، *مبانی تکمله المنهاج*، ۷۴/۱)، اما با توجه به اماره بودن استصحاب، لوازم عقلی و عادی قطعی استصحاب عدم موت معتبر است و حکم به تأخر موت مجهول‌التاریخ می‌شود و او از معلوم‌التاریخ ارث می‌برد.

### قائم مقامی قطع

یکی از آثار اماره بودن استصحاب، نشستن استصحاب به جای قطع و یقین است. در هر موردی که علم به عنوان یک کاشف لحاظ شده باشد، براساس نظریه اماره بودن

۱ - برخی از بزرگان با وجود پذیرش اماریت استصحاب اعتبار لوازم آن را نپذیرفته‌اند که مجالی برای نقد مفصل آن وجود ندارد. برای نمونه، رک: *الهدایه فی اصول الفقه*، ۲۳۱.

استصحاب می‌توان گفت استصحاب صلاحیت جانشینی آن را دارد، و لیکن اگر استصحاب اصل عملی باشد، چنین صلاحیتی را نخواهد داشت. علمای اصول اجمالاً قطع را به دو قسم طریقی و موضوعی تقسیم می‌کنند و قطع موضوعی خود نیز به دو قسم صفتی و طریقی تقسیم می‌شود (صدر، *مباحث الاصول*، ۳۳۶/۱؛ روحانی، محمد، ۷۰/۴؛ زنجانی، ۱۸۲۸/۵). سؤال مهم در بحث استصحاب، صلاحیت قائم مقامی استصحاب به جای قطع است. معمولاً فقها نشستن استصحاب به جای قطع طریقی را پذیرفته‌اند (خویی، *موسوعه الإمام الخوئی*، ۴۴۹/۲؛ فاضل لنکرانی، ۶۵۱).

در توضیح این نظر گفته شده که همان خاصیت تنجیز و تعدیری که بر متیقن مترتب است بر استصحاب نیز مترتب است (صدر، *بحوث فی علم الاصول*، ۱۶۷/۶). در قطع موضوعی طریقی نیز بسیاری، صلاحیت قائم مقامی را پذیرفته‌اند (صدر، *بحوث فی علم الاصول*، ۱۶۸/۶؛ حکیم، محسن، ۱۲۸/۱۴)، اما با وجود تمام این اقوال، نشستن استصحاب به جای قطع، بنابر اصل عملی بودن آن، با اشکالاتی جدی مواجه است، اگر در دلیلی علم و قطع در موضوع حکم اخذ شده، به حسب اطلاقات متعارف، ظاهر کاربرد علم، اعم از علم حقیقی و علم ادعایی عرفی است. وقتی گفته می‌شود، شما فلان قصه را می‌دانید، به این معنی است که داستان برای شما منکشف است. (زنجانی، ۱۸۳۶/۵). پس حمل علم بر تنجیز و تعدیر، خلاف ظاهر است و اصولاً تنجیز و تعدیر از اعتبارات عقلایی است که بر کاشفیت مترتب می‌شود (خمینی، *مصطفی*، ۱۴۹/۶). پس مادامی که قرینه قطعی بر این معنا وجود نداشته باشد، بایستی قطع را بر همان کاشفیت از واقع حمل نمود. لذا، صرف اینکه گفته شود استصحاب یک اصل منجز و یا یک اصل محرز است، مجوز نشستن استصحاب به جای قطع و یقین نیست (همان). به علاوه بایستی بین قائم مقام و خود قطع نیز سنخیتی در کاشفیت وجود داشته باشد و الا عنوان قائم مقامی صحیح نخواهد بود (فیروزآبادی، ۳۳/۳) و تا زمانی که استصحاب را جزء امارات ندانیم و برای آن کاشفیت را لحاظ نکنیم، این جانشینی معقول نخواهد

بود. براساس توضیحات متقدم، مشخص می‌شود که نشستن استصحاب به جای قطع فقط بنابر اماره بودن آن، به طور کامل قابل قبول است، اما اگر استصحاب فقط اصل عملی باشد، نشستن آن به جای علم و قطع نیازمند مقدمات و فروضی است که در بسیاری از موارد احراز آنها مشکل می‌باشد. برای مثال، ازدواج با زنی که عده است از روی علم موجب حرمت ابدی می‌شود و در صحیحۃ حلبی نیز آمده «و ان لم یدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر» (حرعاملی، ۴۵۰/۲). حال اگر شخصی برخلاف مقتضای استصحاب که حکم به بقای عده می‌کند ازدواج کند و دخولی صورت نگرفته باشد، آیا حرمت ابدی محقق خواهد شد یا نه؟ ظاهر تعبیر علم در برابر جهل همان کشف واقع برای مکلف است. بنابراین، اگر برای کسی در عده بودن زنی منکشف باشد و با این وجود با وی ازدواج کند بر او حرام می‌شود. حال اگر استصحاب را اماره بدانیم براساس کاشفیت عقلایی آن، ازدواج با چنین زنی موجب حرمت ابدی خواهد شد؛ چرا که واقع برای او مکشوف است، اما اگر استصحاب اصل عملی باشد، چنین کاشفیتی را نخواهد داشت و نمی‌تواند قائم مقام علم شود و این ازدواج موجب حرمت ابدی نخواهد شد.

### نتیجه گیری

عقل و سیره عقلا و روایات، همگی دلالت بر اماره بودن استصحاب دارند. از نظر عقل در مواردی که حادث متقدم، اقتضای برای بقا را داشته باشد، بقا حالت سابقه‌مظنون است؛ چرا که خروج از حالت ثبوت به عدم، نیاز به مؤثر دارد و بقا نیازی به علت جدیدی ندارد. براساس سیره عقلا نیز حکم به بقای حالت سابقه براساس تعبد نیست، بلکه براساس کاشفیتی است که مقتضی نسبت به استمرار اثر خود دارد و عقلا به جای اعتنا به شک خود براساس علم و یقین سابق خود و آثار آن اقدام می‌کنند. پس جهت اعتبار استصحاب از نظر عقل و سیره عقلا کاشفیت حالت سابقه از بقای آن و



قوت احتمال بقا می‌باشد. روایات استصحاب نیز در حالی که قوت احتمال بقا را بیان می‌کنند، امضای روش عقلا نیز می‌باشند. بنابراین، استصحاب یک حکم تأسیسی تعبدی نیست، بلکه یک روش عقلایی است که مانند بسیاری از روشهای دیگر عقلایی مورد تأیید شارع قرار گرفته است و روایات استصحاب نیز به این حقیقت ارشاد دارند. در تأیید اماره بودن استصحاب می‌توان جهات دیگری را نیز ذکر کرد. از دیدگاه فقههای متقدم اعتبار استصحاب در صورت افاده علم و یا براساس کاشفیت آن پذیرفته شده است. فتاوی فقها در عقود و ایقاعات غالباً مستند به استصحاب است و گرفتن خاصیت کشف بسیاری از فتاوی را از جنبه واقع‌گرایی تهی می‌کند. همچنین استصحاب یک روش شرعی است که مانند سایر روشها روشی عقلایی است، نه یک روش ابداعی و اختراعی شارع و نهایتاً جواز استناد به استصحاب برای اقامه شهادت از دیگر مؤیدات اماریت استصحاب می‌باشد.

بر این اساس، آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی قطعی مستصحاب که در اصطلاح به آن مثبتات اصل گفته می‌شود نیز معتبر می‌باشند و ماده ۸۷۴ قانون مدنی، یکی از مصادیق آن است. از دیگر آثار اماریت استصحاب، صلاحیت قائم مقامی علم است، در حالی که بنابر اصل عملی بودن استصحاب، جانشینی آن به جای علم متعارف ممکن نیست. از آنجا که استعمال متعارف از علم، مکشوف شدن واقع در نزد عالم است، براساس اماره بودن استصحاب، مستصحاب برای استصحاب‌کننده مکشوف است و می‌تواند به جای معلوم بنشیند.

## منابع

- آملی، میرزا هاشم؛ *مجمع الافکار و مطرح الانظار*، چاپخانه علمیه.  
ابن سینا، حسین بن عبدالله؛ *الاشارات و التنبیها*، قم، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.

اصفهانى، محمد حسين؛ *نهاية الدرايه فى شرح الكفاية*، قم، انتشارات سيد الشهداء، ۱۳۷۴.

امامى، حسن، *حقوق مدنى*، تهران، انتشارات اسلاميه.

انصارى، مرتضى؛ *القضاء و الشهادات*، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم، ۱۴۱۵ق.

\_\_\_\_\_؛ *فرائد الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، بى تا؛

بروجردى، حسين؛ *نهاية الاصول*، قم، نشر تفكر، ۱۴۱۵ق.

بهايى، حسين بن عبدالصمد؛ *العقد الطهماسي*، نشر گلبهار.

بهبهانى، على؛ *الفوائد العلية*، اهواز، مكتبه دارالعلم، ۱۴۰۵ق.

تونى، عبدالله بن محمد؛ *الوافية فى الأصول*، مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۱۵ق.

حراملى، محمد بن حسن؛ *وسائل الشيعة*، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.

حكيم، محسن، *مستمسك العروة الوثقى*، قم، مؤسسة دار التفسير، ۱۴۱۶ق.

حكيم، محمد سعيد؛ *مصباح المنهاج كتاب الطهارة*، قم، مؤسسة المنار، بى تا.

خراسانى، محمد كاظم، *كفاية الاصول*، مؤسسة آل البيت، ۱۴۰۹ق.

خمينى، روح الله، *انوار الهداية فى التعليقة على الكفاية*، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۴۱۵ق.

\_\_\_\_\_؛ *تهذيب الاصول*، قم، انتشارات اسماعيليان، ۱۳۸۲.

\_\_\_\_\_؛ *الرسائل*، انتشارات اسماعيليان، ۱۳۸۵ق.

خمينى، سيد مصطفى، *تحريرات فى الأصول*، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

خويى، ابوالقاسم، *دراسات فى علم الاصول*، مؤسسة دائره المعارف فقه اسلامى، ۱۴۱۹ق.

- \_\_\_\_\_؛ **مصباح الاصول**، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- \_\_\_\_\_؛ **مبانی تکملة المنهاج**، العلمية، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶ق.
- \_\_\_\_\_؛ **موسوعة الامام الخوئی**، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ، چاپ اول. ۱۴۱۸ق
- روحانی، محمدصادق؛ **فقه الصادق**، قم، مؤسسه دار الكتاب، ۱۴۱۲ق
- روحانی، محمد حسین؛ **منتقى الاصول**، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ق.
- زنجانی، موسی، **کتاب نکاح**، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم، ۱۴۱۹ق.
- سید مرتضی، علی بن حسین؛ **الذریعة**، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- شهید اول، محمد بن مکی؛ **القواعد و الفوائد**، قم، کتابفروشی مفید، بی تا، چاپ اول.
- صاحب معالم، حسن بن زین الدین، **معالم الدین**، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- صدر، محمدباقر؛ **مباحث الاصول (تقرير سيد كاظم حائري)**، قم، ۱۴۰۸ق.
- \_\_\_\_\_؛ **بحوث فی علم الاصول** (تقرير سيد محمود هاشمی)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ق، چاپ سوم
- طوسی، محمد بن حسن؛ **تهذیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- \_\_\_\_\_؛ **العدة**، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۱۷ق.
- عراقی، آقا ضیاء الدین، **نهاية الافکار**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- \_\_\_\_\_؛ **مقالات الاصول**، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- علامه حلی، الحسن بن یوسف؛ **مبادئ الاصول**، چاپ علمیه، ۱۴۰۴ق.
- \_\_\_\_\_؛ **مختلف الشيعة فی احکام الشريعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳، چاپ دوم.
- فیروزآبادی، مرتضی؛ **عناية الأصول**، قم، انتشارات فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق.
- قانون مدنی
- گلپایگانی، محمدرضا، **افاضة العوائد**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۰ق.

- \_\_\_\_\_؛ **کتاب القضاء**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الصلاة**، قم، نشر مولف، ۱۴۰۸ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ **معارج الاصول**، مؤسسة آل البيت، ۱۴۰۳ق.
- مظفر، محمد رضا، **اصول الفقه**، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، **منتهی الاصول**، قم، انتشارات بصیرتی.
- میرزای شیرازی، محمد تقی، **تقریرات**، موسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، **رسائل المیرزا القمی**، خراسان، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
- \_\_\_\_\_؛ **قوانین الاصول**، کتابفروشی علمیه اسلامیة، ۱۳۷۸ق.
- نایینی، میرزا محمد حسین، **اجود التقریرات (مقرر سید ابوالقاسم خویی)**، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- \_\_\_\_\_؛ **فوائد الاصول (مقرر کاظمی خراسانی)**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- وحید بهیانی، محمد باقر؛ **الفوائد الحائریة**، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- همدانی، آقا رضا؛ **مصباح الفقیه**، قم، مؤسسة الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ق.
- \_\_\_\_\_؛ **الفوائد الرضویة**، کتاب فروشی جعفری تبریزی، ۱۳۷۷.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۶۸-۳۵

## جستاری فقهی حقوقی پیرامون عضل در نکاح باکره رشیده\*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی

Email: ali85akbar@yahoo.com

حسین کاویار

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

### چکیده

قانونگذار برای پرهیز از عواقب ناشی از بی‌تجربگی و غلبه حرارت ناشی از تأثیر عواطف و احساسات در دختر جوانی که سابقه زناشویی ندارد، اذن پدر را به‌عنوان دلسوزترین فرد برای تشخیص مصالح وی، لازم شمرده است. اما به هر حال این مسأله یکی از مسائل اختلافی در فقه است. پدر و جد پدری بر نکاح بالغه رشیده‌ای که ثبیه باشد، ولایت ندارند، اما اگر بالغه رشیده، باکره باشد، دارای اقوالی است.

کلیه فقهایی که اجازه ولی را در نکاح دختر باکره معتبر می‌دانند اضافه می‌کنند که اعتبار اجازه ولی تنها در صورتی است که ولی بدون علت موجّه، از دادن اجازه مضایقه ننماید. لکن چنانچه ولی با وجود خواستگار شایسته و متناسب و تمایل متقابل دختر، از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه او ساقط می‌گردد. این عمل را در اصطلاح فقهی «عضل» گویند. اما اگر ولی، دختر را از تزویج با غیرکفو منع کند این امر را عضل نمی‌نامند.

در این پژوهش، بعد از مفهوم‌شناسی واژه‌ها، در یک مطالعه تطبیقی بین مذاهب امامیه و اهل سنت به بررسی عضل، به عنوان مهم‌ترین مورد سقوط ولایت ولی در نکاح باکره رشیده، می‌پردازیم. در انتها به نقد و بررسی دیدگاه حقوق ایران نیز خواهیم پرداخت.

**کلید واژه‌ها:** ولایت، عضل، باکره رشیده، کفایت، سقوط ولایت، غیبت.

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۶/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۱/۱۴.

## ۱- طرح مسأله

ولایت در اصطلاح فقهی عبارت است از تسلط شرعی که به خاطر نقصی که در مولی - علیه موجود است، یا رعایت مصلحتی که در امور ایشان وجود دارد، به انسان کامل واگذار شده است (مغنیه، ۳۲۱). ولایت بر عقد نکاح عبارت است از سلطه‌ای که به - وسیله آن شخص می‌تواند انشاء عقد ازدواج را که برای وی یا فرد دیگری نافذ باشد، تصدی کند (شیخ الاسلامی، ۸۹/۱). از جمله اسباب ولایت در نکاح، قرابت است. طبق دیدگاه فقهای امامیه، هیچ‌کس بر تزویج دیگری ولایت ندارد جز پدر و جد پدری به بالا، وصی و مالک عبد و حاکم (محقق حلی، ۲۷۶؛ فاضل مقداد، ۲۰۹/۲-۲۰۸؛ خوانساری، ۱۵۱/۴؛ محقق نراقی، ۱۲۴/۱۶؛ سید عاملی، ۶۲/۱؛ فاضل هندی، ۱۴/۲؛ طباطبایی، ۷۷/۲). فقهای عامه چون مالکیه و حنابله و ابوحنیفه علاوه بر پدر و جد پدری، پسر را نیز از اولیای قرابتی دانسته‌اند و حتی ابوحنیفه و ابویوسف معتقدند که ولایت پسر شایسته‌تر از ولایت آن‌دو خواهد بود (قرطبی، ۱۳/۲؛ نووی، ۱۵۸/۱۶). البته فقهای شافعی ولایت پسر را از لحاظ بنؤ رد نموده بلکه معتقدند وی به جهت تعصیب ولایت خواهد داشت (شربینی، ۱۵۱/۳؛ قرطبی، همان).

در اینکه پدر و جد پدری بر نکاح بالغه غیر باکره هیچ‌گونه ولایتی ندارد و نکاح چنین دختری موکول به اراده خود اوست، بین فقهای امامیه و حقوقدانان تردید و اختلافی وجود ندارد.<sup>۱</sup> اما در مورد نکاح دختر بالغه باکره رشیده اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. نظریات فقهاء در این مورد را می‌توان به ۵ دسته تقسیم کرد:

۱- عدم ثبوت ولایت چه در نکاح دائم و چه در نکاح موقت (ابن جنید، نقل شده از علامه حلی در *مختلف الشیعه*، ۱۱۴/۷؛ دیلمی، ۱۴۸؛ علم الهدی، ۱۲۲؛ ابن ادریس،

۱ - در میان فقهای اهل تسنن، پیرامون ولایت بر نکاح بالغه غیر باکره اختلاف نظر وجود دارد: از نظر فقیهان حنفی، بالغه چه باکره و چه غیر باکره، اگر با مرد کفو و هم شأن خود و با مهر به اندازه یا بالاتر از مهرالمثل ازدواج نماید، عقد صحیح و لازم است. از نظر فقیهان شافعی، مالکی و حنبلی، باکره و غیر باکره (اعم از صغیره یا کبیره) باید با اجازه‌ی ولی خود ازدواج نمایند.

۵۶۱/۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۲۱/۷؛ شیخ بحرانی، ۲۱۱/۲۳؛ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ۲۷۴/۲-۲۷۳).

۲- تشریک ولایت ولی و دختر (شیخ مفید، ۵۱۰؛ حلبی، ۲۹۹؛ ابن زهره، ۳۴۳).

۳- ثبوت ولایت در نکاح دائم و عدم ثبوت ولایت در نکاح منقطع (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۸۰/۷؛ همو، الاستبصار، ۲۳۶/۳).<sup>۱</sup>

۴- ثبوت ولایت در نکاح منقطع و عدم ثبوت ولایت در نکاح دائم (قائل این قول مجهول است ولی فقهاء متعرض آن شده‌اند. بنگرید به: محقق حلی، ۵۰۲/۲).

۵- ثبوت ولایت چه در نکاح دائم و چه در نکاح موقت (طوسی، خلاف، ۲۵۰/۴؛ همو، النهایه، ۶۴۵؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۲۵۰/۳؛ ابن ابی عقیل، نقل شده از علامه حلی، ۱۱۴/۷؛ ابن حمزه، ۲۹۹؛ عاملی، ۷۷/۱؛ محقق سبزواری، ۱۵۵؛ بحرانی، ۲۱۱/۲۳؛ جزیری، ۵۱/۴؛ امام شافعی، ۱۳/۵).

اختلاف نظر فقهاء، ناشی از اختلاف روایات واصله در این زمینه است. از این‌رو، برخی فقهاء در این مسأله که امور مهمی چون فروج و نسل و حتی اموال مطرح بوده، معتقدند احتیاط حکم می‌کند که در عقد نکاح میان اذن پدر و جد پدری و اذن دختر جمع واقع شود. (طباطبایی یزدی، ۷۰۴/۲؛ خوبی، منهاج الصالحین، ۲۶۱/۲؛ همو، کتاب النکاح، ۲۶۴/۲؛ خمینی، ۲۳۰/۲؛ گلپایگانی، ۴۰۵؛ فاضل لنکرانی، ۴۶۱؛ سیستانی، ۴۹۶؛ صافی گلپایگانی، ۴۸۳). البته برخی از فقهای معاصر، گرفتن اذن ولی را به صورت احتیاط مستحب بیان نموده و از این‌رو دختر را مستقل در امر نکاح دانسته‌اند (شاهرودی، ۱۰۵).

با توجه به اینکه حکم احتیاط به استیذان پدر و دختر در امر نکاح، به خاطر دوری از مخالفت با اخبار و ادله دو قول استقلال پدر یا دختر است، از این‌رو دیدگاه مزبور، دیدگاه مقبولی است که کمتر در معرض خدشه خواهد بود؛ زیرا بر طبق این دیدگاه،

۱ - البته شیخ طوسی در جمع بین روایات، این نظر را به صورت احتمالی مطرح کرده است.

دختر بالغه رشیده‌ای که در امور مالی تصرف دارد با توجه به رشد و بلوغش در امر نکاح نیز، در کنار اذن پدر، صاحب اذن خواهد بود و بدین ترتیب هم جنبه نظارتی پدر لحاظ شده و هم صاحب اندیشه بودن دختر در امر نکاح مراعات گردیده است. طبق این دیدگاه، نکاح با دختر باکره‌ی رشیده، منوط به اجازه‌ی وی همراه پدر یا جد پدری است. قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته است.<sup>۱</sup>

کلیه فقهای که اجازه ولی را در نکاح دختر باکره معتبر می‌دانند اضافه می‌کنند که اعتبار اجازه ولی تنها در صورتی است که ولی بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه ننماید. لکن چنانچه ولی با وجود خواستگار شایسته و متناسب و تمایل متقابل دختر از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه او ساقط می‌گردد. این عمل را در اصطلاح فقهی «عَضْل» گویند که به معنای «منع» است. اما اگر ولی، دختر را از تزویج با غیرکفو منع کند این امر را عضل نمی‌نامند (شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۱۴۲/۷؛ همو، *الروضة البهیة*، ۱۱۷/۵). صاحب‌جوهر در بر این امر ادعای اجماع دارد (۱۸۴/۲۹).

ازالۀ بکارت در هر حالتی ملاکی برای سقوط ولایت ولی نیست. به گونه‌ای که هر گاه رشیده در اثر دخول و وطیء ثبیه شود، ولایت ولی در امر نکاح ساقط شده و زن می‌تواند به اختیار خویش ازدواج نماید. اما هر گاه ثبیه شدن در اثر عاملی غیر از آن (همچون پرش، ورزش، حیض شدید) ایجاد شود، دختر در حکم دوشیزه بوده و ولایت پدر و جد پدری در نکاح بر او حاکم است و رشیده نمی‌تواند به اختیار خود با مرد مورد علاقه‌اش ازدواج نماید. البته هرگاه ولی، رشیده را از ازدواج با هم کفو منع نماید، دوشیزه رشیده می‌تواند بدون کسب اجازه از ولی، با مرد هم‌شأن و مورد علاقه‌اش ازدواج کند؛ چون در این شرایط ولایت ولی به خاطر منع بی‌مورد ساقط می‌شود.

۱ - ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است پس از أخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید».



پژوهش حاضر در صدد است تا به سؤالات روبرو پاسخ دهد: حدود اذن ولی در نکاح باکره‌ی بالغه‌ی رشیده تا کجاست؟ آیا منع از تزویج با کفو معین با وجود کفو دیگر، عضل محسوب می‌شود یا خیر؟ آیا پس از سقوط اذن ولی، اذن حاکم جایگزین اذن وی می‌شود؟ آیا ادعای دختر مبنی بر عضل، بایستی در مرجع صالحی به اثبات برسد یا خیر؟ آیا غیبت ولی، ولایت او را ساقط می‌کند؟

در پاسخ به این سؤالات، محور اصلی، طرح، نقد و تحلیل آراء فقهاء است، آن گاه وضع فعلی حقوق ایران مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲- مفهوم‌شناسی

**عضل:** عضل در لغت به معنای تنگ گرفتن بر کسی و حبس کردن و منع کردن وی است و در اصطلاح به معنای منع زن از شوهر کردن به ستم آمده است (ابن منظور، ۴۵۱/۱۱؛ جوهری، ۱۷۶۷/۵؛ ابن سلام، ۲۸۲/۳؛ فراهیدی، ۲۷۸/۱؛ دهخدا، ۱۰/۱۵۹۳۶). در قرآن نیز لغت عضل به کار رفته است: «و لاتعضلوهن أن ینکحن ازواجهن» (بقره: ۲۳۲)؛ یعنی نباید که آنها را از شوهر کردن منع کنید. در اصطلاح حقوق، عضل چنین تعریف شده است: «عضل ممانعت مردان از اقارب زن است از تزویج وی با شوهر دلخواه او» (جعفری‌لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲۵۵۰/۴).

فقهای که اجازه‌ی ولی را برای نکاح دختر باکره اعتبار کرده‌اند، معتقدند که این اعتبار اجازه، تنها در صورتی معتبر است که ولی در دادن اجازه، بدون علت موجّه، کوتاهی نکند، حال اگر با وجود خواستگار مناسب و تمایل متقابل دختر، ولی مخالفت کند، اعتبار اجازه‌ی وی به علت سوء استفاده از حقّش ساقط می‌شود. این عمل را در اصطلاح فقه، «عضل» گویند. بنابراین اگر ولی، دختر را از تزویج با غیرکفو خود منع کند، عاضل نیست.

**ثبوت:** از موارد سقوط ولایت ولی در امر نکاح این است که دختر بکارتش به-

وسيلة جماع زائل شود و همه فقهاء بر آن اتفاق دارند (ابن زهره، ۳۴۳؛ طوسی، الخلاف، ۲۶۵/۴؛ سلالر، ۱۵۰؛ ابن براج، ۱۹۵/۲؛ ابن بابویه، هدایه بالخیر، ۲۶۰؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۶/۲؛ محقق حلی، مختصر النافع، ۲۷۶؛ صاحب جواهر، ۱۸۵/۲۹؛ شیخ بحرانی، ۲۳۴/۲۳؛ جزیری، ۵۱/۴؛ شربینی، ۱۴۹/۳).

زنی که بکارت او طیّی مواقعه‌ی مشروع یا نامشروع از بین رفته باشد، ثیب است و همچنین است از طریق وطی به شبهه. این صفت زن را ثیبوت نامند. صرف شوهر کردن موجب ثیبوت نیست و باید واقعه و ازاله‌ی بکارت هم صورت گیرد.

**کفویت:** کفویت و کفایت در لغت به معنای یکسانی، برابری، هم‌شأنی و هم‌مرتبیه بودن، مساوات، همتایی و مماثلت آمده است (ابن منظور، ۱۱۲/۱۲؛ خوری شرتونی، ۱۰۹۰/۲؛ طریحی، ۳۶۰/۱؛ لویس معلوف، ۶۹۰).

فقهای امامیه، کفویت زن و مرد را در امر نکاح فقط در اسلام و اخلاق نیکو (نجفی، ۱۰۸/۳۰؛ شهید ثانی، الروضه البهیة، ۲۳۶/۵) و برخی علاوه بر آن در ایمان دانسته‌اند (علامه حلی، تلخیص المرام، ۴۷۳/۳۸؛ محقق کرکی، ۱۳۰/۱۲-۱۲۹؛ بحرانی، ۵۲/۲۴). منظور از ایمان، نزد این گروه از فقهاء، شیعه‌ی اثنی عشری است، در این مورد به نظر فقهاء ازدواج مرد شیعه با زن اهل سنت جایز است (محقق کرکی، ۱۲۸/۱۲) زیرا زن، دین شوهرش را اخذ می‌کند و تابع او بوده و در نتیجه، شوهر چه بسا زن را به طرف ایمان کشانده و بالاخره موجب مؤمنه شدنش می‌شود. افزون بر آن در روایات در مورد ازدواج مرد شیعه با زن اهل سنت منعی نرسیده و اصل بر جواز است (کرکی، ۱۳۱/۱۲-۱۳۰). ولی در مورد ازدواج زن شیعه با مرد اهل سنت اختلاف نظر است. مشهور فقهاء قائل به حرمت آنند (و نیز، ۹۳/۳۰). به دلیل اینکه اولاً مرد غیر شیعه از لحاظ فکری نمی‌تواند همسر و همشأن زن شیعه باشد. ثانیاً در برخی از روایات، حرمت تزویج چنین معلل شده است که زن عقیده و رفتار را از مرد می‌آموزد و این مرد است که وی را بر دین خویش می‌تواند مقهور نماید. از این رو، زن شیعه نمی‌تواند

در تحت سلطه‌ی مردی قرار گیرد که وی را بر دین باطل مقهور و ملزم نماید (شهید ثانی، ۲۳۷/۵؛ محقق کرکی، ۱۳۰/۱۲؛ بحرانی، ۵۳/۲۴).

فقه‌های عامه، کفویت در نکاح را علاوه بر تساوی زوجین در اسلام، شامل موارد دیگر نیز دانسته‌اند، از جمله اینکه فقه‌های مالکی دین و حال (به معنای سالم بودن زن و مرد از عیوب مجوز فسخ) را معیار کفویت قرار داده‌اند. اکثر فقه‌های اهل سنت، نسب، حریت و حرفه را به عنوان ملاک هم‌شأنی و برابری زن و مرد بیان کرده‌اند. اما فقه‌های حنفی و حنبلی علاوه بر موارد مزبور، تمکن مالی (یسار) و تساوی زوجین در امور اجتماعی را نیز مطرح نموده‌اند (زحیلی، ۲۲۹/۷؛ ابوجیب، ۳۲۰؛ جهت مطالعه بیشتر راجع به معیارهای کفویت در نکاح بنگرید: ایزدی‌فرد، معیار کفایت در نکاح، ۲۸-۹؛ زارعی و عبدلهی، ۱۳۰-۹۷).

### ۳- سقوط ولایت ولی در صورت عضل

در این قسمت به طرح و تحلیل دیدگاه فقه‌های امامیه و علمای عامه و همچنین حقوق ایران در خصوص سقوط ولایت ولی در صورت عضل می‌پردازیم.

#### ۳ - ۱ - تحلیل دیدگاه فقه‌های امامیه

عضل موجب سقوط ولایت ولی و عدم لزوم استیذان از او در امر نکاح باکره رشیده است و در این صورت دختر می‌تواند بدون کسب رضایت ولی، خویش را به ازدواج هم‌کفو خود درآورد (طوسی، الخلاف، ۲۷۹/۴؛ همو، مبسوط، ۱۸۰/۴؛ محقق حلی، مختصر النافع، ۲۷۷؛ همو، شرایع الاسلام، ۵۰۲/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۹۳/۲؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴۲/۷؛ نیز، ۱۸۴/۲۹).

ابن حمزه طوسی در ارتباط با سقوط ولایت و عدم استیذان نکاح بالغه رشیده علاوه بر عضل، غیبت ولی را نیز یکی از دو شرط مطرح در سقوط ولایت بیان نموده است (۲۹۹). این گروه از فقهاء، غیبت موقتی را که برای دختر در اثر معتبر دانستن

استیدان ولی مشقت زیادی ایجاد می‌کند را نیز در معنای عضل دانسته و متذکر شده‌اند که دختر می‌تواند در چنین شرایطی بدون رجوع به حاکم ازدواج نماید. (عاملی، ۷۷/۱؛ طباطبایی، ۸۰/۲؛ محقق سبزواری، ۱۵۵). در واقع غیبت ولی، باعث سقوط ولایتش نمی‌شود، بلکه صرفاً دختر با وجود نیاز به نکاح، می‌تواند مستقلاً ازدواج کند و نیازی به اذن ولی ندارد. علت این امر هم، احترامی است که اسلام به قاعده‌ی لاضرر و لاضرار گذاشته است.

علامه حلی در کتاب تذکره در این زمینه دو گونه بیان دارد:

۱- در یک قول معتقد است که در صورت عضل، دختر مستقلاً و بدون توجه به عدم رضایت ولی و نیز بدون رجوع به حاکم، ازدواج می‌نماید و آن را قول همه فقهاء دانسته است (۵۹۳/۲)؛

۲- و قول دیگر اینکه در صورت تحقق عضل، اذن حاکم شرع در ازدواج دختر شرط است. به طوری که در صورت اثبات عضل، دختر نمی‌تواند به طور مستقل خویش را به نکاح هم‌کفو خود درآورد بلکه حاکم شرع باید برای ازدواج وی اذن صادر نماید (همان).

صاحب جوهر معتقد به نقص این قول است و علت آن را مخالفت با اصل<sup>۱</sup> و اجماع می‌داند. صاحب جوهر گوید: «دختر باکره‌ی رشیده‌ای که پدر یا جد پدری از ازدواج وی با کفوش ممانعت می‌نماید، می‌تواند خودش مستقلاً ازدواج کند و نیازی به مراجعه به حاکم ندارد. برخلاف آنچه از اکثر فقهای اهل سنت مبنی بر اجازه‌ی حاکم نقل شده است. مخالفی را در این مسأله از اصحاب امامیه نمی‌شناسم» (نیز، ۱۸۴/۲۹).

بنابراین به اجماع فقیهان امامیه، ازدواج دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده نیازی به مراجعه به حاکم و اذن او ندارد. محقق حلی در زمینه‌ی ازدواج دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده در فرض منع ولی از ازدواج می‌گوید: «مجاز است که او خودش، حتی با منع اولیاء،

۱ - منظور از اصل در این عبارت صاحب جوهر، اصل عدم اشتراط ولایت و صحت عقد نکاح است.

ازدواج کند و لو اینکه اجماع آن را ناپسند می‌شمارد» (محقق حلی، ۵۰۲/۲). در تحقق عضل و سقوط ولایت و عدم استیذان ولی، اینکه دختر به مهرالمثل شوهر کند یا کمتر از آن فرقی ندارد و اگر منع، منع دختر از غیرکفو باشد، عضل محسوب نمی‌شود (محقق کرکی، ۱۲۸/۱۲-۱۲۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴۲/۷؛ همو، الروضه البهیة، ۱۱۷/۵؛ عاملی، ۷۸/۱).

### کفایت معتبر در تحقق عضل

کفویت به هر دو قسم شرعی و عرفی در تحقق عضل مطرح است. کفویت شرعی همان همشانی زوجین در اسلام و اخلاق است. اما منظور از کفویت عرفی این است که در عرف عقلاء چنین ازدواجی برای دختر و خانواده او خواری و ننگ در پی داشته باشد.

به نظر آیت الله حکیم (۴۴۹/۱۴)، حجیت و اعتبار کفویت عرفی به واسطه اطلاق کفو در کلام فقهاء به دست می‌آید و بلکه ظاهر از آن همان کفویت عرفی است. اما به نظر بعضی از فقهاء استدلال مزبور محل تأمل است؛ زیرا کلمات فقهاء حمل بر عناوین شرعی شده و مطابق با آن است که در این صورت مقصود از کفویت، کفویت شرعی است (حسینی شیرازی، ۳۱/۶۴).

به نظر می‌رسد که با توجه به غیر توقیفی بودن معیار کفویت، استدلال مرحوم حکیم غیر قابل خدشه است، افزون بر اینکه ایشان کفویت عرفی را در طول کفویت شرعی قرار داده‌اند نه در مقابل آن (ایزدی‌فرد، کفویت در ازدواج و مصادیق فقهی و حقوقی آن، ۱۷۳).

بنابراین اگر ولی، باکره رشیده را از ازدواج با غیر کفو شرعی یا عرفی منع نماید، چنین منعی عضل به حساب نیامده و عامل سقوط ولایت و استیذان ولی نمی‌باشد. لازم به ذکر است در صورت اول، اگر ازدواج صورت گیرد، نکاح فاسد است؛ زیرا فقهاء، کفایت در دین را شرط صحت عقد نکاح دانسته‌اند، مضاف بر اینکه ولایت پدر

و جدّ پدری در چنین نکاحی لازم است. بر غیر این دو نیز از باب اصل امر به معروف و نهی از منکر، نظارت الزامی است (صاحب جواهر، ۱۸۴/۲۹؛ حسینی شیرازی، ۳۱/۶۴؛ طباطبائی یزدی، ۷۰۴/۲؛ خمینی، ۲۳/۲).

توضیح مطلب آنکه، با توجه به اصل امر به معروف و نهی از منکر و وجوب آن بر کلیه افراد، زوجین اگر از نظر اخلاقی و شرعی کفایت و همسانی نداشته باشند، بر هر شخصی<sup>۱</sup> حتی خود زوجه واجب است که با رعایت مراتب امر به معروف و نهی از منکر، از چنین نکاحی ممانعت به عمل آورند.

در صورت کفویت شرعی و عرفی، اگر پدر او را از ازدواج منع نماید تنها ولایت پدر به واسطه عضل ساقط شده و ولایت جد همچنان باقی خواهد بود (نجفی، همان).

#### ممانعت از تزویج با کفو معین با وجود کفو دیگر

منع از تزویج با کفو معین با وجود کفو دیگر نیز عضل به شمار نمی‌رود، در صورتی که ولایت و استقلال برای ولی در نکاح باکره رشیده قائل باشیم (طباطبائی یزدی، ۷۰۴/۲). آیت الله حسینی شیرازی در شرح خویش بر عروه متذکر می‌شود: «محقق نراقی در ردّ این استثناء گوید: امکان دارد گفته شود پیام روایاتی که بر استقلال ولایت پدر دلالت می‌کند همان جایز بودن نکاح به واسطه پدر است نه عدم جواز نکاح دختر به اختیار خویش و اگر چنین قولی بیان شود می‌تواند قول سومی باشد. در حالی که این نکته از صورت‌های عضل به طور مطلق تعیین نشده است. بنابراین دختر می‌تواند در صورت منع ولی از تزویج با کفو معین با اینکه کفو دیگری نیز وجود دارد با کفو معین ازدواج نماید؛ زیرا چنین منعی عضل به شمار آمده و موجب سقوط ولایت و عدم استیذان ولی می‌شود. اما صاحب عروه احتیاط را در تحقق عضل، همان منع از اصل تزویج دانسته است» (حسینی شیرازی، ۳۲/۶۴).

۱ - امر و ناهی باید شرایطی دارا باشند از قبیل: مکلف بودن، مسلمان بودن، قادر بودن و عادل بودن (شرط تأثیرگذاری است و نه وجوب) (برای ملاحظه تفصیلی این شرایط بنگرید: ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۸: ۲۱-۲۰).

با توجه به توضیحات فوق اگر باکره رشیده، فردی هم کفو را انتخاب کند و در مقابل، ولی نیز زوج هم کفو دیگری را اختیار کند، اختیار کدام یک مقدم است؟ شهید ثانی در مسالک گوید: «کسانی که قائل به اولویت ولایت زن در نکاح به طور مطلق می‌باشند اختیار زن را بر انتخاب ولی مقدم دانسته و نیز کسانی که ولایت پدر را ولو در بعضی وجوه معتبر می‌دانند دارای دو وجه می‌باشند: وجه نخست - تقدیم رأی پدر، پختگی نظر پدر در اغلب موارد علت چنین تقدیمی است؛

وجه دوم - تقدیم رأی دختر، زیرا چنین تقدیمی به حفظ عفت نزدیک‌تر است» (۱۴۲/۷). شهید ثانی، وجه دوم را کامل‌تر دانسته است.

بنابراین در شرایطی که ولی و دختر، کفوی جداگانه انتخاب نمایند، ولایت ولی ساقط شده و باکره رشیده می‌تواند با زوج انتخابی خویش ازدواج نماید. لذا این مورد را می‌توان از مصادیق عضل به حساب آورد؛ زیرا در تحقق عضل، «مجرد منع از تزویج با کفو با وجود رغبت دختر»، کفایت می‌کند.

شیخ بحرانی در *الحدائق الناضرة* گوید: «نظر شهید ثانی و توجیه ایشان [وجه دوم] قابل قبول نیست، خصوصاً اینکه نصوص، بر استقلال پدر در امر ولایت و اینکه دختر با وجود پدر، هیچ‌گونه اختیاری در نکاح خویش ندارد، دلالت دارند. بنابراین تخصیص زن از مدلول چنین نصوصی، به دلیل و منحصص نیاز دارد در حالی که چنین دلیلی وجود ندارد» (۲۳۳/۲۳). بنابراین در چنین مواردی عضل محقق نشده و ولایت ولی همچنان باقی خواهد ماند، از این رو باکره رشیده نمی‌تواند به اراده خویش با کفو انتخابی خودش ازدواج نماید. چنان‌که صاحب کفایه نیز اولویت ولایت ولی را در این زمینه اختیار نموده است (محقق سبزواری، ۱۵۶).

به نظر ما، با توجه به معنای لغوی و فقهی عضل (مجرد منع از ازدواج با کفو، آن هم در صورتی که دختر راغب باشد) مورد مذکور عضل به حساب آمده و دختر مجاز

به ازدواج بدون اذن ولی است. استدلال فقهای امامیه بر اثبات عضل و سقوط ولایت و عدم استیذان ولی در نکاح باکره رشیده، اجماع، قاعده نفی ضرر و قاعده نفی حرج است.

این اشکال وارد شده است که برای اثبات عضل و سقوط ولایت ولی، احتمال دارد که اجماع مورد استناد قرار گیرد و ادله نیز باید مطلق باشد و قاعده نفی ضرر و نفی حرج باید منوط به ضرر و حرج شخصی باشد، لذا حکم عضل به وسیله قاعده نفی ضرر و حرج به شکل مطلق ثابت نخواهد شد و نیز در قول خداوند سبحان که می-فرماید: «و لاتعضلوهنَّ أن ینکحن ازواجهن اذا تراضوا بینهم بالمعروف» (بقره: ۲۳۲). این احتمال وجود دارد که ازواج سابق مورد خطاب باشند درحالی که حتی اگر خطاب متوجه اولیاء نیز باشد، عضل، دلالتی بر سقوط ولایت نخواهد کرد، به جهت اینکه تحریم عضل، دلیلی بر سقوط ولایت و عدم استیذان ولی نخواهد بود (شیخ بحرانی، ۲۳۳/۲۳-۲۳۲؛ طباطبائی، ۸۰/۲؛ نجفی، ۱۸۴/۲۹؛ خوانساری، ۱۶۲/۴؛ حسینی شیرازی، ۳۰/۶۴).

ولی صاحب مستمسک معتقد است، ادله مذکور مجموعاً در اثبات عضل و آثار آن کافی است (حسینی شیرازی، ۳۰/۶۴).

در این راستا ممکن است گفته شود که اجماعی که هیچ خلافتی در آن نیست صلاحیت استناد را خواهد داشت و بعید نیست که ادله، مطلق باشد و شامل عضل و بی‌اعتباری ولایت ولی در آن صورت نیز بشود؛ زیرا آیه، منافاتی با اثبات عضل و سقوط ولایت ندارد، زمانی که فرض کنیم دختر با اذن پدر ازدواج نماید اما بدون اینکه نزدیکی صورت بگیرد، شوهر، زن خود را طلاق دهد. حال اگر پس از چندی دوباره اراده کند که با آن زن ازدواج نماید، اما پدر این بار اذن ندهد، چه حکمی خواهد داشت؟ اگر عضل در این شرایط ثابت شود در غیر این شرایط نیز اثبات خواهد شد، به خاطر وحدت ملاکی که میان این شرایط و آن «منع ولی از ازدواج باکره رشیده»



وجود دارد. همچنین عرف نیز یک رابطه لازم و ملزوم بین عضل و سقوط ولایت برقرار کرده است، لذا حکم به تلازم میان آن دو داده می‌شود (حسینی شیرازی، همان). بنابراین طبق دیدگاه مزبور میان عضل ولی و سقوط ولایت آن‌ها رابطه مستقیم برقرار است.

### ۳-۲- تحلیل دیدگاه فقهای اهل تسنن

فقهای اهل سنت معتقدند، عضل زمانی حاصل می‌شود که بالغه عاقله (چه رشیده و چه سفیهه)، مرد هم‌کفوی را انتخاب کند و ولی او را از ازدواج با آن مرد منع نماید. در چنین شرایطی عضل تحقق می‌یابد، لذا بر ولی واجب است که دختر را به ازدواج با هم‌کفوش درآورد (کاشانی، ۲۴۸/۲؛ شربینی، ۱۵۳/۳؛ بهوتی، ۵۰/۵).

ایشان برای اثبات عضل به آیه «فلاتعضلوهنَّ أن ینکحن أزواجهن» (بقره/ ۲۳۲) استناد نموده‌اند. البته در صورت عضل، ولایت در امر نکاح بر عهده حاکم است و حاکم باید دختر را به ازدواج با هم‌کفو درآورد. بنابراین هرگاه ولی، دختر را از ازدواج منع کند چنانچه این امتناع دلیل ظاهری داشته باشد مانند عدم کفایت یا اقل مهرالمثل و یا به سبب وجود خواستگار دیگری که مزایای بیشتری دارد، به عنوان مانع به شمار نمی‌آید و در این صورت ولایت به دیگری منتقل خواهد شد. اما اگر ولی به دلیل غیرموجهی از اجرای عقد ازدواج سرباز زند، در این صورت به عنوان عاضل محسوب می‌شود. در این صورت ولایت به حاکم انتقال می‌یابد و حاکم به نیابت از ولی عاضل، صیغه عقد را جاری خواهد کرد (نووی، ۱۸۵/۱۶-۱۸۴؛ ابن قدامه، ۳۶۸/۷؛ شیخ الاسلامی، ۱۰۰/۱). بنابراین با عهده‌داری ولایت از سوی حاکم، ولایت در امر نکاح ساقط نشده بلکه به حاکم انتقال می‌یابد، برخلاف دیدگاه فقهای شیعه.

لذا اگر دختر، مردی را برای ازدواج بنخواهد و کفایت<sup>۱</sup> او را ادعا کند و از سوی ولی، کفایت را انکار کند، به حاکم رجوع می‌شود. اگر دختر، کفایت مرد را ثابت کند،

۱ - برای ملاحظه‌ی معیار کفایت از منظر اهل سنت به قسمت مفهوم‌شناسی ذیل مفهوم کفویت مراجعه فرمایید.

قاضی، ولی را ملزم به تزویج وی می‌کند اگر چه راضی به این ازدواج نباشد، اما اگر دختر نتوانست کفایت را اثبات کند، عضل تحقق نمی‌یابد و منع ولی معتبر است. در هر حال برای اثبات عضل در نزد حاکم باید ولی، خواستگار و دختر حاضر شوند. اگر دختر کفوی را معین نموده و ولی کفو دیگری را مشخص نماید انتخاب ولی بنا بر قول صحیح‌تر مقلّم است؛ زیرا نظر و بینش ولی کامل‌تر از دختر است. گروهی دیگر<sup>۱</sup> معتقدند انتخاب دختر مقلّم خواهد بود، زیرا حفظ عفت مورد توجه قرار گرفته است (شربینی، ۱۵۴/۳-۱۵۳).

با توجه به مطالب فوق، از منظر فقهای اهل سنت، در صورت تحقق عضل از سوی ولی، ولایت به باکره رشیده بر نمی‌گردد و او بر نکاح استقلال نخواهد داشت بلکه ولایت به حاکم انتقال می‌یابد و او به نیابت از ولی، عهده‌دار ولایت خواهد بود، بدون اینکه ولایت ولی ساقط شده باشد. مالکیه، شافعیه و حنفیه دارای چنین دیدگاهی می‌باشند، به دلیل روایتی از پیامبر (ص) که فرمود: «السلطان ولیّ من لا ولیّ له» (زحیلی، ۲۱۷/۷؛ شیخ الاسلامی، ۱۰۰/۱). در مقابل، حنابله معتقدند: «هرگاه ولی از ازدواج زن با مردی که کفو اوست و به یکدیگر تمایل دارند جلوگیری نماید، در این صورت آن ولی حق ولایت خود را از دست داده و ولایت به ولی بعدی منتقل خواهد شد» (شیخ الاسلامی، همان).

در صورتی که دختر با غیر کفو خود ازدواج کند، از منظر فقهای حنفی، ولی دختر می‌تواند اعتراض کند و از قاضی فسخ ازدواج را بخواهد و اگر با کفو، اما به کمتر از مهرالمثل ازدواج کرد ولی می‌تواند فسخ<sup>۲</sup> ازدواج را بخواهد به شرط آنکه زوج مهریه را به اندازه مهرالمثل نکرده باشد (یعنی نیفزوده باشد) (بنگرید: ابن عابدین، ۷۵/۳-۷۴).

۱ - عبدالکافی السبکی از قائلین این دیدگاه است (به نقل از شربینی، ۱۳۷۷: ۱۵۴/۳) همچنین مناوی صاحب کتاب فیض التمدیر شرح الجامع الصغیر نیز قائل به این سخن است (مناوی، ۱۴۱۵: ۴۱۸/۱).

۲ - منظور از فسخ، نباید معنای مصطلح آن باشد؛ چرا که موارد فسخ نکاح معدودند و استثنائات با قیاس قابل توسیع نیستند. بهترین معنایی که می‌توان برای فسخ در نظر گرفت، باید «طلاق قضایی» باشد (دادنامه‌ی شعبه‌ی اول تجدیدنظرخواهی دادگاه مدنی خاص تهران مورخ ۵۹/۶/۱۲).

با مقایسه‌ی نظر فقهای اهل تسنن و امامیه به این نتیجه می‌رسیم که بر مبنای دیدگاه فقهای عامه، رجوع به حاکم در صورت عضل ولی، موجب روشن شدن علت منع خواهد شد و قاضی حکم مناسب صادر خواهد کرد، در صورتی که از دیدگاه فقهای امامیه، در صورت عضل ولی، ولایت، ساقط و دختر، خود اختیار نکاح خویش را بر عهده می‌گیرد، بدون اینکه صحت عضل یا صحت ادعای کفویت دختر آشکار گردد.

### ۳-۳- بررسی حقوق ایران

قانون مدنی از موارد سقوط ولایت و عدم استیذان ولی در باب نکاح موضوعات عضل و غیبت ولی را مطرح کرده است. بدین ترتیب که اگر ولی در صدور اجازه مضایقه‌ای نمود، اعتبار اجازه‌اش را از دست خواهد داد. مضایقه از دادن اجازه و اذن ممکن است صور مختلفی داشته باشد که عبارت است از:

۱- بدون بیان علت، ازدواج را رد کند؛

۲- به استناد علت غیرموجه آن را رد کند؛

۳- هیچ‌گونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند.

در هر سه صورت مذکور، دختر حق دارد به شرح ماده ۱۰۴۳ ق.م. به دادگاه مراجعه و اجازه ازدواج تحصیل کند (محقق داماد، ۵۵).

با توجه به اینکه مضایقه بدون منطبق ولی در نکاح باکره رشیده عضل نامیده شده، برخی از حقوقدانان (جعفری‌لنگرودی، ۲۷) غائب بودن ولی را نیز به نحوی که اذن گرفتن از او مشکلات و زحمت شدیدی به دنبال داشته باشد در حکم عضل فرض نموده‌اند، از این رو، آن نیز موجب سقوط ولایت ولی می‌شود.

برخی از حقوقدانان (همان) در تعارض بین دختر و ولی در انتخاب کفو، اختیار دختر را مقدم داشته و در صورت بیان علت موجه از سوی پدر انتخاب دختر رد خواهد شد. لذا ترجیح تصمیم پدر و جد پدری بر نظر دختر به صرف ولایت کفایت نمی‌کند.

### مرجع صالح برای تشخیص موجّه یا غیر موجّه بودن عضل

فقه‌های امامیه در بیان عضل به سقوط ولایت ولی و استقلال دختر در امر نکاح تصریح کرده‌اند. به نظر فقه‌های امامیه رجوع به حاکم و اثبات عضل نزد او ضرورتی نداشته و باکره رشیده خود می‌تواند نکاح را واقع سازد (ر.ک: علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۹۳/۲).

فقه‌های عامه رجوع به حاکم شرع را برای اثبات موضوع عضل ضروری دانسته‌اند. قانون مدنی نیز در تدوین ماده ۱۰۴۳ ق.م. از این نظر پیروی کرده و لزوم مراجعه به دادگاه و بررسی دادگاه در مورد وجیه بودن یا نبودن مضایقه ولی را پیش‌بینی نکرده بود. ماده ۱۰۴۳ ق.م. قبل از اصلاح سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است. هر گاه پدر یا جد پدری، بدون علت موجّه از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داد شده به دفتر ازدواج مراجعه و به توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می‌دهد و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع، دفتر مزبور می‌تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر و یا جد داده شود، ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود».

به خاطر پیش‌بینی نکردن مرجع تشخیص برای موجّه بودن یا غیر موجّه بودن ردّ نکاح باکره رشیده توسط ولی، برخی از حقوق‌دانان ظاهراً سردفتر را مرجع صالح دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۲۷).

برخی دیگر با متذکر شدن قضایی بودن موضوع و نداشتن سمت قضایی، سردفتر را فاقد چنین مسئولیتی و صرفاً او را مأمور ثبت واقعه ازدواج دانسته‌اند و در ادامه مرجع تشخیص موجّه بودن دلایل رد و یا ناموجّه بودن عدم موافقت ولی را زوجین معرفی نموده‌اند (محقق داماد، ۵۶-۵۵). این نظر با توجه به قضایی بودن موضوع و عدم وجود

سمت قضایی زوجین با اشکال روبه‌روست. بنابراین زوجین، فاقد مرجعیت تشخیص برای موجّه بودن یا نبودن رد توسط ولی هستند. پیداست که نظر زوجین ثبوتاً ملاک است و طبق نظر فقهای امامیه، دختر نیاز به نظر حاکم ندارد، ولی این مانع حقّ پدر یا جدّ پدری نیست که ادعای عدم کفویت کند.

به نظر عده‌ای دیگر از حقوقدانان، اگر به لحاظ کفو نبودن شوهر، نکاح مورد اعتراض پدر قرار گیرد، می‌تواند در دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفته و عندالاقضاء بطلان آن اعلام شود (مهرپور، ۷۵؛ کاتوزیان، ۸۳/۲).

در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مرجع تشخیص، دادگاه مدنی خاص معین شده است و ذیل ماده ۱۰۴۳ به این‌صورت تغییر یافته است: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جدّ پدری او است و هر گاه پدر یا جدّ پدری بدون علت موجّه از دادن اجازه مضایقه کند دختری می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر یا جدّ پدری اطلاع داده شود و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجّه از طرف ولی، دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید». از بیان این ماده اصلاحی، بیشتر و روشن‌تر از بیان ماده قبل از اصلاحیه استنباط می‌شود که اگر دختری در صورت ممانعت پدر این ترتیب را رعایت نکند و اجازه دادگاه را نگیرد نمی‌تواند مبادرت به نکاح کند و چنانچه تخلف نماید نه تنها ثبت نکاح او در دفتر ازدواج مجاز نیست و اگر ثبت شود تعقیب انتظامی سردفتر را در پی دارد بلکه عقد نکاح غیرنافذ است مگر اینکه ولی آن را تنفیذ کند؛ زیرا صدر ماده می‌گوید: نکاح دختر متوقف به اجازه پدر یا جدّ پدری است و ذیل ماده وقوع نکاح بدون اذن پدر را با رسیدگی دادگاه و اجازه او امکان‌پذیر ساخته است (مهرپور، ۷۷).

هنگامی که اصلاحیه قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ در مجلس شورای اسلامی به

تصویب رسید و ماده ۱۰۴۳ به همان شکل اصلاحی سال ۱۳۶۱ تصویب شد شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به دادگاه و أخذ اجازه برای نکاح در صورت ممانعت پدر را خلاف شرع دانست و طی نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ به مجلس شورای اسلامی در این خصوص اعلام کرد: الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه با موازین شرعی مغایر است. بدین جهت ماده ۱۰۴۳ ق.م. به شرحی که قبلاً نقل کرده‌ایم بدین صورت درآمد: «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است پس از أخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید».

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ بین وقوع ازدواج و ثبت آن تفاوت گذاشته شده است. صرف امتناع پدر بدون علت موجه موجب سقوط اجازه اوست و اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه ازدواج کند نمی‌توان بدین جهت نکاح او را باطل دانست، مگر اینکه عدم کفو بودن شوهر ثابت شود ولی ثبت ازدواج در دفتر ازدواج موقوف به طی این تشریفات و گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص است که اگر ازدواجی بدون اجازه ثبت شود تخلف انتظامی محسوب می‌شود. در این اصلاحیه دیگر اطلاع دادن به پدر یا جد پدری و انقضای مدت ۱۵ روز از تاریخ اطلاع آن قید نشده و صرفاً مقرر شده است که دختر باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید و با معرفی کامل مرد مورد نظر و شرایط نکاح و مهر از دادگاه کسب اجازه کند تا بتواند اجازه را به ثبت برساند. طبعاً دادگاه هر گونه که صلاح و مقتضی بداند رسیدگی نموده و اتخاذ تصمیم می‌کند. به عبارت دیگر، اگر دختر برای اثبات عضل ولی و کسب اذن از دادگاه برای نکاح بدون اذن، به دادگاه مراجعه نکند و مستقلاً خودش اقدام نماید، دادگاه نکاح او را صحیح می‌داند اما ثبت

قانونی نمی‌شود و در این حالت دادگاه، بین صحت نکاح و ثبت آن تفاوت قائل شده است و بنابراین چنین نکاحی تنها نفوذ قانونی ندارد.

به نظر می‌رسد اصلاحیه ماده ۱۰۴۳ ق.م. در سال ۱۳۷۰ اگر چه به نظام فقهی نزدیک‌تر است لیکن اجرای کامل آن در جامعه هرج و مرج را به دنبال خواهد داشت. لذا اصلاحیه سال ۱۳۶۱ از این لحاظ حافظ منافع و حریم خانوادگی است.

### مسئله

فرض کنید دختر بالغه‌ی باکره‌ی رشیده، بدون موافقت پدر یا جد پدری و بدون تشریفات مقرر در ماده ۱۰۴۳ ق.م. ازدواج می‌کند. سپس پدر به عنوان اینکه ازدواج بدون اذن او صورت گرفته دادخواستی به خواسته‌ی ابطال ازدواج به دادگاه تقدیم می‌نماید. آیا پدر باید اثبات کند که علت مخالفت او موجه است؟ اگر اثبات این امر بر عهده‌ی پدر نیست، آیا دختر می‌تواند ثابت کند که پدرش بدون علت موجه با ازدواج او مخالفت می‌کرده است و در صورت اثبات این امر، آیا دادگاه مکلف است حکم به بی‌حقی خواهان و صحت ازدواج نماید؟

به نظر می‌رسد که چون پدر یا جد پدری نسبت به نکاح دختر ولایت دارد و با احراز ولایت، اصل بر بقای آن است، نیازی به آوردن دلیل بر موجه بودن مخالفت ندارد و کافی است که وقوع ازدواج بدون موافقت خود را در تأیید خواسته‌اش ثابت کند. اما دختر در صورتی که اثبات نماید که علت مخالفت پدر ناموجه بوده است، دادگاه باید به سقوط ولایت پدر و نفوذ ازدواجی که بدون اجازه‌ی او واقع شده است، حکم کند. تشریفات مقرر در ماده ۱۰۴۳ ق.م. و نیز قبول اینکه تشخیص ناموجه بودن مخالفت با دادگاه است، مانع از آن نیست که اگر ناموجه بودن علت مخالفت بعد از ازدواج به اثبات برسد، حکم به نفوذ ازدواج شود. در واقع، لزوم اجازه‌ی پدر یا جد پدری در صورتی است که علت مخالفت، ناموجه نباشد و هر وقت پدر یا جد پدری

بدون علت موجه با ازدواج دختر مخالفت کند، ولایت او در نکاح و اعتبار اذنش در این خصوص ساقط می‌شود، هر چند که ممکن است بعد از وقوع نکاح، دادگاه آن را احراز و اعلام نماید. حکم دادگاه در این مورد اعلامی خواهد بود.

#### نقد ماده ۱۰۴۳ ق.م.

۱- قید «مدنی خاص» پس از واژه «دادگاه» همچنان باقی است که حذف آن به ویژه با جایگزین شدن محاکم خانواده ضروری به نظر می‌رسد و بهتر است از «دادگاه صالح» استفاده شود.

۲- به سقوط اجازه در این ماده تصریح شده است و این تصریح حاکی از آن است که ولایت پدر اصولاً پس از رشد ساقط می‌شود و اجازه مذکور استثناست و تنها اختیار قانونی باقی مانده از ولایت است که پس از رشد بر جای مانده و با خودداری غیر موجه پدر آن هم ساقط می‌شود. با وجود این در عمل معلوم نیست که اختلاف دختر با ولی چگونه حل می‌شود؟ آیا اطلاع دادن به ولی لازم نیست و در صورت اطلاع او باید تا کی پاسخ دهد؟ ماده کنونی از این جهت قابل ایراد است و شایسته است که ضمن اطلاع دادن به ولی مهلتی همانند گذشته برای پاسخگویی او تعیین شود تا از تأخیر در رسیدگی و تضييع حقوق دختر جلوگیری به عمل آید (صفایی و امامی، ۸۱؛ اسعدی، ۱۸۸).

۳- در صدر ماده ۱۰۴۳ ق.م. چنین می‌خوانیم: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه‌ی پدر یا جد پدری اوست». بایسته بود قانونگذار نکاح دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده را موضوع برای حکم قرار می‌داد. ولی قانونگذار رشد را مورد عنایت قرار نداده و به سن بلوغ بسنده کرده است، در حالی که علاوه بر سن بلوغ، احراز رشد در امر نکاح نیز لازم است؛ زیرا در صورت عدم احراز رشد، ولایت پدر به اتفاق فقیهان امامیه استمرار دارد و تنها استمرار ولایت بر دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده محل اختلاف است که قانونگذار بر خلاف نظر عدّه‌ی زیادی از فقهای



امامیه، اخذ اجازه‌ی پدر یا جدّ پدری را ضروری دانسته است. لذا قول استقلال دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده در امر ازدواج در قانون مدنی فاقد جایگاه است. برخی از حقوقدانان، ماده ۱۰۴۳ ق.م. را پیروی از قول تشریک یعنی انتخاب دختر و اجازه‌ی پدر دانسته‌اند تا هم رعایت شخصیت جوان در انتخاب همسر آینده‌ی خود بشود و هم پدر و جدّ پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند. آمیزه‌ای از عشق و تجربه، استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین می‌کند (کاتوزیان، ۸۱/۱-۸۰). شاید قانونگذار با ملاحظه‌ی مصلحت دختران باکره‌ی بالغه‌ی رشیده و جلوگیری از فروپاشی مناسبات اجتماعی لزوم اخذ اجازه‌ی حاکم را مطرح نموده است.

در ادامه‌ی ماده ۱۰۴۳ ق.م. چنین آمده: «هر گاه پدر یا جدّ پدری بدون علت موجّه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید». بنابراین با عنایت به فقه امامیه، نباید اجازه‌ی حاکم را از باب ولایت او بر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده تلقی نمود؛ بلکه باید آن را تأکید بر حفظ مناسبات اجتماعی و تضمین مصالح دختران دانست. بدیهی است قانونگذار با توجه به موارد غالبی رشد می‌تواند سنی را به عنوان رشد معرفی نماید و استقلال دختر باکره را منوط به آن سن نماید و در موارد کمتر از سنّ رشد با احراز رشد از ناحیه‌ی قاضی و حکم او، دختر بالغه بتواند به ازدواج مبادرت نماید.

۴- در ماده اصلاح شده کنونی «دختر باکره» به جای «دختر شوهر نکرده» گذارده شده است. به نظر می‌رسد که با این جایگزینی، قانونگذار به برخی از نظرات فقهی خود را بیشتر نزدیک کرده است.

وفق نظر فقهای قائل به تشریک در ولایت، اگر دختری ازدواج کرده ولی هنوز باکره است و در این حال به هر علتی از شوهر خود جدا شد و باز قصد ازدواج دیگری

داشت، چون باکره است، برای ازدواج دوم نیز احتیاج به اجازه پدر دارد. همچنان که در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ عبارت «دختری که هنوز شوهر نکرده» به «دختر باکره» تبدیل شد. زیرا عبارت قبلی این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد و قبل از دخول جدا شده باشد، به علت صدق عنوان شوهر کردن بر او، برای ازدواج بعدی نیازی به اجازه پدر نخواهد داشت و صرف خواندن خطبه عقد در سقوط اذن کافی است. برای رفع این شبهه در اصلاحیه، عنوان «دختر باکره» ذکر شده است.

در کتب روایی ما به این مطلب اشاره شده است که ولایت پدر نسبت به باکره به صرف عقد ساقط نمی‌شود، بلکه باید بکارت به نکاح شرعی از بین برود تا ولایت نکاح ساقط شود. در واقع در فقه ملاک لزوم اذن، باکره بودن دختر عنوان شده است (نک: طوسی، التمهید الاحکام، ۳۸۰/۷-۳۷۹؛ طوسی، الاستبصار، ۳/۲۳۵؛ کلینی، ۳۹۳/۵؛ ابن ابی جمهور، ۲/۲۶۷-۲۶۶).

آنچه از قرائن برمی‌آید این است که طریق زوال بکارت نیز برای صدق عنوان غیرباکره مورد توجه است و موضوعیت دارد. در فقه دختری که در اثر پریدن یا عمل جراحی و امثال آن بکارتش زائل شده در حکم باکره است و برای ازدواج اذن پدر را لازم دارد.

اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زائل شده باشد عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه پدر بود، در اثر آمیزش وجود ندارد. در عین حال، برخی از فقهاء معتقدند که چون وقوع نزدیکی ناشی از نکاح صحیح، موجب سلب عنوان باکره از دختر و سقوط اجازه ولی می‌گردد، پس در این شرایط نیز دختر در حکم باکره است و باید برای نکاح از ولی خود اجازه بگیرد (طباطبایی یزدی، ۲/۸۶۵).

احادیث موجود در این زمینه نیز عموماً طریق زوال بکارت را ذکر می‌کنند، دال بر اینکه بیوگی که در استقلال زن معتبر است، آن است که به نکاح صحیح شرعی، از اذن بکارت شده باشد.

البته در این خصوص بین قضات محاکم اختلاف نظر وجود دارد و برخی در یک رویکرد مخالف نسبت به آنچه بیان شد، معتقدند که دخول، مطلقاً (مشروع) باشد یا غیر (مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۲/۶۲ مورخ ۶۳/۱/۲۹ به دلیل وجود همین اختلاف آراء قضایی در مسأله، چنین رأی داد: «با توجه به نظر اکثر فقهاء و به ویژه نظر مبارک حضرت امام (س) در حاشیه عروه الوثقی و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ ق.م. [یعنی مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۳ ق.م. که نکاح دختر باکره را مطرح کرده است و ماده قانونی مذکور در آن ظهور دارد] مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود».

در مجموع، باید شیوه قانونگذار سال ۱۳۱۳ را تحسین کرد؛ زیرا وصف بکارت و باکره بودن سبب اختلافاتی می‌شود که حل آن به اتلاف وقت و تحصیل دلیل نیاز دارد. برای مثال، درباره دختری که ازدواج کرده ولی با او نزدیکی نشده است یا مطابق نظر آن عده که مطلق دخول و نزدیکی را (مشروع باشد یا نامشروع) سبب سقوط ولایت می‌دانند، ادعای مدعی باید ثابت شود که سبب بروز مشکلاتی می‌شود ولی دختر شوهر کرده معلوم است و از حیث اثباتی احراز آن آسان است.

برای رفع هر گونه اختلاف، به عنوان پیشنهاد می‌توان گفت هر گاه دختر شوهر کرده پیش از نزدیکی طلاق داده شود، در حکم باکره است و در هر دختر شوهر نکرده نیز بکارت مفروض است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود.

#### ۴ - سقوط ولایت ولی در صورت غیبت

غیبت و غیر قابل دسترس بودن از موارد سقوط ولایت ولی در امر نکاح بالغه باکره رشیده است. در این مورد فقهاء و حقوقدانان نظراتی را مطرح کرده‌اند که ذیلاً به تحلیل و بررسی آن پرداخته می‌شود.

#### ۴ - ۱ - بررسی دیدگاه فقهاء

شیخ طوسی در این زمینه می‌گوید: «هرگاه هر یک از پدر و جد پدری غائب باشند به گونه‌ای که خبری از آن دو نباشد یا خبری هم باشد، ولایتشان نافذ است و کسی حقّ به ازدواج در آوردن صغیره او را ندارد. لذا هرگاه صغیره به بلوغ رسید، اختیار نکاح را خود دختر به عهده می‌گیرد یا می‌تواند به کسی وکالت در تزویج خودش بدهد. البته فقهای عامه معتقدند زمانی که خبری از اولیای قرابتی نباشد حاکم، ولی در امر نکاح است. اما وقتی که از ولی خبری باشد و جایگاهش معلوم شود اگر غیبتش از مکان دوری باشد که نماز شکسته خوانده شود ولایت به خود دختر انتقال نمی‌یابد (مانند ولایت مفقود) و حاکم دختر را به ازدواج در می‌آورد و اگر غیبت از مکان نزدیک باشد دو وجه می‌تواند مطرح شود: اینکه حاکم دارای ولایت باشد و یا ولایتی نداشته باشد» (مبسوط، ۱۸۰/۴-۱۷۹).

ابن ادریس حلی نیز به نقل از شیخ طوسی به این مسأله اشاره کرده است، شیخ علت حکم مذکور را انحصار ولایت در پدر و جد پدری دانسته است و ذکر کرده که اگر یکی غائب باشد ولایت در تزویج برای دیگری است و اگر هر دو غائب باشند و دختر نیز بالغ باشد اختیار نکاح بر عهده خود دختر است و یا اینکه می‌تواند به باقی اولیاء (مانند برادر و عمو که ولایتشان لازم نیست) وکالت در تزویج دهد (۵۶۳/۲).

فقهای معاصر نیز معتقدند غائب بودن اولیای قرابتی به طوری که امکان اذن گرفتن از ولی با وجود نیاز باکره بالغه به ازدواج ممکن نباشد، موجب سقوط ولایت و یا به طور دقیق‌تر سقوط اعتبار اذن ولی در امر نکاح است (طباطبائی‌یزدی، ۷۰۴/۲؛ خوئی، منهاج الصالحین، ۲۶۱/۲؛ خمینی، ۲۳۰/۲).

بنابراین، غیبت اولیاء از جمله موارد سقوط اعتبار ولایت و اذن ولی در نکاح باکره

رشیده است.

#### ۴-۲- بررسی حقوق ایران

ماده ۱۰۴۴ ق.م. اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ چنین مقرر می‌دارد: «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید. تبصره - ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص است.»

حکم موضوع این ماده قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ وجود نداشت، اما با توجه به قطعی بودن این حکم در فقه اظهار می‌شد که از نظر قانون مدنی نیز در صورت عدم دسترسی به پدر یا جد پدری اجازه آنها ساقط است و دختر می‌تواند مستقلاً ازدواج کند (محقق داماد، ۵۹؛ امامی، ۲۸۷/۴). تدوین این ماده قانونی برگرفته از قاعده لاضرر و قاعده عسر و حرج است.

#### محجوریت ولی

ماده ۱۰۴۴ ق.م. قبل از اصلاحیه مورد دیگری از موارد سقوط اجازه ولی را بیان کرده بود و آن محجوریت و قیمومت پدر و جد پدری است. ماده ۱۰۴۴ سابق قانون مدنی چنین مقرر می‌داشت: «در مورد ماده قبل، اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومت باشد، اجازه قیّم او لازم نخواهد بود.»

لزوم اذن ولی در ازدواج اناث، پس از بلوغ و قبل از شوهر کردن از نظر فقهی امری خلاف اصل است؛ زیرا اصل بر آن است که اشخاص پس از رسیدن به سن بلوغ و دارا شدن اهلیت قانونی در امر ازدواج خویش دارای اختیار مطلق باشند. بنابراین بایست با تفسیر مضیق به موارد متیقّن و منصوص اکتفا نمود و چون نصوص وارده شرعی فقط ناظر بر شخص پدر و یا جد پدری است، لذا اذن دیگران تحت اصل باقی مانده و غیرمعتبر خواهد بود. لذا چنانچه پدر و جد پدری به علتی تحت قیمومت باشند همانند

موردی است که فوت نموده باشند و اجازه قیّم لزومی ندارد (محقق داماد: همان). لذا باکره رشیده که بالطبع بالغه نیز است، می‌تواند به اختیار خویش ازدواج کند. در راستای اصلاح ماده مذکور انتقاداتی نسبت به این ماده مبنی بر ضرورت نداشتن حذف موضوع ماده پیشین و نیز ضمیمه نکردن موارد اصلاحی به موارد سابق وارد کرده‌اند. چرا که هدف اصلی قانونگذار از اصلاح ماده ۱۰۴۴ ق.م. این بود که سقوط اجازه ولی شامل مورد غائب بودن و عدم دسترسی به او نیز شود تا هرگونه شبهه‌ای از این حیث مرتفع گردد. متأسفانه به جای اینکه این مورد نیز ضمیمه ماده ۱۰۴۴ ق.م. شود، جانشین آن گردید. هم اکنون با این اصلاحیه این شبهه پیش می‌آید که در صورت محجوریت ولی، ممکن است اجازه قیّم او برای ازدواج دخترش لازم باشد در حالی که از لحاظ فقهی اجماع بر آن است که در صورت محجوریت پدر یا جدّ پدری اجازه قیّم آن‌ها لازم نیست (مهرپور، ۷۹). اما برخی از حقوقدانان ضمن بیان انتقاداتی مبنی بر سزاوار نبودن حذف موضوع ماده قبلی، متذکر شده‌اند: «پس از حذف نیز قاعده مندرج در آن، که مبتنی بر فقه امامیه است به قوّت و اعتبار خود باقی است و به علاوه سقوط ولایت پدر یا جدّ پدری در صورت حجر و تحت قیمومت بودن از ملاک ماده ۱۰۴۴ اصلاحی قابل استنباط است» (صفایی و امامی، ۸۲-۸۱).

## ۵ - نتایج و پیشنهادات

از موارد سقوط ولایت ولی در نکاح بالغه باکره رشیده، از دیدگاه فقهاء و حقوقدانان عضل و غیبت ولی است. با توجه به اتفاق نظر فقهاء در ملاک بودن دین به عنوان معیار کفویت و شرط صحت عقد، می‌توان نتیجه گرفت که هرگاه دختر باکره رشیده، خویش را از ازدواج با فرد غیرمسلمان یا غیرشیعه منع نماید، عضل محسوب نبوده و دختر می‌تواند به اختیار خودش ازدواج کند. زیرا معیار بیان شده، شرط لازم برای صحت عقد بوده و دیگر ملاک‌های مذکور چون حرّیت، حسب و نسب و مانند آن

شرط کمال است که در صورت توافق ولی و دختر بدون رعایت این امتیازات نکاح واقع می‌شود.

قانون مدنی از دیدگاه فقهای معاصر که احتیاط را در استیذان از ولی و دختر در امر نکاح دانسته‌اند، پیروی نموده است. درباره‌ی اذنی که بعضی از فقهاء نکاح را متوقف به آن کرده‌اند، باید گفت که تنها به عنوان شرط کمال عقد می‌توان به آن نگاه کرد و ماهیت اذن در قول قائلین به احتیاط در لزوم اذن نیز شرط صحت عقد نمی‌باشد، بلکه نهایتاً اگر در صدد تعیین اثر شرعی برای آن باشیم، باید نفوذ نکاح را متوقف بر آن بدانیم. اذن ولی را اگر شرط صحت بدانیم، به این اعتبار است که ولی تنها در صورتی که کفویت وجود نداشته باشد، حق مخالفت دارد و آنچه که از نصوص و قول صریح فقهاء به دست می‌آید این است که در صورت فقدان کفویت، چه اذن ولی وجود داشته باشد و چه نداشته باشد، نکاح صحیح نخواهد بود و از طرفی چون در شرع مقدس، معیار و محدوده‌ی عدم کفویت بسیار ضیق است و تنها در صورتی که مرد غیرمسلمان قصد ازدواج با دختر مسلمان را داشته باشد، عدم کفویت به اثبات می‌رسد (به اتفاق کلیه‌ی فقهاء)، پس در صورت مسلمان بودن مرد و طبق قاعده‌ی صحت فعل مسلمان، می‌توان مدعای مرد را مبنی بر کفویت پذیرفت و اگر ولی ادعای عدم کفایت کرده، مخالفت خود را اعلام کند، وظیفه‌ی اثباتی با اوست و باید بتواند عدم کفویت را اثبات کند.

به عنوان پیشنهاد باید بگوییم که ارتقاء سطح بینش و فرهنگ جامعه مقتضی است که در صورت پدید آمدن اختلاف نظر میان پدر و دختر بر سر خواستگار مناسب، آن‌دو به مرجعی چون دادگاه خانواده رجوع نمایند تا از طریق راهنمایی‌های دستگاه مزبور موجه یا غیر موجه بودن رد پدر و یا ادعای کفویت از ناحیه دختر بررسی شده و به این

ترتیب ضمن حفظ حرمت‌ها، اختلافات طرفین نیز برطرف گردد. این گونه قطعاً ازدواج با رضایت هر یک از ولی و دختر واقع خواهد شد.

## منابع

### قرآن کریم.

- ابن ابی جمهور احسائی، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث*، (دوره ٤ جلدی)، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مطبعه سید الشهداء، چاپ اول، ١٤٠٣ ق.
- ابن ادیس حلی، *السرائر*، جلد ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن بابویه قمی، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ بیروت، ١٤٠١ ق.
- \_\_\_\_\_، *هدایه بالخیر*، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، چاپ اول، ١٤١٨ ق.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز، *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٦ ق.
- ابن حمزه طوسی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، مکتبه السید المرعشی النجفی، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.
- ابن رشد حفید، احمد بن محمد [قرطبی]، *بدایه المجتهد و نهایه المقصد*، دارالفکر، بی جا، ١٤١٥ ق.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، *غنیه النزوع فی الفروع*، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ١٤١٧ ق.
- ابن سلام هروی، قاسم، *غریب الحدیث*، (دوره ٤ جلدی)، بیروت، دارالکتاب العربی، ١٣٨٥ ق.
- ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار فی فقه مذهب ابی حنیفه*، (دوره ٦ جلدی)، بیروت، دارالفکر، ١٤١٥ ق.
- ابن قدامه، عبدالله، *المعنی*، جلد ٧، بیروت دارالکتاب العربی.



ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.

ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً*، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

اسعدی، حسن، *خانواده و حقوق آن*، مشهد، بهنشر (انتشارات آستان قدس رضوی)، چاپ اول، ۱۳۸۷.

اصفهان‌ی، بهاء‌الدین محمد بن الحسن بن محمد [فاضل هندی]، *کشف اللثام*، قم، مکتبه‌السیّد المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ ق.

امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.

ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، *کنویت در ازدواج و مصادیق فقهی و حقوقی آن*، مجموعه مقالات همایش بررسی وضعیت حقوق زنان در نظام حقوقی ایران، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه مازندران، ۱۷ اسفند ۱۳۸۲.

\_\_\_\_\_، *معیار کفایت در نکاح*، مجله علمی پژوهشی مقالات و بررسیها، دفتر ۷۴، زمستان ۱۳۸۲.

\_\_\_\_\_، و حسین کاویار، *پویش مفهوم و شیوه‌ی اجرای امر به معروف و نهی از منکر در اسلام*، مجموعه مقالات همایش ملی مفهوم‌شناسی، نظریه‌پردازی و نوآوری در حوزه‌ی امر به معروف و نهی از منکر، دانشگاه شیراز، دی ماه ۱۳۸۸.

بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی بهوتی الحنبلی، منصور بن یوسف، *کشاف القناع*، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۶ ق.

- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه*، جلد ۵ (دوره ۶ جلدی)، تحقیق احمد بن عبدالغفور عطار، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶ .
- \_\_\_\_\_، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸ .
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه*، بیروت، دارالعلوم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- حکیم، محسن، *مستمک العروه الوثقی*، قم، مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۴ ق.
- حلبی، ابوالصلاح، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه الامیر المؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *کتاب النکاح*، قم، لطفی، ۱۴۰۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۶۴ .
- خوری شرتونی، سعید، *اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد*، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، زیر نظر محمد معین و جعفر شهیدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید، ۱۳۷۷ .
- دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز [سلار]، *المراسم العلویه فی احکام النبویه*، قم، المعاونیه الثقافیه للجمع العالمی لاهل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- زارعی، محمد مهدی و عبدالکریم عبداللهی، *جایگاه همسانی اخلاقی زوجین در تشکیل خانواده در فقه و حقوق موضوعه*، مجله علمی پژوهشی مطالعات اسلامی، شماره پیاپی ۸۱/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ .

- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۰۹ق.
- سبزواری، ملا هادی، *کفایه الاحکام*، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی.
- سیستانی، علی، *توضیح المسائل*، قم، چاپ مهر، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *الام*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰ق.
- شاهرودی، محمود، *توضیح المسائل*، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- شربینی خطیب، محمد، *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، *الروضه اللبیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (شرح لمعه)*، تحقیق سید محمد کلاتر، منشورات جامعه النجف.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- شیخ الاسلامی، اسعد، *احوال شخصیه*، نشر دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰.
- صاحب جواهر، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، *توضیح المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۴ق.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- طباطبایی، علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل بیت (ع)، ۱۴۰۴ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *العروه الوثقی*، قم، مکتبه الوجدانی.
- طریحی، فخر الدین، *مجمع البحرين*، تهران، المکتبه المرتضویه، چاپ دوم، ۱۳۶۲.
- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، *الاستبصار*، دارالکتب الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

- \_\_\_\_\_، *التبیین فی تفسیر القرآن*، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
- \_\_\_\_\_، *التهدیب الاحکام فی شرح المقنعه*، (دوره ١٠ جلدی)، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ١٣٦٥.
- \_\_\_\_\_، *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ١٤١٥ ق.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، مکتبه المرتضویه.
- \_\_\_\_\_، *النهایه فی المعجده الفقه و الفتاوی*، بیروت چاپ دارالاندلس.
- عاملی، محمد، *نهایه المرام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- \_\_\_\_\_، *تلخیص المرام فی معرفه الاحکام*، چاپ در سلسله الینایع الفقهیه.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ*، قم، مرکز نشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ١٤١٧ ق.
- علم الهدی، سید مرتضی، *الانتصار*، قم، منشورات الشریف الرضی، ١٣٩١ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *توضیح المسائل*، قم، چاپخانه مهر، چاپ هفتم، ١٣٧٤.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله السوری، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تهران المکتب المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- فراهیدی، عبدالرحمن خلیل بن احمد، *کتاب العین*، (دوره ٨ جلدی)، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، دارالهجره، چاپ دوم، ١٤٠٩ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: خانواده*، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم، ١٣٨٢.
- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی: خانواده*، تهران، نشر دادگستر، ١٣٦٨.

- کاشانی حنفی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود، *البدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع*، پاکستان، المكتبه الحبیبه، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- کرکی، علی بن الحسین [محقق ثانی]، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل بیت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- کلینی رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، *الکافی*، (دوره ۸ جلدی)، تحقیق علی اکبر غفاری، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- گلپایگانی، محمد رضا، *توضیح المسائل*، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ هفتاد و سوم، ۱۴۱۳ ق.
- لویس معلوف، *المنجد فی اللغة و الاعلام*، تهران، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۲.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، (دوره ۴ جلدی)، تهران، انتشارات استقلال، چاپ سوم، ۱۴۰۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختصر النافع*، قم، مرکز الطباعة و النشر فی مؤسسه البعثه، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *تحلیل فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
- مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، بیروت، کانون ثانی، چاپ هفتم، ۱۴۰۲ ق.
- مفید، محمد بن نعمان، *المقنعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- مناوی، محمد عبدالروؤف، *فیض التصدیر شرح الجامع الصغیر*، (دوره ۶ جلدی)، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

- موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، تهران، منشورات مکتبه اعتماد الکاظم، چاپ ششم، ۱۴۰۷ ق.
- مهرپور، حسین، *مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی*، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- نراقی، احمد بن محمد بن مهدی، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، مشهد، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- نووی، ابی زکریا محی‌الدین بن شرف، *المجموع فی شرح التهذیب*، دارالفکر.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱  
پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۹۶-۶۹

## در آمدی بر جایگاه اخلاق\* در ازدواج و حقوق خانواده

دکتر محمدمهدی زارعی

استادیار دانشگاه مازندران

Email:mz14513543@yahoo.com

### چکیده

در طول تاریخ، نهاد خانواده با فراز و نشیبهای متعددی همراه و با ناهنجاریها و مشکلات عدیده‌ای به ویژه در بُعد تربیتی و اخلاقی دست به گریبان بوده است. اوج بی‌سامانی اخلاقی و تربیتی در این کانون، به مقاطع زمانی قبل از اسلام (دوران جاهلیت) بر می‌گردد. هرچند در قرون معاصر نیز این نهاد مقدس دستخوش تغییرات تکان دهنده‌ای شده است که خاستگاه آن در حوزه اخلاق قابل جستجو است. در این مقاله به بررسی بعد اخلاقی حقوق و تکالیف خانواده در اسلام پرداخته شده است. در این راستا، دیدگاه اسلام نسبت به الگوهای غیراخلاقی ازدواج و خانواده در قبل از اسلام و دوران معاصر تبیین گشته و حقوق و تکالیف حاکم بر خانواده اسلامی با تأکید بر مقاصد اخلاقی معرفی شده است و این مطلب به اثبات می‌رسد که علی‌رغم وجود برخی از شبهات، ظهور اخلاق و آمیختگی آن با قوانین و مقررات خانواده، در حقیقت ضامن اجرایی آن به شمار می‌رود و عناصر موجود در خانواده با وجود این دسته از حقوق و تکالیف اخلاق‌محورانه، به استحکام این کانون مقدس می‌پردازند. به همین منظور به برخی از احکام فقهی و حقوقی از قبیل حقوق و تکالیف والدین و فرزندان و روابط حاکم بر زن و شوهر در خانواده با رویکرد اخلاقی پرداخته شده است.

**کلید واژه‌ها:** خانواده، اخلاق، حقوق خانواده، ازدواج.

---

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۵/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۵/۰۳.

## مقدمه

دین اسلام در حوزه خانواده با عبور از سنتهای ناپسند رایج در عصر جاهلیت، به منظور شکل‌گیری خانواده‌ای اخلاق‌مدار، الگوی ازدواج اسلامی را به بشریت عرضه نموده است که کارآمدی اخلاقی آن توجه بسیاری از دانشمندان را در قرون معاصر به خود جلب کرده است. کارکرد اخلاقی ازدواج در اسلام، نتیجه پیوند ارادی و آزادانه دو جنس مخالف است که حُسن معاشرت، صداقت، وفاداری و دیگر موارد ارزشی از قبیل عفت و حیا را در محیط خانواده به ارمغان می‌آورد. آیات قرآن و توصیه‌های فراوان معصومان علیهم السلام پیرامون ازدواج و تشکیل خانواده و نیز تأییدات عقلی، بیانگر مطلب فوق است.

باید دانست مسائل خانواده از دو دیدگاه حقوقی - فقهی و اخلاقی مورد بررسی قرار می‌گیرد، اما بر اساس دیدگاه دوم، در این مقاله جریان اخلاق در حقوق خانواده به مثابه جریان خون در بدن حضوری دائمی فرض شده است. بر همین اساس در کنار حقوق خانواده، «حُسن معاشرت» در خانواده، یکی از دستورات عملیهای اخلاقی و عامل تحکیم خانواده و برطرف کننده نیازهای زوجین در ابعاد مختلف به شمار می‌رود. در مقابل، «سوء معاشرت» در خانواده موجب از بین رفتن آرامش در آن است. در متون اسلامی دستور به معاشرت نیکو فراوان دیده می‌شود (نساء/۱۹). امام صادق(ع) می‌فرماید: «ملعون ملعونٌ مَنْ ضَيَّعَ مَنْ يَعْوَلُ؛ مورد لعن و نفرین است کسی که حقوق خانواده خویش را ضایع کند» (حرّ عاملی، ۲۵۱/۱۵).

پیامبر اسلام (ص) در مورد حق زن بر شوهر فرمود: «فَعَلَيْكُمْ رِزْقَهُنَّ وَ كَسْوَتَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ؛ پس بر شما باد که خوراک و پوشاک همسرانتان را به نیکی و شایستگی ادا کنید (همان، ۲۳۰). اصل شایسته بودن نفقه به نحوی که در شأن زن باشد در حدیث فوق، وظیفه اخلاقی و حسن معاشرت مردان به شمار رفته است. گرسنه نگه داشتن زن و یا فرزندان،



خسب بودن و تأمین نکردن مخارج همسر، اعم از خوراک و پوشاک بر خلاف اخلاق اسلامی بوده و از این جهت، مرد با حکم نفقه موظف می‌شود با رعایت اصول اخلاقی به همه نیازمندیهای همسر در حله معروف پاسخ دهد. این دستور به آن دلیل است که زن از کارهای اجباری و خسته‌کننده معاف باشد و مسئولیت مالی خانواده را به دوش نکشد و همان رنج طاقت‌فرسای بارداری و وضع حمل را که طبیعتاً بر عهده دارد، خود مسئولیت بسیار بزرگی است که خداوند بر عهده او قرار داده است و از نظر اخلاقی، وظیفه شوهر است که از او حمایت مادی و معنوی نماید.

بر همین اساس، قوانین مدنی هم نسبت به این موضوع تأکید می‌ورزد: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند» (قانون مدنی ماده ۱۱۰۳) و یا «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند» (قانون مدنی ماده ۱۱۰۴). برای تحقق این مهم در خانواده، «اخلاق» بیشترین نقش را در مقایسه با دیگر ابزارهای استحکام‌بخش خانواده از قبیل زیبایی، مال، عنوانهای اجتماعی، تحصیلات و... دارد. همان گونه که قرآن کریم در آیه «فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ...» (نساء/۳۴)؛ پس زنان درستکار فرمانبردارند [و] به پاس آنچه خدا [برای آنان] حفظ کرده، اسرار [شوهران خود] را حفظ می‌کنند... استحکام خانواده را مبتنی بر «وفاداری» همسر نسبت به شوهر خویش می‌داند.

در الگوی خانواده اسلامی «حقوق و تکالیف» زوجین و فرزندان نسبت به یکدیگر و یا سایر خویشاوندان، در سایه اصول اخلاقی مورد تأکید قرار گرفته است. برای مثال، در نظام حقوق خانواده اسلامی، احسان به والدین (نساء/۳۶؛ انعام/۱۵۱؛ اسراء/۲۳؛ عنکبوت/۸؛ احقاف/۱۵؛ مریم/۳۲) و سپاس‌گزاری از آنها (لقمان/۱۴) و خضوع در برابر ایشان (اسراء/۲۴) از اصول اخلاقی به شمار می‌رود.

محبت و مودت زوجین در خانواده اسلامی، از اصول اخلاقی می‌باشد که در قرآن کریم به آن تصریح شده است (روم/۲۱). از آنجایی که انسانها در طول حیات خود نیاز به مهربانی و عطوفت دارند، بارزترین مصداق محبت را می‌توان میان زن و شوهر و فرزندان آنان یافت که هر کدام نیز حقوق و تکالیف معینی دارند. به هر حال، حقوق خانواده در اسلام همراه با آمیختگی آن با جنبه‌های اخلاقی، باعث تکامل معنوی آدمی می‌شود. با توجه به طرح شبهاتی مبنی بر غیر اخلاقی بودن برخی از احکام حاکم بر خانواده اسلامی (کدیور، ایسنا، ۸۲/۶/۱۵؛ صادقی، سهیلا، کتاب زنان، شماره ۲۸/ص ۲۷)، در این مقاله سؤال آن است که آیا الگوی خانواده اسلامی و مبانی آن با توجه به حقوق و تکالیف موجود در آن، اخلاقی است یا خیر؟ به منظور دست یافتن به پاسخ، در ابتدا به الگوهای غیر اخلاقی ازدواج و مقررات خانواده در دوره‌های جاهلیت قبل از اسلام و معاصر اشاره می‌گردد و پس از آن به الگوهای مناسب ازدواج و مظاهر اخلاقی در مسائل کلان و موردی نظام خانواده اسلامی، اعم از حقوق و تکالیف، با تأکید بر مقاصد اخلاقی پرداخته می‌شود.

### الگوهای غیر اخلاقی ازدواج و خانواده در دوران جاهلیت قبل از اسلام

اسلام پیرامون انحرافها و تحریفهای ادیان و مذاهب در مسائل مختلف، از راهکارها و ابزارهای مناسبی بهره برده است و آموزه‌های خود را در قالب احکام تأسیسی و امضایی به جامعه بشریت عرضه کرده است. از جمله مسائلی که اسلام به صورت عمیق آن را مطرح کرده و مورد بررسی قرار داده است، مسأله ازدواج است که به برخی از الگوهای غیر اخلاقی ازدواج و عکس العمل اسلام نسبت به آنها اشاره می‌گردد:

۱- **نکاح المقت:** این نکاح در زمان جاهلیت معمول بود که هر گاه کسی از دنیا می‌رفت و همسر و فرزندان از خود به یادگار می‌گذاشت، در صورتی که آن همسر، نامادری فرزندان او بود، فرزندان نامادری را همانند اموال او به ارث می‌بردند، به این

ترتیب که آنها حق داشتند با نامادری خود ازدواج کنند و یا او را به ازدواج شخص دیگری درآورند، در صورت ازدواج با نامادری، فرزند متولد شده «مقتی» نامیده می‌شد (طریحی، مجمع البحرین، ۲۱۷/۴). با نزول آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا» (نساء/۲۲) خط بطلان بر یکی از اعمال ناپسند دوران جاهلیت کشیده شد: «با زنانی که پدران شما با آنها ازدواج کرده‌اند ازدواج نکنید...».

سه تعبیری که در آخر آیه آمده از این قرار است: ۱- «إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً؛ این عمل، کار بسیار زشتی است. ۲- «وَمَقْتًا؛ عملی که موجب تنفر در طبع بشر است. ۳- «وَسَاءَ سَبِيلًا؛ روش زشت و نادرستی است [ای: بئس طریقاً ذلک النکاح الشیئی الفاحش] (طبرسی، تفسیر جوامع الجامع، ۱/ ۳۸۵). حتی مردم جاهلی نیز «آن نوع ازدواج را "مقت" (تنفر آمیز) و فرزندانی که ثمره آن ازدواج بودند را "مقیّت" (فرزندان مورد تنفر) می‌نامیدند» (همان/۳۸۴). قابل ذکر است که این نوع ازدواج در برخی از منابع به نکاح ضیزن نام برده شده است (طبری، ۳/ ۴۰۴؛ آلوسی، ۳۷۶/۳؛ رشید رضا، ۴/ ۵۲۴).

**۲- نکاح شیغار:** نکاحی که فارغ از مهر باشد (طوسی، المبسوط، ۲۰۸/۴) و یا این که مهریه هر نکاح، نکاح دیگر باشد؛ یعنی این مبادله به صورتی باشد که برای هر یک از آنها مهریه جداگانه‌ای معین نشود و این نوع از نکاح به اتفاق علما باطل است (طوسی، المبسوط، ۴/ ۲۴۴؛ فاضل هندی، ۲۶۲/۷). با این وصف، بضع دختران به عنوان ملک طرفین، مورد خرید و فروش قرار می‌گیرد. به دلیل نگاه مالی به این قضیه از نظر اخلاقی و انسانی و به دلیل قول معصوم که فرمود: «الاشغار فی الاسلام»، نکاح مذکور، بالاجماع و النص، باطل و حرام شده است (همان/۲/۵۳).

**۳- نکاح البدل:** در جاهلیت مرسوم بوده است که هر گاه مردی از زن مرد دیگری خوشش می‌آمد همسر خود را با همسر آن مرد معاوضه و تبدیل می‌کرد و به مرد طرف مقابل خود می‌گفت: بادلنی بامرأتک و ابادلک بامرأتی، تنزل لی عن امرأتک فانزل لک عن

إمرأتی (مجلسی، ۲۳۸/۲۲). بر اساس برخورد پیامبر(ص) با عمل فوق این رسم جاهلی هم ریشه کن شد. (ابن بابویه، معانی الاخبار ۲۷۵؛ قرطبی، ۲۲۰/۱۴).

**۴- نکاح الخَدْن:** «خدن» در اصل به معنی دوست و رفیق است (ابن منظور، ۱۳۹/۱۳؛ زبیدی، ۱۹۰/۹)، اما معمولاً برای افرادی استعمال می‌شود که با جنس مخالف خود ارتباط نامشروع پنهانی برقرار می‌سازند. کلمه «خدن» هم بر مرد و هم بر زن اطلاق شده است. برقرار کردن روابط پنهانی و نامشروع با زنان تحت عنوان نکاح الخدن در جاهلیت مرسوم بوده است؛ به نحوی که آنان فقط زنا را آشکار را حرام می‌دانستند، ولی زنا را مخفی را حرام نمی‌پنداشتند (رازی، ۱/۶۳). این نوع زنا، چون در خفا صورت می‌گرفت، مورد تقبیح واقع نمی‌شد و بدون مَهْرِیَه و نَفَقَه بود (طبرسی، مجمع البیان، ۳۴/۲). اسلام با توجه به آیات قرآن کریم (نساء/۲۵)، با این عمل غیر اخلاقی مخالفت کرد و این‌گونه نکاح بین زن و مرد را چه به صورت جلی و چه به صورت خفی باطل اعلام کرد.

**۵- نکاح جمع بین دو خواهر:** در زمان جاهلیت ازدواج دو خواهر به طور هم زمان با یک مرد رایج بود و حتی ممکن بود یک مرد با چند خواهر در یک زمان ازدواج کند (هاشمی، ۱۶۴). باید گفت: با توجه به وجود روابط عاطفی بین چند خواهر، اصول اخلاق، به عدم جمع بین آنها حکم می‌نماید؛ «زیرا انگیزه "محبت" و "رقابت" دائماً در وجود آنها در حال کشمکش و مبارزه است» (مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳۳۱/۳). لذا، به واسطه این امر و وجود دیگر حکمتها، حکم حرمت این ازدواج در قرآن کریم وارد شده است (نساء/۲۳). پس اسلام با این سنت جاهلی هم مبارزه کرده است و این تحول هدفمندانه را در نهاد خانواده، همراه با یک رویکرد اخلاقی ایجاد نموده است.

**۶- تعداد نامحدود زوجات:** یکی از رسمهایی که در جاهلیت رواج داشت، داشتن تعداد نامحدود زوجات برای یک مرد بوده است. گاه شمار زنان یک مرد از دهها تن تجاوز می‌کرد. نام افرادی در تاریخ آمده است که وقتی مسلمان شده‌اند بیش از چهار زن داشته‌اند.

از جمله آنها غیلان بن سلمه است که ده زن داشت. پیامبر(ص) او را وادار کرد که شش تن از آنها را رها کند (طوسی، *الخلافة*، ۴/۲۹۴؛ علامه حلی، *تذکرة الفقهاء*، ۶۳۸/۲). اسلام با طرح مسأله اجرای عدالت میان زنان، تعداد ازدواجها را محدود کرد (نساء/۳). این گونه از دستورات الهی جزء حدود الهی به شمار می‌رود و هر کس که از این حدود تجاوز نماید، از ظالمین است (بقره/۲۳۰). در نزد فقها دستور قرآن در اکتفا به یک همسر، مبین ظلم و جور است که ممکن است از فقدان عدالت به واسطه اختیار کردن بیش از یک همسر واقع شود (شیخ طوسی، *المبسوط*، ۴/۱۵۵). بنابراین، از آنجایی که اجرای عدالت بین زوجات ضروری است (فخرالمحققین، ۳/۲۵۱)، اسلام با هدف دور نمودن هر نوع بداخلاقی از محیط خانواده، با دقت بیشتری تعدد زوجات را مورد توجه قرار داده است.

**۷- نکاح الاستبضاع:** نوعی نکاح در جاهلیت که فقط برای رسیدن به فرزند بوده است (ابن منظور، ۸/۱۴)؛ یعنی هدف از تشکیل این نوع ازدواج آن بود که اگر مردی مایل بود فرزندی با قیافه و شکلی خاص یا دلیر و شجاع یا سخنور و شاعر و امثال آن داشته باشد؛ چون خود دارای آن صفت نبود، همسر خود را با رضایت کامل و می‌داشت تا مدتی با مردی که دارای صفات مورد نظر است، همبستر و از او باردار شود. فرزند متولد شده، در حالی که از دیگری بود، طبق سنت رایج، متعلق به شوهر رسمی زن مذکور بود. در همین رابطه، نکاح الاستبضاع نیز به همین معنا آمده است (نووی، ۱۶/۱۲۹).

**۸- نکاح الرهط:** معنای واژه رهط عبارت است از: الجماعة من الثلاثة الى عشرة أو مادون العشرة و ما فیهم إمراة (فیروزآبادی، ۲/۳۶۱). در این نکاح، عده‌ای از مردان [که از سه تا ده تن هستند] با رضایت یکدیگر، با یک زن رابطه زناشویی برقرار می‌کردند و مخارج او را بر عهده می‌گرفتند. فرزندی که از این نوع زناشویی متولد می‌شد اگر پسر بود، مادر آن نوزاد، یک یک آن مردان را خواسته و سپس به یکی از آنها خطاب می‌کرد: این فرزند از تو است. مرد مورد نظر حق هیچ‌گونه اعتراضی نداشت و اگر دختر بود از مردان

دعوتی به عمل نمی‌آمد؛ زیرا هیچ کدام حاضر نمی‌شدند برای آن دختر پدر باشند. در کتاب المجموع آمده است: اگر فرزندی از این زنان به دنیا می‌آمد، همه مردانی که با آنها ارتباط داشتند جمع می‌شدند و آن‌گاه کاهن و قیافه‌شناس می‌آوردند و قیافه‌شناس از روی شباهت قیافه، رأی و نظر می‌داد که این فرزند از آن کیست. آن مرد هم مجبور بود نظر قیافه‌شناس را بپذیرد و آن فرزند را فرزند رسمی و قانونی خود بداند (نوی، ۱۲۹/۱۶).

۱۰- **نکاح به امید مالک شدن اموال زن:** یکی از رفتارهای غیر اخلاقی مردان در دوران جاهلیت این بود که با زنان ثروتمندی که از زیبایی بهره‌ای نداشتند ازدواج می‌کردند. سپس آنها را به حال خود وا می‌گذاشتند. نه آنها را طلاق می‌دادند و نه همچون یک همسر با آنها رفتار می‌نمودند؛ به امید این که مرگشان فرا رسد و اموالشان را تملک کنند (مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳/۳۱۹).

### الگوهای غیر اخلاقی ازدواج و خانواده در جاهلیت معاصر

۱- **هم‌خانگی (cohabitation)** - زندگی کردن زن و مرد با رابطه جنسی بدون ازدواج: این نوع نکاح عبارت است از هم‌خانگی یا زندگی مشترک یک زن با یک مرد بدون ازدواج. این نوع ازدواج علی‌رغم ارضای شهوت جنسی، به دلیل مخالفت با اصول مسلم همه ادیان الهی، از دیدگاه اسلام نیز هیچ‌گونه مشروعیتی ندارد و به دلیل بی‌ثباتی، موجب بقای نسل پاک نمی‌شود و از مسائل تربیتی و رسیدگی به امور فرزندان و عواطف خانوادگی به دور است. بنابراین، در الگوی هم‌خانگی مهمترین هدف تأمین تمایلات حیوانی و نفسانی انسان است (فاطمه احمدی، مقاله کارکرد خانواده در اسلام و فمینیسم، [www. Bsharat](http://www.Bsharat.com/id/14zan/03.html)؛ **فصل‌نامه شیعه‌شناسی** ۹/ بستان، حسین، نقل از پایگاه اینترنتی [www.hawzah.net](http://www.hawzah.net)).

۲- **اشتراکی (communities)** - زندگی مختلط و مشترک): خانواده‌ای که مشتمل بر تعدادی از مردان و تعدادی از زنان است که با یکدیگر ارتباط جنسی مشترک دارند (همان اختلاط جنسی در این نوع خانواده‌ها از ویژگیهای آشکار آن است که با توجه به ناسازگاری این اختلاط با طبیعت و فطرت انسان، در واقع از جنبه‌های اخلاقی، روحی و عاطفی بشر به دور است. در یک خانواده اشتراکی که شخص با چندین نفر رابطه جنسی دارد، چگونه می‌تواند تعلق خاطر به خانواده و تمرکز محبت و عاطفه به فرزندان داشته باشد؟

۳- **همجنس‌بازی (homosexuality)** - دارای احساسات جنسی نسبت به جنس موافق، مثل اینکه مرد با مرد و یا زن با زن دفع شهوت نماید): شکلی از برقراری رابطه جنسی با جنس موافق که در جاهلیت مدرن به عنوان خانواده به شمار می‌رود. این گردهمایی در حقیقت همجنس‌گرایی میان مردان و زنان را به رسمیت می‌شناسد. زوجهای همجنس‌باز امکان تولید مثل ندارند و اگر فرزندان از ازدواجهای قبلی خود داشته باشند، برای رسیدن به شهوات حیوانی و منافع مادی، آنان را نیز به همجنس‌گرایی سوق می‌دهند. بر این اساس، چنین شکلی از خانواده، در بقای نسل و ایجاد آرامش حقیقی میان خود نقشی ندارند و در نتیجه مناسباتی با اخلاق و فطرت نیز نخواهند داشت

( [www.http://fa.wikipedia.org](http://www.fa.wikipedia.org) ؛ [www. Bsharat com/id/14zan/03.html](http://www.Bsharat.com/id/14zan/03.html) ) .

۴- **چند شوهری (polyandry)** - زنی که با چند شوهر زندگی می‌کند): خانواده‌ای که برای شکل‌گیری آن چند برادر با یک زن ازدواج می‌کنند و فرزندان آن زن به همه آنان تعلق دارد. «امروزه این نوع خانواده در برخی از جوامع مانند بوداییان تبت یافت می‌شود» (توفیقی، ۲۸۴).

## ب) الگوی ازدواج و خانواده در اسلام با رویکردی اخلاقی

اسلام ازدواج را مایه حفظ دین می‌داند (طبرسی، مکارم الاخلاق، ۱۹۶؛ حر عاملی، ۱۷/۲۰). پیامبر اسلام (ص) به مردی که دائماً در مسجد مشغول عبادت بود فرمود: آیا زن داری؟ گفت: نه. فرمود کنیز داری؟ عرض کرد نه. سپس فرمود: توانگری؟ گفت آری. فرمود: برو ازدواج کن و گرنه از راهبان نصاری، (در روایتی) برادران شیاطین (و در روایتی دیگر) از گناه‌کاران خواهی بود (نوری، ۱۵۵/۱۴؛ مجلسی، ۲۲۱/۱۰۰). بنابراین، فلسفه ازدواج در اسلام در مرحله اول به تکامل معنوی بشر، محبت و تقرّب الهی (نجفی، ۱۳/۲۹؛ طوسی، *تهذیب الاحکام*، ۷/حدیث ۱۰۴۴) برمی‌گردد و پس از آن بر بقای نسل، حفاظت از فطرت و کرامت انسان، عفت و حیاء فردی و اجتماعی او در قلمروی اخلاق دلالت دارد.

اسلام برای رسیدن به این هدف مطلوب، ابتدائاً الگوی ازدواج دائم را به عنوان بهترین روش پیشنهاد کرده (نساء/۳) و سپس ازدواج موقت را به عنوان یک الگوی مشروع و بر پایه واقعیت و نیازهای طبیعی که در جوامع قبلی پی ریزی شده بود، مشروعیت بخشیده است و عقل نیز آن را تأیید می‌کند (سید مرتضی، ۲۶۸؛ حلی، ابن ادریس، ۶۱۸/۲). لذا، رسماً آن را پذیرفته است (نساء/۲۴؛ ر.ک: طباطبایی، محمد حسین، ۲۹۰/۴؛ بحرانی، ۱۱۶/۲۴؛ مکارم شیرازی، *تفسیر نمونه*، ۳/۳۴۳). علامه طباطبایی نیز در یک نگاه اخلاقی، فلسفه تشریح نکاح، بالخصوص نکاح موقت را از باب تسهیل دینی برای بندگان و سدّ طریق فحشاء و قطع ریشه‌های فساد می‌داند (طباطبایی، محمد حسین، ۲۷۶/۴). شهید مطهری، در رویکرد اخلاقی به الگوی ازدواج در اسلام معتقد است که پیمان استوار و زندگی طبیعی میان زوجین همان ازدواج دائم است. پس اگر این نوع ازدواج به تنهایی قادر به رفع احتیاجات بشر نبود، برای جلوگیری از «غوطه‌ور شدن در کمونیسم جنسی و یا گرایش به رهبانیت»، الگوی ازدواج موقت به عنوان راه حلّ اضطراری تشریح شده است (مطهری، ۴۷).



به هر حال، تشکیل خانواده بر اساس عقد دائم در اسلام، پیمانی مقدس و «میثاق غلیظ» (نساء/ ۲۱) به شمار می‌رود. همان‌گونه که قبلاً بیان شد، از نظر اسلام، ازدواج برای رضایت پروردگار و تقرب به ذات حق انجام می‌گیرد. در سایه این هدف مطلوب، اهداف و منافع دیگر ازدواج در حوزه‌های مختلف به ویژه حوزه اخلاق به دو صورت می‌تواند قابلیت ظهور و اجرا پیدا نماید:

#### الف) - ظهور اخلاق در مبانی الگوی ازدواج و تشکیل خانواده در اسلام

۱- هم‌گرایی با فطرت: یعنی شخص با ازدواج، به خواست فطری خود پاسخ داده است. به این مفهوم که انسانها فطرتاً اخلاق‌گرا هستند و از طرفی نوعاً برای جواب به غریزه جنسی نقش‌آفرینی می‌نمایند. بازی در این نقش به واسطه تمناى ارتباط با جنس مخالف محقق می‌شود. شروع فعالیت این غریزه خدادادی در سنین مشخص موجب برقراری رابطه جنسی و آمیزش با جنس مخالف می‌شود. پاسخ‌گویی به این غریزه از ناحیه هر انسان، باید عاقلانه، مشروع و بر اساس اصول اخلاقی باشد. از پیامدهای این ارتباط، پذیرش سنت الهی زوجیت است (لیل/ ۳؛ ذاریات/ ۴۹). بر این اساس، ازدواج در اسلام ریشه در سنت الهی داشته و هم‌گرایی با فطرت اخلاق‌مدارانه بشر دارد.

۲- تکثیر نسل پاک: اسلام ازدواج را تنها برای ارضای غریزه جنسی تشریح نکرده است؛ بلکه ازدواج در اسلام، قانون تکثیر نسل پاک (شوری/ ۱۱) است. لذا، پیامبر(ص) می‌فرماید: «ازدواج کنید تا نسل شما زیاد شود؛ چرا که من به تعداد شما در روز قیامت بر دیگر امت‌ها مباحثات می‌ورزم» (نهج الفصاحه، ۲۲۱/ حدیث ۱۸۱۹؛ احسانی، ۳/ ۲۸۶). بر این اساس می‌فرماید: «با زنانی ازدواج کنید که فرزندان آور و پر خیر و برکت باشند» (نهج الفصاحه، ۱۷۵/ حدیث ۱۴۹۱). ظهور اخلاق در این مبنا از مبانی ازدواج، زمانی آشکار می‌شود که ما، انسانهای پاک امروز را محصول ازدواج جامعه پاک دیروز بدانیم. از همین جهت توصیه‌های مؤکد در انتخاب همسر مبنی بر پاک‌سرشت بودن آنان از ناحیه وراثت و

ابعاد اخلاقی، وارد شده است و در نزد دانشمندان اسلامی نیز به این امر توجه عمیقی شده است (طوسی، نصیر الدین، ۱۰۲). اسلام در پی ازدواجی است که با ایمان و اخلاق رابطه داشته باشد و اصل و نسبتها کاملاً مشخص باشند. بنا بر مفاد آیه ۴۲ سوره عبس (طباطبایی، محمد حسین، ۲۰ / ۲۱۱)، اعتقادات و مسائل اخلاقی کفّار، نه تنها از طریق وراثت، بلکه به واسطه تربیت والدین به فرزندان منتقل می‌شود (خمینی، کتاب الطهاره، ۳۰۹/۳).

بنابراین، اگر بقای نسل را یکی از مهم‌ترین اهداف ازدواج در اسلام بدانیم (فیض کاشانی، المحجة البيضاء، ۳ / ۵۸؛ ابن سینا، ۱۱)، نسلی مورد نظر است که از نظر اعتقادی و اخلاقی، از پلیدیها و آلودگیهای ظاهری و معنوی پاک و مبرّی باشد؛ به طوری که از دامن زنان، مردان به معراج راه یابند (تبیان، دفتر هشتم، ۲۰).

**۳ - تأمین آرامش و سکون:** از نظر عقلی و فطری، انسان نیاز به آرامش روحی و روانی دارد. در غیر این صورت، در رسیدن به اهداف خویش باز می‌ماند. از عواملی که قرآن کریم از آن به عنوان امر آرام‌بخش سخن گفته است، «عامل زوجیت» میان زوجین است. این عامل، درک نیازمندیهای روحی و عاطفی متقابل زوجین و یکی از اصول اخلاقی‌ای است که در محیط خانواده برای مدت طولانی؛ یعنی تا پایان عمر دنبال می‌گردد. بنابراین، در اسلام ازدواجی مورد نظر است که تأمین‌کننده آرامش انسان باشد و به نوعی از آشوب و اضطرابهای زندگی انسانی جلوگیری نماید و یا درون مضطرب وی را آرامش ببخشد و به همین دلیل زن در قرآن مایه آرامش معرفی شده است (اعراف / ۱۸۹؛ روم / ۲۱).

**۴ - انگیزه جنسی:** بر اساس حکمت خداوند متعال، در بشر انگیزه‌هایی وجود دارد که به اقتضای فطرت، مجبور به پاسخ‌گویی به آنها است. یکی از آن انگیزه‌ها، غریزه جنسی است. با توجه به اینکه در طبیعت زن و مرد این انگیزه فطری قرار دارد، چگونه و به چه هدفی بر طرف می‌گردد؟ بر اساس آیات قرآن، در الگوی خانواده اسلامی مهم‌ترین هدف

این انگیزه، تولید مثل است که نتیجه آن، شکل گرفتن جوامع و ملتها می‌باشد (نحل/۷۲؛ حجرات/۱۳؛ نساء/۱؛ ذاریات/۴۹؛ شوری/۱۱؛ یس/۳۶).

رویکرد اخلاقی به انگیزه جنسی در سطح کلان، به اصل تشکیل خانواده در اسلام ارتباط پیدا می‌کند؛ به طوری که زوجین، کانون مطمئن خانواده را بستری مناسب برای اشباع انگیزه جنسی طرفینی دانسته و به خاطر همین انگیزه که در پیوندجویی دنبال می‌شود، هر یک از زوجین در کنار همسر خود احساس امنیت و آرامش می‌کنند و در پی آن، در قالب عشق و مودت فضائل اخلاقی پدید می‌آید و در این فضای سالم، شخصیتها شکل می‌گیرند. برای دریافت رویکرد فوق می‌توان به آیات (اعراف/۱۸۹؛ روم/۲۱) مراجعه نمود. از نظر اخلاقی هیچ اشکالی ندارد که انسان از طریق ارضای انگیزه‌های خود از راه حلال و مشروع لذت ببرد، زیرا پی‌جویی انگیزه جنسی در خارج از الگوی خانواده، توأم با محبت و عشق و همکاری و فداکاری نیست و از دیدگاه اسلام، هرگونه تجربه جنسی در خارج از برنامه خانواده، نتیجه‌ای جز انحراف، اسراف، بداخلاقیه‌های جنسی و شهوت‌پرستی به دنبال ندارد. رجوع به برخی از آیات (نساء/۲۷ و ۲۸؛ آل عمران/۱۴)، این مسأله را روشن می‌کند. همان‌گونه که علامه طباطبایی بر این باور است (طباطبایی، محمدحسین، *تفسیر المیزان*، ۲۸۲/۴) حلیت و بهره‌مندی جنسی زوجین به واسطه حق تمتع جنسی (امامی، ۲۶۸/۴) باید در «مسیر صحیح جاذبه جنسی» یعنی بقای نسل و هدفهای اصلی قرار بگیرد (بقره/۲۲۳) و به دور از هرگونه «حرص» و «هرج و مرج جنسی» باشد و با «عفت و پاک‌دامنی» برای «ملاقات خدا» صورت پذیرد (نوری، ۱۵۰/۱۴). به نظر می‌رسد یکی از حکمتهای حکم فقهی منع و حرمت مواجهه با زن حائض (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۲۸۴/۲)، رعایت اخلاق جنسی در خانواده و دور شدن از نجاست معنوی و خاستگاه اخلاقی آن مبنی بر «کف نفس» (متقی هندی، ۵۷۷/۹) شوهر بر نزدیکی است.

### ب) ظهور اخلاق در حقوق و تکالیف خانواده اسلامی

ارزش اخلاقی ازدواج، رعایت قوانین و حدود الهی است. یکی از مظاهر تعامل اخلاق با قوانین حاکم بر خانواده اسلامی، «حقوق و تکالیف» مربوط به زوجین، فرزندانشان و ... است. در خانواده اسلامی، مواردی از احکام فقهی و حقوقی، اعم از حقوق مادی و معنوی که آمیختگی یک حکم فقهی با اخلاق را نشان می‌دهند، وجود دارد که به طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱- حقوق و تکالیف بین والدین و فرزندان.

۲- حقوق و تکالیف بین زن و شوهر.

در دسته اول می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

قرارگرفتن فرزند در محیط مناسب، از جمله حقوقی است که او بر پدر خویش دارد (حر عاملی، ۱۳۳/۱۵).

- مهرورزی، مدارا و رفتار نیک با زن و فرزندان، مضمون احادیث متعددی از رسول خدا (ص) و سایر معصومان (ع) است که از حقوق معنوی آنان به شمار می‌رود (حر عاملی، ۲/۲۱؛ مجلسی، ۲۹۶/۱۶؛ ترمذی، ۱۲۲/۴).

- پدر تا زمانی که احتمال تأثیر می‌دهد باید فرزندش را به انجام واجبات و ترک کارهای حرام وادار کند (گلبایگانی، ۵۲۸/۱).

- بر ولیّ کودک لازم است که او را از آنچه موجب «فساد اخلاقش» می‌شود و به عقایدش ضربه می‌زند، حفظ کند (همان، ۵۲۶).

- روزه برای کودک یک نوع تمرین است و سبب می‌شود کودک، پس از بلوغ انگیزه بیشتری به انجام طاعت داشته باشد و نیز باعث می‌شود که نفس انسان، ملکه پذیرش انجام واجبات را پیدا کند و از اخلاق ناپسند دور باشد (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۳/۳۵۲).

در مقابل، برخی از احکام، فرزندان را نیز مکلف به رعایت حقوق والدین می‌کند:

- مسافرتی که بر فرزند واجب نیست، اگر سبب آزار پدر و مادر باشد حرام است و نماز در آن تمام بوده و روزه نیز بر او واجب است (طباطبایی، محمدکاظم، ۲۲۲/۲).

- در صورتی که رفتن به جبهه بر انسان واجب نبوده و موجب آزار پدر و مادر شود، باید رضایت ایشان را جلب نماید (خمینی، استفتائات، ۴۹۸/۱). اگر پدر و مادر فرزند را از اعتکاف نهی کنند و مخالفت فرزند سبب آزار آنان شود، اعتکاف او باطل است (طباطبایی، محمد کاظم، ۳۰۳/۲). در صورتی که فرزند بی اذن پدر، روزه مستحبی بگیرد و در بین روز پدرش او را نهی کند، چنان که مخالفتش باعث آزار پدر باشد، باید افطار کند (همان، ۲۴۳) و طبق برخی فتاوی حتی اگر موجب آزار پدر و مادر هم نشود حرام است (همان، ۵۳۳). اگر والدین فرزندان خود را به تجاوز از حدود الهی و امور غیر اخلاقی دستور دهند، مثلاً به ترک نماز و یا دروغ گفتن و دارند، فرزندان مکلف به پیروی نیستند (توبه/۲۳)؛ چون طاعت هیچ مخلوقی از طریق نافرمانی خالق جایز نیست (نهج البلاغه، حکمت ۱۶).

در فقه اسلامی، حقوق کودک حتی قبل از تولد نیز محترم شمرده شده است. (طوسی، المبسوط، ۱۲۴/۴؛ طوسی، محمد بن علی، ۴۰۰؛ ابن ادریس، ۲۷۶/۳؛ اردبیلی، ۵۴۶/۱۱؛ طباطبایی، علی، ۱۷۴/۹) و یا به حکم اخلاق و به خاطر احترام به جنین می‌گویند: زن بارداری که می‌ترسد روزه گرفتن برای جنینش زیان داشته باشد، اگر چه شک داشته باشد که روزه زیان دارد یا نه، نباید روزه بگیرد (گلپایگانی، ۲۸۰/۱). عدم اجرای حد بر زن باردار (مفید، ۷۲۸؛ طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶/۸؛ نجفی، ۳۳۷/۴۱) و مشروعیت وصیت برای جنین (ابن ادریس، ۱۸۶/۳؛ طوسی، المبسوط، ۱۲/۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۳۶/۶) ریشه در احکام اخلاقی دارد.

می‌توان گفت بر اساس حقوق متقابل در خانواده اسلامی، حتی مسئله «تنبيه» محدود کودکان نیز با همین مطلوبیت اخلاقی قابل تحلیل است. لذا، فقها می‌گویند در صورتی که کودک گناه کبیره‌ای انجام دهد، تنبيه می‌شود (گلپایگانی، ۵۲۳/۱۱) و یا در

مواردی که امر به معروف و نهی از منکر و جلوگیری از فساد، تنها با تنبیه بدنی ممکن باشد، می‌توان او را تنبیه کرد.

در الگوی خانواده اسلامی نمونه‌هایی از حق اخلاقی کودکان را در قرآن کریم (نور/۳۱) و روایات معصومان (بیهقی، ۱۹۳/۷؛ شوکانی، ۳۴۵/۶؛ متقی هندی، ۳۴۳/۶؛ حرعاملی، ۱۷۰/۱۴ و ۱۸۲/۱۵ و ۱۸۳ و ۱۳۳/۲۰؛ مجلسی، ۱۱۴/۲۳؛ فیض کاشانی، ۲۸۷/۲) می‌توان یافت. دستور قرآن (نور/۵۹) به رعایت آداب و اصول اخلاقی است، برای اینکه عفت عمومی خانواده آسیب نبیند و کودکان با منظره‌های دور از شأن و یا خلاف اخلاق روبه‌رو نشوند (نجفی، ۲۲/۲۶؛ مقدس اردبیلی، ۶۹۴؛ طبرسی، *مجمع البیان*، ۱۵۴/۷؛ قرطبی، ۳۰۲/۱۲؛ رازی، ۲۹/۲۴؛ قربانی لاهیجی، ۲۴۴/۹؛ سیوری، ۲۲۴/۲ و ۲۲۵). مسأله تشبیه به رجال و نساء که در روایات مورد نهی واقع شده است (حرعاملی، ۱۲/۱۲) نیز در محیط خانواده، حق اخلاقی کودکان را به شدت تضییع می‌کند، تا حدی که در شکل‌گیری نقش جنسی آنها مؤثر است (مؤسسه آموزشی امام خمینی، ۱/۴۸۳).

اما موارد مربوط به دسته دوم که به عنوان نمونه، به دو مسأله از آن اشاره می‌شود:  
**۱- تمکین:** قدرت و سلطنت دادن است (انیس، ماده م ک ن). اطاعت و تمکین زن از شوهر در چهارچوب مقررات شرعی و عقلی، از مصادیق بارز شوهرداری خوب است. ظاهر کلمات فقها در معنای تمکین زن از شوهر، متابعت در امور زناشویی است (بحرانی، ۱۰۳/۲۵؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۵۸۵/۱؛ صاحب جواهر، ۳۰۷/۳۱). تمکین خاص و پرداخت نفقه در حقوق خانواده، در حقیقت زمینه‌ای برای دستیابی به تمکین و اطاعت اخلاقی، یعنی همان مجموعه رفتارهای مطیعانه زن و نه فقط تمکین جنسی است؛ چون در برخی از موارد (محقق حلی، *شرايع الاسلام*، ۴۶۲)، علی‌رغم عدم استمتاع جنسی، فقها قائل به عدم سقوط نفقه هستند (صاحب جواهر، ۳۱۲/۳۱؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۱۶۳۲/۱). بنابراین، ایراد شبهه (کدیور، ایسنا) مبنی بر مطلق بودن تمکین و نیز اختصاص

تمکین به رفع نیاز جنسی مرد، وارد نیست؛ زیرا خدمات زن در خانه و ارضاع، از باب اطاعت اخلاقی است، نه از باب تمکین اصطلاحی و این اطاعت اخلاقی در گفتار دانشمندان اسلامی نیز مشهود است (طوسی، *المبسوط*، ۲/۲۷۷؛ غزالی، ۵/۱۱۱). به هر حال، تمکین و اطاعت فقهی در خانواده اسلامی، بخشی از اطاعت اخلاقی متقابل است که با عناوین بد اخلاقی معروف در شرع و عرف مثل نشوز و شقاق (خمینی، *تحریر الوسیله*، ۲/۲۷۰؛ سیوری، ۲۱۳) سازگاری ندارد.

۲- **ریاست شوهر:** ریاست شوهر در خانواده به معنای مدیریت صحیح است که با عدالت همراه است و اصل عدالت نیز از مفاهیم بلند اخلاقی است. پس اگر مفهوم ریاست از این معنای حاکمیت و حکومت خارج گردد و به تحکم تبدیل شود، بر خلاف عدالت است و قطعاً غیر اخلاقی و امری ناپسند خواهد بود. بر اساس آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ...»؛ یعنی مردان سرپرست زنان‌اند؛ به دلیل آنکه خدا برخی از ایشان را بر برخی برتری داده و... (نساء/۳۴). صلاح خانواده آن است که این مدیریت به عهده مرد گذاشته شود و این به مفهوم تحکم، خود محوری، سلطه و تبعیض نیست، تا قائل به تساوی زوجین در مدیریت روابط خانوادگی باشیم (ماده ۱۶ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان)، بلکه به مفهوم خدمتگزاری و رهبری این واحد کوچک (ابن سینا، ۱۵) یا همان سلطه حکیمانه اداری و غیر استبدادی است (زحیلی، ۸۲). همان‌طور که پیامبر اکرم (ص) حوزه‌های خدمتگزاری در محیط خانواده اسلامی را مشخص فرموده است:

«هریک از آدمیزادگان، فرمانروایی است، مرد فرمانروای خانواده خویشان است و زن، فرمانروای خانه است» (متقی هندی، ۲۲/۶). صاحب تفسیر مخزن العرفان، موضوع ریاست شوهر در خانواده را از واژه «قوامون» برداشت نموده است (امین اصفهانی، ۴/۶۲). فقها نیز برای اثبات ریاست شوهر بر زن و خانواده، علاوه بر آیه فوق، به آیه ۲۲۸ سوره بقره نیز

استدلال نموده‌اند و این ریاست را به عنوان حقی برای شوهر شمرده‌اند. برخی این حق را نیز ناشی از دو امر دانسته‌اند:

- ۱- به عنوان یک موهبت الهی که ذاتی و ریشه در طبیعت و تکوین دارد.
- ۲- امری اکتسابی که از طریق بر عهده گرفتن نفقه و اعطای مهر به دست می‌آید (سیوری، ۲۱۱).

و برخی قائل به زیادی در حق برای مرد هستند (طریحی، تفسیر غریب القرآن، ۱۵۴). علامه طباطبایی در آیه ۳۴ سوره نساء قائل به طبیعی بودن زیادی برخی امتیازات مردان بر زنان است و این مفهوم از واژه قوام که مبالغه است فهمیده می‌شود (طباطبایی، محمد حسین، ۳۴۳/۴). برخی از فقیهان نیز قوام بودن را به معنای مدیریت می‌دانند (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۵/۶). قوام بودن مرد بر زن به این مفهوم است که مرد متولی امور زن است و این قوامیت از هر گونه «استعباد و اذلال» به دور است (صابونی، ۱۲۰). از نظر وجدانی و مسائل اخلاقی نیز موظف به رعایت اصول اخلاقی است، از جمله این که اولاً: اعمال این حاکمیت به هیچ وجه نباید توأم با «زورگویی و سلطه‌گری» باشد، بلکه باید عادلانه باشد. ثانیاً: اعمال حق حاکمیت به دور از هر گونه ضرر بر همسر باشد. ثالثاً: اعمال حق ریاست در خانواده بر اساس معاشرت به معروف، تعقل، تدبیر و حدود الهی باشد. فقها معتقدند حقیقت نکاح همان «علاقه بین زوجین» است که این امر مستلزم اطاعت‌پذیری زن از مرد است، امری که می‌توان آن را از چگونگی انشای صیغه نکاح نیز بدست آورد؛ زیرا زن، با موجب بودن در هنگام انشای صیغه نکاح، خود را نسبت به این اطاعت‌پذیری متعهد می‌کند. به همین جهت، مرد نیز از سوی دیگر متعهد می‌شود که نسبت به انجام امور زن مسئولانه رفتار کند و از هیچ اقدامی فروگذار نکند (طباطبایی یزدی، ۵۸۹/۵). معنای «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء/۳۴)؛ یعنی یقومون بامورهنّ و یسلطون علیهن (مقدس اردبیلی، ۵۳۶). ای، انّهم قوامون بحقوق النساء (طوسی، المبسوط، ۳۲۴/۴). لانّ التزوید نوع



سلطنة علی الزوجة (ابن فهدحلی، ۲۲۹/۳). «فوامون» یعنی تسلط بر غیر جهت بر عهده گرفتن امور وی از قبیل نفقه و پوشاک و غیره (طوسی، همان، ۲/۶). بعد از ایجاد این رابطه، مرد نوعی سلطنت و سبیل بر زن پیدا می‌کند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۸۰/۷). پس قیمومیت و ولایتی که مرد بر زن پیدا می‌کند نیز در سایه همین «علاقه» ایجاد شده است که لازمه اش سلطنت و حکومت مرد بر زن است که البته نوع و روش این حکومت را قرآن بیان نموده است و این مسأله در فراز دوم آیه مذکور که آمده است: که منظور، فضل مردان بر زنان است و این فضل مصادیقی دارد (قرطبی، ۱۶۸/۵؛ طریحی، مجمع البحرین، ۵۶۴/۳؛ ابن کثیر قرشی، ۴۶۵/۱؛ رازی، ۸۸/۱۰؛ طباطبایی، محمد حسین، ۳۶۵/۴) و نکته مهم اخلاقی حکم، آن است که اگر طبق آیه فوق، قیمومیت یا حکومتی برای مردان در نظر گرفته شده است، به واسطه فضل مذکور است، نه به واسطه قهر و غلبه و ظلم. بدیهی است که فضل مذکور، غالباً در «نوع مردان» وجود دارد، در حالی که نوعاً در زنان وجود ندارد. در اینجا به عنوان نمونه، موضوع «اذن شوهر» که یکی از فروع مسأله ریاست وی در خانواده محسوب می‌شود، با رویکرد اخلاقی اشاره می‌گردد:

با ظهور سلطه و نفوذ تکوینی و یا تشریحی ایجاد شده برای مرد در خانواده، مسائل متعددی قابل طرح است. یکی از آن موارد، مسأله اذن و یا عدم اذن شوهر به زن در امور خانه و خانواده است. در محدوده این سلطه و نفوذ، اذن و یا عدم اذن شوهر، نشان از اعمال مدیریت اخلاق‌گرای شوهر در این کانون مقدس دارد. هر چند نفس اذن بین زوجین در تعامل بین آن دو در دوران زناشویی دارای مصادیقی متعددی از قبیل: نذر زن، اشتغال به کار، تحصیل، تصرفات مالی و... است، ولی در اینجا نیز به عنوان نمونه به یکی از موارد اذن که از حقوق شوهر به شمار می‌آید اشاره می‌کنیم و آن «اذن شوهر به همسر برای خروج وی از منزل» است. از مهمترین نموده‌های ثابت اخلاقی، مسأله تبعیت زن از شوهر در موارد شرعی و عقلی است که از آن به «اطاعت اخلاقی» می‌رسیم و می‌توان این نوع از اطاعت را

ناشی از نفوذ سلطه مرد بر زن دانست، که خالق حکیم آن را مقرر نموده است و به واسطه همین نفوذ می‌توان گفت: تبعیت زن از مرد به عنوان یکی از حقوق شوهر بر زن است. محقق کرکی در اثبات این مطلب به آیه «الرجال قوامون علی النساء» استدلال می‌نماید (محقق کرکی، ۱۳/۱۹۹). اطاعت زن از شوهر در موارد اذن، با مسأله تمکین مرتبط است و در صورت عدم اطاعت، با نشوز وی ارتباط پیدا می‌کند که هر دو از خاستگاههای مهم اخلاقی در خانواده است؛ یعنی اگر زن علی‌رغم میل باطنی شوهر، منزل را بدون اجازه وی ترک نماید و در این مسأله به رأی خود عمل نماید، قطعاً بازتاب منفی داشته و موجب اختلاف و شکاف بین او و شوهرش می‌شود و شاید به همین دلیل، این مورد، از مصادیق نشوز بوده که نتیجه آن سقوط نفقه از چنین زنی است. صاحب جواهر در این خصوص می‌گوید: اگر زن بدون اذن شوهر به سفر مباح یا مستحبی برود، حتی اگر سفرش منافات با حق استمتاع شوهر نیز نداشته باشد، نفقه او بر شوهر واجب نیست، حتی اگر به مسافرت هم نرود باز هم از مصادیق نشوز است و موجب سقوط نفقه است<sup>۱</sup> (صاحب جواهر، ۳۱/۳۱۴). در اینجا سؤال این است که محدوده مدیریت اخلاقی شوهر در مقابل عدم تمکین و نشوز چنین زنی در خانواده اسلامی چگونه است؟

اینکه زن باید از شوهر اطاعت کند، نه تنها امری پسندیده و اخلاقی است، بلکه از حقوق شوهر به شمار می‌رود (حر عاملی، ۱۵/۲۰)، ولی باید گفت ریاست شوهر در خانواده محدوده‌ای دارد که باید روشن گردد. بر این اساس، برای برون رفت از چالش مدیریت غیر اخلاقی شوهر در خانواده اسلامی، برخی از فقیهان معاصر پنج استثناء بر عدم خروج زوجه بدون اذن زوج قائل شده‌اند که عبارتند از: ۱ - خروج زوجه برای ضروریات زندگی؛ ۲ - خروج برای انجام فعل واجب؛ ۳ - خروج از منزل برای دفع عسر و حرج؛ ۴ - شرط خروج در ضمن عقد؛ ۵ - نهی زوج از باب اضرار (مکارم شیرازی، سلسله مباحث خارج فقه «نکاح»، ۶/۱۲۴). با قبول این استثنائات، اذن خروج برای زن به طور

«مطلق» نیست، بلکه زمانی خروج زن از منزل بدون اذن شوهر نامشروع است که مصداقی از نشوز و یا مستلزم فساد باشد و یا مقدمه عمل نامشروع و احتمال وقوع در فساد و فتنه باشد (حر عاملی، ۱۱۲/۱۴) و یا خروج از منزل مزاحم حق زوج باشد.

بنابراین، می‌توان روایات اذن را، هم ناظر به مراعات حقوق و تکالیف زوجین و هم ناظر به رعایت آداب اخلاقی دانست، که هر دو منظور را باید در کانون خانواده، در حوزه ریاست شوهر و نحوه اعمال مدیریت وی و اطاعت اخلاق‌گرایانه زن (به عنوان همسر) جستجو کرد. با این وجود، می‌توان گفت که در موارد عدم منافات، اذن زن از شوهر، به نوعی به دنبال ایجاد اطمینان و اعتماد در مسائل خانواده است و نیز در پی دادن تضمین تأمین اطاعت به شوهر است. در مقابل، شوهر نیز در سایه اعتماد همسرش به توسعه مشارکت و اعتماد دست می‌زند. پس اگر زن بخواهد مثلاً نذر روزه یا حج مستحبی نماید، اگر مرد به او اذن بدهد؛ یعنی این عمل تو با حق من منافات ندارد (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۵۱۹/۱؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ۷۲۴/۳). بنابراین، نفس اذن یعنی رعایت حقوق شوهر و احترام به او و این اطاعتی است که کرامت و استحکام خانواد را به همراه دارد.

### نتیجه

ازدواج و تشکیل خانواده، یکی از رهنمودهای بنیادین اسلام است که باید به وسیله عقد دو جنس مخالف (یک زن و یک مرد) ایجاد شود. یکی از مهمترین اهداف ازدواج در اسلام، رسیدن به رشد روحی و اخلاقی است. براین اساس، نهاد خانواده که مرکز مودت و رحمت است، باید از هرگونه احکام نفرت‌انگیز و کینه‌توزانه به دور باشد. در این نوشتار، به این نتایج رسیدیم که اسلام در حوزه خانواده، با سنتهای ناپسند، چه در جاهلیت پیش از اسلام و چه در جهان معاصر، که موجب تحقیر شخصیت و کرامت انسانها شده، خط بطلان

کشیده است و احکام ازدواج را به همراه تعامل با اخلاق برای حفظ کرامت انسان تکمیل و به جهانیان عرضه نمود و ازدواج و تشکیل خانواده را وسیله‌ای برای تأمین آرامش و نایل شدن انسان به مقام قرب الهی معرفی کرده است. در این راستا، به منظور شکل‌گیری خانواده اخلاق‌مدار، مرد و زن را در مرحله اول به تشکیل خانواده از نوع ازدواج دائم دعوت نموده و در صورت ضرورت برای گریز از کمونیسیم جنسی و روابط نامشروع و پیشگیری از جرایم ضد اخلاقی و نیز ساماندهی غریزه جنسی، ازدواج به شکل موقت را فراروی آنها قرار داد. اسلام با وضع حقوق و تکالیف اخلاق‌محورانه متقابل، ارکان و عناصر موجود در کانون خانواده (والدین و فرزندان) را به سوی کمال و رعایت اخلاق معاشرت فرا خوانده است. همچنین احکام و قوانین مربوط به خانواده را تحت نفوذ اخلاق دانسته و به همین منظور، محیط خانواده با حاکمیت حقوق و تکالیف متقابل، وامدار اخلاق و اجرای آن قوانین متأثر از کارکرد اخلاق در این کانون مقدس دانسته شده است.

### منابع

- آلوسی بغدادی، شهاب الدین محمود؛ *روح المعانی فی تفسیر السبع المثانی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ابن ادریس، محمد؛ *السرائر*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۱ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن علی؛ *عوالی الکئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه*، قم، ۱۴۰۳ق/۱۹۸۳م.
- ابن بابویه، محمد بن علی؛ *معانی الاخبار*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۱ش.
- ابن سینا، حسین ابن عبدالله؛ *تدبیر منزل*، نگارش محمد نجفی، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۱۹ش.

ابن علامه، محمد بن حسن؛ *ایضاح الفوائد*، تحقیق کرمانی و اشتهاردی و بروجردی، قم، ناشر: آیت الله شاهرودی.

ابن فهد حلی، احمد ابن محمد؛ *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.

ابن کثیر، اسماعیل؛ *تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دارالمعرفة.

ابن منظور؛ *لسان العرب*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۶ق.

اردبیلی، احمد بن محمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان*، تحقیق مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، قم، نشر جامعه مدرسین.

\_\_\_\_\_؛ *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تحقیق محمد باقر بهبودی، انتشارات رضوی، تهران.

امین اصفهانی، بانو؛ *مخزن العرفان*، اصفهان، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۱ش.

انیس، ابراهیم؛ *المعجم الوسیط*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

بحرانی، یوسف؛ *الحدائق الناضرة*، با تحقیق محمد تقی ایروانی، قم، انتشارات جامعه مدرسین.

بیهقی، احمد بن الحسین بن علی؛ *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر.

*تبیان* (جایگاه زن در اندیشه امام خمینی) دفتر هشتم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

ترمذی، محمد بن عیسی؛ *سنن الترمذی*، تحقیق عبدالرحمن محمد عثمان، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ق.

توفیقی، حسین؛ *آشنایی با ادیان بزرگ*، تهران، سازمان انتشاراتی سمت، ۱۳۸۵ش.

- جوهری، اسماعیل بن حماد؛ *الصحاح تاج اللغة و الصحاح العربية*، تحقیق احمد عبد الغفور عطار، بیروت، دارالعلم، ١٩٩٠م.
- حرّانی، حسن بن علی؛ *تحف العقول عن آل الرسول (ص)*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ١٤٠٤ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، تحقیق ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- خمینی، روح الله؛ *استفتائات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٣٦٦
- \_\_\_\_\_؛ *تحریر الوسیلة*، قم، جامعه مدرسین، ١٤٠٤ق.
- \_\_\_\_\_؛ *کتاب الطهارة*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ١٤١٠ق.
- خویی، ابوالقاسم؛ *توضیح المسائل*، قم، چاپخانه علمی، ١٤٠٧ق
- راغب اصفهانی، حسین؛ *المفردات فی غریب القرآن*، مصر، ١٤٠٤ق.
- رشید رضا، محمد؛ *تفسیر المنار*، بیروت، دارالفکر.
- زیبیدی، محمد مرتضی؛ *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، انتشارات مکتبۃ الحیاء.
- زحیلی، وهبة؛ *الاسرة المسلمة فی عالم المعاصر*، دمشق، انتشارات دارالفکر، الاعادة الثالثة، ١٤٢٧ق.
- سبحانی، جعفر؛ *منشور جاوید، تفسیر موضوعی قرآن کریم*، قم، انتشارات توحید، ١٣٨٣ق.
- سید مرتضی؛ علی بن حسین؛ *الانتصار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله؛ *کنز العرفان*، تهران، المکتبۃ المرتضویه، ١٣٨٥ق.
- شوکانی، محمد بن علی؛ *نبیل الاوطار من احادیث سید الاخیار*، بیروت، دارالجلیل، ١٢٥٥ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *مسالك الافهام إلى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۶ق.

\_\_\_\_\_؛ *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه*، انتشارات اسلاميه.

شيخ مفيد، محمد بن نعمان؛ *المقنعه*، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۰ق.

صابوني، محمد علي؛ *روائع البيان*، بيروت، مؤسسه عزالدين، ۱۴۰۷ق.

صادقي، سهيلا، *جالش فمنيسم و مادري، فصلنامه كتاب زنان*، تهران، شوراي فرهنگي اجتماعي زنان، سال هفتم، تابستان ۱۳۸۴.

طباطبائي، علي؛ *رياض المسائل*؛ مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۱جلدي، ۱۴۰۴ق.

طباطبائي، محمد حسين؛ *الميزان في تفسير القرآن*، قم، انتشارات جامعه مدرسين.

طباطبائي يزدي، محمد كاظم؛ *العروة الوثقى*، تهران، مكتبة المرتضوية.

طبرسي، فضل بن حسن؛ *مجمع البيان في تفسير القرآن*، بيروت، لبنان، مؤسسه الاعلمي.

\_\_\_\_\_؛ *مكارم الاخلاق*، منشورات الشريف الرضي، الطبعة السادسة، ۱۳۹۲ق.

\_\_\_\_\_؛ *تفسير جوامع الجامع*، قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۸ق.

طبري، محمد بن جرير؛ *جامع البيان عن تأويل آيات القرآن*، چاپ، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۱۲ق.

طريحي، فخرالدين؛ *مجمع البحرين*، به تحقيق احمد حسيني، نشر الثقافة الاسلاميه، ۱۴۰۸ق.

\_\_\_\_\_؛ *تفسير غريب القرآن*، قم، انتشارات زاهدي.

طوسي، محمد بن حسن؛ *المبسوط في الفقه الامامية*، تحقيق محمد باقر بهودي، ناشر مكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق.

\_\_\_\_\_؛ *تهذيب الاحكام في شرح المقنعة*، تحقيق حسن موسوي خراسان، تهران، دارالكتب الاسلاميه.

\_\_\_\_\_؛ **الخلافة**، تحقیق سید علی الخراسانی و شهرستانی، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

طوسی، محمد بن علی؛ **الوسيلة الى نيل الفضيلة**، تحقیق محمد الحسون، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۸ ق.

طوسی، محمد بن محمد؛ **اخلاق ناصری**، تصحیح مجتبی مینوی و علیرضا حیدری، تهران، انتشارات خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۶۵ ش

عابدینی مطلق، کاظم؛ مجموعه کبیر از خاتم الانبیاء (ص) تا خاتم الاوصیاء **(نهج الفصاحة، نهج البلاغه، صحیفه سجادیه و صحیفه مهدیه)**، قم، انتشارات فراگفت، ۱۳۸۷.

علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، تحقیق بهادری، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.

\_\_\_\_\_؛ **تذکرة الفقهاء**، قم، انتشارات مکتبه الرضویة لاحیاء الاثار الجعفریة.

\_\_\_\_\_؛ **مختلف الشیعة**، قم، تحقیق مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

غزالی، محمد بن محمد؛ **مجموعه رسائل**، بیروت، دارالکتب العلمیه.

فراهیدی، خلیل بن احمد؛ **کتاب العین**، قم، دارالهجرة، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

فخر رازی، محمد بن عمر؛ **التفسیر الکبیر**، مطبعة البهية المصرية، میدان جامع الازهر، ۱۳۵۷ ق.

فیروز آبادی، مرتضی؛ **القاموس المحيط**، عرضه شده در ضمن لوح فشرده مکتبه اهل البيت. فیض کاشانی، محمد محسن؛ **المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء**، جامعه مدرسین قم.

\_\_\_\_\_؛ **مفاتیح الشرایع**، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة، ۱۴۰۱ ق.

قربانی لاهیجی، زین العابدین؛ **تفسیر جامع آیات الاحکام**، قم، نشر سایه، چاپ اول ۱۳۸۱ ش.



- قرطبی، محمد بن احمد؛ *الجامع لاحکام القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ق.
- کلدیور، محسن؛ مقاله «حقوق زنان در اسلام معاصر از زاویه‌ای دیگر»، ایسنا، ۱۳۸۲/۶/۱۵.
- کرکی، علی بن حسین؛ *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مدرسه آل‌البتیت لإحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ *الکافی*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۴ق.
- گلپایگانی، محمدرضا؛ *مجمع المسائل*، قم، دفتر آیه الله سید حسین ایوقی، ۱۳۷۶ش.
- متقی هندی، علاء‌الدین علی؛ *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، به تحقیق بکری حیانی، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۹ق.
- مجلسی، محمد باقر؛ *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار ائمة الاطهار*، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۳ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، با تعلیق صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق.
- \_\_\_\_\_؛ *المعتبر فی شرح المختصر*، با اشراف نصر مکارم شیرازی، قم، انتشارات سید الشهداء، ۱۳۶۴ش.
- مطهری، مرتضی؛ *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۶۹، چاپ چهاردهم.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ بیست و نهم، ۱۳۷۲ش.
- \_\_\_\_\_؛ *کتاب النکاح (سلسله مباحث خارج فقه)*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چاپ اول، ۱۳۸۲ش.
- مؤسسه آموزشی امام خمینی؛ *تقویت نظام خانواده و آسیب شناسی آن*، قم، ۱۳۸۶.

- صاحب جواهر، محمدحسن؛ *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تحقیق عباس قوچانی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷ش.
- نوری، میرزا حسین؛ *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- نوری، محیی‌الدین؛ *المجموع فی شرح المهدب*، بیروت، انتشارات دارالفکر.
- هاشمی، علی؛ *المرأة فی الشعر الجاهلی*، مطبعة المعارف، بغداد، ۱۹۶۰ م.
- هندی (اصفهان‌ی)، محمد بن حسن؛ *کشف الکثام*، قم، کتابخانه آیه‌الله‌العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
- پایگاه‌های اینترنتی حوزه، بشارت و ویکیپدیا (دانشنامه آزاد).

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۹۷-۱۲۴

## شرط مقدار\*

### (تحلیل فقهی و حقوقی مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی)

دکتر عباس زراعت

دانشیار دانشگاه کاشان

Email: zeraat@kashanu.ac.ir

#### چکیده

شرط صفت یکی از اقسام شروط ضمن عقد است که ضمانت اجرای تخلف از آن پیدایش حق فسخ برای مشروط له می‌باشد. گاهی مقدار موضوع معامله به عنوان صفت آن، در ضمن قرارداد شرط می‌شود، اما ضمانت اجرای آن در همه موارد حق فسخ نمی‌باشد؛ زیرا مقدار، صفتی است که گاهی اساسی بوده و جزئی از موضوع قرارداد به حساب می‌آید و گاهی چهره فرعی دارد. قانون‌گذار ما نیز تحت تأثیر آرای متشکست فقهی در مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی، احکام متفاوتی را برای تخلف از این شرط بیان کرده است و در نتیجه شاهد اظهارنظرهای متفاوت در میان حقوق‌دانان و آرای متعارض در رویه قضایی هستیم. نکته مهمی که در مورد شرط مقدار وجود دارد تمایز این سه ماده از یکدیگر و تطبیق مصادیق با آنها است و این مقاله سعی بر آن دارد تا با غور در منابع فقهی غبار ابهام از آنها بردارد.

**کلید واژه‌ها:** شرط صفت، شرط مقدار، مبیع، خیار فسخ، تسلیم، تخلف شرط.

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۷/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۵/۱۵.

### مقدمه

یکی از مباحث اختلافی در میان فقها، «شرط مقدار» است، با این توضیح که فروشنده و خریدار، معامله‌ای را انجام داده و در ضمن قرارداد شرط می‌کنند که مبیع، فلان مقدار باشد؛ یعنی مقدا به عنوان صفتی برای مبیع تعیین می‌گردد، اما پس از تحویل مبیع، مشخص می‌شود که مبیع، کمتر از مقداری است که در قرارداد شرط شده است، حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا خریدار می‌تواند مقداری از ثمن را که در مقابل مقدار ناقص قرار می‌گیرد، مسترد نماید؟ به عبارت دیگر، می‌تواند بخشی از ثمن را در مقابل شرط قرار دهد و محاسبه کند یا فقط حق دارد فسخ کند یا آن را به همین صورت قبول کند؟ یعنی ضمانت اجرای تخلف از شرط مقدار نیز مانند ضمانت اجرای تخلف از بقیه شرط صفتها است و حکم خاصی برای آن وجود ندارد؟ این اختلاف، در تدوین مواد قانونی هم اثر گذاشته و قانون‌گذار را به ابهام‌گویی وا داشته است، به گونه‌ای که نمی‌توان نظر صریح وی را از نص قانون به دست آورد. شرط مقدار در قانون مدنی، جدا از شرط صفت (ماده ۲۳۵) بیان شد و مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی به شرط مقدار اختصاص پیدا کرده است. در این مواد، بیان صریحی دیده نمی‌شود و تصویب ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک نیز مزید بر علت شده و بر دامنه ابهامات افزوده است. موضوع این مقاله یافتن پاسخی مناسب و همسو با مبانی فقهی و رفع ابهام از مواد قانونی است، اما قبل از ورود به بحث، ضرورت دارد تا نکاتی به عنوان مقدمه بیان شود.

نکته اول: گرچه قانون مدنی به پیروی از نوشته‌های فقهی، این بحث را در ضمن عقد بیع بیان کرده و مثال‌ها نیز از مبیع زده می‌شود، اما شرط مقدار، اختصاص به شرط ضمن عقد بیع و مبیع ندارد، بلکه در مورد ثمن معین نیز همین بحث وجود دارد و این شرط در ضمن سایر عقود نیز ممکن است قرار داده شود، مانند اینکه مالی مورد مصالحه قرار گرفته و شرط شود که مورد مصالحه دارای مقدار معینی باشد، اما معلوم

شود که مال مورد مصالحه کمتر یا بیشتر از شرط است. حتی در مورد عقد اجاره نیز می‌توان این بحث را مطرح کرد که چنانچه منافع به مقدار تعیین شده نباشد، آیا می‌توان بخشی از اجاره بها را مسترد نمود؟ مانند اینکه حیوانی اجاره شود تا شیر آن برای مدت یک سال مورد استفاده قرار گیرد، اما پس از انجام قرارداد، مشخص شود که این حیوان قابلیت شیردهی برای مدت یازده ماه را دارد. این مطلب در مورد معاوضه و معاطات، بسیار جدی است؛ زیرا بسیاری از فقها عقیده دارند که معاطات، ماهیت مستقلی ندارد، بلکه قرارداد معینی است که فقط لفظ ندارد و لازم نیست، (حسینی روحانی، ۳۶/۲). بنابراین، در بیع معاطاتی یا صلح معاطاتی و... نیز این بحث مطرح می‌شود.

نکته دوم: تعیین مقدار مبیع، شرط صحت عقد است. بنابراین، قراردادی که مقدار موضوع آن معلوم نباشد. به کلی باطل است، البته نه بدان معنا که در هنگام قرارداد باید وزن، عدد یا مساحت، تعیین شده باشد، بلکه همان گونه که ماده ۳۴۳ قانون مدنی می‌گوید: «اگر مبیع به شرط مقدار فروخته شود بیع واقع می‌شود، اگر چه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل نشده باشد.» پس تعیین مقدار، ممکن است بعد از قرارداد صورت گیرد و در این حالت، امکان دارد با مقدار پیش‌بینی شده تفاوت داشته باشد و موضوع بحث ما نیز پیرامون همین مطلب است. شرط مقدار در حقیقت یکی از مصادیق شرط صفت است، اما حکم آن به صورت کامل با حکم شرط صفت، یکسان نیست. بنابراین، فقها، شرط مقدار را به صورت جداگانه بیان کرده‌اند. ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، فسخ قرارداد است (ماده ۲۳۵ قانون مدنی)، اما مقدار، هر گاه به عنوان صفت در ضمن قرارداد شرط شود، همچون سایر شرط صفت‌ها، تخلف از آن در صورتی موجب حق فسخ می‌شود که مقدار، به عنوان موضوع قرارداد بیان شده باشد، اما در بیشتر موارد، شرط مقدار چهره فرعی دارد و هدف آن، بیان یکی از اوصاف مبیع نیست. در این صورت، حکم شرط مقدار از شرط صفت جدا می‌شود و در این بحث، باید به این نکته اساسی توجه داشت (کاتوزیان، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ۳۹۲/۱)، به

عنوان مثال، هرگاه طلایی قدیمی با شرط داشتن مقدار خاصی طلا فروخته شود، وصف تاریخی بودن آن بر وصف مقدار خاصی طلا داشتن می‌چربد و در نتیجه، تخلف از شرط مقدار، موجب بطلان نمی‌شود (کاتوزیان، عقود معین، ۶۳/۱).

نکته سوم: در مورد اینکه الفاظ عقد با کدام ماده قانونی تطبیق داده شود، قصد طرفین قرارداد بسیار کارساز است. بنابراین، در درجه اول باید به سراغ اراده طرفین رفت و اراده ایشان را از اظهار آنان یا قرینه‌های جانبی به دست آورد. به عنوان نمونه، هرگاه یک انبار برنج، به شرط اینکه هزار کیلو باشد، فروخته می‌شود، ممکن است هدف طرفین قرارداد، خریدن یک انبار برنج باشد به شرط اینکه از مقدار خاصی کمتر نباشد و به جانب زیادی آن توجهی نداشته باشند. پس اگر برنج فروخته شده هزار و صد کیلو باشد تمامی آن، ملک خریدار است و فروشنده نسبت به آن حقی ندارد. همچنین ممکن است زمینی فروخته شود به شرط اینکه صد متر باشد و هدف طرفین قرارداد، آن است که زمین بیشتر از آن مقدار نباشد، پس اگر کمتر از آن مقدار درآید، حقی برای خریدار به وجود نخواهد آمد.

نکته چهارم: مورد بحث ما جایی است که شرط مقدار، در جانب اکثر و یا در جانب اقل است. بنابراین، چنانچه مقدار موضوع معامله از جانب اقل و اکثر مجهول، مسکوت یا اختلافی باشد، از این بحث خروج پیدا کرده و تحت شمول معاملات مجهول و غرری قرار می‌گیرد.

نکته پنجم: فقها بحث پیرامون «شرط مقدار» را در ذیل مباحث گوناگونی مطرح کرده‌اند. برخی از آنها مانند شیخ طوسی و علامه حلی در ضمن «احکام صبره» به آن پرداخته‌اند و صبره در اینجا معنای عامی دارد. گروهی آن را در بحث شروط ضمن عقد، و گروهی دیگر در بحث تسلیم مبیع بیان کرده‌اند. گروهی هم در قسمت آثار بیع به آن پرداخته‌اند (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۲۶۶/۵). قانون مدنی هم تحت تأثیر نوشته‌های فقهی، نظم خاصی را در مورد شرط مقدار بیان نکرده و آن را در مبحث

قواعد عمومی قراردادها نیآورده است، اما می‌دانیم که شرط مقدار، یکی از مصادیق شروط ضمن عقد و شروط ضمن عقد، قاعده‌ای عمومی در قراردادها است و برخی فقها نیز قاعده شروط ضمن عقد را به عنوان قاعده مستقل فقهی بیان کرده‌اند (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۳۳۵/۲). در قانون مدنی عمده احکام «شرط مقدار»، در مبحث عقد بیع آمده است و ابتدا در مبحث سوم (مبیع) از فصل اول (بیع) از باب سوم (عقود معین)، ماده ۳۵۵ را بیان می‌کند و این ماده در مبحث شرایط و ویژگی‌های مبیع بیان شده است، سپس در فقره دوم (تسلیم) از مبحث چهارم (آثار بیع)، ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ را بیان می‌کند که حکم مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ شبیه هم است و ماده ۳۸۵ مصداقی از ماده ۳۵۵ را بیان می‌کند و ماده ۳۸۴ حکم دیگری دارد که در ادامه به تشریح آنها می‌پردازیم. ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک نیز مقرراتی را در زمینه تسلیم اموال غیرمنقول ثبت شده دارد که کشف رابطه آن با مواد قانون مدنی نیاز به بررسی دارد. به صورت اجمالی در تمایز، میان این مواد و تفکیک آنها گفته شده است: «شرط مقدار در مورد معامله، یکی از این سه قسم است: ۱- وصف مورد معامله است و تخلف از آن سبب می‌شود که مشروط له اختیار فسخ پیدا کند (ماده ۳۵۵ ق.م.). ۲- موضوع مبادله است و نماینده میزان تعهد به عوض (ماده ۱۴۹ ق.ت.). ۳- هر دو چهره را دارد: به اعتباری عنوان موضوع معامله و به اعتبار دیگر وصف پیوستگی آن (ماده ۳۸۴ ق.م.) (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲۱۴/۳). در مورد رابطه مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی هم می‌توان گفت که حق فسخ ناشی از ماده ۳۵۵، مستند به اختیار تخلف شرط است، اما در ماده ۳۸۴ به تبعض صفت استناد شده است. خیار مذکور در ماده ۳۵۵ میان طرفین قرارداد، مشترک است، اما ماده ۳۸۴ ویژه خریدار است. در ماده ۳۵۵، فقط حق فسخ برقرار شده است، اما ماده ۳۸۴، حق کاستن از ثمن نیز به خریدار داده شده است، اما حقیقت آن است که این مقدار از بیان، برای ارشاد قضات جهت بکارگیری صحیح هر یک از این مواد کافی نیست و باید تحقیقی عمیق نمود.

نکته ششم: در فقه قاعده‌ای وجود دارد که از آن با نام قاعده «تقسیت ثمن بر مبیع» یاد می‌شود. این قاعده با بحث حاضر ارتباط نزدیکی دارد. در این قاعده، پیرامون این موضوع بحث می‌شود که چنانچه در ضمن قرارداد شرطی بیاید، آیا بخشی از ثمن در مقابل شرط قرار می‌گیرد؟ شرط مقدار نیز یکی از این شرایط است و بحث ما در مورد تقسیت ثمن بر شرط مقدار است. برای پاسخ به این سؤال، فقها شرط ضمن عقد را به چهار نوع تقسیم کرده‌اند (بجنوردی، ۳/۳۱۲): گاهی شرط، خارج از ذات عوض و معوض است. مانند اینکه فروشنده بر خریدار شرط کند که وکالتی را برای وی انجام دهد. در این صورت، مقداری از ثمن در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد، بلکه تمامی ثمن در مقابل تمامی مبیع قرار می‌گیرد. گاهی شرط، وصفی از اوصاف مبیع است. مانند اینکه شرط می‌شود که اتومبیل، مدل سال ۱۳۸۸ باشد. در این صورت نیز ثمن در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد، بلکه ثمن در مقابل ذات مبیع قرار دارد و تخلف شرط، فقط موجب حق فسخ می‌شود. گاهی شرط، صورت نوعی مال را تشکیل می‌دهد. مانند اینکه گاو هلندی مورد معامله قرار گیرد. به گونه‌ای که شرط و عین، یک موضوع را تشکیل بدهند. در این حالت، چنانچه صفت وجود نداشته باشد، معامله به کلی باطل است، اما شرط چهارم که مورد بحث ما نیز می‌باشد آن است که هر دو جهت را داشته باشد. مانند شرط مقدار که برای زمین یا برنج یا فرش و نظایر اینها قرار داده می‌شود. پس بحث در این است که آیا بخشی از ثمن در مقابل شرط قرار می‌گیرد؟ در اینجا فقها تفصیلهایی را بیان کرده‌اند که در ادامه به آنها می‌پردازیم و خواهیم دید که در برخی موارد، چهره جزئیت و ذاتیت و در برخی موارد، چهره جنبی و فرعی دارد.

نکته هفتم: یکی از مواردی که شبیه مورد بحث ما است، اما با آن تفاوت دارد، موردی است که مقدار معینی از یک مال فروخته می‌شود و سپس معلوم می‌شود که آن مال، به اندازه‌ای نیست که فروخته شده است به عنوان نمونه، مقدار سه تن گندم از گندم‌های موجود در انبار فروخته می‌شود و سپس معلوم می‌گردد که مجموع گندم‌ها



کمتر از سه تن است یا هزار متر از زمین‌های موجود در یک محل فروخته می‌شود، اما مشخص می‌گردد که مجموع زمین، کمتر از هزار متر است. فقها در این مورد به خریدار حق داده‌اند که معامله را به خاطر تبعض صفته فسخ نماید یا مقدار موجود را در مقابل مقداری از ثمن که به آن تعلق می‌گیرد قبول کند (شهید ثانی، ۲۶۷/۳)، اما باید توجه داشت که این موضوع ارتباطی با شرط مقدار موردنظر ما ندارد.

نکته هشتم: لازم نیست که شرط مقدار، به صراحت در ضمن عقد بیان شود، بلکه ممکن است بنای طرین قرارداد بر آن باشد که مبیع، دارای مقدار مشخصی باشد (صاحب جواهر، ۲۲۸/۲۳). همچنین ممکن است شرط به صورت الفاظ گوناگون یا به صورت مجزا بیان شده باشد که در این صورت، باید اراده دو طرف را به دست آورد و مهم این است که شرط مقدار، شرایط اساسی شرط ضمن عقد را داشته باشد (مراغی، ۲۸۸/۲).

نکته نهم: در مواردی که به فسخ قرارداد حکم می‌شود، ممکن است ضرر زیادی به یک طرف وارد شود. مانند اینکه خریدار، ملکی را با ساختمان نیمه‌تمام بخرد و مقدار زیادی هزینه کند و ناگهان متوجه شود که مساحت بنا یا زمین، کمتر از مقدار تعیین شده است. در اینجا، چنانچه براساس ماده ۳۵۵ قانون مدنی فقط حق فسخ قرارداد و استرداد ثمن به وی داده شود، باید متحمل ضرر فراوانی گردد که عادلانه نیست. قواعد عمومی از جمله قاعده لاضرر و عدالت اقتضا می‌کند که خسارت وی جبران شود. همان گونه که قانون‌گذار نیز به این مهم توجه داشته است و در ماده ۳۸۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در مورد دو ماده قبل معامله فسخ شود باید علاوه بر ثمن مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد».

نکته دهم: در مورد شرط مقدار نمی‌توان حکم واحدی را بیان داشت؛ زیرا بسته به اینکه مبیع، مال مثلی یا قیمی باشد و یا دارای اجزای مساوی یا مختلف باشد و نیز اینکه مبیع کمتر از مقدار شرط شده درآید یا بیشتر از آن باشد، حکم هر قسمت،

متفاوت خواهد بود. همچنان که در هر قسمت نیز وحدت نظر وجود ندارد. همان گونه که اشاره شد، تشتت در نوشته‌های فقهی موجب تشتت مواد قانونی هم شده است که به عنوان نمونه، می‌توان به نظریه‌های گوناگون فقیه نام‌دار، علامه حلی، در کتابهای متعدد وی اشاره کرد (علامه حلی، *تبصره المتعلمین*، ۳۰۴).

پس از بیان این مقدمه نسبتاً طولانی، اما گریزناپذیر، حالت‌های مختلف شرط مقدار در ضمن قرارداد را به چهار صورت کلی تقسیم می‌نماییم. سپس احتمال‌ها و نظریه‌های مربوط به هر صورت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

صورت اول: موضوع قرارداد، مثلی و متساوی‌الاجزاء بوده و کمتر از شرط باشد؛ در این صورت، یک مال مثلی و دارای اجزای مساوی فروخته شده است و در ضمن قرارداد، شرط می‌شود که آن مال، دارای مقدار معینی باشد، اما سپس معلوم می‌شود که کمتر از مقدار شرط شده است، مانند اینکه فروشنده، یک انبار برنج معین که به رؤیت خریدار می‌رسد را در مقابل یک میلیون تومان می‌فروشد و شرط می‌شود که مقدار برنج‌ها معادل هزار کیلو باشد، اما وقتی برنج‌ها تحویل خریدار گردید معلوم می‌شود که مقدار آن نهصد کیلو است. در این حالت، تردیدی وجود ندارد که خریدار، حق فسخ معامله یا قبول آن به همین صورت را دارد، اما تردید در آن است که آیا خریدار می‌تواند مقداری از ثمن را که در مقابل جزء ناقص قرار دارد (یکصد هزار تومان) کسر نموده و آن را به فروشنده ندهد یا اگر داده است مسترد کند؟ در اینجا چند دیدگاه مطرح شده است:

دیدگاه اول: مشهور فقها عقیده دارند که خریدار چنین حقی دارد؛ زیرا شرط مقدار در مبیع شخصی فقط بیانگر مقدار مبیع است و وصف اساسی آن نیست. همان گونه که در مقدمه گفته شد، شرط مقدار، یکی از مصادیق شرط صفت است، منتها شرط صفت گاهی رکن معامله و غایت انجام معامله است. مانند ظرفی قدیمی که شرط می‌شود مربوط به دوره قاجاریه باشد، اما معلوم می‌شود که مربوط به آن دوران نیست.

پس معامله باطل است. گاهی شرط صفت، رکن معامله نیست تا در اراده طرف معامله تأثیر داشته باشد، بلکه جنبه فرعی دارد و شرط مقدار از همین نوع است؛ یعنی مقدار، جزئی از مال نیست. به عنوان مثال، وقتی هزار کیلو برنج در مقابل یک میلیون تومان فروخته می‌شود، معنایش آن است که دو طرف با یکدیگر توافق کرده‌اند که هر کیلو برنج، هزار تومان مورد معامله قرار گیرد و به عبارتی، هر یک کیلو برنج در مقابل هزار تومان فروخته می‌شود و مقدار را از آن جهت شرط می‌کنند که مشخص باشد فروشنده چه مقدار برنج باید تحویل بدهد. حال اگر برنج، نهصد کیلو باشد، ثمن نیز به همان مقدار، یعنی نهصد هزار تومان تعیین می‌شود و صد هزار تومان از ملک خریدار خارج نشده و به او تعلق دارد. عرف که داور اصلی در این موارد است، چنین حکم می‌کند که ثمن در مقابل تمامی مبیع قرار گیرد؛ یعنی یک میلیون تومان در مقابل هزار کیلو برنج باشد و هر مقدار که از یک طرف کسر شود، از طرف دیگر نیز کسر می‌شود و مبیع، مجموعه به هم پیوسته و واحدی نیست که نتوان آن را تجزیه کرد (انصاری، ۸۲/۶؛ علامه حلی، تذکره، ۴۹۴/۱؛ حسینی عاملی، ۷۴۴/۴؛ طوسی، المبسوط، ۱۵۵/۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۳۵/۲؛ علامه حلی، تحریر، ۱۷۷/۱؛ تبصره، ۱۰۰؛ شهید اول، ۹۸/۳؛ شهید ثانی، ۲۶۷/۳؛ ابن ادریس، ۳۷۷/۲).

قانون‌گذار نیز به پیروی از نظر مشهور فقها همین دیدگاه را پذیرفته و در ماده ۳۸۴ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن درآید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید». این ماده نیز حالتی را بیان می‌کند که مبیع، مال مثلی بوده و اجزای آن دارای ارزش مساوی باشد و مقدار، از آن جهت بیان شده باشد که میزان تعهد فروشنده را تعیین کند، نه اینکه وصف اساسی برای مبیع باشد. به گونه‌ای که خریدار به غیر از این مقدار، نظر نداشته باشد. خیار که برای خریدار به وجود می‌آید خیار تبعض صفقه است (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی

کنونی، ۳۳۶)؛ زیرا بخشی از مبیع وجود نداشته و در نتیجه، مقداری از ثمن نیز در مقابل آن قرار نمی‌گیرد و این بخش از قرارداد باطل است و موجب خیار تبعض صفقه می‌شود. بر این اساس، باید مقررات خیار تبعض صفقه رعایت شود. از جمله اینکه خریدار نسبت به موضوع و ناقص بودن مبیع اطلاعی نداشته باشد. در مورد حق خیار فروشنده در صورتی که خریدار، ثمن را تجزیه کند، تصریحی در قانون دیده نمی‌شود، اما برحسب قواعد عمومی باید این حق را برای فروشنده جاهل نیز برقرار دانست؛ زیرا معامله، نسبت به او نیز تجزیه می‌شود.

نکته‌ای که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد آن است که در کتابهای فقهی و حقوقی، مثالی که برای این مورد بیان می‌شود، از قبیل جو و گندم و برنج و پارچه است که دارای اجزای مساوی بوده و واحد مال، ملاک معامله قرار می‌گیرد. به عنوان نمونه، هزار کیلو برنج، هر کیلو هزار تومان فروخته می‌شود و پیدا است که معامله اصلی بر روی هر کیلو برنج بوده و مقدار، فقط میزان تعهد را تعیین می‌کند و چنین مواردی، اشکال زیادی در پی ندارد و خیلی هم مورد اختلاف قرار نمی‌گیرد؛ زیرا حکم این موارد کاملاً بدیهی است که چه باید کرد، اما عمده اختلاف‌ها در مورد اموالی همچون زمین و ساختمان است که در ظاهر، اجزای مساوی ندارند، ولی در واقع با پیشرفت تکنولوژی و وسایل اندازه‌گیری می‌توان با این اموال، معامله اموال متساوی‌الاجزا را نمود و در ادامه خواهیم دید که فقها نیز تلاش کرده‌اند تا آنجا که ممکن است به عدالت نزدیک شوند و در این موارد نیز حکم اموال دارای اجزای مساوی را جاری می‌سازند.

دیدگاه دوم: دیدگاه دوم آن است که خریدار، چنین حقی ندارد؛ زیرا شرط مقدار نیز شرطی مانند بقیه شرط صفت‌ها می‌باشد و دارای همان ضمانت اجرا است. درست است که صفت مقدار، جنبه فرعی دارد و مانند وصف قدیمی بودن ظرف طلا نیست، اما صفت فقط در ایجاد انگیزه تأثیر دارد. به گونه‌ای که اگر این مقدار نباشد، انگیزه

معامله به وجود نمی‌آید. پس صفت در مقابل مقداری از ثمن قرار نمی‌گیرد و در نتیجه، نمی‌توان در صورت فقدان صفت، مقداری از ثمن کاست. در اینجا خللی در صحت معامله به وجود نمی‌آید، بلکه وصف لزوم را از دست می‌دهد تا خریدار بتواند ضرر خود را با فسخ قرارداد جبران کند. منشأ این حق ممکن است به ارادهٔ دو طرف برگردد؛ یعنی قصد طرفین قرارداد، آن بوده که مبیع دارای مقدار مشخصی باشد و اگر کمتر از آن بود حق فسخ به وجود می‌آید و نیز ممکن است قاعدهٔ «الاضرر» را مبنای این حق قرار داد؛ زیرا در صورتی که به آن مقدار نباشد موجب ضرر خریدار است. به عنوان مثال، وقتی شرط می‌شود که برنج، هزار کیلو باشد، مانند آن است که شرط شده باشد که برنج ایرانی باشد. پس همان گونه که اگر برنج، ایرانی نباشد فقط حق فسخ را به وجود می‌آورد، اگر دارای مقدار تعیین شده نیز نباشد همین ضمانت اجرا را در پی خواهد داشت. همچنین در اینجا دو دلالت وجود دارد که با یکدیگر تعارض دارند: یکی دلالت اشاره است که طرفین قرارداد، مال خاصی را به عنوان مبیع معین، مورد اشاره قرار داده و قصد دارند نسبت به آن معامله کنند و دیگری دلالت وصف و شرط مقدار است. پس اگر دلالت اشاره را مقدم بدانیم، فقط حق فسخ به وجود می‌آید؛ زیرا ارادهٔ دو طرف به عین معین مورد اشاره تعلق گرفته است، اما اگر دلالت وصف را مقدم بدانیم حق تقسیط ثمن به وجود می‌آید؛ زیرا مقداری که شرط شده، فقط بیانگر مقدار مبیع است.

پیدا است که عرف در مقام داوری، دلالت اشاره را مقدم می‌دارد؛ زیرا دلالت اشاره به مراتب قوی‌تر از دلالت وصف است (علامه حلی، القواعد، ۹۲/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴۲۸/۴).

صورت دوم: مبیع، قیمی و مختلف الاجزاء بوده و کمتر از شرط باشد؛ در این صورت، مال معینی که دارای اجزای مختلف و غیرمساوی است مورد معامله قرار می‌گیرد و شرط می‌شود که دارای مقدار مشخصی باشد، اما وقتی تحویل

خریدار گردید، معلوم می‌شود که کمتر از مقدار تعیین شده است. مانند اینکه قطعه زمینی که مورد مشاهده طرفین قرار گرفته است، در مقابل یکصد میلیون تومان فروخته شده و شرط می‌شود که مساحت زمین، معادل یکصد مترمربع باشد، اما سپس معلوم می‌شود که مساحت زمین معادل نود مترمربع است. در اینجا هم تردیدی در حق فسخ خریدار وجود ندارد، بلکه همچون صورت نخست، بحث در آن است که آیا خریدار می‌تواند بخشی از ثمن را که در مقابل مقدار نقصان قرار دارد مسترد نموده و معامله را نسبت به بقیه زمین امضا کند؟ اختلاف در این صورت، جدی‌تر از صورت قبل است و کسانی که در اینجا چنین حقی را برای خریدار برقرار می‌دانند در مسأله قبلی به طریق اولی این حق را برای وی برقرار خواهند دانست. آنچه که مورد اختلاف جدی بوده و مورد نیاز است، این حالت می‌باشد و در این صورت نیز همان دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: گروهی بر این باورند که خریدار، حق تقسیط ثمن و استرداد مازاد را دارد؛ زیرا نقصان مقدار، کمتر از نقصان صفت نیست و فقدان آن، عیب محسوب می‌شود (ابن علامه، *ایضاح الفوائد*، ۵۱۵/۱). البته این حق، نافی حق خریدار برای فسخ قرارداد نیست (محقق حلی، *شرایع الاسلام*، ۲۸۹/۲). یکی از دلایل این گروه، همان دلیل قبلی است؛ یعنی عرف را داور قرار داده و اعتقاد دارند که عرف، شرط را جزیی از ثمن می‌داند و بخشی از ثمن را در مقابل شرط قرار می‌دهد (لشروط قسط من الثمن). به عبارت دیگر، شرط مقدار، یک چهره ظاهری و یک چهره واقعی دارد. چهره ظاهری شرط مقدار، همان چهره‌ای است که تمامی شروط صفت دارند و مقدار را به عنوان صفتی برای مبیع قرار می‌دهد، اما چهره واقعی شرط مقدار آن است که مقدار، جزیی از مبیع باشد و ثمن هم در مقابل تمامی مبیع قرار می‌گیرد؛ یعنی بخشی از آن در مقابل شرط قرار دارد. حال باید دید که کدام چهره بر دیگری غلبه دارد و در این رابطه باید داوری عرف را پذیرفت؛ زیرا مبنای قضاوت ما داوری عرف است و عرف، چهره واقعی را بر چهره ظاهری شرط مقدار ترجیح می‌دهد (انصاری، ۸۴/۶). این دلیل، جنبه

عقلی و منطقی دارد، اما رسم فقها بر آن است که هرگاه آیه و روایتی برای موضوع بیابند، شیفته آن شده و دلیل لفظی را بر دلیل لبی مقدم می‌دارند. در اینجا نیز فقها به دلیل دیگری استناد کرده‌اند که می‌توان آن را مهمترین مستند ایشان دانست. این دلیل، روایتی از ابن حنظله (حرعاملی، ۳۶۱/۱۲) و در مورد شخصی است که یک قطعه زمین را می‌فروشد به شرط اینکه ده جریب باشد و خریدار، زمین را تحویل گرفته و ثمن آن را می‌پردازد و معامله قطعی می‌شود. زمانی که خریدار زمین را اندازه می‌گیرد، در می‌یابد که پنج جریب است. امام می‌فرماید: «اگر خریدار بخواهد اضافه ثمن را پس گرفته و باقیمانده زمین را می‌گیرد و اگر بخواهد مبیع را پس داده و تمام ثمن را مسترد می‌نماید». صراحت این روایت جای تردیدی باقی نمی‌گذارد و فقها نیز در مطابقت آن با عقل و منطق ایرادی نکرده‌اند. بنابراین، از نظر دلالت مضمونی، ایرادی بر آن وارد نشده است، اما از جهت سند اشکال‌هایی شده است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

دیدگاه دوم: دیدگاه غیرمشهور فقها آن است که خریدار فقط حق فسخ قرارداد یا قبول آن به همان صورت را دارد، اما حق تقسیط ثمن را ندارد (ابن براج، ۱۶۳). عمده کسانی که در صورت اول حق تقسیط ثمن را برقرار نمی‌دانستند، در اینجا هم همان دیدگاه را دارند و دلیل ایشان نیز همان دلیل قبلی است؛ یعنی آنچه که مورد معامله قرار می‌گیرد، عین معین خارجی است و شرط مقدار فقط میزان تعهد را تعیین می‌کند و در مقدار ثمن نقشی ندارد و تفاوتی میان شرط مقدار و سایر شروط صفت وجود ندارد (طوسی، المبسوط، ۱۵۴/۲). با این وجود، گروهی از فقها میان صورت اول و دوم تفصیل داده و حق تقسیط را در صورت اول برقرار می‌دانند، اما در صورت دوم، چنین حقی را برای خریدار برقرار نمی‌دانند (محقق کرکی، جامع ۴۲۸، ۴). این گروه، دلیل خاصی را بیان کرده‌اند که صورت اول را ثابت نمی‌کند، اما برای اثبات فقدان حق تقسیط در صورت دوم قابل استناد است. ایشان گفته‌اند که هرگاه مبیع، مال قیمی و غیر متساوی‌الاجزاء باشد، نمی‌توان مقداری از ثمن را در مقابل مقداری از مبیع قرار داد که

وجود ندارد؛ زیرا هر جزیی از مبیع، ارزش متفاوتی دارد. بنابراین، مقدار حق خریدار معلوم نیست تا بتوان با برگرداندن مقداری از ثمن، آن را جبران کرد. این امر در مال متساوی الاجزاء امکان دارد. به عنوان نمونه، هرگاه مقداری برنج فروخته شود به شرط آنکه دویست کیلو باشد، اما معلوم شود که صد و پنجاه کیلو می‌باشد، مقداری که وجود ندارد، یک چهارم مجموع آن است و قیمت آن نیز یک چهارم مجموع ثمن المسمی است و ربع ثمن بر می‌گردد، اما در مال مختلف الاجزاء نمی‌توان چنین محاسبه‌ای را انجام داد. به عنوان نمونه، هرگاه زمینی فروخته شود به شرط آنکه صد متر باشد، اما معلوم شود که پنجاه متر است؛ مقداری که وجود ندارد، گرچه معادل نصف مجموع است، اما ارزش آن معادل نصف مجموع نیست، زیرا ممکن است مقداری که وجود ندارد جزو قسمت مرغوب یا نامرغوب و یا مختلط باشد. پس نمی‌توان بهای مقدار ناقص را به دست آورد تا به خریدار مسترد شود (ابن علامه، ۵۱۵/۱). مرحوم شیخ انصاری دو پاسخ به این دلیل داده است (مکاسب، ۸۲/۶) پاسخ نخست آن است که معلوم نبودن حق خریدار سبب نمی‌شود که وی از حق خود محروم شود، بلکه می‌توان از راه مصالحه، حق او را تعیین کرد. این پاسخ چندان قابل دفاع نیست؛ زیرا خریدار، حق فسخ دارد و این گونه نیست که حق او از بین برود، بلکه با فسخ قرارداد، جلو ضرر او گرفته می‌شود. پاسخ دوم آن است که در مال قیمی نیز حق خریدار معلوم است؛ زیرا می‌توان با تقسیم کردن مقدار ناقص بر تمامی اجزای مبیع، حق او را معلوم کرد. به عنوان نمونه، چنانچه زمینی به شرط آنکه ده هکتار است فروخته شود و پس از تحویل زمین، مشخص شود که مساحت آن پنج هکتار است و شکل زمین به گونه‌ای باشد که یک هکتار آن در کنار خیابان قرار گرفته و قیمت مرغوبی داشته باشد و یک هکتار آن در کنار بیابان قرار گرفته و نامرغوب باشد و سه هکتار آن در میان زمین قرار داشته و دارای قیمت متوسط باشد، تمامی قسمت‌های مرغوب و نامرغوب زمین دو برابر می‌شود و تفاوت قیمت که نصف ارزش تمام زمین



است، مشخص می‌گردد؛ یعنی قسمت کنار خیابان را دو برابر فرض کرده و قیمت آن را به دست می‌آوریم و قسمت کنار بیابان را دو برابر کرده و قیمت آن را به دست می‌آوریم و قسمت میانی را نیز که سه هکتار است دو برابر کرده و قیمت آن را به دست می‌آوریم و از هر قسمتی نصف قیمت را گرفته و از مجموع نصف، ثمن المسمی به خریدار برمی‌گردد و نیازی به ابطال یا فسخ قرارداد نیست. البته راههای دیگری هم پیشنهاد شده است که مثلاً چنانچه یک پنجم زمین مرغوب باشد، یک جریب را شش برابر فرض کرده و با چهار جریب بقیه جمع می‌کنیم، اما راه حل شیخ انصاری بهتر است. این استدلال، با عدالت نیز سازگار بوده و ارشاد مناسبی برای قضات است تا در مواردی که مبیع از نوع زمین یا اموال مشابه است با این استدلال که نمی‌توان ثمن را به صورت مساوی بر اجزای مبیع تقسیم نمود، راه را بر احقاق حق خریداران نبندند. حتی در آپارتمانها و بناها که ارزش قسمت‌های مختلف ساختمان با یکدیگر تفاوت دارد، می‌توان تفاوت‌ها را تعدیل کرد.

قانون‌گذار ما برخلاف استدلال مرحوم شیخ انصاری، فقط حق فسخ را برقرار کرده و در قسمت اول ماده ۳۵۵ قانون مدنی، با توجه به همین دیدگاه می‌گوید: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت». البته این حق، مانع از آن نیست که طرفین قرارداد نسبت به محاسبه زیادی و نقیصه به گونه دیگری با یکدیگر توافق کنند.

در این ماده، شرط مقدار به عنوان صفت بیان شده است و البته ویژه املاک نیست و در مورد تمامی اموال قابل اجرا است. قانون‌گذار چنین فرض کرده است که ملک با همان مساحتی که تعیین شده است، به عنوان یک مال غیرقابل تجزیه مورد معامله قرار گرفته است و مقدار، گرچه چهره وصفی دارد، اما در مقابل صفت مقدار بخشی از ثمن قرار نمی‌گیرد و به عبارت دیگر، صفت مقدار فقط باعث ترغیب خریدار شده است و

مانند بقیه صفت‌ها چنانچه مورد تخلف قرار گیرد، حق فسخ به وجود می‌آورد. در این مورد، باز هم تأکید بر این نکته ضرورت دارد که ظاهر قانون، این استنباط را به ذهن متبادر می‌سازد و نباید ظاهر راهزن قانون، دادرس هوشیار را بفریبید، اما دادگاه باید اراده طرفین قرارداد را در نظر بگیرد؛ زیرا در اکثر موارد، صفت مقدار فقط بیانگر میزان تعهد است و این گونه نیست که اگر در مثل یک قطعه زمین هزارمتری چند متر کم تر باشد، فقط حق فسخ به خریدار داده شود و در مواردی که ارزش املاک به سرعت تغییر می‌کند، این راه حل، عادلانه نیست و موجب ضرر خریدار می‌شود که فلسفه خیار فسخ نیز آن را جبران نمی‌کند.

نظریه سوم: این احتمال، گرچه به صراحت از سوی فقیهی بیان نشده است، اما می‌توان آن را از قواعد فقهی و حقوقی به دست آورد. به موجب این احتمال، تفاوت ارزش اجزای مختلف زمین سبب می‌شود که میزان ثمنی که در مقابل مقدار ناقص قرار گرفته است، مجهول بماند و در نتیجه، مقدار ثمنی هم که در مقابل مقدار باقیمانده قرار گرفته است، مجهول شود و در نتیجه، جهل به ثمن، موجب غرری شدن معامله شده و باید از اساس حکم به بطلان چنین قراردادی نمود. این احتمال، گرچه با قواعد حقوقی سازگار است، اما طرفداری ندارد، بلکه مرحوم شیخ انصاری پس از آنکه نظریه دوم را رد کرده است، چنین می‌گوید: «مگر اینکه ادعا شود که معلوم نبودن مقداری از ثمن که در مقابل جزء ناقص مبیع قرار دارد، موجب می‌شود که در زمان انعقاد قرارداد، ثمن مبیع مجهول باشد و در نتیجه، هنگام نیاز به تقسیط ثمن، چنین امری ممکن نخواهد بود» (انصاری، ۸۶/۶). از این سخنان می‌توان بطلان قرارداد را استنباط کرد؛ زیرا گرچه به صراحت بیان نشده است، اما نتیجه اصلی، مجهول بودن عوضین بطلان قرارداد است.

نظریه چهارم: نظریه چهارم آن است که چنانچه احتمال جبران مقدار ناقص از مال دیگری وجود داشته باشد، نوبت به تقسیط ثمن نمی‌رسد. این دیدگاه از سوی شیخ

طوسی و علامه حلی مطرح شده است و شیخ طوسی فقط به قسمت ذیل روایت ابن حنظله استناد کرده است که می‌گوید: «... مگر اینکه در کنار زمین، زمین‌های دیگری وجود داشته باشد که در این صورت، فروشنده باید مقدار نقصان را از زمین‌های جنب آن جبران کند و عقد، لازم می‌شود، اما اگر زمین‌های دیگری غیر از زمین فروخته شده در کنار آن زمین نباشد، خریدار می‌تواند زمین را بگیرد و ثمن زیادی را مسترد کند و یا اینکه زمین را پس داده و تمام ثمن را مسترد کند» (طوسی، *تهذیب الاحکام*، ۱۵۳/۷).

در مورد استناد به این روایت تنها ممکن است به سند روایت ایراد شود. اما این ایراد مسموع نیست؛ زیرا عمل همه فقها به این روایت، ضعف سند آن را جبران کرده است و در اصطلاح گفته می‌شود که شهرت عملی، ضعف سند روایت را جبران می‌کند (مظفر، ۳۰۰/۳). این روایت حتی مورد عمل افرادی همچون ابن ادریس قرار گرفته است که فقط به خبرهای قطعی عمل کرده و ارزشی برای خبر واحد قائل نیستند (ابن ادریس، ۴۷/۱). صاحب کتاب دروس نیز این نظریه را به این صورت مطرح کرده است: «و روایت شده است باید مقدار ناقص را از زمین مجاور جبران کرد. چنانچه فروشنده در کنار آن زمین، زمین دیگری داشته باشد» (شهید اول، ۳۵۶/۳). از ظاهر این عبارت بر می‌آید که این دیدگاه، مورد قبول وی نیست. ایراد به محتوای روایت ایراد جدی‌تری است؛ زیرا مضمون روایت با قواعد فقهی سازگاری ندارد؛ چرا که طرفین قرارداد نسبت به زمین اطراف متعلق به مالک، معامله‌ای نکرده‌اند و در نتیجه اراده آنها به زمین مجاور تعلق نگرفته است: «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع». اما علامه حلی به روایت اکتفا نکرده و استدلال کرده است که زمین مجاور نسبت به ثمن، نزدیک‌تر به مثل است. بنابراین، تا زمانی که بتوان زمینی را در مجاور زمین فروخته شده به عنوان بدل داد، نسبت به رد بقیه ثمن در اولویت است. این استدلال نیز با قواعد حقوقی سازگاری ندارد؛ زیرا زمین مجاور مبیع، فروخته نشده است تا ذمه فروشنده نسبت به آن ضامن

باشد و آن گاه بتوان بدل ضمان را از مثل آن پرداخت، بلکه نه ثمن از ملک خریدار خارج شده است و نه فروشنده نسبت به تحویل زمین دیگر تعهدی دارد.

با این وجود، می‌توان این نظر را حاکی از گرایش برخی فقها به رعایت عدالت دانست. هر چند خدشه‌ای به ابروی قاعده‌ای سنتی وارد شود و بر همین اساس شاید بتوان این احتمال را مطرح کرد که چنانچه زمینی معادل زمین ناقص وجود داشته باشد که با تحویل آن به خریدار، ضرر او را جبران می‌کند احتمال الزام فروشنده به خرید زمین و تحویل آن به خریدار وجود دارد، اما چنین احتمالی بسیار ضعیف است، مگر اینکه با مصالحه و سازش انجام شود. لازم به ذکر است که مرحوم علامه حلی در جای دیگری نظریه عدم امکان اجبار فروشنده به تحویل زمین دیگر را نظریه ضعیفی دانسته و عبارت «علی رأی» را بکار برده و دیدگاه خود را به صراحت مطرح نکرده است، بلکه پس از بیان دیدگاه‌های مختلف می‌گوید: «و نظریه نزدیک‌تر» به واقع آن است که چنانچه مبیع بیشتر از مقدار مشخص شده باشد، فروشنده می‌تواند معامله را فسخ کند یا در مقابل تمام ثمن آن را امضا کند. اعم از اینکه متساوی‌الاجزاء یا مختلف‌الاجزاء باشد. همچنین اگر مبیع کمتر از مقدار تعیین شده باشد، خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند یا در مقابل تمام ثمن امضا کند. اعم از اینکه متلی یا قیمی باشد (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۵۰/۴).

در رویه قضایی نیز شاهد دعوایی در همین زمینه هستیم که خواهان، زمینی با ابعاد مشخص را خریداری کرده است و سپس معلوم می‌شود که مساحت زمین کمتر از مقدار تعیین شده است. بنابراین، خریدار، دعوایی مبنی بر تحویل مقدار ناقص از زمین‌های مجاور فروشنده را مطرح کرده است و شعبه ۱۳ دادگاه استان مرکزی در دادنامه ۹۸-۱۳۴۱/۵/۲۹-۹۸ دعوی خواهان را مردود اعلام می‌کند که سرانجام پرونده برای صدور رأی اصراری در هیأت عمومی دیوانعالی کشور مطرح می‌شود و دیوان عالی کشور از این جهت که خواسته خواهان مطابق با ماده ۳۴۸ قانون مدنی مطرح نشده

است، متعرض آن نمی‌شود، بلکه با این استناد، رأی را نقض می‌کند که زمین مورد ادعای خواهان جزء سند آنها است و دادگاه شهرستان و استان به این نکته توجه نکرده است (کاتوزیان، *دوره عقود معین*، ۱/۱۳۳). ملاحظه می‌شود که دادگاهها ظاهر قانون را که البته مطابق با قواعد نیز می‌باشد را بر اجرای عدالت ترجیح داده و همچون فقها نمی‌پذیرند که چنانچه فروشنده در کنار زمینی که فروخته است، زمینی مثل زمین فروخته شده داشته باشد، نمی‌توان وی را به جبران مقدار ناقص از زمین مجاور الزام نمود؛ زیرا زمین مجاور فروخته نشده است تا وجهی برای الزام وی به جبران زمین ناقص وجود داشته باشد.

حالت سوم: در این حالت، مالی مثلی که دارای اجزای مساوی است فروخته می‌شود، به شرط آنکه دارای مقدار معینی باشد، اما سپس معلوم می‌شود که مقدار آن بیشتر از مقدار شرط شده است. مانند اینکه یک انبار برنج در مقابل یک میلیون تومان فروخته شود به شرط اینکه هزار کیلو باشد، اما پس از اینکه مال، تحویل خریدار گردید مشخص می‌شود که هزار و یکصد کیلو است. در اینجا نیز وحدت نظری میان فقها دیده نمی‌شود بلکه چند نظریه و احتمال مطرح شده است. گروهی بر این باورند که میان ناقص بودن مبیع و زیاد آمدن آن تفاوتی وجود ندارد، اما عده‌ای نیز تفاوت قائل شده‌اند که به دیدگاههای مطرح شده اشاره می‌کنیم.

نظریه اول: مقدار زیادی، متعلق به فروشنده است و فروشنده نسبت به مقدار زیادی با خریدار شریک می‌شود (ابن حمزه، ۲۲۷). همچنین به تبع این حق، خریدار نیز حق فسخ پیدا می‌کند؛ زیرا شرکت، موجب ضرر او است و برای دفع این ضرر باید حق فسخ داشته باشد (حلی، *تبصره المتعلمین*، ۱۰۰). دلیل این نظریه آن است که گرچه شرط مقدار در ظاهر به صورت شرط صفت بیان شده است، اما در واقع حکم جزء را دارد و وقتی شرط می‌شود که مبیع بیشتر از مقدار خاصی نباشد به معنای آن است که فروشنده، مقدار زاید را استثنا کرده و در ملک او باقی است. حال اگر فروشنده

مقدار زیادی را به خریدار بدهد و معامله را به همان صورت امضا کند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا خریدار حق فسخ دارد یا خیر؟ در ظاهر چنین به نظر می‌آید که این حق برای خریدار وجود ندارد؛ زیرا مقدار اضافی متّی از سوی فروشنده بر خریدار است (حسینی عاملی، ۷۴۳/۴) و ضرری متوجه خریدار نمی‌شود. با این وجود، ممکن است گفته شود که اعطای مقدار اضافی، نوعی منت است که نمی‌توان اشخاص را ملزم به قبول آن نمود و ضرر، منحصر در ضرر مادی نیست، بلکه رفتن زیر منت دیگران ضرری معنوی است که گاه بزرگ‌تر از ضرر مادی می‌باشد. این مسأله معمولاً در مواردی به وجود می‌آید که نمی‌توان مقدار زیادی را منفک نمود، اما در بحث ما که مبیع قابل تجزیه است، خریدار مقدار زاید را جدا کرده و به فروشنده رد می‌کند.

قانون‌گذار در بخشی از ماده ۳۸۴ قانون مدنی همین دیدگاه را پذیرفته و می‌گوید: «هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم...، زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است». این ماده، ناظر به موردی است که مقدار، وصف مبیع نیست، بلکه میزان تعهد را مشخص می‌کند. بنابراین، گویی فروشنده با شرط مقدار، مقرر داشته است که اگر مبیع بیشتر از مقدار مقرر باشد، مقدار اضافی متعلق به فروشنده خواهد بود. در این صورت، نمی‌توان گفت که مقدار زیادی، مورد معامله قرار نگرفته است، بلکه مقداری از زمین محاسبه نشده است و باید زمین محصور که مورد معامله قرار گرفته است، تحویل خریدار گردد و ثمن آن به فروشنده پرداخت شود.

تفصیل مطلب همان است که در حالت نخست بیان گردید. ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک به صراحت بیشتری این نظریه را بیان کرده است و در مورد اموال غیرمنقول که با سند رسمی منتقل می‌شود چنین می‌گوید: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را براساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر

هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید. در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور، قراری داده نشده باشد اداره ثبت، سند را اصلاح و به ذینفع اخطار می‌نماید تا وجه تودיעی را از صندوق ثبت دریافت دارد. عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زاید بر ده سال از تاریخ اصلاح سند، اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود.

تبصره: در مواردی که تعیین ارزش اضافه مساحت میسر نباشد، ارزش اضافه مساحت در زمان اولین معامله به وسیله ارزیاب ثبت معین خواهد شد. این ماده، قاعده‌ای عمومی را بیان می‌کند که حتی در زمینه نقصان زمین نیز می‌توان از آن بهره جست و گرچه در مورد املاک ثبت شده‌ای است که با سند رسمی انتقال می‌یابد، اما در مورد سایر املاک و حتی سایر اموال اعم از منقول و غیرمنقول قابل استفاده است. عده‌ای بر این باورند که ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک، ماده ۳۵۵ قانون مدنی را نسخ کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۷۲/۱)، اما این ادعا رد شده است؛ زیرا ماده ۱۴۹ به املاک اختصاص دارد و ماده ۳۵۵ عام است و ماده ۳۵۵ علاوه بر حالت زیادی مال، شامل نقصان مال نیز می‌شود، اما ماده ۱۴۹ اختصاص به زیادی ملک دارد. همچنین موضوع این دو ماده متفاوت است و چنانچه ماده ۱۴۹ با ماده ۳۸۴ مقایسه می‌شد مناسب‌تر بود؛ زیرا ماده ۳۸۴ زیادی را از آن فروشنده می‌داند، اما ماده ۱۴۹ حکم به تعلق آن به خریدار کرده است. با این وجود، برای حل تعارض ماده ۱۴۹ و ماده ۳۵۵ گفته شده است که ماده ۱۴۹ را در مورد ملکی بدانیم که میان فروشنده و خریدار توافقی نسبت به مقدار زیادی نشده باشد، اما ماده ۳۵۵ ناظر به موردی است که مساحت به عنوان صفت بیان شده باشد. در مورد رابطه ماده ۱۴۹ و ۳۸۴ نیز گفته شده است که ماده ۳۸۴ ناظر به موردی است که مبیع به عنوان یک کل تجزیه‌ناپذیر، مورد

معامله قرار نگرفته باشد و معامله اموالی همچون گندم که بیشتر از مقدار خریداری شده در می آید مشمول ماده ۳۸۴ است، اما ملکی که با حدود معین در سند، خریداری می شود مصداق ماده ۱۴۹ است (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱/۱۳۷). به نظر می رسد ماده ۱۴۹ به عنوان قانونی خاص، مقررات عام قانون مدنی را تخصیص می زند و نحوه اجرای پرداخت ثمن به فروشنده و اصلاح سند را بیان می کند و در این مورد نیز باید اراده فروشنده و خریدار را به دست آورد که آیا مقدار را به عنوان وصف زمین بیان کرده اند؛ بدین معنا که کمتر یا بیشتر از مقدار شرط شده در نظر آنها نبوده است یا مقدار، فقط بیانگر میزان تعهد است؟ در صورت نخست باید به مقررات قانون مدنی عمل کرد؛ زیرا نسبت به مقدار مازاد، معامله ای انجام نشده است تا سند، انتقال داده شود، اما در صورت دوم، هدف طرفین قرارداد، فروش زمین موجود خارجی بوده و فقط میزان مساحت اشتباه شده است. در چنین مواردی، نباید به فسخ قرارداد حکم نمود، به ویژه در مواردی که مقدار اضافی ناچیز است و ماده ۱۴۹ ناظر بر این موارد است.

نظریه دوم: دیدگاه دوم آن است که فروشنده، اختیار پیدا می کند که معامله را فسخ نموده یا به همان صورتی که هست بپذیرد؛ زیرا شرط مقدار نیز مانند بقیه شروط صفت است و تخلف از شرط، موجب حق فسخ می شود. در اینجا فرض بر آن است که طرفین قرارداد شرط مقدار را از این جهت بیان کرده اند که مبیع بیشتر از آن نباشد. بنابراین، وصف مقدار، همچون بقیه اوصاف مبیع، در انگیزه طرفین قرارداد مؤثر است، بدون اینکه مقداری از ثمن در مقابل آن قرار گیرد. در این مورد نیز همان مطالب قبلی تکرار می شود که گرچه ظاهر شرط وصف، چنین استنباطی را به ذهن متبادر می سازد، اما باید هدف واقعی طرفین قرارداد را به دست آورد و بر مبنای آن تصمیم گرفت. حالت چهارم: موضوع قرارداد، مال قیمی مختلف الاجزاء است و بیشتر در می آید.



در این حالت که مبیع، مال قیمی و دارای اجزای مختلف است، شرط می‌شود که مبیع دارای مقدار خاصی باشد، اما پس از معامله، مشخص می‌شود که مبیع بیشتر از مقدار تعیین شده است. به عنوان مثال، فروشنده، قطعه زمینی را می‌فروشد و شرط می‌کند که مبیع، هزار مترمربع باشد، اما سپس معلوم می‌شود که مبیع، بیشتر از مقدار تعیین شده است. در این حالت نیز همان دو نظریه قبلی با همان دلایل و استدلال‌ها بیان شده است، اما دیدگاه سومی نیز از سوی شیخ طوسی بیان گردیده است (طوسی، المبسوط، ۱۵۲/۲) و به علامه حلی هم نسبت داده شده است (مرعشی، ۲۷۵/۳). ایشان عقیده دارند که چنین معامله‌ای به کلی باطل است؛ زیرا قصد فروشنده، آن است که مقدار زاید را نفروشد، بلکه مبیعی را قصد کرده است که دارای مقدار مشخص است و خریدار نیز قصد خریدن مالی را دارد که دیده است و قصد خریدن مقداری از آن را نداشته است. بنابراین، آنچه که قصد دو طرف بوده با آنچه که واقع شده است، تفاوت دارد (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع). البته علامه این نظر را به صراحت بیان نکرده است، بلکه می‌گوید: «اگر مبیع، مختلف‌الاجزاء بوده و بیشتر از مقدار مشخص درآید، احتمال دارد که معامله باطل باشد و نیز احتمال دارد که صحیح باشد» و سپس دیدگاه خود را چنین بیان می‌کند: «نظریه نزدیک‌تر به واقع، آن است که فروشنده حق فسخ قرارداد و امضای آن را در مقابل تمام ثمن دارد» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۵۳/۲). محقق ثانی در مقام بیان دلیل باطل بودن عقد می‌فرماید: «بطلان قرارداد به خاطر مجهول بودن مبیع است؛ زیرا مقدار زیادی مشخص نیست و دلیل دیگر آن است که مبیع با صفتی فروخته شده است که آن صفت وجود ندارد و در نتیجه مبیع، وجود ندارد و البته علت اول، نزد علامه مقبول‌تر است؛ زیرا بطلان را به مبیع مختلف‌الاجزاء اختصاص داده است و اگر علت دوم را بپذیریم، معامله در مبیع متساوی‌الاجزاء نیز باطل خواهد بود» (جامع، محقق کرکی، ۴۲۹/۴). شیخ انصاری این نظریه را محل تأمل دانسته است، بدون اینکه دلیل رد آن را بیان کند (۸۸/۶)؛ اما حاشیه‌نویسان کتاب

گران‌سنگ مکاسب گفته‌اند که سخن شیخ در صورتی موجه است که شرط مقدار را از قبیل قید بدانیم تا شرط و مشروط، وحدت مطلوب داشته باشند، اما شرط مقدار چنین نیست، بلکه فروشنده و خریدار همان چیزی را که در خارج می‌بینند، قصد می‌کنند و تعدد مطلوب وجود دارد (شهیدی تبریزی، ۱۴۳/۵؛ ایروانی، ۱۰۵۶/۲؛ طباطبایی، ۱۳۵). البته گروهی نیز به شیخ طوسی نسبت داده‌اند که وی در حالت سوم، نظریه بطلان را مطرح کرده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۷۴۳/۴)، اما ایشان در حالت چهارم، این نظر را به عنوان نظریه ضعیفی مطرح کرده است و می‌گوید: «اگر فروشنده بگوید این زمین را فروختم مشروط بر اینکه صد متر باشد، اما نود متر درآید پس خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند یا در مقابل تمام ثمن اجازه بدهد؛ زیرا عقد نسبت به این مبیع واقع شده است، اما اگر زمین بیشتر از صد متر درآید، دو نظریه مطرح شده است: نظریه ظاهرتر آن است که فروشنده می‌تواند معامله را فسخ کند و اجازه بدهد و نظر دوم آن است که معامله باطل است؛ زیرا فروشنده را نمی‌توان مجبور به فروش مقدار زیادتر نمود» (طوسی، المبسوط، ۱۵۴/۲).

ماده ۳۵۵ قانون مدنی، نظریه حق فسخ را پذیرفته و می‌گوید: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که... بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه... طرفین به محاسبه زیاده... تراضی نمایند». بخشی از ماده ۳۸۵ قانون مدنی نیز همین نظریه را مطرح کرده است: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر، ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده، ولی در حین تسلیم... بیشتر درآید... بایع حق فسخ خواهد داشت». از ظاهر ماده ۳۸۵ چنین استفاده شده است که چنانچه مبیع بیشتر از مقدار شرط شده باشد، اما فروشنده به آن رضایت بدهد، خریدار نیز حق فسخ قرارداد را دارد؛ زیرا گرچه در این ماده اشاره‌ای به آن نشده است، اما قواعد عمومی از جمله خیار تخلف وصف که در ماده ۲۳۵ قانون مدنی بیان شده است، این حق را به او می‌دهد (امامی،

۴۳۸/۱). در مقام جمع میان ماده ۳۵۵ و ۳۸۵ گفته شده است که ماده ۳۵۵ ناظر به موردی است که مقدار به عنوان وصف معین شده باشد. به گونه‌ای که اگر خریدار می‌داندست مبیع کمتر از این مقدار است، اقدام به معامله نمی‌کند. پس در اینجا خیار تخلف وصف برای طرفین وجود دارد، اما این حکم را در مورد اشیایی که قابل تجزیه نیستند، نمی‌توان اجرا کرد، زیرا ضرر عمده به یک طرف وارد می‌شود. بنابراین، در چنین مواردی قانون‌گذار، ماده ۳۸۵ را پیش‌بینی کرده است. به عنوان نمونه، چنانچه ملکی با مساحت معین فروخته شود و بیشتر از مقدار معین باشد مشمول ماده ۳۳۵ است؛ زیرا تجزیه آن ضرری را در پی ندارد، اما چنانچه قالیچه‌ای با مساحت معین فروخته شود و بیشتر در آید، مشمول ماده ۳۸۵ است. برخلاف ماده ۳۸۴ که راجع به موردی است که مقدار، به عنوان وصف تعیین نشده باشد (عدل، ۲۷۶). البته در گذشته دیدیم که عده‌ای ماده ۱۴۹ قانون ثبت را ناسخ ماده ۳۵۵ می‌دانند، اما رد این نظریه و پاسخ آن را هم دیدیم. در مورد جبران خسارت‌ها علاوه بر اینکه ماده ۳۸۶ قانون مدنی به عنوان دلیل خاص، به لزوم جبران خسارت حکم کرده است، از قواعد عمومی مانند ماده یک قانون مسئولیت مدنی و ماده ۳۳۱ قانون مدنی می‌توان این حکم را به دست آورد.

### نتیجه

شرط مقدار موضوع قرارداد، یکی از مصادیق شرط صفت است، اما تخلف از این شرط در بسیاری موارد تابع مقررات خاصی است که قانون‌گذار به پیروی از نوشته‌های فقهی این مقررات را در مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی بیان کرده است. در این زمینه، هم نوشته‌های فقهی و هم متن قانون دارای ابهام و گاهی تعارض است. نتیجه مهم در این زمینه توجه به منظور طرفین قرارداد است. گاهی طرفین، مقدار را تعیین می‌کنند و وصف مقدار برای ایشان اهمیت دارد. مانند شخصی که فرش را برای اتاق دوازده متری خود می‌خرد و اضافه مساحت، نفعی برای او ندارد. هر چند در واقع

بیشتر از مبیع موردنظر می‌باشد. گاهی، شخصی در مکان مناسبی زمینی را با مساحت معینی می‌خرد و سپس مشخص می‌شود که چند متر کم‌تر یا زیادتر بوده است یا آپارتمانی را خریداری کرده و بعداً معلوم می‌شود که مقداری کمبود مساحت دارد، اما این تفاوت مقدار، اهمیتی برای فروشنده یا خریدار ندارد. به گونه‌ای که در انگیزه آنان برای انجام معامله تأثیر داشته باشد و گاهی شخصی برای انجام سفارش خاصی مقداری پارچه می‌خرد و سپس معلوم می‌شود که کمتر از مقدار تعیین شده است و تفاوت پارچه به اندازه‌ای است که هدف او را برای انجام سفارش تأمین نمی‌کند. در چنین مواردی، نمی‌توان فقط به ظاهر قانون و این نکته اکتفا کرد که مورد معامله، مثلی یا قیمی است و متساوی‌الاجزاء است یا خیر، بلکه باید با توجه به نقش مقدار و تأثیر آن در اراده طرفین، تصمیم گرفت و ماده قانونی را تعیین کرد. همین اشکال سبب شد که قانون‌گذار مواد مزبور را برای املاکی که با سند فروخته می‌شود، کافی ندانسته و ماده ۱۴۹ قانون ثبت را تصویب کند؛ زیرا اگر شخصی، زمینی را با حدود اربعه معین که براساس مقررات ثبتی تعیین حدود گردیده و در سند قید شده است، براساس متر از مذکور در سند، خریداری کند و پس از مدتی معلوم شود که آن زمین مقداری بیشتر از مقدار تعیین شده است، نمی‌توان فروشنده یا خریدار را فقط ملزم به فسخ نمود؛ زیرا قیمت زمین چندین برابر شده و از طرفی هم نمی‌توان گفت که خریدار قیمت گزاف امروز را بدهد. به همین جهت، ماده ۱۴۹ به تصویب رسید تا خریدار تفاوت قیمت را به فروشنده بپردازد و سند را اصلاح کند که البته دیدیم عده‌ای اعتقاد به نسخ ماده ۳۵۵ قانون مدنی به وسیله ماده ۱۴۹ داشتند.

### منابع

ابن ادریس؛ محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، گردآوری شده در سلسله البنا بایع الفقهیه توسط علی اصغر مروارید، مؤسسه فقه الشیعه، بیروت، ۱۴۱۰ق.

- ابن البراج، عبدالعزیز؛ *المهذب*، گردآوری شده در سلسله الینابیع الفقہیہ توسط علی اصغر مروارید، بیروت، مؤسسہ فقہ الشیعہ، ۱۴۱۰ق.
- ابن حمزہ طوسی، محمد بن علی؛ *الوسیلہ الی نیل الفضیلہ*، گردآوری شده در سلسله الینابیع الفقہیہ، توسط علی اصغر مروارید، بیروت، مؤسسہ فقہ الشیعہ، ۱۴۱۰ق.
- ابن علامہ، محمد بن حسن؛ *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسہ اسماعیلیان، ۱۳۶۳ش.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیہ، ۱۳۶۸.
- انصاری، مرتضی؛ *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.
- ایروانی نجفی، *حاشیہ المکاسب*، تهران، انتشارات کیا، ۱۳۸۴.
- بجنوردی، محمد حسن؛ *القواعد الفقہیہ*، تهران، منشورات دلیل ما، ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *حقوق ثبت*، تهران، ۱۳۵۶.
- حرعاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشیعہ*، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- حسینی روحانی، محمدصادق؛ *منہاج الصالحین*، قم، منشورات الاجتہاد، ۱۴۲۹ق.
- حسینی عاملی؛ *مفتاح الکرامہ فی شرح قواعد العلامہ*، قم، مؤسسہ آل البیت.
- شہید اول، محمد بن مکی؛ *الدروس الشرعیہ فی فقہ الامامیہ*، قم، جامعہ المدرسین، ۱۴۱۴ق.
- شہید ثانی، زین الدین جبعی؛ *الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ*، قم، مکتبہ الداوری
- شہیدی تبریزی؛ *هدایہ الطالب الی اسرار المکاسب*، قم، دارالفقہ للطباعہ و النشر، چاپ اول ۱۳۸۵.
- صاحب جواهر، محمد حسن؛ *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیہ، ۱۳۶۸.

- طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- طوسی، محمد بن حسن؛ *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۱.
- \_\_\_\_\_؛ *تهذیب الاحکام*، بیروت، دارالصعب و التعارف، ۱۴۰۱ق.
- عدل، مصطفی؛ *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات امیرکبیر
- علامه حلی، حسن بن یوسف؛ *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۹۹۰م..
- \_\_\_\_\_؛ *قواعد الاحکام*، قم، منشورات الرضی.
- \_\_\_\_\_؛ *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، تهران، مرکز دراسات الاسلامیه، ۱۴۱۶ق.
- کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی، دوره عقود معین* تهران، شرکت ۱۳۷۱.
- \_\_\_\_\_؛ *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸.
- \_\_\_\_\_؛ *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرایع الاسلام*، تهران انتشارات استقلال.
- مراغی، میرعبدالفتاح؛ *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- مرعشی شوشتری؛ *سبیل الرشاد الی شرح الارشاد*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.
- مظفر، محمدرضا؛ *اصول الفقه*، قم، انتشارات حقوق اسلامی، ۱۳۸۵.
- موسوی بجنوردی؛ محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۲-۱۲۵

## تحلیل فقهی وضعیت ید امین در حالت ترک تقصیر\*

مهدی شعبانی

دانش آموخته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: M\_sh84258@yahoo.com

دکتر محمد تقی فخلعی

دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir

### چکیده:

از نظر مسئولیت مدنی، اصل اولی در استیلا بر مال دیگری ضمان و یکی از استثناهای آن ید امین است. تا هنگامی که مرتکب تعدی و تفریط (تقصیر) نشود، ضامن نقص یا تلف مال مورد امانت نیست. این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که در صورتی که امین پس از ارتکاب تقصیر، با توبه‌ای حقوقی به امانت‌داری مورد تعهد خود باز گردد، آیا از ضمان حال تقصیر براءت می‌یابد یا خیر. این بحث با نگاه به ماهیت امانی برخی از عقود معین، اهمیت بسیاری می‌یابد که ثمره آن در این جستار مورد تأکید واقع شده است. در این مقاله، با عنایت به بار کاربردی این مسأله فقهی - حقوقی کوشش شده است که دیدگاه‌های سه گانه فقه‌های امامیه و ادله آنها طرح و ضمن بیان برخی از گزاره‌های فقهی مؤثر در باب ضمان و امانت که در حل مسأله مؤثرند، ادله هر سه نقد و ارزیابی شود و سرانجام، پاسخ پرسش یاد شده با توجه بیشتر به بعد عرفی مسأله و داوری عقلا در برابر خواننده قرار گیرد.

**کلید واژه‌ها:** امین، تعدی و تفریط، ضمان ید، قاعده استیمان، عقود امانی، اذن.

---

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۷/۱۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۳۸۸/۱۰/۰۱.

## مقدمه

قاعده نخستین در مورد وضع ید بر مال دیگری و تصرف در آن، ضامن بودن صاحب ید را مقتضی است؛ به دیگر سخن، اصل در استیلا بر مال دیگری، ضمانی بودن ید است.

مستند فقهی این اصل، قاعده «ضمان ید» و دلیل نقلی این قاعده<sup>۱</sup> نیز روایت مشهور «سمره بن جندب» از پیامبر گرامی اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - است: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی >تؤدیه»<sup>۲</sup> (سجستانی، ۱۵۵/۲؛ حاکم نیشابوری، ۴۷/۲؛ ابن ابی جمهور، ۲۲۴/۱؛ بروجردی، حسین، ۵۳۰/۱۸ و ۷۳/۱۹). بر پایه این روایت، هر کس به هر شکل و با هر عنوانی بر مال دیگری وضع ید کند، نسبت به آن ضامن است، تا هنگامی که آن را به مالکش باز پس دهد. این روایت با عموم افرادی خود، بیانگر این اصل است که هر یدی بر مال دیگری ضمانی است. این مفهوم بر پایه دو قاعده «استیمان» و «احسان»، دچار تخصیص شده است.

قاعده استیمان از مجموعه‌ای از نصوص روایی، چون نبوی (ص) «لیس علی المؤمن الا الیمین» (نوری، فضل الله، ۳۸؛ بجنوردی، ۱۱/۲) و روایت «لیس علی المؤمنن ضمان» (نوری، حسین بن محمد تقی، ۱۶/۱۴) استفاده شده است. قاعده احسان هم در فقه اسلامی بر آیه کریمه «مَا عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) تکیه دارد.

۱ - این دیدگاه نیز وجود دارد که مدرک اصلی قاعده، سیره عقلا است (داماد، ۶۱/۱) که نظر وجیهی می‌نماید. این قاعده یا سیره‌ای که مستند آن است، می‌تواند پایه عقلی نیز داشته باشد، ولی در فقه، اغلب بحثهای قاعده بر محور همین روایت است و ما نیز به دلیل نقش برجسته آن در مسأله مورد بحث در جستار پیش رو، بدان اشاره کردیم.

۲ - این روایت به دلیل وضعیت غیرقابل قبول راوی و نیز به سبب ارسال، ضعیف است، ولی بی‌تردید دارای شهرت عملی است (بهبهانی، ۵۵۴) که می‌تواند جابر ضعف سند آن باشد.



بنابر آنچه گفته شد، ید امین و محسن<sup>۱</sup> از عموم ضمانی بودن ایادی نسبت به مال دیگری مستثنا و به قرینه تقابل ید امانی با ید ضمان، امانی محسوب می‌شود. در میان عقود معین، برخی ماهیتی امانی دارند؛ به این معنی که یکی از دو طرف معامله از سوی صاحب مال، امین و مورد وثوق شمرده می‌شود که با افزودن نصوص خاصی که او را امین معرفی کرده‌اند،<sup>۲</sup> حکم عام ضمان در حق او منتفی است. از جمله این عقود می‌توان به ودیعه، عاریه، اجاره، مضاربه، مزارعه و مساقات، شرکت، وکالت و رهن اشاره کرد. در برخی موارد مانند ید ملتقط و ید ولی نیز شارع اسلام، ید فرد را امانی معرفی کرده است.

ضامن بودن امین تا هنگامی صادق است که وی مرتکب تعدی یا تفریط نشود. این نظر مورد اجماع فقیهان است و بی‌تردید مستودع، مستعیر، مستأجر و مانند آنها در صورت تعدی یا تفریط ضامن هستند (حسینی مراغی، ۴۴۶/۲؛ بجنوردی، ۷/۲ به بعد؛ مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، ۲۷۷/۲ تا ۲۷۹)؛ به دیگر سخن، مسئولیت مدنی امین تنها در صورت تقصیر ثابت است. عنوان «تقصیر» نیز شامل تعدی و تفریط می‌شود (ماده ۹۵۳ ق.م.).

به گفته شهید ثانی «تعدی، دست زدن به کاری است که انجام آن نسبت به مال روا نباشد و تفریط، کوتاهی در نگهداری از مال و یا در انجام کاری است که صلاح مال به آن بستگی دارد» (۲۰۳/۴). به سخنی دقیق‌تر، «انجام کاری که بر حسب اذن یا عرف نبایستی انجام شود، تعدی است ... تفریط، خودداری از انجام کاری است که برحسب قرارداد یا عرف بایستی انجام شود» (کاتوزیان، ۵۳؛ نیز ر.ک به: مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م.). برخی که عنوان جامع تقصیر را برای آن دو به کار برده و گفته‌اند: تقصیر،

۱ - ظاهراً نسبت میان دو عنوان «امانت» و «احسان» یا «امین» و «محسن» عموم و خصوص مطلق است: یعنی هر محسنی امین است، ولی هر امینی محسن نیست. بررسی این نکته در نقد ادله ی دیدگاه دوم در مسأله ی مورد بحث خواهد آمد.

۲ - در ادامه ی این جستار به برخی از این نصوص اشاره خواهد شد.

بیرون رفتن امین از چارچوب وظایفی است که قرارداد (اذن) یا عرف بر دوش او نهاده است؛ حال اگر این وضعیت با حالت وجودی (فعل) پدید آید، تعدی و اگر با حالت عدمی (ترک) محقق شود، تفریط نامیده می‌شود (نیز ر.ک به: آل کاشف الغطاء، ۲۴/۳).

واپسین نکته مقدماتی، پیش از طرح مسأله جستار، آن است که در عقدهای امانی، رابطه حقوقی پدید آمده با وقوع تعدی و تفریط از میان نمی‌رود و عقد باطل نمی‌شود. دلیل این گزاره نیز این دانسته شده است که سببهای انحلال عقد محصور و مشخص‌اند و تعدی و تفریط در زمره آنها شمرده نشده است (محقق داماد، ۹۸/۱ و ۱۰۱). گویی دلیلی بر اینکه این دو عنصر سبب انفساخ عقد باشند، در دست نیست و از سویی دیگر، اسباب انحلال قرارداد را نیز نمی‌توان گسترش داد (شهید ثانی، شرح *اللمعه*، ۲۱۹/۴؛ یزدی، *العروة الوثقی محشی*، ۲۲۰/۶؛ همو، *تکملة العروة*، ۱۴۶/۱). در میان مذاهب اسلامی، تنها به حنابله این نسبت داده شده که عقد ودیعه که مقتضی امانت محض است، در پی تقصیر یا خیانت مستودع منفسخ می‌شود (ابن رجب حنبلی، ۶۴).

### طرح مسأله

برای طرح پرسش اصلی این جستار مقدمتاً گوییم: هرگاه در عقود امانی، امین با خارج شدن از چارچوب اذن مالک و یا محدوده متعارف دست به تعدی زده، یا تفریطی از او سرزند، بی‌تردید ید امانی او به ید ضمان دگرگون شده، در قبال نقص یا تلف مال مسئول خواهد بود. اکنون فرض کنیم که وی پس از تقصیر یا خیانت، بار دیگر به چارچوب اذن باز گردد و یا به تعبیری ساده‌تر، دوباره به انجام تکالیف قراردادی و عرفی خود پردازد. پرسش اساسی پیرامون وضعیت حقوقی ید این شخص پس از ترک تقصیر و در دوره‌ای که دوباره به حالت پیش از تقصیر بازگشته این است که آیا ید او ضمانی باقی می‌ماند و یا آنکه دوباره صفت امانت به آن باز می‌گردد؟ به دیگر سخن، آیا تعدی و تفریط مانع از بازگشت وصف امانت به متجاوز یا مفرط، حتی

در صورت ترک تقصیر است؟ پاسخی که این پرسش می‌یابد، با توجه به گستردگی دایره شمول و نفوذ آن، تأثیر قابل توجهی در وضعیت تصرفهای حقوقی (در معنای عام آن) در قراردادهای امانی و اذنی خواهد داشت که در پایان جستار، به تفصیل به آن خواهیم پرداخت، ولی اکنون اجمالاً می‌توان گفت در صورتی که حتی با ترک تقصیر، قائل به براءت نیافتن امین از ضمان بشویم، هرگونه نقص و تلفی که بر امانت عارض شود، برعهده امین است؛ حتی اگر مستند به فعل او نباشد؛ زیرا عموم «علی الید» این مورد را نیز شامل می‌شود. این مسئولیت در عقود همچون اجاره که رواج بسیاری در جامعه دارد، تأثیر شگرفی به بار می‌آورد.

### معرفی دیدگاهها

فقیهان امامیه، این مسأله را در ابواب امانتهای مالکی و شرعی مطرح کرده‌اند. در کتاب ودیعه، موضوع بحث آنها بیشتر پیرامون این فرض است که ودعی برخلاف تعهد خویش، مال امانت داده شده را از حرز بیرون آورد، ولی بی‌آنکه گزندی به مال رسد، دوباره آن را به حرز باز گرداند (برای آگاهی از موجههای تقصیر در خصوص ودیعه<sup>۱</sup> ر.ک به: حلی، قواعد الاحکام، ۱۸۴/۲؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۹۷/۲).

در این پرسمان سه دیدگاه مطرح شده است:

دیدگاه نخست که اکثر فقها بر آن اند (یزدی، حاشیه المکاسب، ۳۴/۱)، این است که پس از ترک تعدی و تفریط ید ضمانی امین سابق به ید امانی تبدیل نمی‌شود، تا هنگامی که سبب زوال ضمان<sup>۲</sup> محقق شود. آنان بر این عقیده‌اند که ترک تعدی موجب بازگشت عنوان امانت و حکم عدم ضمان که با تقصیر منتفی شده است، نیست.<sup>۳</sup>

۱ - به عنوان نمونه، یکی از اسباب تقصیر و ضمان مستودع، انکار ودیعه است؛ پس مسأله مورد بحث، درباره اقرار پس از انکار ودیعه نیز جاری است (ر.ک به: آل کاشف الغطاء، ۲۵/۳).

۲ - پیرامون سبب یا اسباب زوال ضمان در این خصوص (همچون تجدید اذن، رد به مالک و ابرا) نیز میان فقیهان بحثها و اختلافهایی است که به دنبال همین مسأله، آنها را در کتاب ودیعه مطرح کرده‌اند.

۳ - از میان فقیهان بنام، اینان این نظر را برگزیده‌اند: شیخ طوسی (المبسوط، ۱۳۴/۴)، علی بن محمد قمی (۳۴۸)، ابن ادریس حلی (السرائر، ۴۳۵/۲ و ۴۶۳)، یحیی بن سعید حلی (۳۲۹؛ برخلاف گزارش سید یزدی (ره) در حاشیه المکاسب، ۳۴/۱)، علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۱۹۸/۲؛ قواعد الاحکام، ۱۸۴/۲)، شهید اول (۱۳۳)، شهید ثانی (شرح اللمعه، ۲۵۰/۴؛ مسالک الافهام، ۱۱۵/۵)، محقق کرکی (۱۴/۶)، صاحب ریاض (۱۶۰/۹)، علامه وحید بهبهانی (۵۵۳)، میرفتاح حسینی مراغی (۴۵۱/۲)، صاحب جواهر (۱۴۵/۲۷ و ۱۸۹)، شیخ انصاری (کتاب المکاسب، ۱۸۲/۲ تا ۱۸۴؛ نیز ر.ک به: یزدی، حاشیه المکاسب، همان)، آیت الله عبدالهادی حسینی شیرازی (یزدی العروة الوثقی، محشی ۲۰۴/۵)؛ محقق نائینی (خوانساری نجفی، ۶۱/۱)، آقا ضیاء الدین اراکی (یزدی، همان، ۲۰۵/۵)، آیت الله العظمی بروجردی (پیشین، ۲۰۴) و امام خمینی (پیشین؛ تحریرالوسیله، ۶۰۴/۱). از میان عامه، امام شافعی (ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ۲۹۶/۷؛ قمی، ۳۴۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۹۸/۲) و عبدالله ابن

دیدگاه دوم این است که برخی در برابر مشهور، برآنند که در فرض مورد بحث، ید ضمانی فرد به ید امانی منقلب می‌شود و وصف امانت دیگر بار به وی باز می‌گردد: بی‌آنکه برای برائت ذمه نیازی به رد مال به مالک و یا تجدید اذن از سوی او باشد.<sup>۱</sup>

دیدگاه سوم، تفصیلی است از یکی از فقیهان. وی در امانتی که تنها به مصلحت و نفع مالک مال باشد، مانند ودیعه و وکالت تبرعی، قائل به رفع ضمان شده و در مورد امانتی که تنها برای مصلحت امین باشد، همچون عاریه و یا به نفع هر دوی آنها باشد، مانند: اجاره، حکم به بقای ضمان کرده است. گرچه در مورد اخیر، سخن صریحی نگفته، ولی ظاهر عبارت وی حاکی از ترجیح قول بقای ضمان است (آل کاشف الغطاء، ۳۳/۳ و ۳۴). لازم به ذکر است که همین فقیه، ذیل مسأله اقرار مسبوق به انکار و دبیعه از سوی مستودع چنین گفته است که اقرب به قواعد، عدم ضمان (مطلقاً) و احوط، قول به ضمان است (همو، ۲۵/۳)، ولی به هر روی، این تفصیل یکی از دیدگاههای مطرح در مسأله تواند بود؛ به ویژه آنکه تعبیر «احوط» بیشتر مربوط به مقام افتاء است.

### ادله دیدگاه نخست

مجموع دلیلهایی را که گروه نخست فقیهان برای اثبات بقای ضمان امین در صورت ترک تقصیر برشمرده‌اند، می‌توان در چهار مورد گنجانند:

۱- تعدی یا تفریط صاحب ید قطعاً موجب خروج ید او از ایادی امانی و رجوع دوباره آن به عموم «علی الید» می‌شود. به موجب قاعده ضمان ید، رد مال به مالک،

قدمه (۲۹۶/۷) و از میان حقوق‌دانان معاصر نیز مرحوم دکتر امامی (کاتوزیان، ۵۷)، دکتر عبده بروجردی (۳۴۴) و دکتر جعفری لنگرودی (۷۳/۲) همین دیدگاه نخست را برگزیده‌اند.

۱ - مهم‌ترین قائلان این دیدگاه عبارت‌اند از: محقق اردبیلی (۲۸۲/۱۰ و ۳۳۲)، شیخ یوسف بحرانی (۴۴۹/۲۱)، سید یزدی، (العروه الوثقی، ۶۶۷/۲؛ تکمله العروه، ۱۴۶/۱؛ حاشیه المکاسب، ۳۴/۱)، سید محسن حکیم (۳۵۱/۱۲)، محقق خوبی (کتاب المضاربه، ۱۱۶)؛ برخلاف نظرشان در مقام افتاء (منهاج الصالحین، ۱۳۳/۲)، سید احمد حسینی خوانساری (۴۳۹/۳)، آیت الله العظمی سیستانی (۲۰/۲)، محقق داماد (۱۰۱/۱)، کاتوزیان (۵۷) و بروجردی (۶۷). از ابوحنیفه نیز همین دیدگاه گزارش شده است (ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ۲۹۶/۷؛ طوسی، المبسوط، ۱۳۵/۴؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۹۸/۲؛ قمی، ۳۴۹)

سبب زوال ضمان است؛ چنانکه در حدیث علی الید نیز غایت ضمان، تأدیة مال دانسته شده است. ید ضمان متصرف، تنها و تنها با سبب زوال ضمان، به ید امانی تبدیل می‌شود و این سبب، یا رد به مالک است<sup>۱</sup> و یا همان چیزی که از آغاز، ید فرد را از اصالة الضمان مستثنا و مشمول ادلة استیمان کرده است. این در حالی است که مفروض ما تهی از هر دو است. پس حکم ضمان نیز باقی است (محقق کرکی، ۱۴/۶ و ۴۸؛ مقدس اردبیلی، ۳۳۲/۱۰؛ طباطبایی، ۱۶۰/۹؛ بهبهانی، ۵۵۳؛ خوانساری نجفی، ۶۱/۱؛ نیز ر.ک. به: حسینی مراغی، ۴۵۱/۲).

۲- گفته شده که با خیانت یا عدوان امین،<sup>۲</sup> عقد مضمون می‌شود. از این رو، لازم است که استیمان باطل شود (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۹۸/۲)؛ زیرا استیمان با ضمان منافات دارد و در پی آن، بازگشت استیمان نیز به اذن دوباره مالک نیازمند است؛ چرا که این اذن تنها برای حالت استمرار امانت‌داری حاصل شده بود (حسینی مراغی، ۴۵۱/۲) و این قضیه که وی پس از مخالفت با قرارداد یا عرف، دیگر مأذون نیست، صادق است (بهبهانی، همان).<sup>۳</sup>

۳- یکی از مهم‌ترین ادلة نظر مشهور در این پرسمان، مقتضای اصل عملی است. اغلب صاحبان این دیدگاه، با طرح تردید در رفع ضمان پیشین که با تقصیر امین به یقین ثابت شده بود، بقای ضمان را استصحاب کرده‌اند (شهید ثانی، شرح اللمعه، ۲۵۰/۴؛ همو، مسالک الافهام، ۱۱۵/۵؛ طباطبایی، علی، ۱۶۰/۹؛ نجفی، ۱۴۵/۲۷ و ۱۸۹؛ بهبهانی، ۵۵۴؛ نیز ر.ک. به: یزدی، عروه محشی، ۲۰۴/۵، خویی، کتاب المضاربه، ۱۱۷). برخی نیز با این تعبیر که مدعی انتفای ضمان باید دلیل آورد (حلی، السرائر، ۴۳۵/۲ و ۴۶۳؛ قمی، ۳۴۹) از همین راه وارد شده‌اند. امام خمینی (ره) نیز در استدلال برای

۱ - آقا ضیا اراکی (ره) برای بیان مختار خویش در این نزاع، در حاشیه بر عروه می‌نویسد: «الأقوی بقاء الضمان فی مثل الفرض لعدم تحقق الغایه» (یزدی، العروه الوثقی محشی، ۲۰۵/۵).

۲ - در اینجا منظور، صرف تقصیر امین است؛ چه با قصد عدوان همراه باشد (ید ضمانی عدوانی) و چه نباشد (ید ضمانی غیرعدوانی).

۳ - لازم به یادآوری است که این دلیل می‌تواند با اندکی مسامحه، بیانی دیگر از دلیل نخست هم به شمار آید.

وجیه تر بودن قول به ضمان چنین می نویسند: «لأن ارتفاع سبب الضمان غير معلوم» (یزدی، پیشین) که ظاهراً به همین استصحاب بازگشت دارد و دلیل مستقلى نیست.

۴- ابن ادریس حلی (ره) در سرائر بر این نظر ادعای اجماع کرده است (۴۶۳/۲). علامه حلی (ره) نیز در «تذکره» می نویسد: «لم يبرأ بذلك عند علما ما اجمع» (۱۹۸/۲). صاحب ریاض (ره) هم این اجماع را حجت می یابد (۱۶۰/۹). وحید بهبهانی (ره) نیز با اطمینان این اجماع را تأیید و تقویت می کند: «و الاجماع حجه ... بل ظاهر أنه إجماع واقعي من كل الفقهاء كما لا يخفى»<sup>۱</sup> (۵۵۴).

### ادله دیدگاه دوم

مخالفان مشهور، اغلب با خدشه در ادله دیدگاه نخست، کوشیده اند با طرح استدلالهایی نظر خود را با قواعد سازگارتر بنمایانند. اشکالهای آنان بر ادله دیدگاه نخست را هنگام ارزیابی و نقد دیدگاههای مطرح در مسأله، بیان خواهیم کرد. اینک ادله قائلان به برائت امین از ضمان:

۱- فقها اجماع یافته اند که حتی در صورت تقصیر و خیانت نیز عقد منحل و منفسخ نمی شود.<sup>۲</sup> برجا ماندن عقد نیز به معنای بقای اذن مالک است<sup>۳</sup> (هر چند که وی برای خیانت یا تقصیر اذن نداده است) و در این صورت، با ارتفاع سبب ضمان،<sup>۴</sup> یعنی تعدی و تفریط، دوباره صفت امانت بر ید فرد متصرف صدق می کند و با صدق امانت که خاستگاه آن، بقای اذن است، مورد، از عموم «علی الید» بیرون می رود و ید ضمان دوباره به ید امانی تبدیل می شود (مقدس اردبیلی، ۲۸۲/۱۰؛ یزدی، العروه، ۶۶۷/۲؛ حسینی خوانساری، ۴۳۹/۳؛ حکیم، ۳۵۱/۱۲؛ محقق داماد، ۱۰۱/۱).

۱ - این اندازه از تأکید ایشان بر تحقق اجماع واقعی، آن هم از همه فقها، دست کم با وجود رأی مخالف مقدس اردبیلی (۲۸۲/۱۰) عجیب است.

۲ - چنانکه در مقدمه جستار نیز گذشت.

۳ - «ولكن يبقى الإذن بعد التعدى أيضاً؛ إذ لا ينافي الضمان بقاءه» (یزدی، العروه الوثقی، ۷۰۳/۲).

۴ - صاحب عروه (ره) پس از بیان نظر مشهور می نویسد: «و لكن لا يخلو عن إشكال؛ لأن المفروض بقاء الإذن و ارتفاع سبب الضمان» (یزدی، پیشین، ۶۶۷/۲).

این استدلال را به گونه‌ای دیگر نیز می‌توان تفسیر کرد و آن اینکه تا هنگامی که رابطه حقوقی میان متصرف (صاحب ید) و مالک برجا باشد، اذن کلی مالک برای امین نیز هست. تنها مانعی که می‌تواند بر سر راه این اذن قرار گیرد و جلوی تأثیر آن را بگیرد، تقصیر است که متصرف را به غاصب ملحق می‌کند، ولی از آنجا که بقای عمل حقوقی، نشان‌گر وجود اذن کلی است، با از میان رفتن مانع، یعنی با بازگشت متصرف از تعدی و تفریط و پیگیری وظیفه‌های قانونی‌اش، بی‌درنگ اذن کلی، تأثیر خود را دوباره از سر می‌گیرد و اثر اذن هم‌امانی شدن ید فرد است (کاتوزیان، ۵۷ و ۵۸؛ نیز ر.ک. به: محقق داماد، ۱۰۱/۱).

۲- گفته شده که تنها با صدق عنوانهایی همچون ودیعه، عاریه، اجاره و وکالت که به موجب نصوص خاص شرعی<sup>۱</sup> و قانونی<sup>۲</sup> با بودن آنها ضمانی در کار نیست، شکی در بازگشت صفت امانت ید در مفروض مورد بحث باقی نمی‌ماند (یزدی، تکمله العروه، ۱۴۶/۱؛ محقق داماد، ۱۰۱/۱ و ۱۰۲).

۳- استدلال شده<sup>۳</sup> که در عقد ودیعه، مستودع مأمور است که در سرتاسر مدت عقد، از مال نگهداری کند و نسبت به آن تقصیر و خیانتی مرتکب نشود. اکنون اگر وی از یک جهت از وظیفه خود و یا دستور مالک سر باز زند، ولی دوباره به وضعیت نخستین خویش باز گردد و به انجام وظایفش پردازد، به وجهی که بدان مأمور بوده تمسک جسته و از همین رو، سزاوار است صفت ضمان که در هنگام تعدی و تفریط به

۱ - برای نمونه به چند مورد از این نصوص اشاره می‌شود؛ درباره ی ودیعه: «صاحب الودیعه و البضاعه مؤتمنان...» (حرعاملی ۷۹/۱۹)؛ درباره ی عاریه: «إذا هلكت العاریه عند المستعیر لم یضمنه الا ان یكون اشترط علیه». (همو ۹۱/۱۹)؛ درباره ی اجاره: «و لا یغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم یکرها أو یبغها غائله» (همو ۱۵۵/۱۹)

۲ - از آن جمله اند: مواد ۴۹۳، ۶۱۴، ۶۴۰ و ۵۵۶ ق.م.

۳ - این دلیل به ابوحنیفه منسوب است (ابن قدامه، عبدالله بن احمد ۲۹۶/۷؛ قمی، ۳۴۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء ۱۹۸/۲۰) و نگارنده در میان عبارات های فقیهان نام آشنای امامیه به چنین استدلالی برخورد نکرده است؛ جز اشاره ای از مقدس اردبیلی در عبارت «و انه یعود أمیناً (أمانه) إذا عاد إلی ما أمر به». (۲۸۲/۱۰)، به ویژه آن که بهبهانی (ره) آن را دلیل مستقلی یافته و پاسخ گفته است (۵۵۴). به نظر نگارندگان، جمله ی «إذ عاد...» تنها تکرار فرض محل نزاع است.

ید او تعلق گرفته، زدوده شود؛ چه آنکه در صورت اخیر، گویا از آغاز تجاوزی نکرده است.<sup>۱</sup>

۴- روشن است که مستودع، مصداق بارز «محسن» است؛ چرا که غالباً انگیزه‌ای جز احسان ندارد. به همین جهت نیز، ودیعه را امانت محض و امانت به معنای خاص می‌خوانند. بر پایه «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه/۹۱)؛ محسنان ضامن نیستند، عنوان احسان، زایل کننده ضمان و قاعده احسان نیز مخصّص «علی الید» و اصالة الضمان است. حال باید گفت مستودع پس از دست برداشتن از تقصیر و بازگشت به حال امانت، دیگر بار مصداق محسن است و در پی صدق این عنوان، دیگر ضامن نیست؛ در واقع، بازگشتن عنوان محسن، باعث انقلاب ید ضمان فرد به ید امانی است (یزدی، حاشیه المکاسب، ۳۵/۱؛ آل کاشف الغطاء، ۳۳/۳).

۵- پنجمین دلیل بر نفی ضمان را می‌توان در عبارات صاحب عروه یافت<sup>۲</sup> (حاشیه المکاسب، ۳۵/۱). وی پس از ارائه چند راه برای رسیدن به قول عدم ضمان ذو الید در صورت ترک تقصیر و بازگشت به امانت، در نهایت چنین می‌نویسد:

۱ - البته برخی نیز به این استدلال پاسخ گفته‌اند و آن را رد کرده‌اند (حلی، همان؛ بهبهانی، ۵۵۴).  
 ۲ - این دلیل دقیق که بر پایه تتبع نگارنده، تنها مرحوم صاحب عروه توانسته به آن دست یازد، تطبیق صورت مسأله مورد بحث با یکی از مسائل اصولی است که آن را برای نخستین بار به طور کامل، شیخ انصاری (ره) در فوائده، به عنوان یکی از تنبیهات پایانی استصحاب و در مکاسب، ذیل مسأله فوریت یا تراخی خیار غبن، به بحث کشیده است (انصاری، فرائد الاصول، ۲۷۳/۳، همو، المکاسب، ۲۰۶/۵) برای تبیین استدلال مرحوم صاحب عروه، لازم است نخست، صورت آن مسأله اصولی به درستی و هر چند به اجمال ترسیم شود.  
 چکیده سخن آنکه هدف، ارائه معیاری برای تمییز موارد رجوع به عام از موارد اجرای استصحاب حکم مخصص همین عام است (واعظ الحسینی، ۲۱۶/۳). محل نزاع جایی است که دلیلی لفظی در دست داریم که دارای عموم افرادی است و در ضمن، ما از آن دلیل، عمومی‌تری نیز استفاده می‌کنیم؛ به این ترتیب که این دلیل، بر ثبوت حکم برای همه افراد تحت در همه زمانها دلالت می‌کند. سپس با دلیل دیگری رو به رو می‌شویم که به عنوان مخصص، یکی از افراد آن را در یکی از زمانها از تحت حکم خارج می‌کند. قدر متیقن از شمول حکم مخصص نسبت به فرد خارج شده از تحت عام از حیث زمانی، همان قطعه‌ای از زمان است که دلیل خاص بر آن دلالت دارد؛ یعنی مورد دلالت خاص (خراسانی، ۴۲۴). سخن در مورد قطعات زمانی پس از آن از تحت عموم زمانی است. برای تعیین حکم فرد مخرج در زمانهای پسین، آیا باید به عموم زمانی دلیل عام تمسک جست و یا آنکه حکم مخصص را استصحاب کرد و آن را به زمانهای مشکوک نیز تعمیم داد؟  
 برای اینکه این مسأله اصولی جریان باید دلیل مخصص نیز نباید عموم یا اطلاق زمانی داشته باشد، به گونه‌ای که حکم خاص شامل سایر قطعه‌های زمانی؛ یعنی غیر از زمان نخست بشود (مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۴۵۷/۳)؛



«مقتضای عموم ادله‌ای که بر عدم ضمان امین یا عدم ضمان ودعی و مستعیر دلالت دارند، عدم ضمان تا هنگامی است که عقد باقی است. نهایت کار اینکه در حالت تعدی و تفریط از عموم خارج می‌شود و بقیه، بر پایه اینکه تمسک به عموم ازمانی پس از خروج برخی اجزای زمان جایز باشد، تحت عموم باقی می‌مانند. چنانکه حق نیز همین است و در جای خود نیز اثبات شده است. برخلاف نویسنده [ شیخ انصاری ] (قدس سره)... آنچه گفته شد، در صورتی است که دلیل حکم ضمان در حالت تعدی و تفریط لَبّی باشد، مانند اجماع؛ چرا که قدر متیقن از دلالت آن، تا جایی است که این دو وصف باقی باشند، اما اگر دلیل خبر باشد، می‌گوییم آن نیز مجمل است و اطلاقی ندارد تا اینکه شامل صورت بازگشت به امانت نیز بشود» (حاشیه المکاسب، ۱/۳۵).

در شرح این عبارات باید گفت: دلیل عام در مقام حاضر، ادله عدم ضمان امین<sup>۱</sup> و یا عدم ضمان مستودع و مانند آن<sup>۲</sup> است که بر پایه این استدلال، دارای عموم ازمانی است. مخصص نیز ادله‌ای است که بر ضمان امین در صورت تعدی و تفریط دلالت

به دیگر سخن، حکم خاص باید از نظر زمانی قدر متیقن داشته و دلالت آن بر ورای این اندازه مورد یقین، مشکوک باشد که این وضعیت نیز یا به دلیل لَبّی بودن دلیل مخصص تواند بود (مانند اجماع و سیره عقلا) و یا به دلیل عدم انعقاد اطلاق در دلیل لفظی (پیشین). لزوم این نکته نیز روشن است؛ چرا که در صورت وجود اطلاقی این چنین، می‌توان برای اثبات حکم خاص در مورد دیگر زمان‌ها که مشکوک‌اند، بدان تمسک جست و دیگر جایی برای تمسک به عموم ازمانی یا استصحاب حکم مخصص باقی نمی‌ماند.

در پاسخ به پرسش اصولی یاد شده، در میان اصولیان دو دیدگاه عمده شکل گرفته است:

۱- مرجعیت مطلق عموم ازمانی دلیل اجتهادی (خمینی، الاستصحاب، ۱۸۹ و ۱۹۷: واعظ الحسینی، ۲۱۹/۳ تا ۲۲۴: روحانی، ۱۵۶/۴ و ۱۵۷).

۲- قول به تفصیل و رجوع به هر یک از عموم یا استصحاب حکم مخصص در صور مختلف و با تفصیل چندگانه (انصاری، فوائد الاصول، ۲۷۳/۳ تا ۲۷۸؛ خراسانی، ۴۲۴ و ۴۲۵؛ نائینی، ۵۳۱/۴ تا ۵۵۶؛ عراقی، ۲۲۴/۳ تا ۲۳۸؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۳۵۷/۳ تا ۴۶۲).

دیدگاهی که سرآغاز نزاع قرار گرفته، نظر محقق کرکی در مسأله فوریت یا تراخی خیار است و آن اینکه وی برای اثبات فوریت، به عموم ازمانی «أوفوا بالعقود» (مانده ۱/ تمسک جسته است (جامع المقاصد، ۳۸/۴)، ولی نظری که بیشتر مورد توجه و نقد اصولیان واقع شده، تفصیلی است که شیخ انصاری ارائه کرده است. اصولیان پس از وی نیز هر کدام دیدگاهی را برگزیده‌اند، ولی برای ما در اینجا، همین اندازه بسنده است که بدانیم در این نزاع اصولی که در پرسمان فقهی این جستار کاربرد یافته است، دو دیدگاه نام برده وجود دارد.

۱ - مانند «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری، حسین بن محمد تقی، ۱۶/۱۴).

۲ - از قبیل: «صاحب الودیعه و البضاعه مؤتمنان...» (حرعاملی، ۷۹/۱۹).

دارند<sup>۱</sup> و این دلیل نباید اطلاق داشته باشد تا شامل زمانهای مشکوک الحکم نیز بشود. از این رو است که صاحب عروه در بخش پایانی عبارات گزارش شده کوشیده است این اطلاق محتمل را نفی کند. وی دلیل حکم ضمان امین در حال تعدی و تفریط را دایر میان اجماع و اخبار مربوط دانسته و بر این باور است که افزون بر آنکه اجماع لیبی است و در قدر متیقن خود، یعنی حالتی که این دو وصف باقی هستند، نه زمانی که ترک شده‌اند، محدود است، اخبار نیز از این حیث مجمل‌اند و دلالتی بر ضمان در ورای حال تقصیر ندارند.

چکیده استدلال صاحب عروه این است که وی برای اثبات عدم ضمان امین در صورت بازگشت از خیانت به امانت، به عموم ازماني ادله عدم ضمان امین یا عدم ضمان مستودع، مستعیر و مانند آنها تمسک کرده و در آن پرسمان اصولی مورد اختلاف نیز دیدگاه تمسک به عموم ازماني را بر استصحاب حکم مخصص ترجیح داده است.

### دلیل دیدگاه سوم

محمد حسین آل کاشف الغطاء (ره) در صورت نخست از سه صورت مطرح شده در این تفصیل،<sup>۲</sup> ضمان را با استناد به قاعده احسان، مرفوع شمرده است (۳۳۳/۳) و ظاهراً تنها دلیل وی بر بقای ضمان در دو صورت دیگر این است که اولاً قاعده یاد شده، شامل آن دو نمی‌شود و ثانیاً سببی دیگر برای بازگشت امانت که در پی تقصیر امین زایل شده، وجود ندارد و «الزائل لا یعود» (همو).

### بررسی دلالت برخی نصوص خاص در مسأله مورد نزاع

برخی از فقیهان، هم سو با قول به زوال ضمان در خصوص نمونه مشهور پرسمان مورد بحث، به چند خبر به عنوان مؤید استشهاد (بحرانی، ۴۵۳/۲۱) و یا دست کم اشاره کرده‌اند (حسینی خوانساری، ۴۳۹/۳ و ۴۴۰). از جمله، روایت علی بن جعفر

۱ - ر.ک. به: حرعاملی، ۷۹/۱۹ تا ۸۲؛ کلینی، ۲۳۸/۵ و ۲۳۹.

۲ - این سه صورت به ترتیب عبارت بودند از: (۱) امانتی که تنها به مصلحت و سود مالک باشد؛ (۲) امانتی که تنها به سود امین باشد و (۳) امانتی که هم به سود مالک و هم به سود امین باشد.

از برادرشان امام کاظم (ع):<sup>۱</sup> «و سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج اليه؛ هل يصلح له أن يأخذ منها و هو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها؟ قال: إن كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ و يردّه» (حمیری، ۲۸۴) و نیز روایت خثعمی از امام صادق (ع): «قلت له: الرجل تكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه؛ فقال: لا يأخذ إلا أن يكون له إذن قال: رأيت إن وجد من يضمنه و لم يكن له و فاء و أشهد على نفسه الذي يأخذ منه؟ قال: نعم» (طوسی، تهذیب الأحكام، ۱۸۰/۷؛ ابن بابویه، ۳۰۴)

گفته شده که به دلیل ناسازگاری با قواعد مذهب و از آن جمله مقتضای عقد وديعه، از میان فقیهان امامی کسی به این روایات عمل نکرده است (حسینی خوانساری، همان)؛ البته محدث بحرانی (ره) پس از ادعای کثرت اخبار در این مضمون، آنها را مورد اعتماد یافته و به عنوان مؤیدی برای دیدگاه مخالف مشهور (برائت امین از ضمان) برشمرده است (۴۵۳/۲۱).

آنچه نگارندگان در بررسی پیوند درون مایه این خبرها با پرسمان مورد بحث بیان می‌دارند، این است که با صرف نظر از خلاف قاعده بودنشان، نمی‌توان از آنها برای اثبات برائت از ضمان و تبدل ید ضمان به ید امانی در بحث حاضر بهره جست. توضیح آنکه استناد به این خبرها برای این تواند بود که از آغاز، برخی تصرفها را در وديعه، در شرایط مخصوصی مصداق تقصیر و خیانت ندانیم. در حالی که بحث ما تنها ناظر به موردی است که تقصیر ابتدایی امین ثابت باشد. به دیگر سخن، درون مایه خبرهای یاد شده، از موضوع بحث انصراف دارند. خود صاحب حدائق نیز تعبیری دارد که از آن به آسانی می‌توان همین نکته را دریافت: «و التقريب فيهما أنها ظاهرة في أنه لا يخرج بهذا التصرف عن كونه أميناً لكون تصرفه جائزاً» (همو).

۱ - این روایت را ابن ادریس حلی (ره) نیز در «مستطرفات» به نقل از جامع بزنطی گزارش کرده است. (۵۷۳)

## تحلیل و نقد دیدگاهها

### چگونگی تحقق صفت امانت

آنچه تردید در آن راه نمی‌یابد، اصل عدم ضمان امین است: درباره معیار و ضابطه استیمان، از تتبع در منابع فقهی به دست می‌آید که فقها معمولاً اذن مالک یا شرع را رافع ضمان می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۳۸۳/۲، ۵۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷/۲ و ۷۲)، ولی در فقه مثالهای نقضی بر این ضابطه یافت می‌شود. برخی از آنها عبارت‌اند از: حکم به ضمان مأخوذ بالسوم، مقبوض به عقد فاسد و مال تالف پیش از اقباض در عقود معاوضی، اذن مالک به بقای مال در ید غاصب و ضمان کسی که مال مجهول المالك را با اذن شرع صدقه می‌دهد (حسینی مراغی، همان). از این رو، در برخورد با این موارد برخی کوشیده‌اند ضابطه عامی به دست دهند که جامع و مانع باشد. صاحب عنوانین، محرر المجله و یکی از نویسندگان معاصر، معیار همسانی به دست داده‌اند و آن ترکیبی است از دو عنصر اذن و لحاظ نشدن عوض و به تعبیری دیگر، این که اذن صرفاً برای نفع و مصلحت مالک باشد (حسینی مراغی، ۱۳۸۳/۲ و ۴۸۴؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۳۳/۳؛ داماد، ۱۳۶۳/۱).

چنین به نظر می‌رسد که مفهوم امانت، صرفاً عرفی است و قطعاً اذن مالک و نیز شرع مقدس در نظر عرف، جزئی ثابت در سبب تحقق استیمان شمرده می‌شود. هر چند ممکن است معیار دو عنصری پیش گفته مورد نقضی نیابد، ولی آنچه مهم است، اغراض عرفی و عقلایی در باب معاملات است و این، در خصوص ضمان مأخوذ به سوم آسان‌تر دانسته می‌شود؛ چه اینکه مصالح عقلایی و عقلی همچون دفع اضرار به مالکان فروشنده، موجب شده تا با وجود اذن مالک به اخذ مال، اخذ ضامن باشد. دست کم ملازمه‌ای قطعی میان اذن و استیمان یافت نمی‌شود (برای بحث تفصیلی در این باره ر.ک. به: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷/۲ و ۷۲، شماره‌های ۸۹، ۹۰ و ۹۶) در تأیید عدم ملازمه میان اذن و استیمان (عدم ضمان) می‌توان به نبود منافات میان اذن و ضمان

در عبارتی از صاحب عروه استشهاد کرد. وی می‌نویسد: «لا ینافی الضمان بقاءه [الاذن]» (العروه الوثقی، ۷۰۳/۲).

### رابطه تقصیر با ضمان

عامل تأثیرگذار در حکم مسأله مورد بحث مستند فقهی سببیت تعدی و تفریط برای ضمان است. در این باره چند احتمال مطرح است: اجماع اصحاب بر ضمان ذوالید امین در صورت تعدی و تفریط (حسینی مراغی، ۴۴۷/۲؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۷۸/۲؛ یزدی، حاشیه المکاسب، ۳۵/۱)، برخی اخبار<sup>۱</sup> (حسینی مراغی، همان؛ بجنوردی، ۱۷/۷ و ۱۸؛ یزدی، همان، و ر.ک. به: حرعاملی، ۷۹/۱۹ تا ۸۲؛ کلینی، ۲۳۸/۵ و ۲۳۹) و قاعده ضمان ید (حسینی مراغی، ۴۴۶/۲؛ بجنوردی، همان).

از نگاه نگارندگان، حق آن است که هر چند اجماع محقق و محصل است، ولی دلیل حکم به ضمان ذوالید متعدی و مفراط، همان قاعده ضمان ید و «أصالة الضمان» است. توضیح آنکه از واژه «تعدی» و «تفریط» در اخبار هیچ اثری نیست (ر.ک. به: مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۷۸/۲؛ طباطبایی، ۴۱۴/۲؛ بجنوردی، ۱۴/۲) و ظاهراً فقها این دو عنوان را از برخی اخبار، همچون صحیحۀ ابوولاد (حرعاملی، ۱۱۹/۱۹، ح ۱) و روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) (کلینی، ۲۳۹/۵، ح ۵؛ حرعاملی، ۹۲/۱۹، ح ۳) اصطیاد کرده‌اند (بجنوردی، ۱۷/۷؛ مکارم شیرازی، همان). با دقت در این اخبار و به ویژه روایت اخیر در می‌یابیم که صاحب ید مأمون، پس از تعدی و تفریط، عرفاً از تحت عنوان امین خارج می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین، ضمان ناشی از تقصیر، مستند به خروج از مستثنای أصالة الضمان (یعنی ید امانی) و بازگشت به مستثنی منه است نه

۱ - از مهم‌ترین اخبار می‌توان به صحیحۀ معروف ابوولاد (حرعاملی، ۱۱۹/۱۹، ح ۱) و به ویژه روایت عبدالله بن سنان (کلینی، ۲۳۹/۵) اشاره کرد. در بخشی از روایت دوم آمده است: «لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلكت إذا كان مأموناً» (حرعاملی، ۹۲/۱۹، ح ۳).

۲ - در واقع، عبارت «إذا كان مأموناً» در روایت عبدالله بن سنان، یعنی: «إذا عد فی العرف (عند العقلاء) أميناً»؛ هم چنین است عبارت «لیس علیه غرم بعد أن یكون الرجل أميناً» (کلینی، ۲۳۹/۵، ح ۴؛ حرعاملی، ۸۰/۱۹، ح ۵).

آنکه خود سبب مستقلى براى ضمان باشد. عبدالفتاح مراعى (۴۴۷/۲) و بجنوردى (۱۸۷/۷) نیز همین نظر را برگزیده‌اند.

### مقتضای قاعده نخستین در مسأله

در اینکه اصل اولی در پرسمان مورد نزاع، ضمان است یا عدم ضمان، باید دید مورد، مصداقی برای موضوع کدام یک از ادله‌ای است که احتمال حاکم بودن آنها وجود دارد: قاعده «علی الید»، ادله عدم ضمان امین، ادله خاص دال بر عدم ضمان مستودع، مستعیر و مانند آنها و یا حتی استصحاب بقای ضمان حال تقصیر. به نظر می‌رسد ادله خاص یاد شده، چیزی افزون بر مصداق‌انگاری موضوع خود برای عموم ادله عدم ضمان امین را بیان نمی‌کنند. از این رو، این‌گونه نیست که با زوال امانت و بقای صدق عناوین یاد شده، حکم عدم ضمان باز هم باقی باشد. دلیل این مدعا نیز گفته شد. اکنون باید گفت با توجه به اینکه در نگاه ما معیار تحقق استیمان عرفی است، باید دید که عرف، صاحب ید را در فرض مورد بحث، امین می‌انگارد یا خیر. در حقیقت این عرف است که فعلیت موضوع ادله محتمل را در خصوص محل نزاع مشخص می‌کند، ولی سخن در ما نحن فیه بر سر آن است که پس از ترک تقصیر، آیا عنوان امانت هنوز هم قابلیت صدق دارد یا خیر؟ در صورت شک در صدق عرفی امانت که به شک در بقا یا زوال ضمان می‌انجامد، هم احتمال استصحاب ضمان حال تعدی و تفریط هست<sup>۱</sup> و هم احتمال جریان قاعده ضمان ید و عموم «علی الید». سرانجام به دلیل عدم تحقق غایت «علی الید» (یزدی، عروه محشی، ۲۰۵/۵، حاشیه آقا ضیا اراکی)؛ یعنی تأدیة مال و نیز تقدم دلیل اجتهادی بر دلیل فقهاتی، اصل اولی در مسأله، ضمان مستند به عموم «علی الید» (اصالة الضمان) است و نه مستند به استصحاب ضمان سابق؛ هر چند که نتیجه هر دو یکسان است.

۱ - چنانکه برخی فقها بر پایه همین استصحاب، اصل اولی در مسأله را ضمان و بار اثبات خلاف آن را بر عهده مدعی عدم ضمان دانسته‌اند (ابن ادریس حلی، السرائر، ۴۳۵/۲ و ۴۶۳؛ قمی، ۳۴۹).

### ارزیابی استدلالهای دیدگاه مشهور

گر چه به دلیل موافقت نظر گروه نخست از فقها (یعنی نظر مشهور) با اصل، کار عمده، نقد ادله مخالفان مشهور است، ولی نخست به نقد برخی از ادله دیدگاه مشهور که خدشه پذیرند می پردازیم:

۱- استصحاب ضمان حال تقصیر، با اشکالهایی چهارگانه رو به رو است.

نخست آن که با انتفای موضوع استصحاب؛ یعنی تعدی و تفریط، دیگر امکان

اجرای استصحاب نیست (خویی، کتاب المضاربه، ۱۱۷؛ بروجردی، مصطفی، ۶۷).

دوم آن که با فرض صدق عنوانهایی چون ودیعه، عاریه و اجاره که با وجود آنها

ضمانی در کار نیست (به دلالت نصوصی خاص که پیش از این به برخی از آنها اشاره شد)، موردی برای اجرای استصحاب باقی نمی ماند (یزدی، تکملة العروة، ۱۴۶/۱؛ محقق

داماد، ۱۰۱/۱ و ۱۰۲).

سوم آنکه با بقای اذن که از بقای عقد به آن پی می بریم، استیمان ثابت است و

با وجود ثبوت استیمان، مورد مشمول ادله عدم ضمان امین است. این ادله اجتهادی نیز

بر دلیل فقهاتی استصحاب مقدم است<sup>۱</sup> (حکیم، ۳۵۱/۱۲).

سرانجام، اشکال چهارم که باید با توجه به اختلاف مبناهای اصولی بدان

نگریست، این است که استصحاب در شبهه‌های حکمی و یا به دیگر سخن، در مورد

احکام کلی جاری نمی شود (یزدی، عروه محشی، ۲۰۴/۵، حاشیه آیت الله خوانساری؛

خویی، کتاب المضاربه، ۱۱۷).

در مقام بررسی این اشکالها باید گفت که اشکال دوم و سوم وارد نیستند. پاسخ

اشکال دوم همان است که درباره احتمال جریان عموم ادله خاصی که بر عدم ضمان

مستودع، مستعیر و مانند آنها دلالت دارند، گفته شد و آن این است که ادله یاد شده، از

۱ - این اشکال مبتنی بر همان دیدگاه رایج فقها در باب تحقق استیمان، یعنی کفایت اذن در رفع ضمان است (در این باره ر.ک. به: جعفری لنگرودی، ۶۰/۲ و ۶۱).

افراد موضوع خود، مستقلاً رفع ضمان نمی‌کنند، بلکه حکم به عدم ضمان در این نصوص، تنها از این جهت است که عنوان امین، عرفاً بر این افراد قابل صدق است و در نتیجه آنها مشمول ادله‌ای چون «لیس علی المؤمن ضمان»، یعنی ادله عام عدم ضمان امین هستند. در رد اشکال سوم نیز باید گفت بقای عقد لزوماً به مفهوم بقای اذن مالک نیست، چه اینکه می‌توان گفت اذن مالک در عقود اذنی - امانی، مقید به عدم تقصیر امین است و با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود. اکنون همه سخن بر سر آن است که با رجوع صاحب ید از تقصیر، آیا اذن که در نگاه غالب فقها با استیمان و عدم ضمان همراه است، بازگشت می‌کند یا خیر؟ بر پایه اشکال مورد نقد، بقای عقد به تنهایی، کاشف از بازگشت اذن است، در حالی که میان آن دو ملازمه‌ای وجود ندارد. از عبارتی از صاحب عناوین (ره) نیز می‌توان چنین معنایی را برداشت کرد: «و اذن المالك لم يحصل إلا مع البقاء علی نحو الأمانه» (حسینی مراغی، ۴/۵۱).

به نظر نگارندگان، به دلیل تقدم دلیل بر اصل، اساساً نوبت به استصحاب ضمان سابق نمی‌رسد؛ زیرا امکان جریان قاعده «علی الید» نیز هست<sup>۱</sup> و همان‌گونه که گفتیم، سببیت تعدی و تفریط برای ضمان از باب خروج مورد از قاعده استیمان (= مستثنای اصالة الضمان) و دخول دوباره آن تحت عموم اصالة الضمان (مستثنی منه) است. پس با شک در بقای ضمان در صورت ترک تقصیر، اصل لفظی ضمان ید بر استصحاب بقای ضمان مقدم است. مگر آنکه گفته شود با ترک تقصیر، مقتضی برای جریان قاعده ضمان ید معدوم و یا مشکوک الوجود است که این نیز بعید می‌نماید.

۲- اجماع منقول بر ثبوت ضمان و عدم براءة صاحب ید در مسأله، افزون بر عدم حجیت اجماع منقول نزد مشهور اصولیان (مشکینی، ۷۰؛ سبحانی، ۲/۵۷) و حتی با فرض پذیرش تحقق یک اجماع واقعی، این اجماع در این مورد نیز، مانند اکثر موارد اجماع در فقه، دلیل مستقلاً نبوده و حجت نیست؛ چرا که با وجود استدلال قائلان

۱ - همانگونه که پیش‌تر هم تمسک برخی فقها به این قاعده برای اثبات ضمان در مفروض گذشت.



دیدگاه نخست به عموم «علی الید» و حتی به استصحاب ضمان چنین اجماعی، محتمل المدرک و بلکه مظنون المدرک است. برخی از مخالفان مشهور هم دلیل اجماع در این پرسمان را مورد مناقشه قرار داده و رد کرده‌اند (بحرانی، ۱۳۸۲/۲۱).

### نقد ادله دیدگاه دوم

۱ و ۲ - از گفته‌های پیشین، پاسخ دلیل اول و دوم دیدگاه مخالف مشهور (= برائت مطلق ذو الید از ضمان) روشن می‌شود. نخستین آن دو مبتنی بر دو گزاره باطل است: یکی آنکه «بقای عقد لزوماً به معنی بقای اذن مالک است» و دوم آنکه «اذن مالک یا شرع، سبب تام و همیشگی برای رفع ضمان است» که پیش از این، بطلان این دو قضیه بیان شد. دلیل دوم نیز از این رو باطل است که عنوانهایی چون ودیعه، عاریه و وکالت، خود زائل کننده ضمان نیستند، بلکه عدم ضمان ودعی، مستعیر، مستأجر و مانند آنها بر پایه یک قیاس منطقی است و آن اینکه: ودعی مصداق عرفی کلی «امین» است (صغرا). «لیس علی المؤمن ضمان» (کبرا). پس ودعی ضامن نیست (نتیجه). بنابراین، در جایی که عنوان امین عرفاً بر ذو الید قابل اطلاق نیست، نمی‌توان به عدم ضمان وی حکم کرد، هر چند به دلیل بقای عقد با وجود تقصیر امین، عناوین یاد شده همچنان بر او صادق باشند.

۳- پیرامون دامنه نفوذ قاعده احسان در مسأله مورد بحث باید گفت ظاهر آن است که مصداق قطعی مشمول این قاعده، مستودع و وکیل تبرعی است و مستعیر، مستأجر، مضارب، وکیل که اجرت دریافت می‌کند و به طور کلی مواردی که در آنها برای امین نیز نفع و مصلحتی وجود دارد، از دایره شمول قاعده احسان بیرون‌اند. دلیل این مطلب، عدم قابلیت صدق عرفی عنوان محسن بر ذی نفع<sup>۲</sup> و گواه این نظر نیز قول

۱ - دلیل نخست: بقای عقد با وجود تقصیر، به معنای بقای اذن مالک است و اذن نیز رافع ضمان است. پس در فرض مورد بحث، صفت امانت به ید فرد باز می‌گردد. دلیل دوم: صدق عناوین عقود امانی (مانند ودیعه و عاریه) در محل نزاع خود، کاشف از بازگشت وصف امانت به ید امین پس از ترک تقصیر است.

۲ - با توجه به نسبت منطقی عموم و خصوص مطلق میان «محسن» و «امین» که در مقدمه جستار گفته شد.

به تفصیلی است که در مسأله، از محمدحسین آل کاشف الغطاء گزارش شد. پس می‌توان پذیرفت که اگر مستودع، تقصیر را ترک کند و بار دیگر به مأمور<sup>۲</sup> به شرعی، عرفی، قراردادی و یا قانونی پای‌بندی ورزد، به دلیل آنکه عمل به مقتضای عقد تنها در جهت احسان به مالک است، تحت عموم افرادی و اطلاق احوالی «ما علی المحسنین من سبیل» قرار می‌گیرد و ضامن نخواهد بود. ضمن آنکه ضامن دانستن او در صورتی که مال در خارج از حال تقصیر و در زمان التزام او به امانت‌داری تلف شود، دور از انصاف و مغایر با مصالح عقلایی در باب معاملات و مسئولیت مدنی است.

۴- در نقد دلیل پنجم دیدگاه دوم<sup>۱</sup> باید گفت: اگر در مفروض ما، عرف صاحب ید را دیگر مأمون نشمارد، مورد، داخل در عموم «علی الید» و ضامن است و وظیفه رد عین در صورت بقای آن، یا رد بدلش در صورت تلف، بر دوش ذو الید (امین سابق) خواهد آمد. در این حالت، استصحاب بقای ضامن، مجرای خود یعنی مورد شک در بقای حالت متیقن سابق را از دست می‌دهد؛ زیرا این شک با اصالة العموم رفع شده است، اما اگر عرف قائل به بازگشت وصف امانت شود، قابلیت جریان عموم عدم ضامن امین پدید می‌آید، ولی جریان استصحاب ضامن حال تقصیر نیز ممکن است. اینجا است که نزاع اصولی تمییز موارد رجوع به عموم ازمانی از موارد اجرای استصحاب حکم مخصص مطرح می‌شود. اشکالی که در نگاه نگارندگان بر این استدلال وارد شده این است که فعلیت نزاع مذکور، فرع بر وجود تخصیص است. در حالی که در مفروض، اصلاً تخصیصی به چشم نمی‌خورد. توضیح آنکه ضامن صاحب ید (امین) در صورت تقصیر، تخصیصی بر عموم عدم ضامن امین نیست، بلکه مورد تقصیر امین، تخصصاً از شمول آن عموم بیرون است؛ زیرا ذو الید در حال تقصیر، دیگر امین شمرده نمی‌شود و به دیگر سخن، موضوعاً از ادله عدم ضامن امین خارج است، نه حکماً. این‌گونه نیست که اصل، عدم ضامن امین باشد، مگر آن امینی که تعدی یا تفریط

۱ - یعنی تمسک به عموم ازمانی ادله ی عدم ضامن امین هنگام شک در حکم ید امین در زمان ترک تقصیر.

کند؛ چه اینکه ضمان ناشی از تقصیر، مستند به قاعده ضمان ید است و این همان نظر برگزیده برخی نویسندگان قواعد فقه (حسینی مراغی، ۴/۴۴۷؛ بجنوردی، ۷/۱۸) و نیز مختار نگارندگان است و همان‌گونه که گذشت، اخبار مربوط نیز همین نظر را تقویت می‌کنند. لازمه جریان مسأله اصولی مذکور در مورد بحث آن است که بگوییم ضمان حال تقصیر، خود تخصیصی بر مستثنای اصالة الضمان (یعنی ید امین) است و این گزاره، هم با استفاد از اخبار یاد شده (روایت عبدالله بن سنان، روایت «لیس علیه غرم بعد أن یكون الرجل أمینا» و...) ناسازگار است و هم با نظر درست در پرسمان مستند ضمان حال تقصیر. چکیده سخن آنکه در مسأله مورد نزاع، استصحاب حکم مخصص به دلیل انتفای اصل تخصیص و جریان مسأله اصولی نیز به دلیل انتفای استصحاب حکم مخصص، منتفی خواهند بود. در نتیجه، حکم ضمان یا عدم ضمان ذو الید در زمانی که تقصیر را ترک کرده، بسته به فعلیت یکی از دو دلیل «علی الید» و یا عدم ضمان امین است و این نیز خود بر صدق عرفی عنوان امین بر چنین فردی در چنین حالتی موقوف است.

### دیدگاه برگزیده و نتیجه‌گیری

به نظر نگارندگان و با توجه به آنچه در ارزیابی ادله و به ویژه در نقد دلیل پنجم دیدگاه دوم گفته شد، هیچ توجیه عقلی یا عقلایی قابل لحاظی برای این که عرف در این مورد صاحب ید را معنون به عنوان امین نداند، نمی‌توان یافت؛ به ویژه آنکه ثمره عملی میان دیدگاه اول و دوم، بیشتر هنگامی رخ می‌نماید که مال به سببی بیرون از اراده امین در زمان ترک تقصیر تلف شود و یا عیبی یابد. چنین به نظر می‌آید که راه حل پایانی برای مسأله مورد بحث در جستار پیش رو، روح استدلالی است که در قالب دلیل سوم دیدگاه دوم گذشت. در واقع، آن چه موجب می‌شود که فرد نزد مالک و یا عقلا مأمون شناخته شود، تقید به چارچوب اذن مالک و شرع مقدس است که این

ملاک نیز در فرض مرود بحث وجود دارد. البته تفاوتی اساسی میان استدلال مطرح شده در این جستار و دلیل مذکور هست و آن اینکه در اینجا با موضوع‌شناسی عرفی، حکم صورت نزاع از ادله اجتهادی عدم ضمان امین به دست آمد، ولی وجه شباهت این دو، توجه به داوری عرف در تشخیص موضوع، یعنی قدر متیقن از کارکرد عرف در ابواب معاملات فقه است. این نکته را نیز باید افزود که ادله نقلی، از جهتی که نگارندگان به آنها توجه یافته‌اند، غالباً ناظر به سیره عقلا هستند؛ همچنان که فقه‌پژوهان، مستند اصلی قواعدی چون ضمان ید را بنای عقلا دانسته‌اند (داماد، ۶۱/۱) و قاعده استیمان نیز همین‌گونه است.

البته این نکته مربوط به نقش سیره در کشف حکم شرعی است که نباید آن را با نقش آن در موضوع‌شناسی خلط کرد. آنچه نظر برگزیده ما را تقویت می‌کند، مصلحتی است که در حکم عدم ضمان است؛ چه اینکه اگر با تقصیر پیشین امین باز هم ید او ضمانی باشد، بر پایه اطلاق «علی الید»، مسئولیت هرگونه تلف یا نقص مال تا پایان عقد و یا تجدید استیمان - برعهده ذو الید خواهد بود و این مشکلاتی را برجای می‌گذارد که سنگی بر سر راه روابط حقوقی در جامعه مدنی خواهد بود. البته بر آن نیستیم که این مصلحت یا دفع ذریعه فساد را دلیل حکم معرفی کنیم. هر چند که به نظر می‌رسد نباید این عناصر را در استنباط حکم، به طور کامل نادیده گرفت.

### نقد دیدگاه سوم

پیش‌تر گذشت که قول به تفصیل،<sup>۱</sup> بر پایه قاعده احسان قد برافراشته است؛ چرا که اگر عقد امانی به مصلحت امین باشد، مانند عاریه و اجاره، وی دیگر محسن و مشمول «ما علی المحسنین من سبیل» نخواهد بود و از این رو، تحت عموم ضمان ید باقی می‌ماند. این سخن به تنهایی درست است و ما نیز در نقد استدلال مخالفان مشهور

۱ - یعنی همان تفصیل میان امانتی که تنها به سود و مصلحت مالک باشد و امانتی که به سود امین و یا هر دو باشد.

به قاعده احسان، همین نظر را برگزیدیم، ولی با بیانی که در پایان نقد ادله دیدگاه دوم و ذیل عنوان «دیدگاه برگزیده» داشتیم، روشن شد که بنابر صدق عرفی عنوان امین بر مورد بحث، در دو صورت دیگر از سه صورت مطرح در این تفصیل نیز باید قائل به برائت امین از ضمان شد. حتی صاحب تحریر المجله (ره) خود نیز چنین می‌نویسد که «الأول [عدم الضمان مطلقاً] أقرب من حيث القواعد» (آل کاشف الغطاء، ۳/۳۳).

### ثمره بحث

نظری که در این پرسمان برگزیده شد، تأثیر قابل توجهی در وضعیت مسئولیتهای مدنی در قراردادهای امانی و اذنی خواهد داشت. توضیح آنکه فقیهان امامی و برخی از عامه (ابن عابدین، ۶/۴۸۰؛ ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ۲۹۶/۷۰؛ ابن قدامه، عبدالرحمن بن احمد، ۷/۳۱۰) این مسأله را اغلب در کتاب ودیعه (امانت به معنای خاص) و درباره مستودع مطرح کرده‌اند، ولی هم‌سو با تصریح برخی از فقها (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/۳۵؛ همو، العروة الوثقی، ۲/۶۶۷؛ همو، تکملة العروه، ۱/۱۴۶، خوبی، کتاب المضاربه، ۱۱۵)، مسلماً این بحث اختصاصی به عقد ودیعه ندارد و در همه امانتهای مالکی و حتی شرعی، همچون لقطه (ر.ک. به: حلی، تذکره الفقهاء ۲/۲۵۷؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۲/۵۴۷؛ همو، شرح اللمعه، ۷/۱۱۱؛ نجفی، ۳۸/۳۷۲) - جریان می‌یابد.

با این گستره فراگیر مسأله مورد بحث، پیامد فقهی - حقوقی چشمگیری به بار می‌آید. در صورتی که بنا به فرض، ید امین پیشین ضمانی بماند، در صورت تلف یا نقص بر اثر آفت سماوی نیز مسئولیت بر دوش خود او خواهد بود (نیز ر.ک. به: یزدی، تکملة العروه، ۱/۱۴۶) و حال آنکه بر پایه دیدگاه برگزیده، امین ضامن این‌گونه خسارتهای نیست. پس با نگاهی به روابط حقوقی جامعه و در پیوند با عقدهای امانی، به ویژه عقود چون اجاره که رواج بسیاری دارند، به کاربرد بحث پی خواهیم برد.

از اینجا حتی می‌توان دریچه‌ای را به بحثی گسترده‌تر و پرتأثیرتر گشود که برخی نام آن را «تأثیر توبه‌های حقوقی» (جعفری لنگرودی، ۷۳/۲) نهاده‌اند. در سرتاسر فقه، چه عبادتها و چه معاملات، موارد بسیاری را می‌توان یافت که صفاتی همچون عدالت، شرط دانسته شده‌اند: از امام جماعت و گواه گرفته تا حاکم شرع و ولی فقیه. حال اگر این وصف معتبر برای مدتی زایل شود، ولی دوباره با توبه حقوقی فرد اعاده شود، آیا این توبه تأثیر حقوقی و فقهی خواهد داشت؟ هر چند که میان مسأله این جستار با مسأله‌ای چون صفت عدالت تفاوتی هست، ولی چنین می‌نماید که پیوندی اساسی میان آنها است که می‌تواند زاینده قاعده‌ای عام باشد.<sup>۱</sup>

## منابع

### قرآن کریم

- آل کاشف الغطاء، محمد حسین؛ *تحریر المجله*، نجف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ق.
- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین الدین؛ *عوالی اللئالی*، مجتبی عراقی (محقق)، قم، سید الشهداء، ۱۴۰۳ق.
- ابن ادريس، محمد بن احمد؛ *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- \_\_\_\_\_؛ *مستطرفات السرائر*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی؛ *من لا یحضره الفقیه*، علی اکبر غفاری (مصحح)، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

۱ - نیز یکی از پرسشهای هم‌سو با این دست مسائل، مسأله بازگرداندن مال دزدیده شده به حرز از سوی دزد و بحث پیرامون بقایا زوال ضمان و نیز بحثی کیفری درباره ثبوت یا سقوط حد از سارق است (ر.ک. به: حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۱۶؛ همو، إرشاد الأذهان، ۲/۱۸۵؛ نجفی، ۴۱/۵۵۳؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۴۹۰).

- ابن رجب حنبلی؛ *القواعد فی الفقه الاسلامی، سعد طه عبد الروف (مصحح)*، قاهره، مکتبه الکلیات الازهریه، ۱۳۹۲ ق.
- ابن قدامه، عبدالرحمن بن احمد؛ *الشرح الکبیر*، بیروت، دارالکتب العربی.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ *المعنی*، بیروت، دارالکتب العربی.
- اردبیلی، احمد بن محمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، جامعه مدرسین.
- انصاری، مرتضی؛ *فرائد الاصول*، قم، مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- \_\_\_\_\_؛ *کتاب مکاسب*، قم، مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- بجنوردی، حسن؛ *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۰ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد؛ *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۴.
- بروجردی، حسین؛ *جامع الحدیث الشیعہ*، قم، ۱۴۱۱ ق.
- بروجردی، مصطفی؛ *مضاربه از نظر فقهای شیعه*، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳ ش.
- بهبهانی، وحید؛ *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *فلسفه حقوق مدنی*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰ ش.
- حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله؛ *المستدرک علی الصحیحین*، یوسف عبدالرحمن المرعشی (محقق)، چاپ با فهرست احادیث.
- حر عاملی، محمد بن حسن؛ *تفصیل وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، علی اکبر غفاری (مصحح)، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح؛ *العناوین الفقهیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

حکیم، محسن؛ **مستمسک العروه الوثقی**، قم، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ١٤٠٤ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف؛ **ارشاد الازدهان**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ١٤١٠ق.  
\_\_\_\_\_؛ **تذکره الفقهاء**، تهران، المكتبة المرتضوية.

\_\_\_\_\_؛ **قواعد الاحکام**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ١٤١٨ق.

حمیری، عبدالله بن جعفر؛ **قرب الاسناد**، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤١٣ق.

خراسانی، محمد کاظم بن حسین؛ **کفایة الاصول**، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤٠٩ق.

خمینی، روح الله؛ **الاستصحاب**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ١٣٧٥ش.

\_\_\_\_\_؛ **تحریر الوسيله**، نجف، دارالکتب العلمیه، ١٣٩٠ق.

خواسناری نجفی، موسی؛ **منیة الطالب فی شرح المکاسب** (تقریر بحث میرزای نایینی)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ١٤١٨ق.

خویی، ابوالقاسم؛ **کتاب المضاربه**، قم، لطفی، ١٤٠٨ق.

\_\_\_\_\_؛ **منهاج الصالحین**، قم، مدينه العلم ١٤١٠ق

محقق داماد، مصطفی؛ **قواعد فقه (بخش مدنی)**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ١٣٨٣.

روحانی، محمد صادق؛ **زبدۀ الاصول**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤١٢ق

سبحانی، جعفر؛ **الوسيط فی اصول الفقه**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٣٨٤.

سجستانی، عبدالله بین سلیمان؛ **سنن ابی داود**، قم، دارالفکر، ١٤١٠ق

سیستانی، علی؛ **منهاج الصالحین**، قم، کتابخانه آیت الله العظمی سیستانی، ١٤١٤ق

شهید اول، محمد بن علی؛ **اللمعة الدمشقیة**، قم، دارالفکر، ١٤١١ق

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ **شرح اللمعة**، نجف، منشورات جامعه دینی ١٤١٠ق



- \_\_\_\_\_؛ **مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام**، قم، مؤسسه معارف اسلامی ۱۴۱۴ ق
- طباطبایی، علی بن محمد علی؛ **ریاض المسائل**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق
- طوسی، محمد بن حسن؛ **تهذیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵
- \_\_\_\_\_؛ **المبسوط فی فقه الامامیه**، تهران، المرتضویه، ۱۳۸۸ ق.
- عبده بروجردی، محمد؛ **حقوق مدنی**، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.
- عراقی، ضیاءالدین؛ **نهایة الافکار**، محمد تقی بروجردی نجفی (مقرر)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ق
- قمی، علی بن محمد؛ **جامع الخلاف و الوفاق**، قم، مؤسسه زمینه سازان ظهور امام عصر (عج)، ۱۳۷۹
- کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی** تهران، شرکت بهمن برنا مدرس، ۱۳۸۷
- کرکی، علی بن حسین؛ **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۰ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ **الکافی**، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
- مشکینی اردبیلی، علی؛ **اصطلاحات الاصول**، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۱
- مکارم شیرازی، ناصر؛ **انوار الاصول**، قم، نسل جوان، ۱۳۷۳ش.
- \_\_\_\_\_؛ **القواعد الفقهیه**، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ق.
- نایینی، محمد حسین؛ **فوائد الاصول**، محمد علی کاظمی خراسانی (مقرر)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- نجفی، محمد حسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی؛ **مستدرک الوسائل**، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.
- نوری، فضل الله؛ **قاعده ضمان الیید**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ق.

واعظ الحسيني، محمد سرور؛ **مصباح الاصول** ( تقرير بحث آيت الله ابوالقاسم خويي)، قم، كتابخانه داوري، ١٤١٧ ق.

يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم؛ **حاشية المكاسب**، چاپ سنگي، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٧٨ ق.

\_\_\_\_\_؛ **العروة الوثقى**، بيروت، مؤسسة العلمى للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.

\_\_\_\_\_؛ **العروة الوثقى** (محشى)، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤٢٠ ق.

\_\_\_\_\_؛ **تكملة العروة**، مصحح محمد حسين طباطبايى.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۸۴-۱۵۳

## ترور از دیدگاه فقه\*

عبدالکریم عبداللہی نژاد

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: abdolahi@um.ac.ir

رمضان عباس پور مقدم

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

Email: mogh3151@gmail.com

### چکیده

تروریسم از پدیده‌هایی است که امروزه از سوی دولتها، جریانهای سیاسی، رسانه‌ها، پژوهشگران حوزه سیاست، فقه و حقوق، به‌گونه‌ای اساسی، مورد توجه واقع شده است. از سوی دیگر، بسیاری از تحریفها و نسبتهای ناروا به اسلام و مسلمانان نیز به این پدیده مربوط است. از این‌رو، بررسی فقهی تروریسم و بازکاوی آن از نگاه علم فقه در جهت ارائه پاسخی شایسته به حمله تبلیغاتی دشمنان اسلام، ضروری می‌نماید.

این مقاله در آغاز به معناشناسی واژه تروریسم در فرهنگ‌نامه‌های علوم سیاسی و بازخوانی مفاهیم مشابه آن مانند: فتک، اغتیال و ارباب در ادبیات قدیم و جدید و تمایز این مفاهیم از یکدیگر و همچنین واژه‌های مرتبط با بحث مانند: بغی، محاربه و جهاد پرداخته و در بخش بررسی فقهی، ضمن تبیین موضوع و تفکیک انواع ترور، حکم هر یک از اقسام ترور را در ضمن ادله عام و خاص از آیات و روایات مورد بررسی قرار داده است. در پایان به برخی از شبهات مطرح پاسخ داده و تعدادی از آرای فقیهان در خصوص ترور ذکر شده است.

**کلیدواژه‌ها:** تروریسم، فتک، اغتیال، ارباب، محاربه.

---

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۸/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۳.

## ۱. طرح مسأله

در حال حاضر تروریسم یکی از اساسی‌ترین معضلات جامعه جهانی و خطرناک‌ترین تهدید علیه حقوق ملت‌ها و امنیت بین‌المللی است. موضوع یادشده مطلب قابل توجهی است که حجم بالایی از نگرانی‌ها و دغدغه‌های ملت‌ها و مسئولان کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی را به خود اختصاص داده است. امروزه، تلاش‌های گسترده‌ای جهت تحریف و مترادف سازی واژه «تروریسم» با اسلام؛ به ویژه اسلام با قرائت تشیع در سطح جهان در حال انجام است و این در حالی است که به شهادت تاریخ، اسلام، به ویژه با قرائت یادشده، بزرگترین قربانی تروریسم بوده و امامان خود را در این راه از دست داده است.

برخی از تلاش‌ها عبارتند از:

۱. انتساب بسیاری از تحریکات تروریستی در سطح جهان به مسلمانان
  ۲. معرفی برخی از کشورهای اسلامی به عنوان کانون‌های تروریستی
  ۳. تروریست جلوه دادن بسیاری از مبارزان مسلمان در بسیاری از فیلم‌ها
- آنچه به نظر می‌رسد این است که اگر چه بسیاری از اتفاقات فوق ناشی از کینه و دشمنی با اسلام و مسلمین است، اما خلأ تبیین فقهی و عدم بیان نسبت بین اسلام و ترور نیز به تأثیرگذاری این هجمه تبلیغی جهانی کمک کرده است. از این رو، برای راقم این سطور بهانه‌ای دست داد که به بررسی موضع فقهی اسلام در این خصوص پردازد. بنابر این موضوع این نوشتار تبیین ترور از منظر فقه است.

## ۲. معنانشناسی واژه‌ها

قبل از ورود در بحث، ضروری است واژه‌هایی که در موضوع بحث آمده است و واژه‌های مشابه ترور در زبان عرب و همچنین واژه‌های مرتبط به بحث، تبیین و

تمایزدهی شود تا موجب برداشت ناصواب از ادله نگردد، از این رو، ابتدا به اختصار، واژه ها را تبیین می نماییم.

## ۱-۲. تبیین واژه‌های عنوان بحث

در عنوان بحث دو واژه «ترور» و «فقه» استفاده شده است که قبل از ورود در مباحث استدلالی تبیین آنها ضروری است.

### ترور

اهل لغت مانند صاحب «فرهنگ معاصر فرانسه- فارسی» ترور را به وحشت، هراس و دوره وحشت معنا کرده است (پارسایار، ۶۵). دهخدا در ذیل واژه ترور می‌نویسد: «ترور از زبان فرانسه گرفته شده است و به معنای قتل سیاسی به وسیلهٔ اسلحه، در فارسی متداول شده است. تازیان معاصر (عربها) اهراق (خونریزی) را به جای ترور به کاربردند و این کلمه در فرانسه به معنای وحشت و خوف آمده» (دهخدا، ذیل واژه ترور) و در تبیین معنای اصطلاحی، برخی آن را ناظر به «حالت خاص» و برخی آن را ناظر به «رفتار خاص» دانسته‌اند.

۱. «ترور (Terror)... اصطلاحاً به حالت وحشت فوق العاده‌ای اطلاق می‌شود که ناشی از توسل یک فرقه یا حزب است به اعمال شدید (قتل، خونریزی، حبس و مصادرهٔ اموال و غیره) برای این که قدرت را به دست آورد یا آن را حفظ کند، مانند دورهٔ ترور در فرانسه، سالهای ۱۷۹۳ تا ۱۷۹۴» (مصاحب، ۱/ ۶۳۶ و ۶۳۷).

۲. «ترور .... اصطلاحاً به حالت وحشت فوق العاده‌ای اطلاق می‌شود که ناشی از دست زدن به خشونت و قتل و خونریزی است» (آقابخشی، ۵۸۳).

۳. ترور «رفتار اجبار آفرین فردی یا دسته‌جمعی با به‌کارگیری استراتژی‌های خشونت‌بار ...» (ارون شوارتز<sup>۱</sup>، ترجمه زهرا کسمتی، ۴۳۳).

نزدیک به این تعریف‌ها در کتاب‌های فرهنگ خاص علوم سیاسی، (علی‌زاده، ۲۷۴) و دانش‌نامه سیاسی (عاشوری، ۹۸) نیز آمده است.

### نتیجه

واژه ترور بر اساس آنچه در منابع لغوی و سیاسی آمده از ویژگی‌های زیر برخوردار است:

۱. ترور به توسل به زور و اقدام خشونت‌آمیز که موجبات ترس و وحشت فوق‌العاده را در میان مردم ایجاد کند، گفته می‌شود.
۲. اقدام به ترور، به صورت غیرقانونی و غیرمشروع توسط یک فرد و گاهی یک فرقه و حزب و گروه‌های مبارز و گاهی حکومت‌ها صورت می‌پذیرد.
۳. فقط در برخی از تعریف‌ها، به قتل و کشتن تصریح شده بود. بنابراین، در تحقق ترور، کشتن ضروری نیست؛ اگرچه بسیاری از مصادیق آن مقرون به کشتن می‌باشد.
۴. هدف‌گذاری در عملیات ترور در اکثر موارد ناظر به اهداف سیاسی و کسب قدرت است. از این رو، در برخی از تعاریف از آن به «قتل سیاسی» تعبیر می‌شود.

### ۲-۲. مفاهیم مشابه ترور در زبان عرب

در منابع و مآخذ لغوی عرب، واژه‌های زیر به عنوان مفاهیم مشابه «ترور» آمده است.

#### ۱. فتک

اهل لغت قدیم مانند جوهری در کتاب لغت خود، درباره معنای فتک گفته است: «فتک» آن است که کسی بر همراه خود وارد شود و در حالی که او غافل است، به طور ناگهانی او را به چنگ اندازد و به قتلش برساند (جوهری، ۱۶۰۲/۴). ابن اثیر (۴۰۹/۳) و ابن منظور (۴۷۲/۱۰) نیز این واژه را همین‌گونه معنی کرده اند. بنابراین، اینان روی دو عنصر تأکید دارند: ۱. قتل، ۲. ناگهانی و غافلگیرانه بودن.

پیشینیان از اهل لغت، اگرچه در تبیین این مفهوم نامی از واژه «ترور» نیاورده‌اند، ولی معاصرین، به این واژه تصریح کرده‌اند. جبران مسعود این لغت را این‌گونه معنی می‌کند: «به ناگهان بر او حمله برد، او را غفلتاً کشت، ترور کرد» (جبران-مسعود، ۱۳۸۱/۲). مشابه آن در کتاب فرهنگ اصطلاحات معاصر، آمده‌است (میرزایی، در شرح واژه).

«بنابراین درلسان امروزی عرب، ترور مصداق دقیق واژه فتک است (حقوق بشر از دیدگاه اندیشمندان، ۱۳۷۰، ۵۸۴).

### مقایسه ترور و فتک

بر اساس تعاریف پیشینیان، در فتک روی عنصر «قتل» تأکید شده بود ولی در ترور، «قتل» از ارکان آن نبود اگرچه بسیاری از مصداق آن همراه قتل است، ولی بر اساس تعاریف‌های معاصرین این دو واژه مترادف و معادل هم ترجمه شده بود.

### ۲. اغتیال

پیشینیان اهل لغت مانند ابن اثیر درباره‌ی واژه «غیله» که ریشه اغتیال است می‌گویند: «او را فریب داد سپس در مکانی پنهان او را کشت (ابن اثیر، ۴۰۹/۳) و ابن منظور در معنای آن می‌گوید: «غیله به معنی نیرنگ می‌باشد و معنای عبارت «قُتِل فلان غیله» این است: فلانی بر اثر نیرنگ و مکر کشته شد به این‌گونه که فردی با نیرنگ و فریب او را به مکانی برد و در هنگام رسیدن به آن مکان او را کشت. ابوبکر در تبیین این واژه گفته است: شرّ رساندن و کشتن فرد به گونه‌ای که نداند و نفهمد به چه علتی کشته شده است (ابن منظور، ۵۱۳/۱۱) و مشابه آن در موسوعه الفقهیه (۲۶۱/۴) آمده است. بنابر این متقدمان لغوی روی عناصر زیر تکیه دارند:

۱. شرّ رسانی و قتل ۲. ناآگاهی از زمان و مکان و چگونگی رسیدن شرّ.

نسبت میان اغتیال و قتل این است که در اغتیال مطلق شرّ (قتل و غیر آن) لحاظ شده است، نه خصوص قتل و همچنین در اغتیال نیرنگ و مکر اخذ شده ولی قتل از این جهت مطلق است.

پیشینان از اهل لغت اگرچه در تبیین واژه اغتیال از واژه «ترور» بهره نبرده‌اند، ولی معاصرین، به این واژه تصریح کرده‌اند. «غول، مستی یا طغیانی است که به نوشنده دست می‌دهد ... و از همین ماده است اغتیال؛ یعنی: کشتن در نهان (ترور)» (مترجمان، ۱۱ / ۲۲۵). «اغتیال به معنی ترور و سوء قصد و «محاولة الاغتیال» به معنی طرح ترور و توطئه ترور به کار می‌رود» (سیاح، ذیل کلمه اغتیال) و در اصطلاح برخی معنی اغتیال را دقیقاً همان معنی لغوی آن بیان کرده‌اند (انصاری، ۴ / ۲۶۱).

### مقایسه ترور و اغتیال

بر اساس ادبیات قدیم عرب، نقطه اشتراک هر دو واژه در مطلق شرّ رسانی (اعم از قتل، خونریزی، حبس و شکنجه) است نه خصوص قتل و نقطه افتراق آن دو در این است که در ترور روی وحشت آفرینی و هراس‌افکنی تکیه شده بود و در اغتیال روی غفلت، فریب‌خوردگی و ناآمادگی، ولی براساس تعریف‌های معاصرین این دو واژه مترادف و معادل هم ترجمه شده است.

### ۳. ارهاب

لغویان قدیم نظیر ابن‌منظور (۱ / ۴۳۶) و راغب اصفهانی در شرح آیه شریفه «وَأَيُّ آيَاتِ فَارُهْبُونٍ» (بقره / ۴۰) معنای واژه را «ترس» دانسته است. «أی: فخافون» (راغب اصفهانی، ۳۶۶). واژه «ارهابی» به کسی که با زور و تهدید و ترساندن، خود را در رأس حکومت قرار دهد، اطلاق شده است (مهیار، ۴۶) و واژه «الحکم الإرهابی»: را به معنای حکومت نظامی، حکومت قدرت، ستمگری و وحشت، آورده است (مهیار، ۴۶)، ولی در کتاب فرهنگ اصطلاحات معاصر، «ارهاب» به معنای، ترور، خشونت، ارعاب و تروریسم نیز آمده است و «ارهاب دُولی» را به تروریسم دولتی یا بین‌المللی، و «ارهابی»



را به تروریست و تروریستی و «شبکه ارهاب» را به «باند ترور و شبکه ترور» ترجمه کرده است (میرزایی، در شرح واژه).

بنابراین، ارهاب در ادبیات قدیم و قرآن به معنی ترور به کار نرفته و در مطلق ترس و وحشت آفرینی به کار رفته است و ادبیات دوره معاصر آن را به معنی ترور به کار برده است و ظاهراً لفظ عام (مطلق ترس) را در معنای خاص (ترس‌ها و هراس افکنی‌های ناشی از ترور) به کار می‌برند.

### ۲-۳. واژه‌های مرتبط با بحث

علاوه بر واژه ترور و واژه‌های مشابه آن در لغت عرب، واژه‌های دیگری وجود دارد که در مسیر بحث و ارائه استدلال نیازمند تبیین و مفهوم‌شناسی‌اند که به آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۱. بغی

راغب اصفهانی واژه «بغی» را این‌گونه معنی می‌کند: بغی یعنی اراده کردن و قصد تجاوز نمودن یا درگذشتن از میانه روی چه عملاً تجاوز کند یا نکند. گاهی بغی و تجاوز در کمیّت و ارزش مادی است و گاهی بغی و تجاوز در وصف کیفیّت، تعبیر و بیان می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۳۶) و قرشی در کتاب خود به معنی «طلب توأم با تجاوز از حد» گرفته است (قرشی، ۲۰۷/۱).

این واژه با توجه به معنای باغی که کاربرد اسم فاعلی آن است «کسی که بر امام عادل خروج می‌کند» (فتح الله، ص ۸۳) به معنای خروج بر امام عادل است.

شیخ طوسی «بغاه» را این‌گونه تعریف کرده است:

هر کس که بر امام عادل (حکومت مشروع) خروج کند و بیعتش را بشکند و یا دستورهای حاکم را مخالفت کند یاغی است و برحاکم جایز است با او مبارزه کند (طوسی، ۲۹۶).

کاشف الغطاء ( ۴۰۴/۲ ) و صاحب جواهر نیز مشابه این تعریف را ارائه کرده اند

(نجفی، ۳۲۴/۲۱)

## ۲. محارب

ابن منظور گفته است: محاربه آزماده «حرب» و به معنای غارت کردن و جنگیدن است (ابن منظور، ۳۰۳/۱) و مُحَارِب به معنی «جنگجو» آمده است (مهیار، ۲۰). در تبیین معنای اصطلاحی «شیخ طوسی در نهاییه گفته است: «محارب به کسی گویند که اسلحه بکشد و اهل ریه نیز باشد؛ یعنی: سابقه شرارت داشته باشد. در شهر باشد یا در خارج شهر، در سرزمینهای اسلامی باشد یا سرزمینهای کفر، در شب باشد یا در روز، هرگاه در چنین شرائطی اسلحه‌کشی کند محارب محسوب می‌شود» به نقل از ( ابن‌ادریس، ۵۰۶/۳).

ابن ادریس در سرائر (۵۰۶/۳) و محقق حلّی در شرایع (۱۶۷/۴) و علامه حلّی در ارشاد (۱۸۶/۲) و شهیدثانی در مسالک (۵/۱۵) و شعرانی در ترجمه و شرح تبصره المتعلمین (۷۵۵/۲) و بهایی در جامع عباسی محشی، (۴۱۸/۲) و امام خمینی ( ۲/ ۴۹۲) نزدیک به تعریف‌های فوق را ارائه داده‌اند.

### نکات مورد توجه فقیهان در تعریف محارب

۱. تجرید، برهنه‌سازی و دست‌بردن به سلاح به طور علنی
۲. تصریح به اطلاق مکانی (خشکی یا دریا و شهر و غیرشهر) و زمانی (شب یا روز)

جرم

۳. انگیزه ترساندن مردم و ایجاد رعب و وحشت و فسادگری در زمین
۴. در تحقق عنوان «محارب» نیاز به وقوع قتل نیست؛ بلکه فقط اقدام به ترساندن مردم و فسادگری در زمین در قالب اسلحه‌کشی، کفایت می‌کند.

### تفاوت محارب و باغی

تفاوت‌های اساسی «محارب» با «باغی» عبارت است از:

۱. محاربه از جرم‌های غیرسیاسی است که بیشتر با انگیزه‌های غیرسیاسی همراه است؛ مانند شرارت و فساد، راهزنی و چپاول و غارت اموال مردم، باجگیری، ارباب و ترسانیدن مردم، برخلاف بغی که از جرم‌های سیاسی به‌شمار می‌رود و انگیزه سیاسی دارد و عبارت از شورش و قیام علیه امام عادل و تلاش در براندازی نظام و حکومت اسلامی است.

۲. محارب می‌تواند به صورت انفرادی یا گروهی افکارش را اجرا کند، برخلاف باغی که در اکثر موارد به صورت گروهی اجرا می‌کند و در موارد بسیار نادر مثل خروج ابن‌ملجم بر علی (علیه السلام) انفرادی اجرا می‌کند.

۳. مسلمان بودن شرط محارب بودن نیست، ولی باغی دارای ملّیت اسلام است و به‌عنوان مسلمان باغی با او جنگ می‌شود (حجرات/۳۹)<sup>۱</sup>.

۴. چنانچه محارب پس از دستگیری و اسارت، در محضر قاضی توبه کند، توبه‌اش پذیرفته نیست. (خمینی، ۴۹۳/۲)، اما باغی پس از اسارت، اگر ذوفئه (صاحب تشکیلات) نباشد و توبه کند، توبه‌اش پذیرفته می‌شود (شوشتری، ۷۰/۱؛ صاحب جواهر، ۳۶۸/۴).

۵. محارب، به یکی از چهار نوع مجازات (قتل، به دار آویختن، قطع دست و پا برخلاف یکدیگر و تبعید)، کیفرخواهد شد برخلاف باغی که فقط باید با او جنگید و او را به قتل رسانید (مانده/۳۳-۳۴)<sup>۲</sup>.

۱ - و هر گاه دو گروه از مؤمنان با هم به نزاع و جنگ برخیزند، آنان را آشتی دهید و اگر یکی از آن دو بر دیگری تجاوز کند، با گروه متجاوز پیکار کنید تا به فرمان خدا بازگردد و هرگاه بازگشت [او زمینه صلح فراهم شد]، در میان آن دو، به عدالت، صلح برقرار سازید؛ و عدالت پیشه کنید که خداوند عدالت پیشگان را دوست می‌دارد. و در روایت امام باقر آمده است. اما اینان [بغات] جرمشان از کسانی که با رسول خدا صلی الله علیه و آله جنگیدند، سنگین‌تر و بزرگ‌تر است. سؤال شد چگونه؟ فرمود: چون آنان (مشرکان) از اهل جاهلیت بودند، ولی اینان (بغات) قرآن می‌خوانند، به اهل فضل بصیرند، و بعد از شناخت حق دست به چنین اقدامی زدند (نوری، مستدرک، ۶۶/۱)

۲ - سزای کسانی که با [دوستان] خدا و پیامبر او می‌جنگند و در زمین به فساد می‌کوشند، جز این نیست که کشته شوند، یا بر دار آویخته گردند، یا دست و پایشان در خلاف جهت یکدیگر بریده شود، و یا از آن سرزمین تبعید گردند. این، رسوایی آنان در دنیا است و در آخرت عذابی بزرگ خواهند داشت. مگر کسانی که پیش از آن که بر ایشان دست یابید، توبه کرده باشند. پس، بدانید که خدا آمرزنده مهربان است.

### ۳. تبیین موضوع وتفکیک انواع ترور

با توجه به تنوع و طیف‌های وسیعی که در موضوع ترور می‌توان یافت، با این‌که همه آنها در عناصر «توسل به‌زور»، «بکارگیری اقدامات خشونت‌بار» و «غیرقانونی بودن» مشترکند، ولی پیشتر گفته شد که همه آنها در تحقق «قتل» و «اهداف» اشتراک ندارند و از نظر ادله فقهی نیز مشمول عنوان واحدی قرار نمی‌گیرند و برای تبیین حکم آنها باید از عناوین و ابواب مختلف فقهی مدد جست از این‌رو، باید انواع ترور را تقسیم کرد به «ترورهای سیاسی» و «ترورهای غیرسیاسی» و هرکدام تقسیم می‌شوند به «ترورهای مقرون به‌قتل» و «ترورهای غیرمقرون به‌قتل» و هر کدام نیازمند بحث مستقلی است.

#### ۱-۳. نوع اول: ترورهای سیاسی مقرون به قتل

به آن دسته از ترورهایی گفته می‌شود که توسط فرد یا گروه یا سازمانی برای رسیدن به قدرت و ضربه‌زدن به اهداف سیاسی نظام خود در داخل یا خارج کشور صورت می‌گیرد و در این ترورها فرد یا افرادی کشته می‌شوند. برای تبیین فقهی آن به ادله عامه و خاصه می‌توان تمسک جست.

#### ادله عامه

#### آیات

آیات دلالت‌کننده بر حرمت قتل به طور مطلق و عام در قرآن مجید با اطلاق وعمومیت خود بر حرمت ترور دلالت دارد که به تبیین آن می‌پردازیم:

آیه اول: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» و کسی را که خداوند، (قتل او را) حرام کرده است نکشید، مگر به حق» (اسراء ۳۳)

**کیفیت استدلال:** در این آیه، به علت حرمت نفس انسان‌ها کشتن آنها به طور مطلق - با هر کیفیت و با هر منشأ و هر هدفی - تحریم شده است؛ و هدف و کیفیت و منشأ، هویت کشتن را از کشتن خارج نمی‌کند مگر در موارد استثنا شده، «إِلَّا بِالْحَقِّ»،

که کشتن با منشأ حق‌مدارانه را خارج ساخته است. بنابراین، ترورهای سیاسی مقرون به قتل از مستثنیات نیست و اطلاق آیه آن را در برمی‌گیرد.

نکته: مصادیق کشتن حق‌مدارانه را باید در ابواب مختلف فقهی مانند قصاص، دفاع در مقابل مهاجم و حدود (و لو در قالب کشتن غافلگیرانه که توضیح بیشتر آن در بخش پرسش و پاسخ خواهد آمد) جستجو کرد.

آیه دوم: «مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده ۳۲)؛ بدین روی، بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هر کس انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسانها را کشته و هر که انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است.

#### کیفیت استدلال

براساس مدلول آیه، کشتن یک انسان برابر کشتن تمامی انسانها دانسته شده است. آیه با صراحت بر ممنوعیت قتل با هر منشأ و هر کیفیت، و هر هدفی و در هر زمان و مکانی و به صورت رعب‌آفرین و غیر آن، دلالت دارد و فقط دو موضوع را استثنا کرده است: قصاص و افساد در زمین. بدین‌رو، ترورهای سیاسی مقرون به قتل را به لحاظ این‌که «قتل»، اتفاق افتاده است را شامل می‌شود.

#### ۲-۱-۳. ادله خاصه (روایات)

علاوه بر آیات قرآن، عناوینی در روایات موجود است که بر ممنوعیت ترور از دیدگاه اسلام دلالت دارد.

#### ۱. روایات فتک

روایت اول: امام صادق (ع) فرمودند: کسی که نبوت نبی مرسلی را انکار و تکذیب کند، خون او مباح خواهد بود. محمد بن مسلم می‌گوید: از امام سؤال کردم اگر کسی امامی از شما را انکار کند وضعیت او چگونه خواهد بود؟ امام فرمودند: کسی که

امامی را که از ناحیه خدا است را انکار کند و از او و دینش براءت جوید، کافرو مرتد است... و امام در ادامه فرمود: «کسی که مومنی را ترور کند که جان و مال او را هدف قرار داده است خون او برای مومنین در آن حال مباح است. (حرّعاملی، ۲۸/۳۲۳)

سند روایت: درسند روایت حسن بن محبوب، ابویوب و محمد بن مسلم واقع شده است که اوّلی «ثقه» (خوبی، ۹۶/۶) و دومی، «ثقه و از اجله اصحاب» (علامه حلی، رجال، ۱۶۷) و سوّمی «اوثق الناس» نجاشی (نجاشی، ۳۲۴) می‌باشند. در اطلاق این روایت، ممنوعیت ترورهای سیاسی همراه با قتل با اعلام «مهدورالدّم بودن» ترورکننده به خاطر قرارداد او در شمار منکر و تکذیب کنندۀ نبی و امام الهی، بیان شده است، که بیانگر شدت ممنوعیت ترور در اسلام است.

شایان ذکر است که دلالت حدیث در بارۀ ترور مؤمن است و از این منظر مقید خواهد بود و برای اثبات مطلق ترور نیازمند ادله دیگری هستیم، ولی از نظر سیاسی بودن و عدم آن مطلق است و با اطلاقش شامل ترورهای سیاسی و غیر آن می‌شود. مقرون بودن ترور با قتل را هم از واژه «فتک» می‌فهمیم، زیرا همان‌گونه که پیشتر گفته شد «قتل» از ارکان فتک می‌باشد.

**روایت دوم: طبرسی** در کتاب خود ماجرای را نقل می‌کند که در آن، براساس نقشه طراحی شده، هنگام ملاقات «عبیدالله بن زیاد» با «شریک بن اعور» بیمار در کوفه، مسلم بن عقیل باید عبیدالله را ترور کند، اما هنگام تحقّق ملاقات، مسلم از ترور کردن خودداری می‌کند. دلیل آن را پس از خروج عبیدالله، این‌گونه بیان می‌کند: این اقدام فتک است و رسول اکرم فرمود: ایمان از فتک منع کرده است<sup>۱</sup> (طبرسی، ۲۲۵).

**دلالت حدیث:** در این روایت، رسول اکرم (ص) «ایمان» را مانع ترور می‌داند که این مسئله، بر ممنوعیت ترور توسط مؤمن دلالت دارد و از جهت ترورشونده اگر چه صدر روایت در رابطه ترور دشمن است (زیرا عبیدالله دشمن مسلم بود)، ولی جمله

۱ - «بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ يَكُونُ فَتْكَاً وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ إِنَّ الْإِيمَانَ قَيْدَ الْفِتْكَ»

پایانی آن مطلق ترور (تروردشمن و ترورمؤمن) را نفی می‌کند و از جهت سیاسی و غیرسیاسی بودن ناظر به ترورسیاسی است یعنی ترور عبیدالله که در رأس حکومت بود برای رسیدن به قدرت را نفی می‌کند، اما جمله پایانی (إِنَّ الْإِيْمَانَ قَيَّدَ الْفِتْكَ) می‌گوید: ایمان به طور مطلق هر تروری را نفی می‌کند.

روایت سوم: ابوصباح کنانی به امام صادق (علیه السلام) می‌گوید: یکی از همسایگانم به نام جعدبن عبدالله که از قبیله همدان است، به علی (علیه السلام) دشنام می‌دهد آیا اجازه کشتن او را صادر می‌فرمایید؟ تا او را بکشم؟ امام فرمود: «إِنَّ الْإِسْلَامَ قَيَّدَ الْفِتْكَ»، اسلام ترور را منع کرده است (ترور جایز نیست) ولی او را رها کن؛ زیرا فرد دیگری این کار را انجام خواهد داد (کلینی، ۳۷۶/۷)

**سند روایت:** در سند حدیث، علی بن ابراهیم ثقه (نجاشی، ۲۶۰) و پدر ایشان ابراهیم بن هاشم که از دیدگاه علامه ارجح پذیرش قول او است (علامه، رجال، ۵) و حسن بن محبوب که در رجال طوسی از او به عنوان «ثقه» (طوسی، رجال، ۳۳۵) و ابوصباح کنانی قرار دارد که در «رجال کشی» (کشّی، ۳۵۲) از آن، به عنوان «ثقه» و در «رجال نجاشی» (نجاشی، ۲۰) به دلیل ثقه بودن به عنوان «میزان» یاد شده است و برخی از فقیهان معاصر (منتظری، استفتائات، ۲/۲۶۳) از این حدیث به عنوان حدیث معتبر یاد کرده‌اند.

**دلالت حدیث:** دلالت این روایت، از جهت صدر آن این است که ترورشونده دشمن و دشنام دهنده علی (ع) است و دوستدار علی (ع) بر اساس تعصبات مذهبی تصمیم بر ترور او را دارد اما در پاسخ امام به شکل تأسیس قاعده کلی می‌فرماید: اسلام هرگونه ترور را منع می‌کند. تفاوت این روایت با روایت قبلی در این است که روایت قبلی «ایمان» را مانع ترور معرفی کرده بود و در این روایت، «اسلام».

## ۲. روایات اغتیال

**روایت اول:** شخصی از امام صادق (علیه السلام) سؤال کرد، آیا در حق ناصبی اغتیال جایز است؟ امام (علیه السلام) فرمود: امانت را به کسی برگردان که تو را امین خود قرار داده و از تو طلب نصیحت کرده است، اگرچه قاتل حسین (علیه السلام) باشد (حرّعاملی، ۱۳/۲۲۲)

در این روایت امام (ع) به لحاظ اعراض از پاسخ به سؤال صریح سائل (بر اساس هر مصلحتی که در ذهن داشته‌اند) مسیر پاسخگویی را روی مقام ائتمان متمرکز کرده‌اند. از این رو از دلالت کلی و صریح بر مدعا کاسته شده و فقط در حد تأیید از آن استفاده می‌شود.

### روایت دوم

علی (علیه السلام) در فرمایشش به مالک اشتر نوشت: (پس از انتخاب قاضی) از قضاوت او بسیار خبرگیری و واریسی کن (مبادا خطایی از او سر بزند که نتوانی جبران کنی... و نزد خویش به او منزلت و بزرگی بده که دیگری از نزدیکان تو در (از بین بردن) آن طمع نکند؛ تا به این سبب از تباه شدن ناگهانی او توسط مردم نزد تو، ایمن و آسوده باشد. (فیض الاسلام، ۱۰۱۱). در این ترجمه مترجم، «اغتیال» را به معنای «تباه کردن و از بین بردن ناگهانی مردم» که همان ترور است ترجمه کرده است. این بخش از نامه علی (علیه السلام)، در بردارنده یک سلسله دستورها و اوامر وجوبی مدیریتی به مالک اشتر؛ با توجه به شرایط کیفی انتخاب قاضی است و در ادامه به بیان بایسته‌هایی که نظام دینی در باره قاضی باید در نظر بگیرد، می‌پردازد و دلیل هر یک را نیز بیان می‌کند. در آخرین فرمان می‌فرماید: از نظر جایگاه و منزلت، به قاضی جایگاهی بدهید که خطر ترور او را تهدید نکند و طوفان طمع و سایر هواهای نفسانی در نزدیکان، موجبات ترور او را فراهم نکند.

**چگونگی تأیید:** این فرمان امام (علیه السلام) گرچه به صراحت بر تحریم ترور دلالت ندارد و لکن از اهتمام امام در صدور فرمان حکومتی برای پیش‌گیری از وقوع



ترور برداشت می‌شود که: امام بر نبود ترور اهتمام داشته است. از این رو، دلالت روایت تام نبوده و جنبه تأییدی دارد.

### ۳. بغی

یکی از دلایلی که می‌توان برای منع ترورهای سیاسی (توسل به زور و اقدامات خشونت آمیز و رعب‌آور برای کسب قدرت و سرنگونی حکومت‌ها) از منظر دین اسلام به آن استناد جست احکام «بغی» است.

شایان ذکر است در این قسمت از اقدامات تروریستی، گروه‌ها و سازمان‌ها و کشورها براساس مبانی فکری و منافع خود، قضاوت‌های متفاوتی دارند. ممکن است برخی آن را اقدامات تروریستی معرفی کنند و برخی آن را مبارزه در راه آزادی و استقلال نامگذاری کنند.

فقیهان کسانی را که برحکومت مشروع و امام عادل خروج و تعدی می‌کنند و با هدف رسیدن به قدرت و یا سلب امام عادل از حکومت مشروع دست به اقدامات تروریستی و براندازانه می‌زنند، تعدی بر مؤمنان نیز دانسته، زیرا اگرچه هدف، براندازی حکومت است، ولی در این میان به جان و مال عده‌ای تعرض می‌شود و این قبیل توسل به زور و اقدامات خشونت‌آمیز و رعب‌آفرین را یکی از مصادیق بارز «بغات» دانسته و کیفر بغات را برای آنان در نظر گرفته‌اند.

بنابراین، آن دسته از اقدامات تروریستی که هدف آن شورش بر امام جامعه مسلمین می‌باشد مشمول عنوان و مجازات بغی می‌باشد.

شایان ذکر است که: این دلیل فقط آن دسته از ترورهای سیاسی را که با هدف کسب قدرت و سرنگونی حکومت عادل صورت می‌گیرد منع می‌کند و سایر انواع ترور را شامل نمی‌شود.

### ۲-۳. نوع دوم: ترورهای سیاسی غیرمقرون به قتل

منظور از این ترورها، ترورهاییست که با اهداف کسب قدرت یا حفظ قدرت

صورت می‌گیرد، ولی منجر به کشتن فرد ترورشونده نمی‌شود، مانند ترورشبانه رسول اکرم در عقبه و برخی از ترورهای نافرجام شخصیت‌های نظام اسلامی. در بحث معاشناسی واژه‌ها بیان شد که اگرچه اکثر مصادیق ترور همراه با کشتن می‌باشد، اما برخی از مصادیق آن مقرون به قتل نیست و قتل از ارکان آن، نمی‌باشد. برای منع این‌گونه ترورها می‌توان به ادله‌ای تمسک کرد.

### دلیل اول: قرآن

«وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ ﴿۴۸﴾ قَالُوا تَقَاسَمُوا بِاللَّهِ لَنُبَيِّتَنَّهُ وَأَهْلَهُ... فَأَنْظِرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ مُكْرِمِهِمْ أَنَا دَمَرْنَا هُمْ وَ قَوْمَهُمْ أَجْمَعِينَ؛ در آن شهر ۹ گروه بودند که در زمین فساد می‌کردند و مصلح نبودند. (۴۸) - آنها گفتند: بیایید به خدا قسم یاد کنید که: بر او (صالح) و خانواده‌اش شیخون زده و آنها را به قتل برسانیم. ... بنگر عاقبت توطئه آنها چه شد؟ که ما آنها و قومشان، همگی را نابود کردیم

### کیفیت استدلال

در اثبات مدعا لازم است معنای لغوی، دیدگاه مفسران و واقعه تاریخی، نیز ارزیابی شود.

راغب اصفهانی واژه تَبَيَّتْ را «سوء قصد شبانه به دشمن» معنی کرده است، (راغب اصفهانی، ۱۵۲) مشابه این معنا در لسان العرب نیز آمده است. (ابن منظور، ۱۶۷۲). در مجمع البحرین نیز همین معنا با این ویژگی که «باید ناگهانی بوده و با بی-اطلاعی دشمن همراه باشد»، آمده است، (طریحی، ۱۹۲/۲). برخی از مفسران (مکارم شیرازی، تفسیر نمونه ۴۹۷/۱۵؛ فضل الله، ۲۱۷/۱۷) نیز مانند همین معنا را پذیرفته‌اند: «اصل واقعه براساس نقل بعضی از تفاسیر این است:

«در کنار شهر کوهی بود و شکافی داشت و معبد صالح در آنجا بود. گاهی شبانه به آنجا رفته و به عبادت و راز و نیاز با پروردگار می‌پرداخت. آنها (توطئه‌گران) تصمیم گرفتند در آنجا کمین کنند و آن‌گاه که حضرت صالح به آنجا آمد، او را به قتل

برسانند و پس از شهادتش به خانه او حمله‌ور شوند و شبانه کار آنها را نیز یکسره کنند. .. (مکارم شیرازی، همان، ۴۹۷/۱۵).

### نتیجه‌گیری و استدلال

با توجه به بررسی لغوی و برداشت مفسران و رخداد تاریخی، ویژگیهای واقعه به شرح زیر است:

۱- سوء قصد به حضرت صالح و خانواده‌اش در قالب کشتن و توسل به زور و رعب‌آفرینی بود. همان‌گونه که پیشتر بیان شد که: این خصوصیات، از ارکان ترور است و این اقدام با روش پنهانی، غافلگیرانه و شبانه تحقق یافت. خداوند توطئه تروریستی گروههای نه‌گانه را نقش بر آب کرد و پیامبر خود را از این مهلکه تروریستی نجات داد. آن‌گاه عذابهای خود را بر آن قوم نازل کرد. بدیهی است اقدامی که مستوجب عذاب الهی است، حرام و ممنوع است. هرچند آیه در باره موضوع خاصی است ولی بر اساس برداشت مفسران، مورد، مخصص نیست.

امام خمینی نیز بر اساس گفتمان قرآنی آیات فوق که از اعمال تروریستی تعبیر به «افساد در زمین» کرده است تروریست‌های معاصر خود را «مفسد» و «آشوبگر» معرفی می‌کند، «وشما اشکال تراشان به فکر بنشینید که آیا بهتر نیست ... به جای گروه‌های آشوبگر و تروریست‌های مفسد و طرفداری غیرمستقیم از آنان توجهی به ترورشدگان، از روحانیون مظلوم تا خدمت‌گزاران متعهد مظلوم، داشته باشید» (خمینی، صحیفه امام، ۱۸۰/۲۱).

دلیل دوم: اطلاق ادله بغی با توضیحی که گذشت. در آن ادله بیان شد: مطلق توسل به زور و خروج بر امام عادل از منظر اسلام مردود است، چه مقرون به قتل باشد یا همراه با کشتن نباشد؛ بنابراین ترورهای سیاسی غیرمقرون به قتل را هم شامل می‌شود.

### ۳-۳. نوع سوم: ترورهای غیرسیاسی غیرمقرون به قتل

برای رد اینگونه ترورها به روایات محاربه می‌نوان تمسک کرد. این روایات را

به چند دسته می‌توان تقسیم کرد.

**دلیل اول منع :** دسته اول روایات محاربه: مدلول برخی از روایات این است : محارب کسی است که ضمن استفاده از سلاح مرتکب جرم دیگری مانند دزدی و آدمکشی نیز می‌شود. مانند صحیححه محمد بن مسلم که مفاد آن این است: «کسی که در شهری اسلحه بکشد و فردی را زخمی کند، باید او را قصاص کرد و از آن شهر تبعید کرد و کسی که در شهری اسلحه بکشد و کسی را بزند و زخمی کند و مال بستاند، ولی کسی را نکشد، محارب است و مانند محارب مجازات می‌شود. تکلیف او با امام است اگر بخواهد او را می‌کشد و اگر بخواهد دست و پای او را قطع می‌کند. گفت: اگر بزند و بکشد و مال مردم را بگیرد، بر امام است که دست راست او را به سبب سرقت قطع کند، سپس او را در اختیار اولیای مقتول قرار دهد تا آنها مال خود را مطالبه کنند آنگاه او را به قتل برساند. ابو عبیده به امام گفت: اگر اولیای مقتول او را عفو کردند، تکلیف چیست؟ امام فرمودند: اگر عفو کردند نیز امام باید او را به قتل برساند. زیرا او محارب است، قتل انجام داده و سرقت کرده است. ابو عبیده به امام گفت: آیا اولیای مقتول چنین اختیاری دارند که دیه بگیرند و محارب را رها کنند؟ امام فرمودند: نه، چنین حقی را ندارند و باید به قتل برسند.» (حرّعاملی، ۲۸/۳۰۷).

**استدلال :** در این روایت فرضهای مختلفی مطرح شده است:

۱. اسلحه کشیدن در شهر همراه با زخمی کردن، ۲. اسلحه کشیدن در شهر به همراه زدن، زخمی کردن و گرفتن مال، ۳. اسلحه کشیدن در شهر به همراه زدن، کشتن و گرفتن مال، ۴. فرض پیشین با عفو کردن اولیای دم، ۵. فرض پیشین همراه با دیه گرفتن اولیاء دم.

امام در این صحیححه به جز فرض اول، در سایر فرضها، تصریح به محارب بودن کسی که اسلحه کشیده، می‌کنند و همین امر را دلیل قتل و عدم سقوط آن، حتی در

صورت عفو یا اخذ دیه می‌شمارند و همان‌گونه که در بحث واژه‌شناسی گفته شد، این مضمون، بر اقدامات تروریستی انطباق پذیر است.

#### دلیل دوم منع: دسته دوم روایات محاربه

مدلول برخی از روایات این است که برای انطباق عنوان محارب فقط اسلحه کشی کفایت می‌کند. مانند: روایت اول: معتبره ضُرَیس: «کسی که شبانه اسلحه بردارد، محارب است. مگر این که از اهل فساد و ریه نباشد» (همان، ۲۸/۳۱۳).

روایت دوم: روایت عبید الله مدائنی از امام رضا (ع): ... اگر کسی که شمشیر بکشد و با خدا و رسول او محاربه کند و در زمین به فساد اقدام کند، ولی کسی را نکشد و مالی هم از مردم نگیرد تبعید می‌شود (یعنی مجازات محارب) (همان، ۲۸/۳۰۹) فقره اخیر روایت مورد بحث ما است.

روایت سوم: روایت عبید بن بشر خثعمی: ... کسی که راهزنی کند ولی مالی از مردم نگیرد و کسی را هم نکشد تبعید می‌شود (یعنی مجازات محارب) (همان، ۲۸/۳۱۰). محل بحث، فرض اخیر روایت است

#### دلیل سوم منع: دسته سوم روایات محاربه

دسته دیگر روایات به کسی که با اقدامات خشونت‌آمیز خود امنیت را از بین ببرد و ترس و وحشت را بر جامعه حاکم کند، واژه محارب را اطلاق کرده است و از اسلحه‌کشی سخنی به میان نیاورده است و فقط به ذکر ترساندن بسنده کرده است مانند روایت عیاشی از امام جواد (ع).

#### اصل روایت

راهزنان در منطقه حلولا، حجاج رهگذر را غارت کرده و فرار کردند. والی شهر آنان را تعقیب و دستگیر کرد، امام (ع) پاسخ داد: ... اگر فقط رهگذران را ترسانده‌اند ولی کسی را نکشته و مالی را نستانده‌اند، دستور زندانی آنها را صادر کند و معنای «نفیهم من الارض» به سبب ترساندن رهگذران همین است.... (همان، ۲۸/۳۱۲)

### نتیجه‌گیری

با توجه به نکات مورد توجه فقیهان در تعریف محارب که در قسمت معاشناسی واژه‌ها گذشت، ترورهای غیرسیاسی غیرمقرون به قتل بر اساس روایات فوق می‌تواند مصداق محاربه قرار گیرد و همان مجازات‌ها بر آنها مترتب گردد. امام خمینی نیز ترورهای انجام شده در عصر خود در جمهوری اسلامی را مصداق محارب می‌داند:

«... آنچه ذکر شد و ممنوع اعلام شد در غیر مواردی است که در رابطه با توطئه‌ها و گروهک‌های مخالف اسلام و نظام جمهوری اسلامی است که در خانه‌های امن و تیمی برای براندازی نظام جمهوری اسلامی و ترور شخصیت‌های مجاهد و مردم بیگناه کوچک و بزرگ و برای نقشه‌های خرابکاری و «افساد فی الارض» اجتماع می‌کنند و محارب خدا و رسول می‌باشند» (خمینی، صحیفه امام، ۱۷/ ۱۰۶).

آیت الله فاضل لنکرانی نیز در پاسخ یک استفتا در مورد افرادی که با کارد و چاقو و چوب به مغازه و منزل اشخاص حمله کرده و مغازه‌ها را به هم می‌زنند و به قصد ترساندن و برهم زدن نظم و افساد و اخلال اجتماع یا کشتن و ترور اشخاص یا غارت اموال مردم، علناً به آنان حمله و یورش آورند، آنها را مفسد و محارب معرفی می‌کند (فاضل لنکرانی، ۲/ ۴۴۲) و همچنین آیت الله منتظری در توضیح المسائل خود (منتظری، ۵۸۰ - ۵۸۱) و آیت الله بهجت (۴/ ۴۴۶) و آیت الله مکارم (مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، ۱/ ۳۷۴) مشابه فتوای فوق را ارائه داده‌اند.

### ۳-۴. نوع چهارم: ترورهای غیرسیاسی همراه با قتل

برای منع این ترورها به ادله زیر می‌توان تمسک کرد.

دلیل اول: ۱. ادله عامه منع از هر نوع قتل (آیات ۳۲ مائده و ۳۳ اسراء) که در بخش ترورهای سیاسی منجر به قتل به آنها استناد شد.

دلیل دوم: اطلاق برخی از روایات فتک مانند روایت ابوصباح کنانی.

در این روایت ابوصباح کنانی از امام صادق (ع) نسبت به ترور و کشتن یکی از همسایگانش که به علی (ع) دشنام می‌داد سوال می‌کند، امام می‌فرماید: اسلام ترور را منع کرده است. موضوع این حدیث بر اساس ظاهر آن، یک ترور غیرسیاسی (ترور یکی از همسایگان دشنام‌دهنده به علی) است و امام ترور را به‌طور مطلق (همراه با قتل یا بدون آن) رد می‌کنند. بنابراین علاوه بر این که موضوع صدر روایت خصوص ترورهای غیرسیاسی همراه با قتل است، روایت با اطلاق ترورهای غیرسیاسی همراه با قتل را رد می‌کند.

دلیل سوم: اطلاق روایت اول: این روایت<sup>۱</sup> از نظر سیاسی بودن و عدم آن مطلق است و با اطلاق شامل ترورهای سیاسی و غیر آن می‌شود؛ اگرچه همان‌گونه که گذشت فقط ترور غیرسیاسی مؤمن را شامل می‌شود.

دلیل چهارم: دسته اول روایات محاربه مانند صحیحۀ محمد بن مسلم که واژه محارب را به کسی اطلاق می‌کرد که علاوه بر اسلحه‌کشی (توسل به زور) و ارباب‌آفرینی جرمهای دیگری مثل قتل را هم مرتکب شود. بنابر این ترورهای غیرسیاسی همراه با قتل می‌تواند مشمول این صحیحۀ قرار بگیرد.

#### ۴. پرسش و پاسخ

##### ۴-۱ چرایی صدور حکم ترورهای قبل از انقلاب

سؤال: با توجه به مباحث پیشین و دیدگاه اسلام درباره ترور این سؤال مطرح است که اگر ترور در اسلام حرام است پس ترورهای پیش از انقلاب چه توجیهی دارد؟  
جواب: از نظر فقه اسلامی قاعده اولیه، حرمت مال، جان، ناموس و حفظ حقوق همه انسانها، با هر مرام و مذهب و اعتقاد است، مگر آنکه مرتکب خیانت و جرمی شوند که در این صورت آن قاعده اولیه تخصیص می‌خورد «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي

۱- «وَمَنْ قَتَلَ بِمُؤْمِنٍ يُرِيدُ نَفْسَهُ وَ مَالَهُ فَدَمُهُ مُبَاحٌ لِلْمُؤْمِنِ فِي تِلْكَ الْحَالِ».

حَرَمَ اللّٰهَ اِلَّا بِالْحَقِّ» (اسرا/۳۳). از این رو، اسلام با کشتن انسانهای بی‌گناه با هر عنوان، (ترور یا غیر آن)، با هر انگیزه سیاسی یا مذهبی، از هر فرقه، در هر مکان و با هر وسیله‌ای مخالف است و این کار را جنایت شمرده و در پی مجازات عامل آن است. از این قاعده، توطئه‌گران و مجرمان و مهاجمان به دلیل توطئه و جرم و تهاجمی که مرتکب شده‌اند، استثنا می‌شوند که مباحث تفصیلی هر یک، در جای خود آمده است (که فتوای امام خمینی بر قتل سلمان رشدی نمونه ای است که در پرسش بعدی مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت). کشتن این افراد، بر اساس شرایطی مجاز و بلکه واجب می‌شود. جرم آنها ممکن است قتل، ارتداد، (بروجردی، ۳۱/۱۰) یا شرکت در جنگ علیه مسلمین و نظام اسلامی (کفار حربی) (خمینی، *نجاه العباد*، ۱۹۱) یا اشغال سرزمینهای اسلامی یا توطئه علیه مقدسات اسلامی باشد. به عنوان نمونه ناسزاگفتن به پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) و ائمه (علیهم السلام) (حلی، *قواعد الاحکام*، ۵۴۸/۳) یا اذیت و آزار آنان یا شرکت فعال در تحکیم پایه‌های حکومت طاغوتی و ستمگر که دستهایش به خون هزاران مسلمان بی‌گناه آلوده است.

این قاعده و برخی از مستثنیات آن در کلام رسول اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) در جریان فتح مکه دیده می‌شود. ایشان، پیش از آنکه لشکریان اسلام، وارد شاهره‌های مکه شوند همه فرماندهان را احضار فرموده و خطاب به آنان فرمودند: تمام کوشش من این است که فتح مکه بدون خونریزی صورت گیرد. از این رو، از کشتن افراد غیر مزاحم باید خودداری شود. ولی این ده نفر را هر جا یافتید، اگرچه به پرده خانه خدا آویخته باشند دستگیر و بی‌درنگ اعدام کنید: عکرمه ابن ابی جهل، هباربن- الاسود، عبدالله بن سعد ابی سرح، مقیس صبابه لثی، حویرث بن نقید، عبدالله بن خطل، صفوان بن امیه، وحشی بن حرب، عبدالله بن الزبیری، وحارث بن طلاله و چهار زن که دو نفر آنها آوازه خوان بودند و در نکوهش رسول خدا (صلی الله علیه وآله وسلم) سخنان زشت می‌گفتند (ابن هشام، ۴/۸۶۷).



تمام این افراد به نوعی مجرم یا توطئه‌گر بودند و از طرف دیگر، رسول خدا به حکم حکومتی و تشخیص اهمّ و مهم و رعایت مصلحت و شأنیت قضا و افتا، دستور قتل آنها را صادر فرمودند.

با توجّه به این مقدمه، می‌توان گفت: خون انسانها حرمت دارد، اما زمانی که بر اساس قانون اسلامی فردی مانند مرتد، مفسد فی الارض یا کافر حربی، در حکم استثنای این قاعده عامّ قرار گرفت و با دلایل محکم و به حکم فرد یا مراجع ذی صلاح فتوایی مبنی برقتل او صادر شد و به دلایلی اجرای حکم او در شرایط عادی ممکن نبود، یکی از راه‌های اجرای حدّ شرعی و قانونی او، تعقیب و اقدام به قتل او و لو با شیوه غافلگیرانه است.

از جهتی دیگر صدور این احکام غیرمنضبط نیست، بلکه منضبط به قانون و تشخیص مرجع قانونی است که در ترور این امر مفقود است.

البته قانونی بودن و غیرقانونی بودن بر اساس نظامهای فکری متعدد متفاوت خواهد بود اینکه در نظام فکری اسلام تایید رهبر جامعه مسلمین، ملاک و قانون است در نظامهای سکولار این‌گونه نیست آنها بر اساس نظام فکری خود قانون و مجاری آن را تعریف کرده و اقدامات تروریستی را ممنوع می‌کنند.

## ۲-۴. چرایی صدور حکم اعدام سلمان رشدی

سؤال: با توجّه به حرمت ترور در اسلام، دستور ترور سلمان رشدی توسط

امام خمینی چه توجیهی دارد؟

جواب: بنابر قاعده اولیّه حرمت جان و مال انسانها- که بارها ذکر شد- و اینکه مصادیقی از این قاعده استثنا شده است، یکی از مستثنیات آن، توطئه علیه اسلام است و در این صورت، اگر حکم قضایی علیه توطئه‌گر از سوی مراجع ذی صلاح صادر شد، توطئه‌گر در واقع محکوم به حکم قضایی مانند محکوم به قصاص و در معرض اجرای

حکم یا تعقیب برای اجرای آن خواهد بود. امام خمینی براین اساس، حکم را صادر نموده و فرمودند:

«به اطلاع مسلمانان غیور سراسر جهان می‌رسانم:

مؤلف آیات شیطانی که علیه اسلام و پیامبر و قرآن، تنظیم و منتشر کرده است، همچنین ناشرین مطلع از محتوای آن محکوم به اعدام می‌باشند».

حال آنکه صدور حکم، از آن رو بود که سلمان رشدی مقدس‌ترین اعتقادات بیش از یک میلیارد مسلمان جهان را زیرسؤال برد، پیامبر را نیز استهزا کرد، قرآن را آیات شیطانی برشمرد و با هماهنگی استکبار جهانی بر ضد اسلام کتاب نوشت؛ تا در اذهان مردم شرق و غرب، آیین اسلام را برگرفته از شیطان جلوه دهد. سلمان رشدی فقط یک مرتد، محارب و مفسد فی الارض نیست، بلکه وسیله‌ای برای تهاجم فرهنگی آمیخته با اتهامات و دروغ علیه اسلام و حضرت محمد (صلی الله علیه وآله وسلم) است. فتوای امام در جهت خنثی‌سازی یک توطئه جهانی بود که می‌خواستند کتاب را به تمامی زبانها ترجمه‌کنند و به سهولت در اختیار جوانان مسلمان و کسانی که هوادار اسلام هستند بگذارند. حکم قتل او در درجه اول، یک حرکت سیاسی و تدافعی علیه مستکبران و در درجه دوم، حکم شرعی و در درجه بعد، حکمی اعتقادی، مذهبی و سیاسی بود.

ایشان در ایام ترور استاد مطهری دیدگاه خودشان را در رابطه با ترور اعلام فرمودند:

«بکشید ما را، ملت ما بیدارتر می‌شود. ما از مرگ نمی‌ترسیم. منطق شما ترور است. منطق اسلام ترور را باطل می‌داند» (خمینی، صحیفه امام، ۶/ ۱۱۱). نکات جالب توجه در باره صدور این احکام بدین قرار است:

۱. تعبیری که امام در فتوا استفاده می‌کنند تعبیر «اعدام» است که ناظر به مجرم بودن سلمان رشدی و مهدور الدم بودن او می‌باشد نه «ترور» که به خائنه بودن کشتن نظر دارد

۲. این حکم امری مخفی و پوشیده نیست. همه می‌دانند که چه کسی و به چه دلیل باید کشته شود. براین اساس، هرگز این حکم به معنای سلب امنیت از شهروندان و کشتن خیانت‌آمیز و کشتن درپناه امنیت- آن‌گونه که در ترورهای منجر به قتل مطرح می‌شود- نیست.

۳. در زمان حکومت اسلامی، خود حکومت که در رأس آن فقیهی آگاه، عادل و مدیر قرار دارد اقدام قانونی به این امر (صدور و اجرای حکم قضایی قتل مجرم، توطئه‌گرو...) خواهد نمود، ولی هنگامی که حکومت اسلامی و ولی فقیه نافذالرأی در سراسر بلاد، وجود نداشته باشد، صدور اذن به وسیله هر یک از فقهای عظام ممکن است و همین مشخصه (مشروع بودن و قانونی بودن) است که این اقدامات را از توسل به زور در قالب ترور که غیر قانونی و غیر مشروع است جدا می‌کند.

۴. اجازه اجرای حکم از سوی مجتهد جامع الشرائط، با توجه به شرائط زمان، مکان و تشخیص مجتهد متفاوت خواهد بود. گاهی ممکن است به صورت عمومی اعلام شود، مانند حکم اعدام سلمان رشدی و گاهی ممکن است به صورت خاص به فرد یا گروهی اعلام شود مانند هیئتهای مؤتلفه که در پیش از انقلاب، مأموریت اجرای برخی از این احکام را به عهده گرفتند و گاهی هم بر اساس مصالحی اعلام نشود.

### ۳-۴. قبح ذاتی کشتن غافلگیرانه و نبود آن

سؤال: آیا کشتن غافلگیرانه قبح ذاتی دارد. در پاسخ به این سؤال ابتدا مقدمه‌ای را بیان می‌کنیم.

مرحوم مظفر در تقسیم‌بندی افعال از نظر حسن و قبح می‌گوید: افعال اختیاری ما از لحاظ حسن و قبح به سه دسته تقسیم می‌شوند:

۱- برخی از افعال و عناوین حُسن یا قُبْحشان ذاتی است؛ یعنی این عنوان علت تامه است برای حکم به حسن یا قبیح. مانند عنوان «عدل» که حُسن ذاتی دارد و عنوان «ظلم» که قبیح ذاتی دارد و همچنین عنوان «اطاعت مولی» که حسن ذاتی دارد و عنوان «معصیت مولی» که قبیح ذاتی دارد.

۲- برخی از افعال مقتضی حسن یا قبیح‌اند نه علت تامه؛ یعنی اگر مانعی جلوی آن عنوان، را نگیرد حَسَن یا قَبیح است مانند عنوان صدق و کذب که اولی به تنهایی حَسَن است و دومی به تنهایی قبیح است ولی اگر با یک دروغ، اصلاح و آشتی‌ای صورت می‌گیرد دیگر قبیح نیست.

۳- برخی از عناوین حسن و قبحشان نه ذاتی است و نه اقتضایی و به اعتباری حُسن پیدا می‌کنند و به اعتباری قبیح. مانند زدن که اگر برای تشفی باشد قبیح است و اگر برای تأدیب باشد حَسَن است (مظفر ۱/۲۲۹)

حال پرسش این است که قبیح ترور (در بخش ترورهای منجر به قتل آن هم به شکل غافلگیرانه) در اسلام چگونه است؟ آیا از نوع اول است، یعنی ذاتاً قبیح است یا از نوع دوم که قبیح آن اقتضایی است؟

از مجموع مباحثی که گذشت می‌توان استفاده کرد که کشتن غافلگیرانه قبیح ذاتی ندارد، بلکه بستگی به این مسئله دارد که آیا امر مهم دیگری در کنار آن هست یا نه؟ اگر اجرای حکم قانونی قصاص قاتل و یا سایر محکومان به قتل به علت‌های قانونی دیگر که «محکومان به کشته شدن» آنها، یا فراری هستند و یا توسط محافظین شخصی یا دولتی یا قبیله‌ای محافظت می‌شوند جز با استفاده از این شیوه میسر نیست در اینجا است که به خاطر اهمیت آنها می‌شود از این طریق استفاده کرد مانند قبیح کذب (که اگر نجات مؤمنی و یا آشتی بین دو مؤمن را در پی داشته باشد قبیح نیست)

بنابراین، اگر مرجع قانونی ضرورت کشتن و شیوه آن را اعلام نمود در صورت انحصار اجرای حکم به کشتن غافلگیرانه، این روش باید عملی گردد. از این رو، در

نمونه‌هایی که از رسول اکرم (ص) نقل شد (مانند دستور کشتن سفیان بن خالد، کشتن ابورافع، دستور کشتن ده نفر توطئه‌گر بعد از فتح مکه) اصرار پیامبر (ص) بر ضرورت کشتن و اعدام است که در واقع به نوعی ناظر به هدایت مسئله به سوی جریان قضایی و قطعیت کشتن است و در حین اجرای حکم، سفیان بن خالد (یعقوبی، ۷۴/۲) و ابورافع سلّام (ابن هشام، ۲۷۳/۲) مجریان این احکام، از شیوه غافلگیری استفاده کردند و برخی بعد از گزارش به رسول اکرم مورد تشویق قرار گرفتند. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که کشتن غافلگیرانه ذاتاً قبیح نیست.

البته منضبط بودن استفاده از این شیوه با توجه به شرایط سیاسی، اجتماعی، و فرهنگی جامعه با نظر حاکم اسلامی جامعه ضروری است، همانگونه که در موارد فوق اینگونه بود.

شایان توجه است، همانگونه که پیشتر گفته شد ممکن است نظام فکری اسلام با سایر نظام‌ها در مباحث مقدماتی و اینکه چه عامل و یا عواملی فرد را محکوم به قتل می‌کند اختلاف داشته باشند از این رو ممکن است در این جهت همگرایی وجود نداشته باشد.

### ترور در آرای فقیهان

#### ۱. آیت الله بهجت

استفتا: آیا کشتن افراد به صورت ترور جایز است؟ جواب: خیر. (بهجت، ۴/ ۴۴۶)

#### ۲. آیت الله منتظری

استفتا: آیا در تاریخ رسول الله (ص) و امامان ما (ع) دستور ترور توسط آنها صادر شده است؟

به طور کلی در اسلام از ترور مخالفین نهی شده است؛ ... (منتظری، ۲/ ۳۴۳)

#### ۳. آیت الله مکارم شیرازی

سؤال ۱۲۵۵- کسی که در جنگها و درگیریهای داخلی افغانستان نقش فعالی داشته، توسط طرف دیگر در خانه خود ترور می‌شود، حکم آن چیست؟  
 جواب: هرکس مؤمنی را عمداً به قتل برساند حکمش قصاص است و اگر او مرتکب خطایی شده، باید به وسیله حاکم شرع حکم الهی در مورد وی اجرا گردد (مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، ج ۱/۳۷۴)

## ۵. نتایج

- ۱-۶. در ترور توسل به زور و اقدامات خشونت‌آمیز و همچنین رعب‌آوری و وحشت‌آفرینی وجود دارد و فاقد پشتوانه قانونی است.
- ۲-۶. با توجه به تنوع و طیف‌های وسیعی که در موضوع ترور می‌توان یافت، با این‌که همه آنها در عناصر «توسل به زور»، «به‌کارگیری اقدامات خشونت‌بار» و «غیرقانونی بودن» مشترکند، همه آنها در تحقق «قتل» و «اهداف» شتراک ندارند و از نظر ادله فقهی نیز مضمون عنوان واحدی قرار نمی‌گیرند و برای تبیین حکم آنها باید از عناوین و ابواب مختلف فقهی مدد جست.
- ۳-۶. برای منع ترورهای سیاسی منجر به قتل، می‌توان به ادله عامه حرمت قتل و روایات منع از فتک (اعم از فتک مؤمن و غیر مؤمن) و ادله بغی و ادله غدر تمسک نمود و از روایات اغتیال به عنوان تأیید بهره جست و در مرحله اقتضای ادله، بین فتک مؤمن و غیر مؤمن هم فرقی نیست.
- ۴-۶. اطلاق ادله بغی و برخی از آیات برای منع ترورهای سیاسی غیرمنجر به قتل کفایت می‌کند.
- ۵-۶. برای منع ترورهای غیرسیاسی غیرمنجر به قتل می‌توان از برخی روایات محاربه و فتاوی فقیهان، بهره جست.

۶-۶. برای منع ترورهای غیرسیاسی همراه با قتل می‌توان به اطلاق ادله منع از هر نوع قتل، اطلاق برخی از روایات منع از فتک، دسته اول روایات محاربه و اطلاق ادله غدر تمسک کرد.

۶-۷. کشتن غافلگیرانه ذاتاً قبیح نیست و در صورت انحصار طریق در اجرای یک حکم قانونی یا در دفاع از سرزمین و... با مجوز مراجع ذی صلاح می‌توان از این طریق استفاده کرد.

۶-۸. فقیهان نیز برخی به طور مطلق و برخی در خصوص مؤمن، ترور را ممنوع کرده‌اند.

## منابع

### قرآن مجید.

**نهج البلاغه**، سیدرضی، ترجمه دشتی، قم، ۱۳۷۹.

آقابخشی، علی، **فرهنگ علوم سیاسی**، نشرچاپار، تهران، ۱۳۷۹.

ابن ابی الحدید، **شرح نهج البلاغه**، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۴ق.

ابن ادریس، **السرائر**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم ۱۴۱۰ق.

ابن منظور، محمدبن مکرم، **لسان العرب**، بیروت، دارصادر، چاپ سو، ۱۴۱۴ق.

ابن هشام حمیری، عبد الملک، **السیرة النبویة**، مصر، مکتبه محمدعلی صبیح، ۱۹۶۳م.

ارون شوارتز، دیوید، (سال هفتم، تابستان و پاییز ۱۳۷۲، شماره ۲ و ۳)، تروریسم بین

الملل و حقوق اسلامی، **مجله سیاست خارجی**، ترجمه زهرا کسمتی، تهران.

انصاری، محمدعلی، **موسوعة الفقهية المیسره**، چاپ اول، قم، مجمع الفکرالاسلامی،

۱۴۲۲ق.

بروجری، آقا حسین طباطبایی، **منابع فقه شیعه**، مترجمان: حسینیان قمی، مهدی-

صیوری، محمد حسین، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ق.

بهائی، محمدبن حسین، **جامع عباسی**، چاپ اول، طهران، مؤسسه منشورات فراهانی.

بهجت، محمدتقی، **استفتاءات**، قم، دفتر آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ق.

- پارسایار، محمدرضا، *فرهنگ معاصر فرانسه فارسی*، واحد پژوهش فرهنگ معاصر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۳.
- جبران مسعود، *الرائد*، ترجمه انزابی نژاد، مشهد، به نشر، ۱۳۸۵.
- جمعی از نویسندگان *حقوق بشر از منظر اندیشمندان*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *صحاح اللغة*، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۷ م.
- جرعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، آل البیت، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه دارالعلم، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ *صحیفه امام* (نرم افزار به سوی نور).
- \_\_\_\_\_ *نجات العباد*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، تهران، دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانی، حسین بن حمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تحقیق: صفوان عدنان داودی، دارالعلم الدار الشامیة، بیروت ۱۴۱۲ ق.
- سیاح، احمد، *فرهنگ جامع عربی - فارسی*، تهران، کتابفروشی اسلام، ۱۳۳۰.
- شعرانی، ابوالحسن، *ترجمه و شرح تبصرة المتعلمین*، تهران، منشورات اسلامیة، ۱۴۱۹ ق.
- شهید ثانی، زین الدین، *مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
- مرعشی، محمد حسن، *دیدگاه های نو در حقوق*، دو جلد، نشر میزان، تهران - ایران، دوم، ۱۴۲۷ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- طبرسی، فضل بن حسن، *أعلام الوری بأعلام الهدی*، چاپ سوم، تهران، اسلامیة، ۱۳۹۰ ق.
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۳۷۵.



- طوسی، محمد بن حسن، *النهاية*، قم، انتشارات قدس محمدی.
- \_\_\_\_\_، *رجال شیخ طوسی*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۵ق.
- عاشوری، داریوش، *دانش نامه سیاسی*.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *إرشادالاذهان إلى أحكام الايمان*، قم، مؤسسه النشر اسلامی جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- \_\_\_\_\_، *رجال علامه حلّی*، قم، دارالذخایر، ۱۴۱۱ق.
- علی زاده، حسن، *فرهنگ خاص علوم سیاسی*، تهران، روزنه، ۱۳۷۷.
- علوش، عبدالسلام بن محمد، (۶۰۶-)، *الذیل علی النهایة فی غریب الحدیث و الاثر [ابن اثیر]*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، *توضیح المسائل*، چاپ هفتم، قم، چاپخانه مهر ۱۳۷۴.
- فتح الله، احمد، *معجم الفاظ الفقه الجعفری*، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- فضل الله، سید محمد حسین، *تفسیر من وحی القرآن*، بیروت، دار الملائک للطباعة و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.
- فیض الاسلام، علینقی، *ترجمه و شرح نهج البلاغه*؛ چاپ دوم، یک جلدی.
- قرشی، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۱.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، اصفهان، انتشارات مهدوی.
- کشّی، محمد بن عمر، *رجال الکشی*، انتشارات دانشگاه مشهد، ۱۳۴۸.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۳۲۹ ق) *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
- مترجمان، *تفسیر هدایت*، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷.

مجلسی، (سال چاپ مختلف)، *بحار الانوار*، تهران، اسلامیّه، نوبت چاپ مکرر، ۴۲ جلد.

\_\_\_\_\_، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مؤسسه إسماعیلیان ۱۴۰۸ ق. مصاحب، غلامحسین، *دایرةالمعارف فارسی*، تهران.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، طبع دوم، قم، انتشارات چاپخانه علمیه، طبع دوم، ۱۳۸۶ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، چاپ اول، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۴.

\_\_\_\_\_ (۱۴۲۷ هـ ق.)، *استفتاءات جدید*، ۳ جلد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام،

منتظری، حسینعلی (۱۳۷۷)، *توضیح المسائل*، چاپ شانزدهم، نشر تفکر.

\_\_\_\_\_، *استفتاءات چاپ اول*، ۳ جلدی، قم.

مهبیار، رضا، *فرهنگ ابجدی فارسی عربی*، انتشارات اسلامی.

میرزایی، نجف علی، *فرهنگ اصطلاحات معاصر*، قم، دارالاعتصام، ۱۳۷۶.

نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.

نجفی، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء* انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

نوری، محدث، میرزا حسین، *خاتمه المستدرک*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ ق.

\_\_\_\_\_، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام چاپ اول ۱۴۰۹ ق.

یعقوبی، احمد بن ابی یعقوب، *تاریخ یعقوبی*، بیروت، دارصادر.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۱۶-۱۸۵

## تأملی فقهی - حقوقی بر ماده ۵۷۵ قانون مدنی\*<sup>۱</sup>

دکتر سید محمد مهدی قبولی دُرانشان<sup>۲</sup>  
استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد  
Email:smmghabooli@yahoo.com

دکتر سعید محسنی  
استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد  
Email:dr.s.mohseni@gmail.com

### چکیده

هرچند به طور اصولی باید سود و زیان ناشی از شرکت، در روابط خصوصی شرکا به نسبت سهم افراد در نظر گرفته شود، ولی با توجه به ضرورت‌های موجود و نیاز به جلب مشارکت حداکثری، پیش‌بینی شرط تعلق سود بیشتر یا معافیت از تمام یا قسمتی از زیان در قراردادهای شرکت، امری متداول است. در حالی که ظاهر ماده ۵۷۵ قانونی مدنی پذیرش تمام این شروط را برنمی‌تابد، بلکه مفهوم مخالف آن، بر بطلان شرط زیادت سود بدون عمل اضافه و شرط زیان بیشتر برای برخی از شرکا دلالت دارد. به همین جهت، ضروری است برای شناخت بهتر ماده ۵۷۵، مبانی استدلالی آن بازخوانی شده و مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

در همین راستا، با بررسی ابعاد مختلف فقهی و حقوقی موضوع مورد نظر و تدقیق در مبانی ارائه شده توسط فقیهان و حقوقدانان، می‌توان به این نتیجه رسید که مانعی برای پذیرش شروط مذکور وجود نداشته و شایسته است قانون‌گذار با اصلاح ماده ۵۷۵ قانون مدنی، امکان پیش‌بینی شرط زیادت سود بدون مقابله آن با عمل و امکان اشتراط زیادت زیان را فراهم آورد.

**کلیدواژه‌ها:** شرکت مدنی، شرکت تجاری، سود، زیان، شرط، عقد.

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۵/۰۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۹/۲۱.

۱- این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی شماره ۱۷۰۲۸/۲ است که با حمایت مالی دانشگاه فردوسی مشهد انجام شده و بدین وسیله از معاونت محترم پژوهشی دانشگاه فردوسی مشهد تشکر می‌شود.

۲- نویسنده مسئول.

### مقدمه

مقررات مربوط به شرکت سابقه‌ای دیرینه دارد، اما امروز بحث مشارکتها چه در ابعاد تجاری آن (در قالب شرکت تجاری) و چه در ابعاد مدنی (در قالب مشارکتهای مدنی) هم در سطح ملی و هم در عرصه بین‌المللی، ابعاد جدیدتری به خود گرفته و توسعه روزافزون یافته است. شرایط جدید و تحولات اقتصادی-اجتماعی موجود و ضرورت رفع نیازهای روز، بازنگری در قوانین و مقررات موجود را با رعایت مبانی ایجاب می‌نماید. از جمله موارد مهم در این خصوص، مسأله تقسیم سود و زیان در شرکتها است. گاهی اوقات اهداف منطقی و عقلانی ایجاب می‌کند که برای تحقق یا پیشرفت مشارکت، به نفع یک یا چند نفر از شرکا در روابط فیما بین ایشان، تعلق سود بیشتر یا زیان کمتر یا حتی معافیت از زیان شرط گردد. در حالی که ماده ۵۷۵ قانون مدنی بدو تقسیم سود و زیان را به نسبت سهم‌الشرکه مقرر نموده و سپس منحصرأ توافق شرکا در خصوص زیادت سود، آن هم به شرط مقابله با عمل را تجویز نموده است.

سؤال این است که چرا قانون‌گذار موارد دیگر از شروط را تجویز نموده است. آیا مبانی مورد قبولی برای این ماده وجود دارد؟ به همین جهت در این مقاله پس از تبیین مختصر مفاهیم مختلف شرکت (مبحث نخست) که در نقد و بررسی مبانی مؤثر است، به ترتیب به تحلیل ادله موافق و مخالف شرط زیادت سود در مقابل عمل (مبحث دوم)، شرط زیادت سود بدون مقابله با عمل (مبحث سوم) و شرط زیادت یا تمامت زیان علیه یک یا چند نفر از شرکا (مبحث چهارم) خواهیم پرداخت.

### مبحث نخست - مفهوم شرکت

اصطلاح شرکت، مشترک لفظی و دارای معانی متعددی است که برای جلوگیری از خلط مفاهیم، ضروری است ابتدا به تبیین آنها پردازیم. در مفهوم نخست، شرکت

عبارت از حالت اشاعه است که غالباً در بحث مالکیت مطرح شده<sup>۱</sup> و قسیم مالکیت مفروز به شمار می آید. ماده ۵۷۱ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». نگاه به عبارات برخی از فقها (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۱۹؛ همو، قواعد الاحکام، ۲/۳۲۵؛ فخرالمحققین، ۲/۲۹۸؛ سبزواری، ۱/۶۱۸) نشانگر اقتباس کامل تعریف مذکور از منابع فقهی است.

در مفهوم دیگر، شرکت نوعی قرارداد به شمار می آید، لیکن در خصوص ماهیت و آثار شرکت عقدی اختلافاتی به چشم می خورد که فهم درست آن مستلزم بررسی مختصر پیشینه و تحلیل فقهی موضوع از یک سو و مطالعه آن در حقوق موضوعه از سوی دیگر است.

- برخی از فقها (محقق حلی، شرائع الاسلام، ۲/۳۷۴؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۱۹ به بعد؛ همو، قواعد الاحکام، ۲/۳۲۵ به بعد)، ضمن بیان مفهوم اشاعه برای اصطلاح شرکت و بدون تصریح به مفهوم شرکت عقدی، احکامی را بیان داشته اند که مربوط به عقود است؛ از جمله جایز بودن شرکت (در مقابل لزوم) و چگونگی انعقاد آن و ... که البته این شیوه بیان مورد انتقاد برخی دیگر (محقق کرکی، ۸/۹۰۸) قرار گرفته است. البته وجود عقدی به نام شرکت توسط برخی (بحرانی، ۲۱/۱۴۸ به بعد) انکار شده است.

- عده ای (محقق کرکی، ۸/۸۰۲؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴/۳۰۱؛ طباطبایی، ۹/۵۳) نیز در مقام بیان مفهوم شرکت تصریح نموده اند که شرکت دارای دو معنی است: اشاعه و شرکت عقدی و اثر شرکت عقدی را ایجاد جواز تصرف در مال مشاع به شمار آورده اند. به اعتقاد این گروه، ابتدا مال مشاع از راه اسباب به وجود آورنده آن اعم از

۱- در تعبیر برخی از فقها (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۱۹۷ و ۱۹۸؛ طباطبایی یزدی، ۵/۲۷۰؛ محسن حکیم، ۳/۱۳ به بعد) شرکت منحصر به مالکیت مشاع نیست و اشاعه در سایر حقوق را نیز در بر می گیرد.

قهری یا اختیاری ایجاد می‌گردد (مالکیت مشاع) و سپس شرکا با انعقاد قرارداد شرکت، اذن در تصرف مال یا اموال مشاعی را به یکدیگر اعطا می‌کنند (شرکت عقدی).

- در مقابل برخی (صاحب جواهر، ۲۸۷/۲۶ و ۲۸۸) ضمن پذیرش شرکت به معنی وضعیت اشاعه، وجود شرکت عقدی به مفهوم اعطای اذن را نمی‌پذیرند و آن را نوعی وکالت می‌دانند. به اعتقاد ایشان شرکت عقدی قراردادی است که اثر آن، ایجاد حالت اشاعه می‌باشد.

- بعضی از معاصرین (محسن حکیم، ۱۲/۱۳ و ۱۳؛ محمد حکیم، ۱۸۸/۲) در مقام بررسی مفهوم عقد شرکت آن را ناظر به فرضی می‌دانند که به موجب عقد، وضعیت اشاعه مورد انشاء قرار گیرد. به اعتقاد ایشان (حکیم، همان) عملی که به موجب آن اذن در تصرف داده می‌شود، عقد نبوده و ایقاع محسوب می‌شود و البته ممکن است مراد از شرکت عقدی، انشاء حالت اشاعه با شرط ضمنی اذن در تصرف در اموال مشاع باشد که این مورد مشمول عمومات صحت عقد و شرط قرار می‌گیرد.

- بزرگانی از فقهای معاصر (حسینی سیستانی، ۱۶۳/۲) علاوه بر اعتقاد به شرکت عقدی که به موجب آن وضعیت اشاعه انشاء می‌گردد (شرکت معاوضی)، شرکتی که به موجب آن اذن در تصرف ایجاد می‌شود (شرکت اذنی) را نیز نوعی عقد شرکت می‌دانند. اعتقاد به عقد بودن شرکت اذنی در کلام برخی دیگر از معاصرین (خمینی، تحریر الوسیله، ۶۲۱/۱) نیز دیده می‌شود.

با توجه به بررسیهای به عمل آمده، به نظر می‌رسد مفهوم شرکت عقدی منحصر به عمل حقوقی که حالت اشاعه را ایجاد می‌نماید، نیست، بلکه شامل آن قراردادی هم هست که به موجب آن، اذن در تصرف در اموال مشاع حاصل می‌گردد و دلیلی بر نفی هیچ یک از دو مفهوم مزبور وجود ندارد. شباهت این عمل با وکالت نیز مانع از این نخواهد بود که به دلیل احکام خاص آن عنوان ویژه‌ای (عقد شرکت اذنی) برای آن در نظر گرفته شود. به علاوه، دلیلی وجود ندارد که نتوان اذن را از راه عقود و به‌عنوان اثر

اصلی آن پدید آورد، بلکه در مواردی همچون عاریه، ودیعه و وکالت که در بسیاری از کتب فقهی و نیز نزد عرف در شمار عقود و قراردادها به شمار می‌آیند، اثر اصلی ناشی از آنها، اذن است. البته نکته مهم این است که در مقام بررسی هریک از دو نوع شرکت عقدی باید به احکام و آثار ویژه آنها توجه نمود.

اختلاف نظرهای فقهی به نوشته‌های حقوقی نیز سرایت کرده است. برخی (بروجردی عبده، ۲۶۰؛ امامی، ۱۳۷/۲ و ۱۳۸) بر شرکت اذنی یا اکتسابی تکیه نموده‌اند و برخی (کاتوزیان، ۱۷/۲؛ همو، ۲۹۹/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۷۷/۲ به بعد) شرکت عقدی را شرکت معاوضی دانسته که ضمن آن اذن در تصرف در اموال مشاع به منظور اکتساب سود نیز داده می‌شود.

شیوه نگارش مواد قانون مدنی در باب شرکت و مقایسه آن با نوشته‌های فقهی ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که قانون‌گذار همانند آن دسته از فقیهانی عمل نموده که به تعریف شرکت به معنی اشاعه پرداخته و سپس برخی از احکام مربوط به اموال مشاع و برخی از احکام مربوط به عقد شرکت اذنی را بیان نموده‌اند. در قانون مدنی به هیچ وجه عقد شرکت تعریف نشده و حتی از عبارات آن عقد شرکت معاوضی قابل استفاده نیست، لیکن با توجه به اشارات مذکور در مواد ۵۷۷ تا ۵۸۰ و ماده ۵۸۸ که سخن از اذنبه‌عنوان‌حاصل توافق طرفین و شرایط و موارد از بین رفتن آن دارد، به خوبی می‌توان استنباط نمود که قانون‌گذار، عقد شرکت اذنی را در نظر داشته است. البته این به معنی نفی شرکت معاوضیه‌عنوان‌عقدی نامعین که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد، نیست.

در پایان این مبحث لازم است به مفهوم دیگر شرکت که زاده حقوق جدید است و تحت عنوان شرکت تجاری از آن یاد می‌شود، اشاره نمود. ویژگی ممتاز این شرکت و وجه تمایز آن از شرکت مدنی، در این است که شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقل از شرکا است. به حکم قانون (ماده ۵۸۳ قانون تجارت) شناسایی

شخصیت حقوقی برای شرکت تجاری آثار مهمی ایجاد می‌کند. به موجب ماده ۵۸۸ قانون مزبور «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و تکالیفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد...» با توجه به حکم اخیر، شرکت تجاری به طور مستقل از شرکا، از دارایی مستقل برخوردار است و در نتیجه اموالی که شرکا به‌عنوان آورده به شرکت اختصاص داده‌اند، از زمان تشکیل شرکت تا زمانی که شرکت به زندگی خود ادامه می‌دهد، جزء دارایی شرکت شمرده می‌شود. به عبارت دیگر بر خلاف حالت اشاعه در شرکت مدنی که مالکین متعدد، نسبت به مال یا اموالی مالکیت مشترک دارند، در شرکت تجاری، مالکیت شرکا بر آورده‌هایشان منتفی شده و مالک همه آورده‌ها، شخص واحد (شرکت تجاری) است. شرکت تجاری نیز در نتیجه توافق اراده‌ها و انعقاد عقدی به نام شرکت ایجاد می‌شود.

با این توضیح و با عنایت به سوابق فقهی و نظام حقوقی جدید، عقد شرکت دارای سه مفهوم متفاوت است: عقد شرکت معاوضی، عقد شرکت اذنی و عقد شرکت تجاری.

اینک با توجه به مفاهیم مختلف شرکت عقدی باید به این سؤال پاسخ داد که آیا شرط زیادت سود در مقابل عمل اضافی یا شرط زیادت سود بدون وجود عمل اضافی صحیح است یا خیر؟ و به همین ترتیب آیا شرط زیادت زیان بر یکی از شرکا یا شرط معافیت یکی از شرکا از زیان و تحمیل تمام زیان بر دیگری قابل پذیرش است یا نه؟

پرواضح است، چنانچه شرط شود که به شریکی، هیچ سودی تعلق نگیرد، در بطلان شرط، تردید موجهی به نظر نمی‌رسد. البته در توجیه بطلان و قلمرو آن اختلافاتی به چشم می‌خورد. برخی (طباطبایی یزدی، ۲۷۶/۵؛ سبحانی، جلسه ۸۸/۸۳؛ اسکینی، ۱۱۷ و ۱۲۲ و ۱۷۱) به صراحت بر مخالفت آن با مقتضای شرکت تأکید کرده‌اند که نتیجه پذیرش این ادعا، بطلان شرکت است. برخی (خویی، ۲۶۲) نیز ضمن پذیرش



بطلان شرط و اعتقاد به صحت شرکت، جهت بطلان را مخالفت شرط با شرع و به نوعی تملیک معدوم می‌دانند. به نظر می‌رسد در فعالیت‌هایی که هدف آن کسب منفعت و سودآوری است، شرکت از دیدگاه عرفی وقتی معنی پیدا می‌کند که شرکا اجمالاً در سود سهام باشند و الا سخن از شرکت بدون سهام بودن در سود، سخنی گراف و غیر عقلایی است.

### مبحث دوم - شرط سود بیشتر در قبال فزونی عمل

همان‌طور که گفتیم، یکی از آثار شرکت، سهام بودن شرکا در سود و زیان احتمالی است. به طور منطقی، میزان سهم هریک از شرکا در سود و زیان به نسبت سهم ایشان در اموال مشاع است. بر همین اساس، در کتب فقهی (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۲۵؛ محقق کرکی، ۸/۲۴؛ محسن حکیم، ۱۳/۲۸؛ خوبی، ۲۵۷) از قاعده تبعیت سود و نمائات از اصل مال سخن به میان آمده است. این قاعده در موردی که یکی از شرکا بدون پیش‌بینی شرط زیادت سود در قرارداد، عمل اضافه انجام داده باشد نیز اجرا می‌شود (طباطبایی یزدی، ۵/۲۷۶؛ موسوی گلپایگانی، ۲/۴۳؛ حسینی سیستانی، ۲/۱۶۶؛ روحانی، ۱۹/۲۵۹). دلیل این امر را می‌توان در گفته برخی فقیهان (طباطبایی، ۹/۶۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام ۴/۳۱۱؛ صاحب جواهر، ۲۶/۳۰۰) جست که مال را معیار و عمل را تابع آن می‌دانند.<sup>۱</sup>

حکم مزبور ناظر به فرضی است که قرارداد، مطلق است و پیش‌بینی شرط زیادت سود در آن نشده باشد. حال، چنانچه در مقابل انجام کاری سود بیشتر مقرر گردد، آیا شرط معتبر است؟ همین سؤال در فرضی نیز مطرح می‌شود که عمل یکی از شرکا بیش از دیگران باشد یا در فرض تساوی عمل یا حتی کمتر بودن عمل، به لحاظ اهمیت عمل وی شرط سود بیشتر به نفع او مقرر گردد.

۱ - «إن المعتبر فی الربح المال و العمل تابع.»

کمتر فقیهی در صحت این شرط، تردید روا داشته است. در عین حال، مخالفین اندکی (حلبی، الکافی، ۳۴۳؛ محسن حکیم، ۳۳/۱۳) نیز به چشم می‌خورند. نکته شایسته توجه این است که اختصاص سود بیشتر به یکی از شرکا بابت اهمیت بیشتر عملش که برخی (حسینی سیستانی، ۱۶۶/۲) به آن تصریح نموده‌اند، در کلام تمام فقها مطرح نشده است. فقیهان در تبیین مبنای صحت شرط مزبور، رویکرد واحدی ندارند.

### الف - عقد اجاره

برخی (ابن فهد حلی، ۵۴۹/۲) در مقام بیان یکی از نظرات فقهی، شرط مزبور را به عنوان نوعی عقد اجاره (اشخاص) مطرح نموده‌اند. به موجب این نظر، زیادت در سود که مابه‌ازای عمل عامل است، در حکم اجاره‌بها شمرده شده و زیادت مزبور به عنوان نوعی اجرت‌المسمی برای عامل در نظر گرفته شده است. این نظر علاوه بر اینکه طرفدارانی را به خود جذب ننموده، از چند جهت نیز قابل انتقاد است. از سویی توصیف شرط مورد نظر به عقد اجاره، تحمیلی ناروا بر اراده طرفین است. از سوی دیگر در صورت وجود قصد اجاره نیز اولاً اجرت معدوم است. زیرا اشتراط سهم بیشتر مربوط به سود احتمالی آینده است که فعلاً وجود ندارد. ثانیاً شرط اساسی صحت اجاره، معلوم بودن تفصیلی اجرت است (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۴۱۴/۲؛ آبی، ۳۱/۲؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۷۸/۵؛ طباطبایی، ۲۰۱/۹؛ صاحب جواهر، ۲۱۹/۲۷)، حال آن که اجرت مورد نظر در قرارداد اجاره ادعایی، تفصیلاً معلوم نیست. ثالثاً عقد اجاره جزء عقود لازم است. حال آن که عقد شرکت اذنی در زمره عقود جایز به‌شمار می‌آید و چنانچه شرط مورد نظر در ضمن عقد شرکت اذنی درج شود، اجاره پنداشتن ماهیت شرط مزبور، مستلزم منتفی شدن اجاره ادعایی با فسخ یا انفساخ شرکت اذنی خواهد بود و این وضع با لزوم عقد اجاره سازگار نیست.

هر یک از طرفین عقد جایز می‌توانند آن را فسخ نمایند و فوت و حجر یکی از ایشان انفساخ آن را به دنبال خواهد داشت. در حالی که عقد لازم از این دو جهت با عقد جایز متفاوت است. حال، حال آنکه البته در خصوص انتفای عقد اجاره در اثر فسخ عقد شرکت اذنی، ممکن است این گونه توجیه نمود که بنای طرفین بر این بوده است که با فسخ عقد شرکت اذنی، عقد اجاره هم فسخ گردد و فسخ عقد لازم در صورتی که حق فسخ عقد برای یکی از طرفین یا هر دو پیش‌بینی شده باشد، منافاتی با لزوم آن ندارد. در نقد این توجیه باید گفت اولاً تحمیل بنای مزبور بر اراده متعاقدين با تکلف روبرو است. ثانیاً تعیین مدت در شرط خیار در عقود لازم برای صحت عقد و شرط ضروری است. ثالثاً توجیه مزبور اخصاً از مدعا است و لااقل در خصوص انتفای اجاره در اثر انفساخ شرکت اذنی، اشکال فوق به قوت خود باقی است.

#### ب- عقد مضاربه

برخی (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۳۷۶/۲؛ فخر المحققین، ۳۰۲/۲؛ بحرانی، ۲۱/ص ۱۶۵) ماهیت شرط مورد نظر را نوعی عقد مضاربه (قراض) یا شبیه به آن دانسته‌اند. در تبیین این نظر باید گفت همان‌طور که در عقد مضاربه، سرمایه از یکی و کار از دیگری است و سود بین آن دو تقسیم می‌شود، در اینجا نیز سود بیشتر در مقابل عمل قرار گرفته و نوعی مضاربهٔ ضمنی پدید می‌آید.

در نقد این نظریه، برخی اشکال نموده‌اند که مقصود شرکا از شرط مورد نظر، مضاربه نبوده است (نجفی، ۳۰۲/۲۶؛ محسن حکیم، ۲۹/۱۳). در پاسخ باید گفت، ضرورتی ندارد که متعاقدين از عناوین عقود مستحضر بوده، به آن عنایت داشته باشند، بلکه کافی است که ماهیت مقصود آنها با ماهیت حقوقی خاص انطباق داشته باشد.

اشکال دیگری که برین نظریه مطرح شده این است که از شرایط عقد مضاربه، وجه نقد بودن سرمایه است (محقق حلی، المختصر النافع، ۱۴۵؛ همو، شرائع الإسلام، ۳۸۳/۲؛ شهید اول، ۱۳۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۵۵/۴؛ صاحب جواهر، ۳۰۲/۲۶؛

طباطبایی یزدی، ۱۴۷/۵؛ محسن حکیم، ۲۹/۱۳). حال آن که مال موضوع شرکت که ضمن آن شرط زیادت شده، ممکن است وجه نقد یا غیر آن باشد. در پاسخ به این ایراد گفته شده که شرط نقد بودن سرمایه در عقد مضاربه، مستند به اجماع ادعایی است که چنین اجماعی در بحث مورد نظر وجود ندارد، بلکه اجماع بر خلاف آن موجود است (خویی، ۲۵۷).<sup>۱</sup>

نکته دیگر بیان شده در مقام ایراد، این است که به رغم امکان تشبیه شرط زیادت سود در مقابل انجام عمل توسط یکی از شرکا به عقد مضاربه، در فرضی که هر دو شریک مبادرت به انجام کار می نمایند و برای یکی در قبال عمل بیشتر یا عمل مهمتر، زیادتی از سود مقرر می گردد، شباهت آن به مضاربه، محل تردید جدی است.

در پاسخ به این اشکال می توان گفت، از سویی ایراد مزبور در مورد عقد مضاربه قابل پذیرش است و موردی را که مضاربه به صورت شرط ضمن عقد مطرح می شود، در بر نمی گیرد (فخرالمحققین، ۳۰۲/۲). از سوی دیگر قدر مسلم این است که با پذیرش این نظر، فی الجمله صحت شرط اثبات می گردد و چنانچه مواردی با این نظر قابل توجیه نباشد، با مبانی دیگر تأیید می شود.

### ج - عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»

صحت شرط و لزوم تبعیت از آن را از آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» نیز می توان استنباط نمود (بحرانی، ۱۶۵/۲۱؛ صاحب جواهر، ۳۰۲/۲۶). در مورد چگونگی شمول روایت مورد نظر بر شرط مزبور، باید گفت، کلمه شروط که در روایت آمده، جمع محلی به «ال» بوده و مسلم است که جمع محلی به «ال» مفید استغراق جنس است و افاده عموم می نماید. بنابراین، هر آنچه را که عنوان شرط بر آن صادق باشد، در برمی گیرد. در نتیجه، تنها شروطی از شمول روایت

۱ - البته ادعای اجماع بر صحت شرط مورد نظر با وجود نظرات معدود مخالف (حلبی، الکافی، ۳۴۳؛ حلبی، منهاج الصالحین، ۲۶۴)، قابل قبول نیست، هر چند غالب فقهای عظام نظر به صحت چنین شرطی داده اند.

خارج می‌باشند که غیرمعقول یا غیرمقدور بوده یا بر مخالفت آنها با شرع انور، دلیلی وجود داشته باشد. در حالی که شرط مورد بحث، عقلایی و مفید است و دلیلی بر مخالفت آن با شرع وجود ندارد. بنابراین، همین که موضوعی عرفاً مشمول عنوان شرط باشد، تحت شمول قاعده مزبور است و صحیح و لازم‌الوفاء به‌شمار می‌آید (حسینی مراغی، ۲۷۷/۲ و ۲۷۸؛ موسوی بجنوردی، ۲۵۵/۳؛ سبحانی، جلسه ۸۸/۷/۲۹).

نحوه استدلال به عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود» نیز به همین صورت است، با این توضیح که عقد، شامل شروط ضمن آن نیز می‌باشد. به علاوه این که عقد در آیه به معنی عهد بوده و شروط ضمن عقد نیز جزء عهد به‌شمار می‌آیند (حسینی مراغی، ۲۷۵/۲ و ۲۷۶؛ داماد، ۳۵). پرواضح است که لازمه وجوب وفای به عقد و شرط، صحت آنهاست.

در پایان این مبحث یادآور می‌شود که صحت شرط زیادت در مقابل عمل، مورد اجماع فقها نیست. برخی (حلبی، الکافی، ۳۴۳؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ۲۶۴) معتقدند که حتی در صورت وجود عمل، شرط زیادت سود باطل است. برخی (محسن حکیم، ۳۳/۱۳) نیز شرط مزبور را در قالب شرط فعل قبول داشته، در قالب شرط نتیجه قائل به بطلان آن هستند. به اعتقاد ایشان چنانچه منظور از شرط این باشد که زیادت مورد نظر بدو به دارایی مالک سرمایه وارد شده، سپس توسط وی به مشروط‌له تملیک گردد، شرط صحیح و لازم‌الوفاء است. اما اگر ورود مستقیم زیادت به دارایی مشروط‌له مقصود باشد، شرط مخالف کتاب و در نتیجه باطل خواهد بود. فقیه اخیر، دلیلی بر بطلان شرط زیادت در فرضی که زیادت مستقیماً به دارایی مشروط‌له وارد شود، ارائه ننموده است، جز ادعای مخالفت آن با کتاب و مقصود از مخالفت با کتاب را مخالفت با حکم اقتضایی دانسته‌اند که البته تعبیری مبهم است. اگر منظور ایشان مخالفت شرط با مقتضای شرکت بوده و مقتضای شرکت را سهم شدن شرکا در سود به نسبت

سرمایه بدانند، می‌توان این‌گونه پاسخ گفت که مقتضای ذات شرکت چنین دلالتی ندارد و این مطلب اقتضای اطلاق شرکت می‌باشد که شرط خلاف آن قابل پذیرش است. بنابراین، با توجه به عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» و فقدان دلیلی خاص مبنی بر مخالفت چنین شرطی با کتاب و سنت، همان‌طور که قریب به اتفاق فقها نظر داده‌اند، در صحت آن تردید روا نیست. به همین ترتیب در حقوق موضوعه ایران نیز منطوق ماده ۵۷۵ قانون مدنی به این شرط اشاره نموده و صحت آن را مورد پذیرش قرار داده است.

### مبحث سوم - شرط زیادت سود بدون عمل اضافه

سؤال این است که اگر برای یکی یا برخی از شرکا بدون اینکه کاری انجام دهد، یا بدون اینکه کار بیشتر یا مهمتری از دیگران داشته باشد، زیادت در سود را شرط کنیم، آیا چنین شرطی معتبر است؟ در صحت شرط یا صرفاً بطلان آن و یا بطلان شرط و عقد، میان فقیهان و به تبع، میان حقوق دانان اختلاف رخ داده است. برای بررسی استدلالی موضوع، بدو ادله نظریه بطلان عقد و شرط (بند نخست)، سپس ادله قائلین به بطلان شرط و صحت عقد (بند دوم) و در نهایت استدلال‌های معتقدین به صحت شرط (بند سوم) را تبیین و بررسی خواهیم نمود.

#### بند نخست - نقد و بررسی ادله نظریه بطلان عقد و شرط

در صدر قائلین به این نظریه، شیخ طوسی (الخلاف، ۳/۳۳۲ و ۳۳۳؛ المبسوط، ۲/۳۴۹) و پس از ایشان فقیهان سرشناس دیگری (ابن ادریس، ۲/۴۰۰ و ۴۰۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۲۰۱؛ محقق کرکی، ۸/۲۵؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲/۳۷۵؛ طباطبایی، ۹/۶۲) به چشم می‌خورند. این گروه برای توجیه ادعای خود چند دلیل به شرح ذیل ارائه می‌کنند:

## الف - مخالفت شرط با مقتضای عقد

این استدلال را برخی در عقد شرکت معاوضی مطرح کرده‌اند. همان‌گونه که در مبحث نخست بیان گردید، عقد شرکت دارای معانی مختلفی است؛ عقد شرکت معاوضی که مورد حالت اشاعه و عقد شرکت اذنی که موجب اذن در تصرف اموال مشاع است.

آن‌ان که از شرکت، عقد شرکت معاوضی را در نظر دارند، لازمه معاوضه را تناسب سود و زیان به نسبت سهم در اصل مال می‌دانند (فیاض، ۲/۲۸۵؛ محمد سعید حکیم، ۱۹۲/۲). توضیح اینکه سود حاصل می‌بایست به نسبت سهم مالکانه، مستقیماً وارد دارایی هر یک از شرکا گردد. پذیرش شرط مخالف، مستلزم انفکاک لوازم عقد شرکت از آن می‌باشد. در نتیجه، پذیرش این شرط مستلزم بطلان معاوضه و پذیرش معاوضه مستلزم بطلان شرط است (محسن حکیم، ۳۳/۱۳). آنچه طرف‌داران این نظریه را به این استدلال پای‌بند ساخته، ظاهر شرط است که به موجب آن زیادت مستقیماً وارد دارایی مشروطه می‌گردد. و آلا اگر شرط شود که سود به نسبت سهم هر یک از شرکا تعلق یابد و سپس مشروط علیه متعهد به تملیک مقداری از سود خود به مشروطه گردد، اشکالی وجود ندارد (محسن حکیم، ۳۳/۱۳؛ محمد سعید حکیم، ۱۹۲/۲).

اما آن‌ان که از عقد شرکت اذنی سخن گفته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۲/۴۰ و ۴۳)، تبیین روشنی از چگونگی مخالفت شرط با مقتضای عقد ارائه ننموده‌اند. البته با توجه به اینکه برای تحقق شرکت اذنی، ضرورتاً باید از قبل اموال مشاع وجود داشته باشد، ممکن است مقصود ایشان مخالفت شرط با حالت اشاعه باشد.

نقد: در رد استدلال فوق می‌توان گفت که مقتضای ذات عقد شرکت معاوضی، فقط ایجاد حالت اشاعه بین اموال می‌باشد و تناسب سود و زیان آینده با سهم مالکانه، خارج از ذات قرارداد است یا ریشه در اقتضای اطلاق عقد مزبور دارد (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲/۲۲۵؛ اردبیلی، ۱۹۸/۱۰؛ خمینی، تحریر الوسیله ۱/۶۲۶؛ حسینی

سیستانی، ۱۶۶/۲؛ سبحانی، جلسه ۱۳۸۸/۸/۲؛ کاتوزیان، ۳۲۱/۱؛ بروجردی عبده، ۲۶۳) و یا مبتنی بر قاعده عقلی دیگری است که عبارت باشد از اصل تبعیت سود و ربح از عین مال (خویی، ۲۵۸).

در خصوص عقد شرکت اذنی نیز مقتضای ذات عقد، ایجاد اذن در تصرف در اموال مشاع است و شرط مزبور به هیچ وجه مخالفتی با اقتضای ذات عقد ندارد. علاوه بر اینکه اگر منظور مخالفت شرط با مقتضای حالت اشاعه باشد، تناسب سود و زیان با اصل مال، ذاتی حالت اشاعه نیست. بلکه حداکثر با حالت اطلاق آن مخالفت دارد. علاوه بر این که ممکن است تناسب مزبور ارتباطی به اطلاق وضعیت اشاعه هم نداشته و ریشه در قاعده دیگری داشته باشد که در فوق تبیین شد.

#### ب- مخالفت شرط با کتاب

برخی (محسن حکیم، ۳۰/۱۳) بدون اینکه تبیین روشنی از این استدلال نموده باشند، شرط مزبور را مخالف کتاب شمرده‌اند. برخی دیگر (محقق کرکی، ۲۵ و ۲۴/۸) آن را اکل مال به باطل دانسته و با استناد به آیه شریفه «لاتأکلوا أموالکم بینکم بالباطل»، شرط و عقد را باطل شمرده‌اند. ایشان از این جهت شرط زیادت سود را اکل مال به باطل دانسته، که از سویی سود بیشتر در مقابل کار قرار نگرفته تا مشمول ذیل آیه (إلا أن تكون تجارة عن تراض) قرار گیرد و تجارت تلقی شود و از سوی دیگر سایر اسباب تملک (غیر از معاوضه) از قبیل هبه و امثال آن نیز وجود ندارد تا بهره‌مندی از سود بیشتر را برای شریک غیرعامل توجیه کند. بنابراین، با توجه به اینکه قصد طرفین تملیک زیادت بوده و به دنبال اباحه ساده نبوده‌اند و نظر به محدود بودن اسباب تملک و اینکه شرط مورد نظر جزء آنها به‌شمار نیامده، نتیجه می‌شود که شرط مزبور اکل مال به باطل تلقی گشته و باطل باشد.

البته پرواضح است که این استدلال موجب بطلان شرط است و تسری بطلان به عقد، نیازمند دلیلی تکمیلی است. به همین جهت قائلین به این استدلال دلیل خود را با



این ادعا توجیه نموده‌اند که شرط مزبور قید تراضی بوده و با انتفاء شرط، عقد نیز منتفی می‌گردد یا به تعبیر دیگر، مقصود متعاقدین از عقد و شرط ضمن آن به نحو وحدت مطلوب بوده است. (محقق کرکی، ۲۴/۸ و ۲۵؛ طباطبایی، ۶۲/۹)

نقد: در پاسخ به این استدلال، توجه به چند نکته مفید است:

۱- صرف نظر از اینکه منظور از مخالفت شرط مزبور با کتاب به روشنی تبیین نشده، باید گفت که مخالفت با کتاب به این معنی است که شرط، مخالف احکام مذکور در کتاب باشد، در حالی که در قرآن شریف حکمی مبنی بر ضرورت تناسب سود و زیان با اصل مال وجود ندارد تا شرط مورد نظر، مخالف آن تلقی گردد (سبحانی، جلسه ۱۳۸۸/۷/۲۹).

۲- اینکه اسباب تملک محدودند و شرط مزبور در شمار آنها قرار نمی‌گیرد و در نتیجه اکل مال به باطل پنداشته شده، اول کلام است. اکل مال غیر با اذن یا در اثر تملیک او ضرورتاً اکل مال به باطل نیست. ضمن اینکه طرق تملیک منحصر به هبه و معاوضه و امثال آن هم نیست، بلکه دلیلی بر انحصار وجود ندارد. از قضا عموم صحت شرط (المؤمنون عند شروطهم) مؤید صحت شرط و صحت تملیک مجانی است و خود از اسباب شرعی تملک محسوب می‌شود (محسن حکیم، ۳۱/۱۳؛ صاحب جواهر، ۳۰۲/۲۶ و ۳۰۳؛ خویی، ۲۶۱ و ۲۶۲).

۳- اینکه در تکمیل استدلال برای تسری بطلان به عقد، از وحدت مطلوب سخن گفته شده، محل تأمل است؛ زیرا اصولاً و بر حسب ظاهر، شرط امری فرعی بوده و به طور معمول جدای از عقد و به صورت تعدد مطلوب در نظر گرفته می‌شود.

۴- در شرکت معاوضی، علاوه بر مطالب فوق، توجه به این نکته نیز ضروری است که با عنایت به اینکه در آن نوعی معاوضه صورت می‌گیرد، شرط مورد نظر همبه عنوان ضمیمه یکی از عوضین در نظر گرفته شده، در نتیجه سبب تملک (که همان عقد معاوضی باشد)، بدون تردید موجود است (روحانی، ۲۶۰/۱۹). در واقع از آنجایی

که در شرکت معاوضی، در مبادله عوضین، تعادل اقتصادی میان آن دو به طور معمول مورد نظر قرار می‌گیرد، طرفین قرارداد، شروط ضمن عقد و ارزش اقتصادی آن را نیز در تعادل اقتصادی مزبور و در نتیجه مبادله عوضین، در نظر می‌گیرند. البته این ادعا به معنی یکسان بودن احکام مربوط به شرط و احکام مربوط به عوضینبه‌عنوانارکان عقد نیست.

### ج- اجماع

مرحوم شیخ طوسی مدعی شده که عقیده وی مبنی بر بطلان شرط و عقد، اجماعی است و دلیلی بر خلاف آن اقامه نشده است (طوسی، الخلاف، ۳۳۳). صاحب ریاض هم ادعای اجماع بر این عقیده را به سید بن زهره نسبت داده‌است (طباطبایی، ۶۰/۹).

نقد: در نقد این دلیل باید خاطر نشان کرد که:

- در برابر اجماع ادعایی مزبور، سید مرتضی (علم الهدی، ۴۷۱) که مقدم بر شیخ طوسی نیز بوده، ادعای اجماع مبنی بر صحت شرط نموده است.

- هرچند برخی (طباطبایی، ۶۰/۹؛ صاحب جواهر، ۳۰۰/۲۶) سید بن زهره را در زمره قائلین به این نظریه شمرده‌اند و اجماع ادعایی ایشان را ناظر به نظریه بطلان عقد و شرط می‌دانند، لیکن عبارت فقیه مزبور، دلالت صریح بر این عقیده نداشته، بلکه ایشان از عدم لزوم شرط سخن گفته که ممکن است صرفاً قائل به بطلان شرط و عدم تسری بطلان به عقد باشد.

- به‌علاوه اجماع ادعایی اجماع مدرکی بوده که مستند آن سایر ادله مدعیان است و نمی‌تواند به‌عنوان یک دلیل مستقل به‌شمار آید.

### بند دوم - نظریه بطلان شرط

برخی از فقها بدون اینکه بطلان را به عقد تسری دهند، صرفاً قائل به بطلان شرط شده‌اند. در ادامه ادله این گروه را تبیین نموده، مورد نقد و بررسی قرار خواهیم داد.

### ۱- نامشروع بودن شرط

مقصود از «نامشروع بودن» مفهوم عام آن بوده و هر شرط مخالف کتاب و سنت یا مخالف قانون را شامل می‌شود. قائلین به نامشروع بودن شرط در تبیین چگونگی آن، رویه واحدی ندارند. برخی شرط مزبور را از این جهت نامشروع تلقی کرده‌اند که آن را از مصادیق اکل مال به باطل دانسته‌اند. این گروه نیز همانند قائلین به نظریه بطلان شرط و عقد از این جهت از اکل مال به باطل سخن گفته‌اند که تملک سود بیشتر توسط مشروطه را فاقد جهت و سبب قانونی و شرعی پنداشته‌اند؛ چرا که ایشان نیز اسباب تملک را معدود و محصور می‌دانند. لیکن از آنجا که این گروه میان عقد و شرط قائل به وحدت مطلوب نیستند، صرفاً از بطلان شرط سخن گفته و معتقد به صحت عقد هستند.

پاسخ استدلال این گروه نیز همان است که در گفتار قبل در نقد نظریه بطلان عقد و شرط مطرح شد. خلاصه اینکه دلیلی بر محدودیت اسباب تملک وجود ندارد. علاوه بر اینکه شرط، خود سبب شرعی و قانونی است (صاحب جواهر، ۳۰۲/۲۶) و مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

برخی (محسن حکیم، ۳۳/۱۳؛ خوانساری، ۴۰۳/۳؛ محمد سعید حکیم، ۱۹۲/۲) میان دو فرض قائل به تفکیک شده و معتقدند که اگر منظور از شرط این باشد که زیادت، مستقیماً وارد دارایی مشروطه گردد (شرط نتیجه)، شرط مخالف کتاب بوده و باطل است، اما اگر شرط نموده باشند که پس از تملک سود توسط هریک از شرکا به نسبت سهم‌الشرکه، مشروط علیه زیادت را به مشروطه تملیک نماید (شرط فعل)، شرط صحیح است.

صرف نظر از صحت و سقم این نظر، آنچه مهم است اینکه فرض اخیر ایشان (شرط فعل) از بحث خروج موضوعی دارد و محل نزاع فرض نخست (شرط نتیجه) است.

برخی دیگر (خویی، ۲۵۸) شرط مورد نظر را بدین جهت نامشروع و خلاف سنت دانسته که مستلزم تملیک معدوم است. چرا که شرط ناظر به سود آینده بوده که بالفعل وجود ندارد. ایشان این اشکال را ناظر به هر دو فرض (شرط نتیجه و شرط فعل) می‌دانند.

در پاسخ باید گفت که قواعد حاکم بر امور اعتباری با قواعد مربوط به امور خارجی و تکوینی متفاوت است. در امور اعتباری در فرض وجود مقتضی امری، تملیک آن تملیک معدوم به‌شمار نمی‌آید و به اعتبار وجود مقتضی، بسان تملیک موجود خواهد بود. در بحث حاضر نیز هر چند سود بالفعل محقق نشده، وجود اموال مشترک، مقتضی سود است. علاوه بر اینکه می‌توان شرط مزبور را سبب پیش‌ساخته‌ای دانست که در فرض پدید آمدن سود، موجب انتقال موضوع شرط به مشروط‌له می‌گردد.

## ۲- عدم لزوم شرط

یکی از ادله‌ای که برخی از قائلین به بطلان شرط مطرح می‌کنند این است که شرط مزبور ضمن عقد شرکت درج گردیده و عقد شرکت از عقود جایز است. بنابراین، شرط لازم‌الوفاء نیست (طباطبایی، ۶۱/۹).

در نقد این ادعا چند نکته قابل توجه است:

- این اشکال به فرضی که شرط زیادت در مقابل کار قرار گرفته نیز برخورد می‌کند. درحالی که در صحت شرط اخیر تردیدی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۲۷۸/۵؛ صاحب جواهر، ۳۰۲/۲۶؛ روحانی، ۲۶۰/۱۹ و ۲۶۱) و مورد قبول قائلین استدلال فوق (طباطبایی، ۶۲/۹) نیز می‌باشد.

- میان قابل فسخ بودن عقد جایز و لازم‌الوفاء نبودن تفاوت است؛ چون تا وقتی که عقد جایز فسخ نگردیده، باید به مفاد آن عمل نمود. شرط ضمن‌العقد نیز از این قاعده مستثنی نیست (طباطبایی یزدی، ۲۷۸/۵؛ وحید بهبهانی، ۵۳۷؛ روحانی، ۲۶۰/۱۹ و ۲۶۱). فقط پس از فسخ است که شرط ضمن عقد هم لازم‌الوفاء نخواهد بود؛ چون اثر فسخ به گذشته سرایت ندارد (میرزای قمی، ۲۹۹/۳). بنابراین، ادعای فوق که ناشی از خلط میان قابلیت فسخ و لازم‌الوفاء نبودن می‌باشد، مردود است.

- ادعای مزبور که شرکت را عقدی جایز می‌داند، صرفاً ناظر به عقد شرکت اذنی است و در مورد شرکت معاوضی که جزء عقود لازم می‌باشد، فاقد ارزش است (نجفی، ۳۰۲/۲۶؛ روحانی، ۲۶۰/۱۹ و ۲۶۱).

ضمن این‌که در مورد شرکت اذنی، برخی (محسن حکیم، ۳۲/۱۳) معتقدند که شرط زیادت سود در مقابل اذن در تصرف، قرار دارد و ماهیتاً شرط ضمن عقد نیست، بلکه مقوم عقد است. به همین جهت، مضمول «المسلمون عند شروطهم» نیست، بلکه مضمول آیه شریفه «أوفوا بالعقود» است.

### ۳- سفهی بودن شرط

برخی از بزرگان (وحید بهبهانی، ۵۳۶) معتقدند که چون هیچ عملی از طرف مشروطه وجود ندارد، اشتراط سود بیشتر برای وی عملی سفیهانه است، مگر اینکه این تملیک از باب احسان و تبرع باشد که در این صورت، چنانچه سود بالفعل موجود باشد، چنین شرطی به منزله هبه است و چنانچه شرط ناظر به سود آینده باشد، ماهیتاً نوعی تعهد به هبه خواهد بود که بر فرض حصول سود، هیچ الزام و تعهدی ایجاد نمی‌کند.

در پاسخ باید گفت: از سویی اشتراط چنین شرطی سفهی نیست و ممکن است انگیزه‌های عقلایی (معنوی یا تجاری) در میان باشد. در روابط تجار بسیار شایع است که به منظور انگیزش دیگران به شراکت، به نفع ایشان شرط زیادت در سود می‌کنند، بدون اینکه عملی در مقابل آن وجود داشته باشد. از سوی دیگر سفهی بودن معامله یا

شرط ضمن عقد برای بطلان آن کافی نیست، مگر اینکه کاشف از سفیه بودن شرط یا عاقد باشد که در این صورت حکم معاملات سفیه در مورد آن جاری خواهد شد.

### بند سوم - نظریه صحت شرط

درخصوص صحت شرط، باید گفت که قاعده کلی درباره قراردادها و همچنین شروط ضمن آن، قاعده آزادی قراردادی است که از مبانی مستحکمی در فقه اسلامی برخوردار است و موضوع مورد بحث، مشمول این قاعده می‌باشد. جهت تبیین قاعده مزبور و شمول آن بر شرط مورد بحث، در ادامه مبانی آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### الف - عموم روایت «المؤمنون عند شروطهم»

حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۲۷۶/۲۱) که بعضاً با تعبیر «المسلمون عند شروطهم» بیان شده (حر عاملی، ۱۶/۱۸ و ۱۴۲/۲۳) و به صورت وافر در متون فقهی به آن استناد می‌شود، دلالت بر اعتبار هرگونه شرط ضمن قرارداد می‌نماید و عموم آن، شرط مورد بحث را نیز دربرمی‌گیرد (اردبیلی، ۱۹۹/۱۰). طبیعی است چنانچه دلیل خاصی بر عدم اعتبار شرطی وجود داشته باشد، باید عموم روایت را تخصیص زد، لیکن درباره شرط مورد بحث چنین دلیلی وجود ندارد.

برخی (وحید بهبهانی، ۵۳۷) در نقد این استدلال، معتقدند که روایت مزبور افاده لزوم و صحت از نظر شرعی نمی‌نماید و این‌گونه نیست که چنانچه هر مسلمانی هرگونه شرطی به هر ترتیب و وجهی بنماید، شرعاً صحیح بوده و دارای اثرات شرط صحیح باشد یا به تعبیر دیگر، شرط مشرّع نیست.

در پاسخ باید گفت: با توجه به اینکه جمع محلی به «ال» مفید عموم است، تنها شروطی از شمول روایت خارج هستند که غیرمعقول یا غیرمقدور بوده یا بر مخالفت آنها با شرع انور دلیلی وجود داشته باشد. در حالی که شرط مورد بحث، عقلایی و مفید

بوده و دلیلی بر مخالفت آن با شرع وجود ندارد. بنابراین، همین که موضوعی عرفاً مشمول عنوان شرط باشد، تحت شمول قاعده مزبور است و صحیح و لازم‌الوفاء به‌شمار می‌آید (حسینی مراغی، ۲۷۷/۲ و ۲۷۸؛ موسوی بجنوردی، ۲۵۵/۳؛ سبحانی، جلسه ۸۸۷/۲۹)

### ب- اوفوا بالعقود (مأئده ۱)

به‌رغم اعتقاد برخی از فقیهان (موسوی بجنوردی، ۲۵۳/۳)، شروط ضمن عقد نیز جزئی از عقد است و تمامیت عقد با اجزای آن (شروط ضمن عقد) مشمول آیه شریفه و لازم‌الوفاء محسوب می‌گردد (حسینی مراغی، ۲۷۵/۲ و ۲۷۶) ضمن اینکه مراد از عقد در آیه شریفه، عهد بوده و شروط ضمن عقد نیز جزء عهد به‌شمار می‌آیند (حسینی مراغی، ۲۷۵/۲ و ۲۷۶؛ داماد، ۳۵) و در هر حال، لازمه وجوب وفاء به عقد و شرط، صحت آن نیز می‌باشد.

البته در خصوص دلالت آیه شریفه، میان فقها بحثهای فراوانی وجود دارد، اما آنچه مسلم است اینکه جمع محلی به «ال» مفید استغراق جنس است و هر آنچه را که عنوان عقد بر آن صادق باشد، شامل می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۷۷/۵؛ مکارم شیرازی، ۳۲۱/۲). بنابراین، هم عقود معین و هم عقود مستحدثه را شامل می‌شود، مگر اینکه شارع مقدس آن را منع نموده باشد (مثل قمار). ادعای اینکه «ال» در العقود «ال» عهد بوده و عقود معین را برمی‌گیرد، خلاف ظاهر است (گرجی، ۲۹/۱) از آنجایی که شرط نیز از لحاظ لازم‌الوفاء بودن تابع عقد است، در نتیجه هر شرطی که دلیلی بر بطلان آن وجود نداشته باشد، به جهت تبعیت از عقد، صحیح و لازم‌الوفاء به‌شمار می‌آید. بر فرض پذیرش ادعای پاره‌ای از فقیهان که آیه شریفه را ناظر به عقود معین می‌دانند (وحید بهبهانی، ۵۳۸)؛ چون عقد شرکت هم عقدی معین است، در نتیجه شرکت و شرط ضمن آن مشمول آیه شریفه می‌باشد.

همچنین ممکن است اشکال شود که اوفوا بالعقود، عقود اذنی را شامل نمی‌شود؛ زیرا عقود مزبور ماهیتاً عقد نیستند، هرچند از نظر شکلی عقد محسوب می‌شوند. به همین جهت تخصصاً و موضوعاً از عموم آیه شریفه خارج هستند (موسوی بجنوردی، ۲۵۹/۵ و ۲۶۰؛ مکارم شیرازی، ۳۲۲/۲). بنابراین، استناد به آیه شریفه درخصوص شرط ضمن عقد شرکت اذنی قابل پذیرش نیست.

صرف نظر از اینکه عقیده مزبور، میان فقها اختلافی است، آنچه مسلم است اینکه در دلالت آیه شریفه بر عقود عهدی و تملیکی، از جمله عقد شرکت معاوضی تردیدی وجود ندارد. در نتیجه، شرط مورد نظر ضمن عقد شرکت معاوضی مشمول آیه شریفه است و لازم الوفاء می‌باشد که لازمه آن صحت شرط است.

به علاوه همان‌گونه که برای صحت عقود در شبهات حکمیه به عموم آیه شریفه استناد می‌شود، برای صحت شروط در شبهات حکمیه نیز با توجه به ملاک واحد میان آن دو همین حکم جاری است.

در انتهای این قسمت شایسته توجه است که برخی از فقها (محسن حکیم، ۳۲/۱۳) شرکت اذنی را ایقاع دانسته و اساساً شرط ضمن آن را مجاز نمی‌دانند. البته به اعتقاد ایشان، شرط مورد نظر می‌تواند ما به ازای اذن در تصرف تلقی شود که در این صورت، شرط رکنی در مقابل رکن دیگر (اذن) و مقوم عقد است نه شرط ضمن آن. بنابراین، با این توجیه می‌تواند مشمول «أوفوا بالعقود» باشد. البته با پذیرش این تفسیر، موضوع دیگر مشمول حدیث نبوی «المسلمون عند شروطهم» نخواهد بود.

### ج- آیه «تجارة عن تراض»

به موجب آیه شریفه «لاتأكلوا أموالكم بینكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض» (نساء/ ۲۹) هر اکتسابی که عرفاً تجارت بوده و متبنی بر رضایت باشد، صحیح



و معتبر است. هر چند در تبیین صدر و ذیل آیه شریفه بحثهای مفصلی وجود دارد، آنچه به طور خلاصه می‌توان گفت این است که در عقد مستثنی‌منه، آیه شریفه در صدد تحریم و ممنوع شمردن تصرف در اموال از راههای نادرست و نامشروع می‌باشد و هر اکتسابی که در نظر عرف یا شرع نادرست باشد، را شامل می‌شود. سپس در عقد مستثنی، هر آنچه که عرفاً یا شرعاً عنوان تجارت عن تراض بر آن صادق باشد، صحیح شمرده است (خمینی، ۱۰۰/۱). با توجه به مفهوم عامی که از تجارت بیان گردید و موضوع بحث ما نیز مشمول تجارت عن تراض بود، باید حکم بر صحت آن نمود و نیازی نیست که همچون برخی فقیهان معاصر (روحانی، ۲۶۰/۱۹) که شرط را مستقلاً تجارت به‌شمار نیآورده‌اند، صرفاً به جهت اندراج شرط در ضمن عقد شرکت معاوضی که نوعی تجارت است، قائل به شمول آیه شریفه گردیم. البته چنانچه بسان برخی از فقیهان (طباطبایی، ۶۱/۹؛ محقق کرکی، ۲۵/۸؛ بحرانی، ۱۶۵/۲۱) مفهوم تجارت را مبادله مال به مال و معاوضه بدانیم، درخصوص شرط ضمن شرکت اذنی، نمی‌توان به آیه شریفه استناد نمود، لیکن همان‌گونه که بیان شد تجارت عن تراض مفهوم عرفی داشته و هر گونه راه اکتساب صحیح عرفی که همراه با تراضی باشد را در برمی‌گیرد.

#### د- سایر ادله و مؤیدات فقهی

علاوه بر ادله قرآنی و روایی مذکور، دلایل و مؤیدات دیگری نیز بر صحت شرط مورد بحث اقامه شده است که می‌توان به اجماع ادعایی سید مرتضی (علم الهدی، ۴۷۱)، أصالة الإباحة (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲۳۲/۶؛ اردبیلی، ۱۹۹/۱۰) و ارفاقی (مسامحه‌ای) بودن عقد شرکت (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵۴۹/۶؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۵۴۹) اشاره نمود. البته در مورد اجماع یادشده، با توجه به وجود

۱- برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک. اسماعیل اسماعیلی، اکل مال به باطل در بینش فقهی شیخ انصاری، مجله فقه، سال اول، شماره یک، پانیز ۱۳۷۳.

اختلافات جدی بین بزرگان از فقها، ادعای مزبور سست دانسته شده (بحرانی، ۱۶۴/۲۱)، ضمن این که اجماع مزبور، مدرکی بوده و خود مبتنی بر ادله دیگر است.

#### ه- استدلال بر صحت از دیدگاه حقوق دانان

هرچند با توجه به ارتباط ذاتی بین مباحث حقوقی و بحثهای فقهی در خصوص شرط زیادت سود، حقوق دانان ایران به ادله فقهی موضوع نیز عنایت داشته اند، اما آنچه که در گفتمان حقوقی بر آن تأکید شده، اصل آزادی قراردادی است که در ماده ۱۰ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این ماده، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». با توجه به این اصل و نظر به اینکه شرط زیادت سود ناشی از توافق اراده ها است، شرط مزبور میان طرفین قرارداد نافذ و مؤثر است.

لیکن اشکالی که در راه این استدلال وجود دارد، مفهوم مخالف ماده ۵۷۵ قانون مدنی است که بر عدم پذیرش شرط زیادت سود بدون مقابله آن با عمل دلالت دارد. برخی از حقوق دانان (کاتوزیان، ۳۲۱/۱؛ همو، ۴۸ و ۴۷/۲)، برای گریز از این اشکال، استثنای مندرج در ذیل ماده مذکور را ناظر به مورد غالب دانسته، آن را مفید حصر نمی دانند. علاوه بر اینکه معتقدند در مقام تعارض اصل آزادی قراردادها (منطوق ماده ۱۰) با مفهوم ماده ۵۷۵ ق.م. منطوق بر مفهوم، مقدم است. بنابراین مفهوم مزبور قابل تمسک نیست. برخی دیگر از حقوق دانان نیز به رغم اینکه در نظر سابق خود، مستنداً به ماده ۵۷۵ قائل به بطلان شرط بوده اند، (کاشانی، ۱۳۷۶، ص) در نوشته جدید خود، (کاشانی، ۹۶) ضمن عدول از نظر قبلی با استناد به اصل آزادی قراردادی، ماده ۵۷۵ را غیر آمره می شمارند. برخی دیگر (بروجردی عبده، ۲۶۳/۱) نیز تناسب سود و زیان را مقتضای اطلاق عقد دانسته، شرط مزبور را صحیح می دانند.

هرچند در اصل آزادی قراردادی نباید تردید نمود، اما ماده ۱۰ قانون مدنی در مقام بیان اصل می باشد و شرط ضروری آن، عدم مخالفت قراردادهای خصوصی با

قانون است. از قضا یکی از مصادیق مخالفت قرارداد با قانون بحث حاضر است. ماده ۵۷۵ قانون مدنی، با توجه به استثنای مذکور در آن، که با عنایت به سابقه فقهی آن طراحی شده، در عدم پذیرش شرط مورد نظر ظهور دارد. دست برداشتن از این ظهور صرفاً با توجه به قاعده آزادی قراردادی که خود مقید به عدم مخالفت با قانون می‌باشد، امکان‌پذیر نیست. به عبارت دیگر، منطوق ماده ۱۰ قانون مدنی، پذیرش شرط مزبور را مطرح نموده و مشرع آن نمی‌باشد تا در مقام مخالفت آن با مفهوم ماده ۵۷۵ قانون مدنی، نظر به تقدم منطوق بر مفهوم داده شود.

توجه به این توضیحات و ملاحظه نحوه نگارش ماده ۵۷۵ قانون مدنی که با توجه به سابقه فقهی مسأله نگاشته شده، به خوبی بیانگر این است که حکم مندرج در ماده مزبور تکمیلی نبوده، فراتر از استثنا مندرج در ذیل آن، نمی‌توان توافق نمود. در نتیجه در حقوق موضوعه کنونی و در خصوص شرکتهای مشمول قانون مدنی، شرط زیادت سود بدون عمل اضافی باطل به‌شمار می‌آید، لیکن با توجه به بررسی‌های استدلالی و مفصلی که در خصوص مبانی ماده ۵۷۵ صورت گرفت، حکم این ماده از مبانی استدلالی قوی برخوردار نبوده، نیازمند اصلاح است. لذا، شایسته است با توجه به مبانی و نیز تحولات حقوقی اخیر، قانون‌گذار حکم به تجویز شرط مورد نظر نماید. البته آنچه گفته شد در مورد شرکتهای مشمول قانون مدنی است و شرکتهای تجاری که دارای قواعد خاص هستند، از این حکم مستثنی می‌باشند. در ذیل به بررسی مختصر آن می‌پردازیم.

به موجب ماده ۱۰۸ قانون تجارت روابط میان شرکا تابع اساسنامه بوده، توافق ایشان در خصوص سود و زیان معتبر است.<sup>۱</sup>

۱- ماده ۱۰۸: «روابط بین شرکا تابع اساسنامه است. اگر در اساسنامه راجع به تقسیم نفع و ضرر مقررات خاصی نباشد تقسیم مزبور به نسبت سرمایه شرکا به عمل خواهد آمد.»

در شرکت تضامنی نیز طبق ماده ۱۱۹ قانون تجارت، توافق میان شرکا در شرکت‌نامه، در این خصوص معتبر دانسته شده است. همین حکم با توجه به ماده ۱۸۵ قانون تجارت در مورد شرکتهای نسبی نیز قابل اجرا است.

در خصوص شرکتهای مختلط غیرسهامی نیز ظاهر ماده ۱۴۲ مؤید همین حکم است؛ چرا که روابط میان شرکا تابع شرکت‌نامه دانسته شده است. علاوه بر اینکه ماهیت شرکت مختلط غیرسهامی ترکیبی از ماهیت شرکت تضامنی و شرکت با مسئولیت محدود است. در نتیجه مقررات شرکتهای مزبور (به‌ویژه مقررات مشترک آنها)، برحسب مورد در شرکت مختلط غیرسهامی نیز جاری است.

در شرکت سهامی نیز امکان ترتیب دادن سهام ممتاز وفق ماده ۴۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مؤید پذیرش شرط مورد بحث است؛ چرا که یکی از امتیازات ممکن و متداول، اختصاص سهم سود بیشتر برای سهام ممتاز است. حکم شرکت مختلط سهامی نیز در این خصوص نمی‌تواند از حکم مقرر برای شرکت تضامنی و شرکت سهامی متفاوت باشد؛ چون ماهیت شرکت مختلط سهامی، ترکیبی از ماهیت دو شرکت دیگر است.

### مبحث چهارم - شرط زیادت یا تمامت زیان علیه یکی از شرکا

حال که در مورد شروط مربوط به سود بررسی کافی صورت گرفت، شایسته است برای تکمیل بحث با عنایت به مبانی پیش‌گفته، به بررسی شرط زیادت یا تمامت زیان علیه یکی از شرکا یا به تعبیری شرط معافیت جزئی یا کلی از زیان پردازیم. در وهله نخست ممکن است شرط مزبور، مخالف با مقتضای عقد شرکت پنداشته شود و در نتیجه بطلان عقد و شرط استنتاج گردد، اما این پندار قابل توجه نیست؛ چون ذات شرکت درخصوص نحوه اختصاص زیان هیچ اقتضایی ندارد، هر چند که اطلاق آن بیانگر تحمل خسارات به نسبت سهم‌الشرکه است. طبیعی است که

شرط بر خلاف مقتضای اخلاق باطل نیست. شاید به همین دلیل است که برخی از بزرگان فقهها (خویی، ۲۶۳؛ اردبیلی، ۱۹۹/۱۰ و ۲۰۰؛ حلبی، الکافی، ۳۴۳) با تعبیر مختلف در توجیه ادعای بطلان شرط به مخالفت آن با شرع توسل جستند. به اعتقاد ایشان از آنجایی که نقصان و خسارت به حسب اموال ایجاد می‌شود و تابعی از آن است، شرط مزبور موجب تکلیف تحمل ضرر غیر بوده، که موجب قانونی و شرعی لازم دارد و به زعم ایشان چنین موجبی در بحث حاضر وجود ندارد. همان‌طور که گفتیم شرط، خود موجب قانونی است و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد. ضمن این‌که مشمول عمومات وفای به شرط نیز قرار دارد. بنابراین، باید با فقهایی (طباطبایی یزدی، ۲۷۹/۵؛ روحانی، ۲۶۱/۱۹؛ سبحانی، جلسه ۳ و ۴/۸/۱۳۸۸) هم‌داستان شد که شرط مزبور را عقلایی و متعارف دانسته و قائل به صحت شرط و عقد هستند.

در حقوق موضوعه و در قلمروی حقوق مدنی با توجه به مفهوم ماده ۵۷۵ قانون مدنی پذیرش شرط مورد نظر مشکل است؛ چون همان‌گونه که قبلاً نیز شد، به موجب این ماده، اصولاً هم سود و هم زیان متناسب با سهم شرکا است و از این قاعده تنها یک مورد استثنا شده و آن اشتراط سود بیشتر در مقابل عمل اضافی بوده، شرط تحمل خسارت بیشتر یا تحمل کل آن مجاز دانسته نشده است. برخی از حقوق‌دانان (اسکینی، ۱۱۶/۱؛ صقری، ۱۹۷) به همین دلیل و برخی (کاشانی، ۱۰۰) به دلیل غیرعادلانه بودن شرط عدم زیان و مخالفت آن با روح و مفهوم مشارکت، به بطلان چنین شرطی نظر داده‌اند. البته نمی‌توان شرط مورد نظر را غیرعادلانه و مخالف روح و مفهوم مشارکت دانست. چه بسا افرادی که با محاسبات عاقلانه و به منظور جلب نظر دیگری با پذیرش چنین شرطی، اقدام به شراکت می‌نمایند. اما واقعیت این است که با توجه به محدودیت ایجاد شده توسط ماده ۵۷۵ قانون مدنی در شرایط کنونی باید حکم به بطلان چنین شروطی در عقد شرکت مدنی داد. ولی با توجه به مباحث منبایی در فقه و حقوق که تفصیل آن گذشت، شایسته است ماده ۵۷۵ قانون مدنی از این جهت نیز اصلاح شود.

در مورد شرکت‌های تجاری وضعیت متفاوت است. به موجب ماده ۱۰۸ قانون تجارت در شرکت با مسئولیت محدود، روابط شرکا در سود و زیان تابع اساسنامه است. اطلاق این ماده مؤید پذیرش شروط مورد نظر است. در شرکت تضامنی نیز به تصریح ماده ۱۲۴ قانون تجارت، اراده شرکا در تعیین میزان مسئولیت هر شریک در روابط فیما بین خود معتبر دانسته شده است. در خصوص شرکت نسبی، صریحاً به ماده ۱۲۴ قانون تجارت (در بحث شرکت تضامنی) ارجاع نشده است. به همین جهت، برخی از حقوق دانان (اسکینی، ۱۳۶۱ و ۱۳۷۷) قائل به عدم امکان تغییر میزان مسئولیت شرکا در شرکت نسبی حتی در روابط فیما بین خود گردیده و موضوع را مشمول ماده ۵۷۵ قانون مدنی پنداشته‌اند. این ادعا با تفسیر لفظی قانون به ظاهر هماهنگ می‌نماید، لیکن قطعاً با روح قانون تجارت در این خصوص منافات دارد؛ چراکه بین شرکت تضامنی و شرکت نسبی از این جهت تفاوتی وجود ندارد و ملاک ماده ۱۲۴ در مورد شرکت نسبی نیز قابل استفاده است.

در مورد شرکتهای مختلط غیرسهامی نیز با توجه به ظاهر ماده ۱۴۲ و ۱۶۰ قانون تجارت و نیز با توجه به ماهیت این نوع شرکتهای ترکیبی از شرکتهای تضامنی و با مسئولیت محدود است، باید قائل به صحت شروط مورد نظر شد. همین استدلال و نتایج، در شرکت مختلط سهامی نیز قابل استفاده است؛ به ویژه اینکه ماده ۱۷۲ قانون تجارت مقررات ماده ۱۲۴ آن قانون در بحث شرکت تضامنی را قابل اعمال در شرکت سهامی نیز می‌داند.

## نتیجه

به موجب قاعده اولی، میزان سود و زیانی که به هریک از شرکا تعلق می‌گیرد، متناسب با میزان سهم ایشان در اموال مشاع است. البته به موجب منطوق ماده ۵۷۵ قانون مدنی می‌توان برای یک یا چند نفر از شرکا در مقابل عملی که انجام می‌دهند، سهم

زیادتری از سود در نظر گرفت، اما درخصوص شرط زیادت سود بدون مقابله آن با عمل و یا شرط زیادت یا تمامت زیان علیه یک یا چند نفر از شرکا، در شرایط کنونی حقوقی در قلمرو حقوق مدنی باید معتقد به مخالفت شروط مزبور با ظاهر ماده ۵۷۵ و در نتیجه بطلان آن گردید. ماده مزبور بر اساس نظر فقیهانی تنظیم شده که قائل به بطلان چنین شروطی هستند. ماده ۱۰ قانون مدنی که صرفاً بیانگر آزادی قراردادی به شرط عدم مغایرت با قانون می باشد، نیز برای توجیه شروط مزبور کافی نیست؛ چراکه از ماده ۵۷۵ قانون مدنی که به طور خاص مربوط به بحث سود و زیان و در مقام بیان نحوه تقسیم و شروط مربوط به آن بوده، عدم مشروعیت شروط مزبور قابل استنباط است.

صرف نظر از شرایط موجود، با توجه به بررسی به عمل آمده، حکم مستفاد از مفهوم ماده ۵۷۵ قانون مدنی از پشتوانه استدلالی استواری برخوردار نیست. فقیهانی که قائل به بطلان شرط مزبور بوده اند، بر مخالفت شرط با مقتضای عقد شرکت یا نامشروع بودن آن به دلیل تغایر شرط با کتاب یا سنت و نیز اجماع ادعایی تکیه نموده اند. با بررسیهای به عمل آمده، باید گفت شرط مورد بحث، با مقتضای ذات شرکت مخالفی ندارد و بر فرض مخالفت با مقتضای اطلاق، اشکالی بر آن مترتب نیست. درخصوص اجماع ادعایی نیز ضمن وجود ادعای اجماع مخالف، اختلاف نظر موجود میان فقیهان، نافی اجماع مزبور است. به علاوه اجماع مورد نظر، مدرکی است و دلیل محسوب نمی شود. همچنین منع صریح و روشنی نیز در کتاب و سنت به چشم نمی خورد، بلکه عموماً ادله صحت شرط و عقد، بر صحت شروط مزبور دلالت دارد. این شروط، متعارف و دارای فواید عقلایی است و این نیاز مشروع و معقول، قانونگذار را بر آن داشته تا در متون خاص (قانون تجارت) به پذیرش آن تمکین نماید. بدیهی است که از این حیث، تفاوتی میان امور مدنی و تجاری وجود ندارد و شایسته است قانونگذار در

امور مدنی نیز همان حکم عقلانی مبتنی بر همان مبانی ای که در حقوق تجارت پذیرفته است را ضمن اصلاح ماده ۵۷۵ در قانون مدنی نیز بپذیرد.

## منابع

قرآن کریم

- آبی، حسن بن ابی طالب؛ *کشف الرموز*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن إدريس، محمد؛ *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن علامه، محمد بن حسن؛ *ایضاح الفوائد*، قم، المطبعة العلمية، ۱۳۸۸ق.
- ابن فهد، أحمد بن محمد؛ *المهذب البارع*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۱ق.
- أردبیلی، أحمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۲ق.
- اسکینی، ربیعاً؛ *حقوق تجارت (شرکتهای تجاری)*، تهران، سمت، ۱۳۸۵.
- اسماعیلی، اسماعیل؛ *آكل مال به باطل در بینش فقهی شیخ انصاری*، مجله فقه، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۳.
- امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۴.
- بحرانی، یوسف؛ *الحدائق الناضرة*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بروجردی عبده، محمد؛ *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *فلسفه حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حر عاملی؛ *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- حسینی سیستانی، علی؛ *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آية الله العظمی السيد السيستانی، ۱۴۱۵ق.
- حسینی مراغی، میرفتاح؛ *العناوين الفقهية*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، محسن؛ *مستمک العروة*، قم، منشورات مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ق.



حکیم، محمد سعید؛ *منهاج الصالحین*، بیروت، دار الصفوة، ۱۴۱۶ق.  
 ابن زهرة، حمزه بن علي؛ *غنية النزوع*، قم، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، ۱۴۱۷ق.  
 حلبی، أبو الصلاح؛ *الكافي*، اصفهان، مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي (عليه السلام) العامة،  
 بی تا.

خمينی، روح الله؛ *تحرير الوسيلة*، نجف، دار الكتب العلمية، ۱۳۹۰ق.  
 \_\_\_\_\_؛ *كتاب البيع*، تهران، مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۴۲۱ق.  
 خویی، ابوالقاسم؛ *كتاب المضاربة*، قم، منشورات مدرسة دار العلم، ۱۴۰۸ق.  
 خوانساری، احمد؛ *جامع المدارك*، تهران، مكتبة الصدوق، ۱۴۰۵ق.  
 محقق داماد، مصطفی؛ *قواعد فقه (بخش مدنی ۲)*، تهران، سمت، ۱۳۷۶.  
 روحانی، محمد صادق؛ *فقه الصادق (عليه السلام)*، قم، مؤسسة دار الكتاب، ۱۴۱۴ق.  
 سبجانی، جعفر؛ *تقریرات درس خارج فقه*، ۱۳۸۸،  
<http://www.eshia.ir/Feqh/m/Text/Sobhani>

سبزواری، محمد باقر؛ *كفاية الأحكام*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۳ق.  
 شهید اول، محمد بن جمال الدین؛ *اللمعة الدمشقية*، قم، منشورات دار الفكر، ۱۴۱۱ق.  
 شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية*، قم، منشورات  
 مكتبة الداوری، ۱۴۱۰ق.

\_\_\_\_\_؛ *مسالك الأنهار*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۴ق.  
 صاحب جواهر، محمد حسن؛ *جواهر الكلام*، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۹۴ق.  
 صفری، منصور؛ *تعريف شركة تجاری، تحولات حقوق خصوصی*، تهران، انتشارات  
 دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.

طباطبایی، علی؛ *رياض المسائل*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۹ق.  
 طباطبایی یزدی، کاظم؛ *العروة الوثقى*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۰ق.  
 طوسی، محمد بن حسن؛ *الخلاف*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۱ق.

- \_\_\_\_\_؛ **المبسوط**، نجف، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ **تذکرة الفقهاء**، منشورات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بی تا.
- \_\_\_\_\_؛ **قواعد الأحكام**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۸ق.
- \_\_\_\_\_؛ **مختلف الشيعة**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۵ق.
- سید مرتضی، علی بن حسین؛ **الإنصاف**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۵ق.
- فیاض، محمد إسحاق؛ **منهاج الصالحين**، قم، مكتب سماحة الشيخ محمد إسحاق الفياض، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- کاشانی، سید محمود؛ **اندیشه‌هایی در حقوق امروز**، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶.
- گرجی، ابوالقاسم؛ **مقالات حقوقی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن؛ **المختصر النافع**، تهران، قسم الدراسات الإسلامية فی مؤسسة البعثة، ۱۴۱۰ق.
- \_\_\_\_\_؛ **شرائع الإسلام**، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ **القواعد الفقهية**، قم، مدرسة الإمام أميرالمؤمنين (عليه السلام)، ۱۴۱۱ق.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ **القواعد الفقهية**، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- موسوی گلپایگانی، محمدرضا؛ **هداية العباد**، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۷ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم؛ **جامع الشتات**، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
- وحید بهبهانی، باقر؛ **حاشية مجمع الفائدة و البرهان**، منشورات مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۱۷ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۴۶-۲۱۷

## واکاوی برخی «شروط اختصاصی شهادت بر زنا»\* (اشترای اتصال شهادات و اشترای رؤیت به نحو مخصوص)

دکتر محمد محسنی دهکلانی

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@yahoo.com

دکتر محمدتقی قبولی درافشان

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@um.ac.ir

دکتر محمدحسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

### چکیده

دب شارع مقدس مبنی بر احتیاط در «فروج و دماء» موضوعی است که بر هیچ فقه پژوهی مخفی نیست. این ذائقه موجب شده است تا در مواردی مثل «شهادت بر زنا»، شارع مقدس علاوه بر «شروط عمومی معتبر در بینات» نظیر عدالت، تعدد و صدق شهود، اقدام به وضع «شروط اختصاصی» نماید. مواردی مثل «اشترای اجتماع شهود»، «اشترای اتصال شهادات» و یا «اشترای رؤیت به نحو مخصوص» از آن جمله اند. اما نکته اساسی در این مسئله این است که مشهور فقیهان در مواجهه با ادله این شروط که عمده آن اخبار وارده در باب هستند، مستند به ظاهر روایات فتوا داده اند و بعضاً از توجه به حکمت وضع غفلت نموده اند به گونه ای که التزام به این فتاوی، گاه توالی فاسدی به دنبال دارد و بعضاً با حکمت اولیه وضع این شروط که همان «احتیاط در فروج و دماء» است مخالف است. مقاله حاضر دو شرط «لزوم اتصال شهادات» و «اشترای رؤیت به نحو مخصوص» در شهادت بر زنا را بررسی نموده است. مشهور فقهاء در باب شرط نخست، اتصال را بر اتصال فیزیکی آن حمل کرده اند و یا ذیل شرط دوم به استناد برخی قیود مذکور در اخبار مانند «کالمیل فی المکحله» یا «کالرشاء فی البئر» قائل به موضوعیت این قیود در شهادات شده اند و رویت فاقد حالت مذکور را در شهادت کافی ندانسته اند. نویسنده نظر مشهور را ذیل شرط اول خلاف احتیاط و قبول آن در شرط دوم را موجب تعطیلی باب حدود می داند. وی با توجیه روایات ناظر به اشترای اتصال شهادات، برخلاف مشهور آن را بر اتصال عرفی بار می کند و نیز قیود مذکور در بعض اخبار را بر رویت مقدمات ملازم حاکی از زنا حمل می نماید. این دو حمل بدون آنکه موجب دست کشیدن از روایات بشود هم با اصل احتیاط در فروج و دماء سازگار است و هم تعطیلی باب حدود را لازم نمی آید.

**کلید واژه‌ها:** بینه، زنا، رویت، اتصال شهادت.

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۷/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۱/۲۲.

**مقدمه**

از آنجا که شروط مقام تحمل شهادت، منطقی بر شروط اداء شهادت مقدم هستند، ابتدا اشتراط رؤیت به نحو مخصوص - که از جمله شروط مربوط به مقام تحمل شهادت است - را بررسی می‌کنیم و سپس لزوم و یا عدم لزوم اتصال شهادت در مقام اقامه را ارزیابی می‌نماییم.

**محور نخست: اشتراط رؤیت به نحو مخصوص**

بحث از اشتراط یا عدم اشتراط رؤیت به نحو مخصوص، فرع بر این نکته است که ما در باب شهادت بر مبصرات، بصر و رؤیت را شرط بدانیم؛ چراکه اگر فقیهی شهادت از روی علم و اطمینان - ولو از راه غیر رؤیت باشد - را در قبول شهادت کافی بداند، دیگر بحث از اشتراط یا عدم اشتراط رؤیت به نحو مخصوص، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود. لذا، بحث از اشتراط یا عدم اشتراط رؤیت به نحو مخصوص، خود به سؤال اساسی دیگری بازمی‌گردد و آن اینکه: آیا در شهادت بر زنا، گواهی از روی اطمینان و علم کفایت می‌کند؟ یعنی فردی که خلوت دو بیگانه را دیده و قرائن و شواهد هم دال بر وقوع زنا میان آن دو بوده است و وی یقین به وقوع این عمل پیدا کرده است، اما ناظر مستقیم عمل نبوده است، می‌تواند بر زنا شهادت دهد؟ یا آنکه در شهادت بر زنا، شهادت «عن علم» کافی نیست و زنا باید در مرئی و منظر شاهد باشد و به عبارت دیگر شهادت وی باید «عن حس» بوده و متکی به رؤیت فعل باشد؟ همچنین با فرض این نکته که در شهادت بر مبصرات، حس و رؤیت موضوعیت داشته باشند، سؤال دیگری به ذهن می‌رسد و آن اینکه: آیا مطلق رؤیت در قبول شهادت کافی است و یا اینکه رؤیت باید به نحو مخصوص باشد؟

پس محور نخست به دو مسأله تفکیک می‌شود:

یک) کفایت یا عدم کفایت شهادت از روی علم و لزوم شهادت از روی حس و

رؤیت

دو) اشتراط رؤیت به نحو مخصوص  
قبل از هر چیز، شایسته است کلمات و عبارات فقها در این باره مرور شود.

### کلمات فقها

شیخ مفید می‌نویسد: «و إن شهدوا برؤية الفعال دون الايقاب كان علی كل واحد منها جلد مائة كما ذكرناه. فإن شهدوا برؤية الايقاب و عاينوا الفعل، كالميل فی المكحلة، كان الحد هو القتل» (۷۸۶). نکته بارز در این عبارت آن است که شیخ مفید، در زناى موجب جلد، صرف معاینه و مشاهده را کافی می‌داند، لکن در زناى موجب قتل، معاینه به نحو مخصوص را لازم می‌داند.

شیخ طوسی آورده است: «و الثانی قیام البینه بالزنا... و شاهدوه وطئها فی الفرج. فإذا شهدوا كذلك، قبلت شهادتهم و حکم علیه بالزنا و كان علیه ما علی فاعله مما نبينه فيما بعد إن شاء الله. فإن شهد الأربعة الذين ذكرناهم علیه بالزنا و لم يشهدوا بالمعاینه، كان علی كل واحد منهم حد الفرية» (النهاية، ۶۸۹). شیخ در این فراز تصریح دارد که در باب بینه، شهادت «عن حس» ضروری است و شهادت به غیر آن، ولو «عن علم» باشد، حد زنا را ثابت نمی‌کند و بر شاهد، حد قذف جاری می‌شود.

ایشان در کتاب استدلالی خود، المبسوط آورده است: «فأما مسألة كيف زني؟ فلأنه مجمع عليه و لأن من الناس من لا يعرف كيفية الزنا، فإنهم قد يصرحون بالزنا فيما لا يجب به الحد لقوله عليه السلام العينان تزنيان و الرجلان تزنيان و الفرج يصدق ذلك و يكذبه و لأن فی الناس من يعد الوطى فيما دون الفرج زنا يوجب الحد. فإذا سأله عن كيفيته فإن صرحوا بالزنا وهو أن يقولوا رأينا منه ذلك يدخل فی الفرج مثل الميل فی المكحلة، وأثبتوه حتى تغيب الحشفة، فإذا صرحوا بهذا فقد وجب الحد» (۲۳۸/۸). از کلام شیخ در مبسوط سه نکته فهمیده می‌شود: اول؛ لزوم شهادت از روی مشاهده. دوم؛ شهادت با الفاظ صریح و سوم؛ مشاهده به نحو مخصوص. نکته اول و سوم کلام شیخ در مبسوط، در کلام قاضی ابن براج نیز دیده می‌شود: «فإذا شهدوا بذلك، فادعوا المشاهدة للفعل كالميل

فی المكحلة، قبلت شهادتهم و حکم علیه بالزنا و وجب علی المشهود علیه الحد فإن شهد هؤلاء الأربعة بالزنا، و لم يشهدوا بالمعينة علی الوجه الذى قدمناه كان علی كل واحد منهم حد القذف» (المهذب، ٥٢٤/٢).

صاحب الوسيله در اين زمينه كوتاه نوشته است: «و اعتبار المشاهدة مثل الميل فى المكحلة» (٤٠٩).

ابن ادریس نیز در عباراتی شبیه عبارت شیخ آورده است: «و الثانى قيام البينة بالزنا ... و شاهدوه و طأها فى الفرج، بأن أدخل العضو فى العضو، مثل الميل فى المكحلة، فإذا شهدوا كذلك، قبلت شهادتهم و حکم علیه بالزنا ... إن شهد الأربعة بالزنا و لم يشهدوا علیه بالمعينة، كان علی كل واحد منهم حد الفرية» (٤٢٩/٣).

محقق در شرايع معتقد است: « و لابدّ فى شهادتهم، من ذكر المشاهدة للولوج، كالميل فى المكحلة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة و يكفى أن يقولوا: لا نعلم بينهما سبب التحليل. ولو لم يشهدوا بالمعينة لم يحد المشهود علیه، و حد الشهود» (٩٣٥/٤). وى در مختصر خود به اختصار می نویسد: «و لابد فى الشهادة من ذكر المشاهدة، كالميل فى المكحلة» (٢١٤). از عبارات صاحب الوسيله، السرائر و شرائع و مختصر، اشتراط مشاهده به نحو مخصوص به دست می آید.

علامه حلى در آثار خود، مشابه با يكديگر می نویسد: «و يشترط فى الثبوت بالبينة امور ثلاثة: الأول أن يشهدوا بالمعينة للإيلاج: كالميل فى المكحلة فلو شهدوا بالزنا و لم يشهدوا بالمعينة حدوا للقذف» (قواعد الأحكام، ٥٢٤/٣). «يشترط فى الشهود اتفاقهم فى الشهادة بالمعينة لا يلاج الفرج كالميل فى المكحلة وكذا لو شهدوا بالزنى و لم يعاينوا الايلاج حدوا للفرية ولا حد على المشهود علیه» (تحرير الأحكام، ٢٢٠/٢). «و يشترط فى الشهادة إتفاقها من كل وجه و المشاهدة عيانا كالميل فى المكحلة» (تبصرة المتعلمين، ٢٤٤). شهيد در اللمعه معتقد است: «و يشترط ذكر المشاهدة كالميل فى المكحلة» (٢٣٤).

ابن طی فقحانی، عبارتی شبیه به عبارات دیگر فقها آورده است: «و لابد من الشهادة بمعاناة الايلاج كالميل فى المكحلة» (گلیایگانی، ۲۹۳).

شهید ثانی به ترتیب در شرح بر اللمعه و شرایع می نویسد: «( و یشرط ) فى قبول الشهادة به ( ذكر المشاهدة ) للايلاج ( كالميل فى المكحلة ) فلا يكفى الشهادة بالزنا مطلقا ... ( فلو لم يذكروا ) فى شهادتهم ( المعاناة ) على الوجه المتقدم (حدوا) للکذف، دون المشهود عليه» (شرح اللمعه، ۵۰/۹). شهید در این عبارت تصریح می کند که مطلق شهادت به زنا، مثبت حد نیست. لذا، ایشان مطلبی که مفهوم کلام فقیهان گذشته است را در منطوق سخن خود می آورد؛ چراکه اکثر عبارات قبلی ناظر به اشتراط معاینه بود و مفهوم آن، عدم کفایت مطلق شهادت در اثبات زنا است و این مطلبی است که شهید در کتاب روضه بدان نطق می کند.

قوله: ( و لابد فى شهادتهم ... إلخ ). لما كان الزنا قد يطلق على ما دون الجماع، فيقال: زنت العين و زنت الاذن و زنى الفرج و الجماع يطلق على غير الوطى لغة و كان الامر فى الحدود - سيما الرجم - مبنياً على الاحتياط التام و يدرأ بالشبهة، فلا بد فى قبول الشهادة به من التصريح بالمشاهدة لوقوع الفعل على وجه لا ريبه فيه، بأن يشهدوا بمعاناة الايلاج» (مسالك الأفهام، ۳۵۲/۱۴). بیان شهید در مسالك، در دو مطلب صراحت و در یک مورد ظهور دارد. اشتراط معاینه و صراحت لفظ مصرح کلام ایشان است و مشاهده به نحو مخصوص مطلبی است که از ظاهر عبارت ایشان استفاده می شود.

محقق اردبیلی معتقد است: « قوله: " و المعاناة للايلاج الخ " أى لابد من التصريح فى الشهادة بالدخول فى الفرج و الولوج كالميل فى المكحلة، بلفظ موضوع له لغة، مثل النيك أو عرفاً أو يضم إليه ما يصير به صريحاً فى ذلك، كما انه لابد من ذلك فى الاقرار ... فلو شهد الشهود بالزنا من دون الرؤية و المعاناة حدوا للفريسة للآية و الاخبار» (مجمع الفائدة، ۳۸/۱۳). عین سه نکته ای که از عبارت مبسوط فهمیده می شد، از کلام محقق

اردبیلی نیز استفاده می‌شود. اول؛ لزوم شهادت از روی مشاهده. دوم؛ شهادت با الفاظ صریح و سوم؛ مشاهده به نحو مخصوص.

صاحب جواهر رأی خود را این‌گونه اظهار می‌کند: «( من ذكر المشاهدة للولوج ) فی الفرج ( کالمیل فی المکحلة من غیر عقد ولا ملک ولا شبهة ) بلا خلاف معتد به أجده فيه بينهم و لعله للاحتياط فی الحدود المبنية علی التخیف ... قلت: قد عرفت فی کتاب الشهادت أنه یکفی فیها العلم و خصوصاً البقین منه الذی أحد طرقه المشاهدة، فیمکن إرادة ذلك مما دل علی اعتبارها، مع أنه لیس فی خبر أبی بصیر إلا اعتبار الشهادة علی ذلك، اللهم إلا أن یقال: إن ذلك خاص فی حد الزناء ونحوه مما یطلب فيه التخیف، فیکون اعتبار المعاینة شرطاً فيه و لو للنص الدال علیه الذی یحکم علی ما دل علی کفاية مطلق العلم فیها مؤیداً بکلام الاصحاب إلا أن یدعی أن بناءه علی اعتبار الابصار فی المبصرات لا التعبد به فی خصوص المقام ، فیرد علیه ما قدمناه فی کتاب الشهادت. كما أنك قد سمعت ما ذکرناه فی الاقرار من عد دلیل معتبر علی اعتبار النصوصیه فيه بل ولا الشهادة، فیکفی فیهما اللفظ الدال علی ذلك وضعا أو عرفاً و لا یحتاج إلى زیادة علی ذلك بحيث یعلم منه إرادة الامر المخصوص ولو من قرائن الاحوال، نعم لا یکفی ما لا دلالة فيه علی ذلك وضعاً أو عرفاً...» (۲۹۸/۴۱). نکته بارز در کلام صاحب جواهر که مخالف تمام آنانی است که متعرض این نکته شده‌اند این است که ایشان مطلق العلم را از هر طریقی باشد در تحقق شهادت کافی می‌دانند.

آیت الله خوئی نیز نظر خود را این‌گونه بیان می‌کند: «ثم ان هذا الحكم مما لا شبهة فيه و لا اشکال، و انما الاشکال فیما ذکره جمع من الاصحاب من اعتبار الرؤیة فی الشهادة و لزوم أن تكون علی الجماع و الايلاج و الاخراج کالمیل فی المکحلة ... و الظاهر أن ما ذکره أمر لا یتحقق فی الخارج إلا فی فرض نادر، و لازم ذلك سد باب الشهادة فی الزنا نوعاً، مع ان كثيراً ما تحققت الشهادة علی الزنا فی زمان رسول الله صلی الله علیه و آله و من بعده، و رتب علی الشهادة أثرها من رجم أو جلد فالجماع کغیره من الافعال التی



يمكن الشهادة عليها من جهة رؤية مقدماتها الملازمة لها خارجاً المحققة لصدق الرؤية والحس بالاضافة إلى المشهود به عرفاً... و قد عرفت أن الشهادة تتحقق برؤية الافعال الملازمة له خارجاً، فيشهد الرائي على الادخال كالميل في المكحلة» (۱/۱۷۹). نکته برجسته در کلام آیت الله خویی عدم اشتراط معاینه به نحو مخصوص است.

با عنایت به موارد یاد شده که شامل عبارات اقدم فقهای عظام تا معاصرین آنان است، کلمات ایشان مشتمل بر سه نکته مجزا از یکدیگر است:

مسئله اول: آیا در شهادت بر زنا مثل سایر شهادات قائم به رویت (مانند شهادت بر غصب و یا قتل)، مشاهده و رویت شرط است؟ یا اینکه وجود علم کفایت می کند و به چیزی ورای آن نیاز نیست؟

مسئله دوم: بر فرض اشتراط مشاهده و رویت، آیا رویت به نحو مخصوص و مشاهده ذکر در فرج شرط است؟

مسئله سوم: آیا در شهادت بر زنا مانند سایر شهادات لازم است که الفاظ دال بر شهادت صریح در مطلوب باشند یا امکان وقوع شهادت با الفاظ مجازی و کنایی نیز میسر است؟

از آنجا که مسئله سوم موضوعی خارج از عنوان مقاله است، در محور نخست مقاله، به تحلیل مسئله اول و دوم بسنده می کنیم.

### مسئله اول: اشتراط مشاهده در شهادت بر زنا

در پاسخ به این مسئله، ظاهر کلمات اکثر فقهای اشتراط چنین امری است. یعنی همان طور که در همه شهادات قائم به سماع، استماع شرط است، در شهادات قائم به مشاهده نیز شرط تحقق آن شهادات، رویت است و از آنجا که لازمه اثبات زنا به واسطه شهادت، رویت عمل است، زنا نیز از این قاعده مستثنی نیست. این مطلبی است که از مطالعه دوباره کلمات فقهای مذکور در صدر این مقاله، حاصل می شود.

تنها مخالف این مسأله، صاحب جواهر است. ایشان در مقام اشکال به محقق و صاحب ریاض در برابر مشهور قرار گرفته و معتقد است که رؤیت در شهادت بر زنا لازم نیست و حصول مطلق علم در صحت شهادت کفایت می‌کند (۲۹۹/۴۱). ایشان در ادامه اضافه می‌کند رؤیت و مشاهده، یکی از طرق حصول علم و مقصود ادله دال بر اعتبار رؤیت نیز از باب ذکر «احد طرق العلم» است و الا رؤیت خصوصیتی ندارد. در نتیجه، لازم نیست شاهد بر زنا، عمل را دیده باشد و لذا، در قبول شهادت رؤیت معتبر نیست (همان). ایشان ضابطه کلی را علم دانسته و به آیه «و لا تقف ما لیس لک به علم» (الاسراء/۳۶)، استناد جسته است. در نتیجه، معتقد است اگر علم حاصل شود با استناد به این آیه، شهادت جایز است، اگر چه منشأ آن رؤیت نباشد. ایشان در پایان، احتمال اعتبار رؤیت را با فرض قبول کفایت مطلق العلم و از باب تحکیم ادله بعید ندانسته است و آن را با تخفیف و درء وضع شده در باب دماء و فروج سازگار می‌بیند، اما در نهایت با استدراک از این احتمال و با این ادعا که روایاتی که در آنها رؤیت ایلاج و اخراج آمده، مبنی بر همان میزان و ضابطه کلی است، قائل به عدم اشتراط رؤیت و مشاهده شده است (همان).

بررسی و تحلیل کلام صاحب جواهر، منوط به بررسی ادله وارد شده در باب است. لذا، ارزیابی و قضاوت را به بعد از نقل اخبار که عمده در مقام‌اند، موکول می‌کنیم:

### روایات و اخبار ذیل مسأله اول

این روایات را شیخ حر عاملی در بابی به نام «باب ان الزنا لا یثبت الا باربعة شهدا یشهدون علی معاینة الایلاج» جمع آوری کرده است:

خبر اول: عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: حد الرجم ان یشهد اربع انهم رأوه یدخل و یدخل و یدخل و یدخل (۱۸/الباب ۱۲ من أبواب حدود الزنا، حدیث ۱).

خبر دوم: و عن محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام قال : قال امیر المؤمنین علیه السلام : لا یرجم رجل و لا امرأة حتى یشهد علیه اربعة شهود علی الایلاج و الاخراج ( ۱۸ / الباب ۱۲ من أبواب حدود الزنا، حدیث ۲).

خبر سوم: و عن ابی بصیر قال : قال أبو عبد الله علیه السلام : لا یرجم الرجل والمرأة حتى یشهد علیهما اربعة شهداء علی الجماع و الایلاج و الادخال کالمیل فی المكحلة (۱۸ / الباب ۱۲ من أبواب حدود الزنا حدیث ۴).

خبر چهارم: و عن حریر عن ابی عبد الله علیه السلام قال : . . فان شهد له ثلاثة و ابی واحد یجلد الثلاثة و لا تقبل شهادتهم حتى یقول اربعة : رأینا مثل المیل فی المكحلة (۱۸ / الباب ۲ من ابواب حد القذف الحدیث ۵).

صحیح حریر در اینکه مشاهده، شرط قبول شهادت بر مطلق زنا است (اعم از زناى موجب جلد و رجم) تصریح دارد، اگر چه بقیه اخبار تنها متعرض رجم شده‌اند. این اخبار بر اعتبار رؤیت و مشاهده دلالت دارند و اشتراط آن در زنا از نظر شرع، شاید به خاطر عدم رضایت شارع از اثبات آن در خارج و در نتیجه شیوع آسان و گسترش سهل این عمل شنیع در جامعه بوده است.

با این روایات به نظر می‌رسد آنچه صاحب جواهر افاده نموده و در صدد اثبات آن بوده، خلاف ظواهر روایات است؛ چراکه ظهور این اخبار که همان اعتبار نفس رؤیت و مشاهده است، چیزی نیست که بتوان آن را انکار کرد. مثل اعتبار شهادت در هلال که رؤیت موضوعیت دارد و شهادت «عن علم» صحیح نیست. لذا، در این اخبار، ذکری از اینکه رؤیت طریق غالب حصول علم در مبصرات است دیده نمی‌شود. در واقع، در مسأله حاضر، شهادت به طریق (رؤیت) معتبر است، نه به ذی الطریق (فعل زنا). با این توضیحات، قول به طرح این اخبار متعدد و اخذ مختار صاحب جواهر وجهی ندارد.

توضیح دو نکته:

**نکته ۱:** مرحوم محقق در دو کتاب الشرایع و المختصر النافع در مقام ذکر شرط اخیر بوده است، ولی شارح متن نخست در مسالک و شارح متن دوم در ریاض، در شرح کلام محقق مطالبی فرموده‌اند که ظاهراً منطبق با گفتار ایشان نبوده است. مرحوم شهید در مسالک می‌گوید: «زنا بر غیر از جماع نیز اطلاق می‌شود» (۳۵۲/۱۴) و با این بیان قصد شرح کلام محقق را داشته است در حالی که شرح مطابق متن نیست؛ چرا که ماتن در مقام بیان اشتراط رؤیت و مشاهده است، ولی کلام شهید، افاده اعتبار تصریح در شهادت و عدم قبول شهادت با الفاظ غیر صریح را می‌رساند. لذا، کلام محقق چیزی است و شرح شهید چیز دیگر. بله، شهید در ادامه مطلبی می‌فرماید که محل بحث است؛ آنجا که می‌نویسد: «بان یشهدوا بمعاینة الایلاج» (همان/۲۵۳). خلاصه اینکه اعتبار رؤیت شرطی است و صراحت لفظ، امر و شرط مستقل دیگر.

همین مطلب در مورد کلام محقق در مختصر و عبارت صاحب ریاض در شرح آن نیز صادق است. محقق در مختصر که متن آن در سطور ابتدایی مقاله آمده است، به مانند شرایع در مقام بیان اشتراط معاینه است و حال آنکه صاحب ریاض این عبارت را این‌گونه تعلیل نموده است: «لان الشهادة انما تسمع بما عوین أو سمع» (۶۶۴/۲). این مطلب که در شهادت بر مبصرات باید رؤیت نمود و در شهادت بر مسموعات باید استماع کرد، گرچه در جای خود درست است، لکن این حرف ارتباطی با کلام محقق ندارد. به عبارت دیگر، کلام محقق مربوط به سماع شهادت و قبول آن است که مرتبط با حاکم است، اما بیان صاحب ریاض متعلق به وظیفه شاهد در تحمل شهادت به معاینه است. نتیجه آنکه، معاینه شرط اقامه شهادت است، نه قبول شهادت؛ وگرنه احراز آن بر حاکم لازم می‌بود. همچنین این فراز سخن صاحب ریاض که فرموده: «و ربما اطلق الزنا علی غیره من التفخیز و غیره فلو لم یصرح الشهود به لم تکن الشهادة نصاً فی الموجب للحد» (همان)، مطلبی غیر از کلام محقق است. این شرط مبین لزوم تصریح و عدم

جواز استعمال کنایات در شهادت بر زنا است، ولی کلام محقق در اشتراط معاینه چیز دیگر است (گلپایگانی، ۱۹۴/۱).

**نکته ۲:** به مرحوم شیخ نسبت داده شده است که ایشان با تفصیل در مسأله، قید معاینه و رؤیت را در زناى موجب جلد، شرط نمی‌داند (۲۹۹/۴۱). عین این مطلب را صاحب ریاض به دایمی خود علامه مجلسی در مقام جمع اخبار اجتماع یک مرد و یک زن در زیر یک لحاف نسبت داده است (۴۶۴/۲). برخی از این اخبار دلالت بر حد تام دارند و برخی بر حد ناقص. ایشان می‌فرماید: «و الاظهر فی الجمع بین الاخبار مع قطع النظر عن الشهرة ان يؤخذ بالاخبار الدالة على تمام الحد بان يقال: لا يشترط فی ثبوت الجلد المعاینه کالمیل فی المكحلة و تحمل الاخبار الدالة على ذلك على اشتراطه فی الرجم كما هو الظاهر من اکثرها و اما اخبار النقیصة فمحمولة على التقیة» (۲۷۶/۲۳) حمل علامه مجلسی و مختار جناب شیخ دارای اشکالاتی است:

اولاً با معتبره محمد بن قیس در تعارض است. متن معتبره چنین است: «محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام: لا یجلد رجل ولا امرأة حتی یشهد علیهما اربعة شهود على الايلاج والخراج» (۱۸/الباب ۱۲ حد الزنا / الحدیث ۱۱). این خبر در اعتبار معاینه در جلد صراحت دارد.

ثانیاً مخالف با آن چیزی است که اصحاب آن را پذیرفتند، بلکه باید گفت مخالف اجماع ادعا شده توسط صاحب جواهر است.

### **مسأله دوم: اشتراط مشاهده به نحو مخصوص و رؤیت ذکر در فرج**

بر فرض اشتراط مشاهده و رؤیت، آیا مشاهده به نحو مخصوص و رؤیت ذکر در فرج نیز شرط تحقق شهادت در زنا است؟

در پاسخ باید گفت: اتفاق قدما و متأخرین و مشهور معاصرین، بر اعتبار چنین مسأله‌ای است. مستند این نظر، ظاهر عبارت برخی اخبار است. محتوای این اخبار، با عباراتی مثل «انهم رأوه یدخل و یدخل» و «یشهد على الايلاج والخراج» و «رأینا مثل

المیل فی المکحله»، بر اشتراط چنین امری دلالت دارند. مرحوم مجلسی ذیل خبر حلبی از امام صادق (ع) که فرموده است: «حد الرجم ان یشهد اربعة انهم راوه یدخل و یدخل و یدخل» گفته است: «و لا خلاف بین الاصحاب فی انه لا بد فی شهادة شهود الزنا من ذکر المشاهدة للولوج کالمیل فی المکحله ... و اما الاخراج الذی يدل علیه بعض الروایات فلم يتعرض له اکثر المتأخرین فیمكن ان یکون ذکره مبنياً علی الغالب من کون مشاهدتهما معاً، علی انه لا استبعاد فی اشتراط مشاهدته ایضاً فان هذا الحکم مخالف لسائر الاحکام فی الشهادة كما هو ظاهر کلام ابن الجنید و بعض القدماء. قال ابن الجنید علی ما حکى عنه: ليس یصح الشهادة بالزنا حتی یکونوا اربعة عدول و ليس فیهم خصم لاحد الشهود علیهما و یقولوا: انا رأیناه یولج ذلک منها و یدخرجه کالمروود فی المکحله» (۲۷۸/۲۳).

نویسنده معتقد است حمل اخبار بر ظاهرشان با دو اشکال مواجه است:

یک) منجر به تعطیلی باب حدود خواهد شد؛ چراکه وقوع این گونه شهادت در خارج نادر است و نوعاً و عادتاً امکان رؤیت وجود ندارد. لذا، برخی از اعلام و فحول معاصرین، اخبار و حتی کلمات علما را بر رؤیت «مقدمات ملازم حاکی از دخول و خروج» که «رؤیت دخول و خروج» بر آن صدق کند، حمل نموده‌اند. مثل رؤیت «دو فرد نا محرم برهنه در یک اتاق، در حالت چسبیده به یکدیگر»، به گونه‌ای که لازمه آن در آن ظرف و شرائط، واقعه و زنا است و الا باید رؤیت را بر موردی که در خارج مصداق ندارد حمل نمود (خویی، ۱۸۰/۱؛ خوانساری، ۲۱/۷). به عبارت دیگر، ذکر این قیود از باب «اظهر مصادیق رؤیت حسی» است، نه اینکه تحمل شهادت منحصر به مورد باشد و این اهتمام شارع در مسأله فروج را می‌رساند.

دو) بعضی اخبار در باب شهادت بر زنا، به ذکر مطلق رؤیت جماع اکتفا نمودند و متعرض ایلاج و اخراج نشده‌اند. مثل خبر «عن علی بن ابی حمزة عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یجب الرجم حتی یشهد الشهود الاربع انهم قد رأوه یجامعها» (۱۸/الباب ۱۲ من حد الزنا الحدیث ۳)

شاید اشکال شود: روایت ابی بصیر و مانند آن را از باب حمل مطلق بر مقید، بر اخبار مقید به رؤیت ایلاج و ادخال حمل می‌کنیم. اما در پاسخ باید گفت: احتمال دارد «ما نحن فیه» از قبیل مثبتین باشند که وحدت مراد در آنها لحاظ نشده است. مثل «ان ظاهرت فاعتق رقبه و ان ظاهرت فاعتق رقبه مومنه» که در فرض عدم تحقق وحدت ملاک به هر دو عمل می‌کنیم (اصول الفقه، ۱۶۷/۲). نتیجه آنکه، در شهادت بر زنا به اشتراط رؤیت مطلق جماع خصوصاً به لحاظ بعید بودن رؤیت ظرف و مظروف، اکتفا می‌کنیم.

### نتایج بحث در محور نخست

در مسأله اول، با عنایت به روایات باب که عمده دلیل مسأله نخست‌اند، به نظر می‌رسد آنچه صاحب جواهر افاده نموده و در صدد اثبات آن بوده، خلاف ظواهر روایات است؛ چراکه ظهور این اخبار که همان اعتبار نفس رؤیت و مشاهده است، چیزی نیست که بتوان آن را انکار کرد. مثل اعتبار شهادت در هلال که رؤیت موضوعیت دارد و شهادت «عن علم» صحیح نیست. لذا، در این اخبار، ذکری از اینکه رؤیت طریق غالب حصول علم در مبصرات است دیده نمی‌شود. در واقع، در مسأله حاضر، شهادت به طریق (رؤیت) لازم و معتبر است نه به ذی الطریق (فعل زنا). در مسأله دوم: مختار نگارنده، موافق برخی معاصرین و برخلاف مشهور قدما و متأخرین، عدم اشتراط رؤیت به نحو مخصوص است؛ چراکه لازمه آن اشتراط امری است که در خارج مصداق ندارد و مستلزم تعطیلی باب شهادت بر زنا است.

### محور دوم: اشتراط اتصال شهادت

سوال محوری این بخش از مقاله آن است که آیا لازم است شهادت بینه متصل به هم باشد و در فرض انفصال شهادت، این شهادت قبول نمی‌شود؟ یا آنکه مهم تکمیل عدد شهود بوده و با فرض تکمیل عدد لازم این شهادت - ولو منفصل از هم - پذیرفته

است؟ فقها در مقام پاسخ دچار تشتت رأی شده‌اند، تا آنجا که این تشتت به محل نزاع در مسأله نیز سرایت کرده است. صاحب جواهر با بیان این اختلاف، عبارات ایشان در تعیین محل نزاع را خالی از تشویش و اضطراب نمی‌داند. لذا، در سطور آغازین محور دوم، کلام صاحب جواهر در این مسأله را به منظور تبیین ادعای فوق و تحریر محل نزاع ذکر می‌کنیم:

( ولو أقام الشهادة بعض ) الشهود ( فى وقت ) عدم حضور الباقين على وجه لا يحصل به اتصال الشهادة عرفاً ( حدوا للکذف، ولم يرتقب إتمام البينة، لانه لا تأخير فى حد ) بلا خلاف محقق أجده فيه إلا ما يحكى عن جامع ابن سعيد ، وهو شاذ ... نعم فى محكى الخلاف إذا تكاملت شهود الزناء فقد ثبت الحكم بشهادتهم سواء شهدوا فى مجلس واحد أو مجالس، و شهادتهم متفرقين أحوط، و عن الفاضل فى المختلف تنزيله على تفرقهم بعد اجتماعهم لاقامة الشهادة دفعة نظرا إلى أن ذلك هو المذهب عندنا مشعرا بدعوى الاجماع على الحكم، وفى المسالك مذهب الاصحاب اشتراط إيقاع الشهادة فى مجلس واحد، و ربما أيد الحمل المزبور بأنه عبر فى السرائر أنه قال قبلها: " ولا تقبل شهادة الشهود على الزناء إلا إذا حضروا فى وقت واحد ، فان شهد بعضهم وقال الآن يجىء الباقون حدحد المفتري، لانه ليس فى ذلك تأخير ". و حينئذ فلا خلاف فى المسألة إلا من ابن سعيد الذى قد سمعت شذوذه، بل بالغ الفاضل فى القواعد و ولده فى الشرح، فاعتبر حضورهم قبل الشهادة للاقامة، فلو تفرقوا فى الحضور حدوا وإن اجتمعوا فى الاقامة فانه بعد أن ذكر اتفاقهم على الحضور للاقامة دفعة أى أقاموها دفعة أولا قال: " ولو تفرقوا فى الحضور ثم اجتمعوا فى مجلس الحكم للاقامة فالاقرب حدهم للفرية " ولكن لا دليل عليه، إذ ليس فى الخبرين (۱۸/الباب ۱۲ من ابواب حد الزناء الحديث ۸-۹) إلا الحد مع عدم حضور البعض المقتضى لتراخى الشهادة، بل الظاهر عدم اعتبار اتحاد المكان مع فرض للاحق الشهادة و عدم غيبة بعضهم، بل قد يقال بعدم اعتبار تواطئهم و علم كل واحد منهم بشهادة



الآخر، فلو فرض شهادة الجميع في مجلس واحد مع عدم العلم منهم بما عند الآخر أقيم الحد، و كان عبارات الاصحاب لا تخلو من تشويش فلاحظ و تأمل ( ۳۰۴/۴۱-۳۰۵). آنچه از عبارات فوق بدست می‌آید این است که محل نزاع در این مسأله در دو مقام است که جداگانه قابل بحث است:

مسأله اول: اشتراط اجتماع شهود در لحظه حضور قبل از اقامه.

مسأله دوم: اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه.

در مقام نخست، مشهور قائل به عدم اشتراط اجتماع هستند، لکن علامه در کتاب قواعد متمایل بدان شده است و پسر علامه در شرح قواعد آن را تقویت نموده است نکته جالب توجه این است که علامه در دیگر آثار خود از مشهور تبعیت کرده است. اما در مقام دوم؛ یعنی اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه، مشهور معتقد به اشتراط هستند، اگر چه در تبیین نحوه اجتماع، بیان فقیهان مختلف است و در مقابل، صریح کلام یحیی بن سعید در الجامع للشرایع عدم اشتراط اجتماع است. ظاهر عبارت شیخ در خلاف نیز با کلام ابن سعید هماهنگ است.

### مسأله اول: اشتراط اجتماع شهود در لحظه حضور

در این مسأله، مشهور قائل به عدم اشتراط اجتماع هستند، لکن علامه در کتاب قواعد، اجتماع در حضور را شرط دانسته است و ابن علامه در شرح قواعد، آن را تقویت نموده است. نکته جالب توجه این است که علامه در دیگر آثار خود از مشهور تبعیت کرده است. قابل ذکر است که از قدما رأیی مخالف جریان مشهور یافت نشده است.

### ثمره بحث

ثمره این اختلاف در جایی آشکار می‌شود که شهود به صورت منفصل در مجلس شهادت حاضر شوند، اما شهادت ایشان متصل باشد، به گونه‌ای که میان شهادت تأخیری نباشد. در این صورت، طبق نظر علامه، شهود مستحق حد قذف‌اند،

اما بر اساس مبنای مشهور، احتمال قبول و رد شهادتشان وجود دارد. تردید در پذیرش و یا رد شهادت شهود به شرط دیگری بازگشت می‌کند که در مقام دوم بدان می‌پردازیم و آن شرط اجتماع حال اقامه است. در فرض مذکور که شهود به نحو منفصل از یکدیگر در مجلس شهادت حاضر شدند، اگر در لحظه اقامه، مجتمعاً شهادت دهند، شهادتشان قبول و حد زنا ثابت می‌شود، اما اگر برخی در حال غیبت باقی شهادت دهند، به علت فقدان شرط اجتماع در حال اقامه، مستحق حدّ قذف‌اند.

### بیان رأی نادر

عین عبارت علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام چنین است: «الثالث اتفاقهم علی الحضور للإقامة دفعة: فلو حضر ثلاثة و شهدوا حدوا للفرية، و لم یرتقب إتمام الشهادة، لأنه لا تأخیر فی حد. نعم، ینبغی للحاکم الاحتیاط بتفریق الشهود فی الإقامة بعد الاجتماع، و لیس لازماً. و لو تفرقوا فی الحضور ثم اجتمعوا فی مجلس الحاکم علی الإقامة فالأقرب حدهم للفرية» (۵۲۵/۳).

فراز پایانی کتاب قواعد در بر دارنده مطلبی است که علامه را از دیگر فقیهان امامیه متمایز می‌کند. ایشان نه در این کتاب و نه در هیچ یک از دیگر آثار خود دلیلی بر مدعای خود اقامه نفرموده است، اما فرزند ایشان فخر المحققین در شرح عبارت والد خود این ادعای وی را این‌چنین مستند می‌سازد: «در شهادت، اجتماع شهود در لحظه حضور شرط ثبوت حد بر مشهود علیه است و انتفای شرط موجب انتفای مشروط می‌شود. نتیجه آنکه، هرگاه در شهادتی حد زنا ثابت نگردد، حد قذف ثابت می‌شود» (۴۷۵/۴). آنچه از مطالعه عبارت فخر به ذهن تبادر می‌کند این است که ایشان نیز دلیلی بر مدعای خود اقامه نکرده است (صاحب جواهر، ۳۰۵/۴۱؛ گلپایگانی، ۲۱۵/۱). البته فخر المحققین در ادامه احتمال عدم اشتراط را نیز بعید ندانسته است و می‌نویسد: «احتمال دارد حد قذف ثابت نشود و اشتراط حضور دفعی محقق نباشد. اینکه در حضور نبی (ص) حضور شهود دفعی بوده است، موجب اشتراط حضور

نمی‌شود؛ چرا که محتمل است این مسأله اتفاقی باشد» (همان). با این حال، جناب فخر در پایان با این استدلال که حدود مبنی بر تخفیف است، متمایل به رأی شاذ والد خویش شده است (همان/۴۷۶).

فاضل هندی نیز نظر علامه را دور از صواب ندانسته است، لکن استدلالی بیش از کلام فخر نیز ذکر نکرده است: «ولو تفرقوا فی الحضور ثم اجتمعوا فی مجلس الحاكم علی الإقامة فالاقرب حدهم للفریة لانتفاء الشرط الذی هو الاتفاق علی الحضور» (۳۹۷/۲). فقیهان بعد از علامه عمدتاً متعرض کلام وی شده‌اند که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

شهید در شرح لمعه آورده است: «و هل یشرط حضورهم فی مجلس الحكم دفعة قبل اجتماعهم علی الإقامة قولان اختار أولهما العلامة فی القواعد، و ثانيهما فی التحرير و هو الاجود» (۵۴/۹).

صاحب ریاض نیز می‌نویسد: «و هل یشرط حضورهم فی مجلس الحكم دفعة قبل اجتماعهم علی الإقامة قولان اختار اولهما الفاضل فی عد و ولده فی شرحه و ثانيهما فی یر و هو الاجود» (۴۶۵/۲).

صاحب جواهر با نقل کلام علامه گفته است: «بل بالغ الفاضل فی القواعد و ولده فی الشرح، فاعتبر حضورهم قبل الشهادة للإقامة، فلو تفرقوا فی الحضور حدوا و إن اجتمعوا فی الإقامة فانه بعد أن ذکر اتفاقهم علی الحضور للإقامة دفعة أی أقاموها دفعة أولاً قال: " ولو تفرقوا فی الحضور ثم اجتمعوا فی مجلس الحكم للإقامة فالاقرب حدهم للفریة» (۳۰۵/۴۱).

### بیان رأی مشهور

در نقطه مقابل علامه حلی، دیگر فقیهان، اجتماع شهود در لحظه حضور در مجلس حکم و قبل از اقامه شهادت را لازم ندانسته‌اند.

دلایل قائلین رأی مشهور از زبان شهید در شرح لمعه این چنین آمده است: «و هل يشترط حضورهم في مجلس الحكم دفعه قبل اجتماعهم على الاقامة قولان اختار أولهما العلامة في القواعد، و ثانيهما في التحرير و هو الاجود لتحقق الشهادة المتفق، و عدم ظهور المنافي مع الشك في اشتراط الحضور دفعه، و النص لا يدل على أزيد من اعتبار عدم تراخي الشهادات» (۵۴/۹).

ایشان ادله مشهور را چنین برشمرده است:

۱- آنچه در شهادت مهم است، وحدت شهادات است و با فرض اجتماع شهود در حال ادای شهادت حاصل می شود. به عبارت دیگر، مطلوب در باب شهادات، اجتماع حین اداء است نه حین انعقاد جلسه حکم. لذا، اگر اتفاق در لحظه اقامه حاصل باشد، مطلوب حاصل است.

۲- عدم اشتراط اجتماع، موجب ظهور فسق و یا کفر هم نمی شود تا منافی با عدالت لازم در شهود باشد و بر مبنای آن، اجتماع شهود در مجلس حکم را لازم بدانیم.

۳- در فرض شک در حکم حضور شهود در مجلس حکم مقتضای صناعت و اصل عملی، براءت از تکلیف است.

۴- نصوص وارده در مسأله که ذیل مقام دوم بیان گردید، بر بیش از «عدم جواز تراخی شهادت» دلالت ندارند. لذا، صرف اجتماع حال اقامه کافی است و دلیلی اجتماع حال حضور را حمایت نمی کند.

### مسأله دوم: اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه

از آنجا که عمده بحث و اختلاف نظر فقها، ذیل محور دوم در مسأله اخیر است، متعرض عبارات و کلمات فقیهان در این مقام می شویم، اگرچه کلمات ایشان متضمن مقام اول نیز می باشد، اصرار در ذکر این عبارات، جهت اثبات وصف شاذ برای قول مخالف است.

الف) کلمات ذیل قول مشهور

از آنجا که عمده عبارات فقها مربوط به بعد از مرحوم محقق حلی است، نقل کلمات را از ایشان شروع می‌کنیم:

وی در مختصر آورده است: «ولو أقام الشهادة بعض حدوا لو لم يرتقب إتمام البيئة» (۲۱۵).

علامه حلی در قواعد، ذیل شروط بیئه به عنوان شرط سوم می‌نویسد: «الثالث اتفاقهم علی الحضور للإقامة دفعة: فلو حضر ثلاثة وشهدوا حدوا للفرية، ولم يرتقب إتمام الشهادة، لأنه لا تأخير فی حد» (۵۲۵/۳).

شهید ثانی نیز به تبع مشهور امامیه معتقد است: «ولو أقام بعضهم الشهادة فی غيبة الباقي حدوا ولم يرتقب الاتمام لأنه لا تأخير فی حد» (۵۳/۹).

محقق اردبیلی در شرح عبارت ارشاد که گفته است " ولو سبق احدهم الاقامة الخ " در عبارتی مشابه می‌نویسد: «أی إذا حضر بعض الشهود مجلس الحكم وشهد بالزنا قبل الباقي يجب حد الشاهد الذي أقام ولا ينتظر باقي الشهود واتمام الشهادة وعدمها» (۴۳/۱۳).

ایشان در ادامه نیز تصریح می‌کند: «فحضور الشهود كلهم مجلس الحاكم واجتماعهم فيه قبل الشهادة - سواء دخلوا مجتمعين أو متفرقين - شرط لسماع شهادتهم واقامة شهادتهم وثبوت الحد بها علی المشهود عليه وسقوطه عنهم فلا يجوز قبل الاجتماع ولا ينفع» (همان).

فاضل هندی در کشف اللثام به پیروی از فقهای دیگر به عنوان یکی از شروط پذیرش بیئه آورده است: «الثالث اتفاقهم علی الحضور للاقامة دفعة أقاموها دفعة أولا فلو حضر ثلاثة مثلا وشهدوا حدوا للفرية ولم يرتقب اتمام الشهادة بحضور الرابع لانه لا تأخير فی حد العموم النصوص» (۳۹۷/۲).

مشابه این عبارات در کلمات صاحب ریاض (۴۶۴/۲) و صاحب جواهر (۳۰۴/۴۱)

نیز دیده می‌شود.

آنچه از تعبیری مانند «ولو أقام الشهادة بعض حدوا لو لم يرتقب إتمام البينة» و «فلو حضر ثلاثة وشهدوا حدوا للفرية، ولم يرتقب إتمام الشهادة» و «إذا حضر بعض الشهود مجلس الحكم وشهد بالزنا قبل الباقي يجب حد الشاهد الذي أقام ولا ينتظر باقي الشهود وإتمام الشهادة وعدمها» و... به دست می آید این است که اگر تعدادی از شهود قبل از اكمال عدد لازم شهادت دهند و میان شهادت این افراد با شاهدان بعدی اتصال نباشد، به گونه ای که وحدت مجلس شهادت صدق نکند، زنا ثابت نشده است، بلکه شهود به واسطه قذف محکوم به حد می شوند.

#### ب) قائلین قول نادر

تنها مرحوم شیخ الطائفة و یحیی بن سعید، قول مشهور مذکور در سطور پیشین را نپذیرفته اند:

#### ۱- کلام شیخ طوسی

جناب شیخ در خلاف، اجتماع شهود در اقامه را شرط ندانسته و فرموده است: «إذا تكامل شهود الزنا، فقد ثبت الحكم بشهادتهم، سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس، و شهادتهم متفرقين أحوط» (الخلاف، ۳۸۸/۵).

این عبارت شیخ معركة نزاع فقیهان متأخر شده است. از یک سو قائلین رأی مشهور با توجیه کلام شیخ، قصد سازگاری این سخن با نظر مشهور را داشتند. لذا، جناب علامه به تأویل عبارت شیخ می پردازد و معتقد است: «مسألة: قال الشيخ في الخلاف: إذا تكامل شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم، سواء شهدوا في مجلس أو مجالس، و شهادتهم متفرقين أحوط (همان). و قال ابن حمزة: و إنما تقبل البينة مع ثبوت العدالة بستة شروط قيامها مجلس واحد (الوسيلة، ۴۰۹). و المعتمد ما قاله الشيخ للعموم، و لاستحباب تفريق الشهود. و ان قصد ابن حمزة اجتماعهم لاقامة الشهادة دفعة صح كلامه، لانه المذهب عندنا. و قال سلاز: كل حدود الزنا على اختلافه لا تثبت إلا بشهادة أربعة رجال على الوجه الذي ذكرناه في مجلس واحد (سلاز، ۲۵۲؛ علامه، مختلف الشيعه،

۱۷۱/۹). صاحب مختلف با این ادعا که وحدت مجلس، مذهب اصحاب است؛ چرا که آن مطلبی اجماعی است، عبارت شیخ را بر تفرق بعد از اجتماع حمل نموده است و بدین صورت، این کلام شیخ را سازگار با مشهور قدما و متأخرین دانسته است.

این تأویل مورد پذیرش برخی از اعلام واقع شده است، تا آنجا که ایشان این تأویل علامه را در آثار خود ذکر نموده‌اند (ر.ک: طباطبایی، ۴۶۴/۲؛ فاضل هندی، ۳۹۷/۲). لکن به نظر می‌رسد این تأویل، تناسبی با ظاهر عبارت شیخ ندارد و در کلام علامه تحکمی مشاهده می‌شود؛ چرا که عبارت کتاب خلاف به این نکته تصریح دارد که هرگاه عدد معتبر در بینه کامل شد، خواه در یک مجلس و به صورت شهادتات متصل و خواه در چند مجلس و با شهادتات منفصل، حد ثابت می‌شود. لذا، بدین خاطر است که شارح کلام علامه، مرحوم مقدس اردبیلی، این حمل ایشان را نمی‌پذیرد و آن را مخالف با ظاهر سخن شیخ می‌داند و گفته است: «و تأویل المختلف و حمله علی تفرقهم بعد اجتماعهم لاقامة الشهادة و دفعه - نظرا إلی ان ذلک هو المذهب عندنا - بعید الا ان یتبث الاجماع و هو بعید لخلاف الشیخ المتقدم علی الظاهر» (۴۳/۱۳).

لکن انصاف آن است که اعتبار اجتماع شهود قبل از مقام شهادت، از کلام شیخ استفاده می‌شود. مؤید این مطلب فراز پایانی سخن ایشان است، آنجا که می‌فرماید: «و شهادتهم متفرقین احوط». بیان آن بدین صورت است که احتیاط در جایی جاری است که خلاف آن نیز ممکن باشد تا اینکه مثلاً این گفته معقول باشد که اولی به احتیاط نزدیکتر است و دومی خلاف احتیاط است. در مسأله حاضر، تفریق شهود در صورتی احوط است که امکان تفریق و اجتماع هر دو باشد و این مطلب جز در جایی که در لحظه اقامه، همه شهود حاضر باشند محقق نمی‌شود، اما اگر برخی شهود حاضر نباشند، در این صورت، مورد قهری است و احتیاط بر آن صادق نیست. از اینجا است که می‌توان از کلام شیخ استفاده کرد که مراد ایشان، اعتبار حضور شهود در لحظه اقامه است که از آن تعبیر به مجلس واحد نموده است. نهایت امر اینکه ادای شهادت، هم در

حال اجتماع صحیح است و هم در حال افتراق از بقیه شهود، لکن شیخ اضافه نموده که صورت اخیر مستحب است. آنچه این برداشت را تأیید می‌کند، عبارت ابن ادریس در سرائر است. وی می‌نویسد: «إذا تكامل شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس و لا يعتبر حضور الشهود لاداء الشهادة في وقت واحد الا ههنا» (۴۳۴/۳). با اینکه ایشان در جایی دیگر معتقد است: «و لا تقبل شهادة الشهود علی الزنا الا إذا حضروا في وقت واحد فان شهد بعضهم و قال: الآن یحیی الباقون جلد حد المفتری لانه ليس في ذلك تأخیر» (همان ۴۳۱). از تقابل این دو متن فهمیده می‌شود که مراد از مجلس یا مجالس تنها تفریق شهود توسط حاکم است؛ چرا که ایشان حضور جمیع شهود را در لحظه اقامه معتبر می‌داند.

با این توضیح به نظر می‌رسد که شیخ موافق با مشهور، اجتماع شهود در لحظه اقامه را شرط می‌داند. ولذا، صاحب جواهر، رأی به عدم اشتراط را تنها به یحیی بن سعید نسبت می‌دهد، آنجا که می‌نویسد: «و حينئذ فلا خلاف في المسألة إلا من ابن سعید الذی قد سمعت شذوذه» (۳۰۴/۴۱).

## ۲- کلام یحیی بن سعید

فقیه دیگری که قائل به عدم اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه می‌باشد، یحیی بن سعید است. صاحب الجامع للشرایع تصریح می‌نماید که اگر تعدادی از شهود در وقتی شهادت داده و عده‌ای دیگر در زمانی غیر از وقت اول برای شهادت حاضر گردند، زنا ثابت می‌شود. عین عبارت ایشان چنین است: «و تثبت: بشهادة أربعة رجال عدول ... و إن شهد ثلاثة قی وقت ثم تم العدد فی وقت آخر ثبت الزنا، و روی (الوسائل/ ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۸): لا نظرة فيه و یحدون، و یدرء الحدود بالشبهات» (۵۴۸).

قابل ذکر است فقیهانی که در کتب خویش متعرض این فرع شده‌اند، عمدتاً قول به عدم اشتراط را صراحتاً به یحیی بن سعید نسبت داده، لکن در مقام تضعیف این



رأی، از آن به قول شاذ تعبیر نمودند (ر.ک: طباطبایی، ۴۶۴/۲؛ فاضل هندی، ۳۹۷/۲؛ صاحب جواهر، ۳۰۵/۴۱).

بعد از روشن شدن محل نزاع و اینکه در مسأله دو قول است، به ذکر ادله و بررسی آنها می‌پردازیم.

### ادله قول مشهور

عمده دلیل مشهور فقها در این مسأله، دو خبری است که ذیلاً آنها را به نقل از وسائل الشیعه ذکر می‌کنیم:

خبر اول: روایة نعیم بن ابراهیم، عن عباد البصری، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن ثلاثة شهدوا علی رجل بالزنا، و قالوا: الآن نأتی بالرابع؟ قال: یجلدون حد القاذف ثمانین جلدة کل رجل منهم (۳۷۳ / ۱۸).

خبر دوم: روایة السکونی، عن أبی عبد الله علیه السلام عن أیبه، عن علی علیهما السلام فی ثلاثة شهدوا علی رجل بالزنا، فقال أمير المؤمنین علیه السلام: این الرابع؟ فقالوا: الآن یجیی فقال امیر المؤمنین علیه السلام حدوهم فلیس فی الحدود نظرة ساعة (۱۸ / ۳۷۲).

اشکال مشترکی که به هر دو خبر مذکور وارد است، ضعف سند این دو است. مرحوم محقق اردبیلی در این باره می‌نویسد: «و قد تری سندهما کانه انجبر بالشهره و فیه ما مر مرارا» (مجمع الفائده والبرهان، ۴۴/۱۳). ظاهراً این اشکال مورد تأیید فقیهان بعد محقق اردبیلی نیز واقع شده است: «ان من المسلم عندهم ان الروایتین ضعیقتان لکنهم یقولون بانجبار الضعف بالعمل نعم للاردبیلی رحمه الله فی انجبار ضعف الخبر بالشهرة تأمل واشکال» (در المنضود، ۲۱۷/۱). لکن مطلب قابل تأمل، شهرت عملی است که درباره این دو خبر ثابت است. لذا، اگر در مسأله حاضر بر خلاف محقق اردبیلی انجبار روایات به وسیله شهرت را بپذیریم، این دو خبر شایستگی تمسک برای رأی مشهور را خواهند داشت.

اشکال دیگر احتمالی است که برخی از فقیهان معاصر ذیل خبر سکونی داده‌اند و آن اینکه این روایت، «قضیه فی واقعه» باشد؛ چرا که شاید امام می‌دانست فرد چهارم نخواهد آمد و یا آمدنش با گذشت زمان همراه خواهد بود. لذا، حکم به حد شهود داده است. ایشان در ادامه اعتراف می‌نمایند که این احتمال در مورد خبر دیگر وارد نیست؛ چراکه در اینجا سؤال در مورد یک امر کلی است (همان ۲۲۰/۱-۲۱).

خبر سوم: اخبار دال بر عدم جواز تأخیر در اجرای حد (۱۸ / ۳۰۷ و ۳۳۶).

**جمع‌بندی روایات:** آنچه در مقام جمع‌بندی روایات می‌توان گفت این است که مستفاد از اخبار فوق، اعتبار حضور و اجتماع شهود قبل از شهادت و لزوم تتابع شهادت و عدم فصل بین آنها است، لکن خبر سکونی به واسطه ضعف دلالتی نمی‌تواند مستند رأی مشهور قرار گیرد؛ چرا که این خبر بر عدم قبول شهادت دلالتی ندارد، اگر مثلاً نفر چهارم حاضر نباشد، اما بلافاصله بعد از شهادت فرد سوم بیاید. در این صورت، آیا تردیدی باقی می‌ماند که امام شهادتش را می‌پذیرد؟ آیا امام باز هم از وی قبول نمی‌کند؟ خبر مزبور، از این جهت ساکت است، اما خبر عباد بصری و خبر اخیر دلالتشان بر مطلوب روشن است و اشکال مذکور ذیل دو خبر نخست با شهرت منافع خواهد شد.

#### ادله قول نادر

با بررسی دو کتاب الخلاف و الجامع للشرایع و نیز با کنکاش و جستجو در آثار دیگر فقیهان به مستند و مدرکی بر اعتبار قول نادر دست نیافتیم. با این حال، آنچه در مقام تبیین دلیل، شأنیت استناد را دارد، عموم آیه و اصل عملی در مقام است که شاید بتوان به آن تمسک جست.

دلیل اول) اطلاق آیه «والذین یرمون المحصنات ثم لم یأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئک هم الفاسقون» (النور/ ۴). مقتضی عدم اشتراط اجتماع شهود است.

دلیل دوم) وجه اعتباری؛ بدین صورت که فرد نخستی که شهادت می‌دهد، از دو حال خارج نیست. یا شاهد است یا قاذف. قاذف بودن وی باطل است؛ چرا که اگر وی قاذف می‌بود با اضافه شدن شهادت دیگری به شهادت وی، او شاهد نمی‌شد. حال که ثابت شد وی قاذف نیست، پس وی شاهد است و شاهد با تأخر شهادت دیگری از شهادت وی، قاذف نمی‌شود (طوسی، الخلاف، ۳/۱۵۳).

دلیل سوم) اصل عملی؛ مقتضای اصل عملی در مقام شک در اشتراط اجتماع، استصحاب عدم و یا اصالة العدم است.

#### تحلیل و بررسی ادله رأی نادر

نقد دلیل اول: مقتضی اطلاقات و عمومات ادله اعم از کتاب و سنت، اکتفا به مطلق چهار شهادت است، خواه حضورشان در مجلس شهادت دفعی باشد، خواه تدریجی. خواه توامان و در حال اجتماع شهادت دهند و خواه در غیر از آن حالت؛ چرا که در تمام صور فوق، عنوان چهار شهادت که موضوع آیه فوق و نیز برخی روایات وارده است، صدق می‌کند. نهایت سخنی که قابل ذکر است، از این اطلاقات به سبب اخباری که قبلاً ذیل ادله قول مشهور متذکر شدیم، دست می‌کشیم.

نقد دلیل دوم: این وجوه اعتباری، سیمای دلیل معتبر فقهی را دارا نیستند. مضافاً به اینکه در تعارض با صریح مدلول اخبار ذیل قول مشهور هستند.

نقد دلیل سوم: اما در ردّ دلیل سوم ذکر همین نکته کافی است که با وجود اصل لفظی و دلیل اجتهادی و اماره، نوبت به اصل عملی و دلیل فقهاتی نمی‌رسد.

با توجه به مطالب فوق، آنچه به ذهن می‌رسد این است که قول به اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه، اقرب به صواب است. این مطلب، هم مورد پذیرش مشهور فقها است و هم با اصل احتیاط در فروج و دماء که بنای شارع بر آن است، سازگار است. اما نویسنده معتقد است که باید «اجتماع» و «اتصال» را بر معنایی حمل کرد که عقلاً با طبع سازگار باشد و حمل اشتراط اجتماع شهود به اتصال فیزیکی

شهادت در لحظه اقامه، موجب آن می‌شود که در فرض عدم اتصال فیزیکی شهادت و با وجود همه شرایط لازم در قبول بینات، شهود مستحق حد قذف باشند و این نتیجه‌ای است که با قواعد مقبول در باب حدود مانند قاعده «درء» و «احتیاط در فروج و دماء» و «حدود مبنی بر تخفیف» سازگار نیست.

نکته جالب توجه آنکه مرحوم مقدس اردبیلی با تفتن بر این نکته در کتاب «مجمع الفوائد و البرهان» اذعان می‌دارد: اتصال شهادت که در متن اخبار و روایات آمده است، باید بر معنای عرفی و عقلایی آن حمل شود تا موجب محذور در مسأله نشویم. در واقع مختار نگارنده همان مطلبی است که محقق اردبیلی متذکر آن شده‌اند. ترجمه متن عبارت ایشان در کتاب فوق چنین است: «ثبوت حد (قذف) در جایی که امکان تکمیل شهادت با حضور باقی شهود محتمل و متصور است نامعلوم است. بنابراین، نمی‌شود به ادله نفی تأخیر حد استناد کرد و چه بسا شاهد، به اعتماد اینکه سایرین برای شهادت حاضر می‌شوند شهادت می‌دهد. حال، اجرای حد قذف در حق او قبل از شهادت سایرین، با اینکه آنها را می‌شناسد و یقین به شهادت دادنشان دارد و به زودی حاضر می‌شوند و شهادت می‌دهند، محل تأمل است و نیز با شهادت دادن سایرین، عنوان آوردن چهار شاهد صدق می‌کند. پس حدی بر وی نیست، بلکه از این بالاتر، بعید نیست که قبل از حضور سایرین هم این عنوان صدق کند؛ اگرچه به نحو مجازی باشد و به طور کلی، ابطال این شهادت و اجرای حد قذف در حق شاهد به صرف سبقت در شهادت مشکل است. مضاف بر آنکه در حدود، بنا بر تخفیف است و حدود با شبهات درء می‌شوند. لذا، سزاوار است که اجتماع را بر وجه متعارف و عرفی آن حمل نمود؛ بدین صورت که اگر عدد به میزان اسقاط حد قذف رسید، باید شهادتشان را پذیرفت و در غیر این صورت، حد قذف زده شود (مجمع الفوائد والبرهان، ۱۳/۴۵-۴۴).

## نتیجه گیری

- ۱- با عنایت به روایات باب که عمده دلیل مسأله نخست‌اند، به نظر می‌رسد آنچه صاحب جواهر افاده نموده و در صدد اثبات آن بوده، خلاف ظواهر روایات است؛ چراکه ظهور این اخبار که همان اعتبار نفس رؤیت و مشاهده است، چیزی نیست که بتوان آن را انکار کرد. مثل اعتبار شهادت در هلال که رؤیت موضوعیت دارد و شهادت «عن علم» صحیح نیست. لذا، در این اخبار، ذکری از اینکه رؤیت طریق غالب حصول علم در مبصرات است دیده نمی‌شود. در واقع، در مسأله حاضر، شهادت به طریق (رؤیت) معتبر است، نه به ذی الطریق (فعل زنا).
- ۲- مختار نگارنده برخلاف مشهور قدما و متأخرین، عدم اشتراط رؤیت به نحو مخصوص است؛ چراکه لازمه آن، اشتراط امری است که در خارج مصداق ندارد و مستلزم تعطیلی باب شهادت بر زنا است.
- ۳- در مسأله اشتراط اجتماع شهود در لحظه حضور، از آنجا که علامه مدعی اشتراط اجتماع در لحظه حضور است، منطقاً بار اثبات هم بر دوش ایشان است و با توجه به اینکه ایشان دلیلی بر مدعای خود اقامه نکرده است، لذا عدم دلیل، دلیل صحت گفتار قائلین به عدم اشتراط اجتماع است.
- ۴- در مسأله اشتراط اجتماع شهود در لحظه اقامه، نگارنده اگر چه اصل اشتراط را مستند و مدلل می‌داند، لکن در تبیین نحوه اجتماع با مشهور فقیهان مخالف است و در برابر مشهور امامیه که اتصال فیزیکی را لازم می‌شمرند، اتصال عرفی را در تحقق اجتماع مذکور کافی می‌داند.

**منابع****قرآن كريم**

ابن ادریس، محمد بن منصور؛ *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن براج، عبدالعزیز؛ *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن علامه، حسن بن یوسف؛ *ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد*، قم، المطبعة العلمية، ١٣٨٧ق

اردبیلی، احمد بن محمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان*، قم، مؤسسه نشر الاسلامی.

حر عاملی، محمد بن حسن؛ *وسایل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

حلی، یحیی بن سعید؛ *الجامع للشرایع*، مؤسسة سید الشهداء العلمية.

خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران، مكتبة الصدوق.

خویی، أبو القاسم؛ *مبانی تکملة المنهاج*، نجف، مطبعة الآداب.

سلار، حمزة بن عبد العزيز؛ *المراسم العلوية فی الاحکام النبوية*، قم، ال معاونية الثقافية للمجمع العالمي لاهل البيت (ع).

شهید اول، محمد بن مکي؛ *اللمعة الدمشقية*، ایران، دار الفكر، ١٤١١ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ *روضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية*، قم، انتشارات دادرس.

\_\_\_\_\_؛ *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامی.

صاحب جواهر، محمد حسن؛ *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دار  
الکتب الاسلامیه.

طباطبایی، علی؛ *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل بیت.

طوسی، ابن حمزه؛ *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم، مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۸ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة  
المدرسين.

\_\_\_\_\_؛ *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار  
الجعفریة.

\_\_\_\_\_؛ *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، قم، انتشارات قدس محمدی.

علامه حلی، حسن بن یوسف؛ *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، احمدی، تهران،  
۱۳۶۱ش.

\_\_\_\_\_؛ *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*، قم، مؤسسه امام صادق  
(ع).

\_\_\_\_\_؛ *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی  
التابعة لجماعة المدرسين

فاضل هندی، محمد بن حسن؛ *كشف اللثام*، قم، مکتبه سيد المرعشی.

گلپایگانی، محمد رضا؛ *الدر المنضود فی احکام الحدود*، مقرر الشيخ علی الکریمی  
الجهرمی، دار القرآن الکریم.

مجلسی، محمد باقر؛ *مرات العقول*، قم، دار الکتب الاسلامیه.

محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام*، تهران،  
انتشارات استقلال.

\_\_\_\_\_؛ *المختصر النافع فی فقه الامامیة*، تهران، منشورات قم الدراسات

الاسلاميه في مؤسسة البعثة.

مظفر، محمد رضا؛ *أصول الفقه*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة.

مفيد، محمد بن محمد (١٤١٠)؛ *المفيدة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة

المدرسين.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۷/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۴۷-۲۶۸

## مبنا و قلمرو خسارت مازاد بر دیه\*

دکتر سیدحسن وحدتی شبیری

استادیار دانشگاه قم

Email: shvahdat@gmail.com

### چکیده

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و اهتمام مسئولین نظام به قانونیت بخشیدن به نهادهای حقوق اسلامی، مسائلی مطرح شد که در فقه سابقه طرح نداشت. فقیهان معاصر برای پاسخ‌گویی به این مسائل، تلاش وافر به خرج داده و پاسخهایی فرا روی قانون‌گذار و دستگاه قضایی کشور نهادند. این پاسخها در همه موارد یکسان نبوده و احیاناً اختلاف نظر فقهی مشاهده می‌شود. از جمله مسائل یاد شده مسأله «خسارت مازاد بر دیه» است که هر چند تاکنون بحثهایی درباره آن انجام یافته و استفتائاتی نیز صورت گرفته است، ولی هنوز برخی از جوانب آن تاریک مانده و نیازمند کنکاش بیشتر از سوی محققان این عرصه است. پژوهش حاضر به مبنا و قلمرو خسارت زائد بر مقدار دیه پرداخته و در آن علاوه بر ماهیت حقوقی دیه، دیدگاههای مختلف درباره موضوع را مورد بررسی قرار داده و مصادیق گوناگون خسارت زائد بر دیه را از نظر فقهی و حقوقی ارزیابی کرده است.

**کلید واژه‌ها:** دیه، خسارت، خسارت زائد بر دیه، مسئولیت مدنی.

---

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۰۴/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۱۲.

## ۱- مقدمه

دیه یا خون‌بها مالی است که بر اثر نقض تمامیت جسمانی شخصی که مهدورالدم نیست، باید شرعاً پرداخت شود. مطابق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی «دیه مالی است که از طرف شارع برای جنایت تعیین شده است». قانون مزبور، مجازات‌ها را به پنج قسم تقسیم نموده و یکی از آنها را دیه دانسته است. نهاد «دیه» در جوامع و ادیان پیش از اسلام وجود داشته، اعراب جاهلی مقدار آن را مشخص کرده بودند و در شرع مسیح نیز به رسمیت شناخته می‌شد. (ادریس، ۵۹؛ شفیع سروستانی و همکاران، ۴۳؛ لنگرودی، ترمینولوژی مبسوط حقوق، کلمه دیه) در شرع مقدس اسلام، نهاد دیه ابقا شد و در روایت است که خداوند پنج سنت را که عبدالمطلب در زمان جاهلیت وضع کرده بود، برای اسلام نیز باقی گذاشت. یکی از آنها، تعیین صد شتر برای خون‌بهای یک انسان بود که در اسلام باقی ماند (عاملی، ۱۴۵/۱۹). از روایات فراوان به دست می‌آید که نهاد حقوقی دیه، از جمله نهادهای حقوقی اسلام است که تا ابد جزء این دین به شمار می‌آید و نمی‌توان به این بهانه که در زمانی یک رسم جاهلی بوده آن را ویژه جامعه عرب زبان در صدر اسلام دانست و از کاربرد آن در عصر حاضر چشم پوشید. بسیاری از احکام اسلام، حالت امضایی دارد و امضایی بودن یک حکم از اعتبار شرعی و استحکام آن نمی‌کاهد.

از طرف دیگر، سازمان حقوقی کشور ما پس از انقلاب شکوهمند اسلامی و به برکت خون شهیدان، برگرفته از نظام حقوقی اسلام بوده و مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، قانون‌گذار موظف است تمام نهادهای حقوقی اسلامی را رنگ قانونی بخشیده و آن را در تمام سطوح اجتماعی، لازم الاجرا سازد. بدین ترتیب، نهاد دیه علاوه بر آنکه در زمره احکام فقهی و حقوقی اسلام در عصر حاضر است، جزئی از سازمان حقوقی کنونی در کشور ما به حساب می‌آید.

از طرف دیگر، ایراد جرح که در اصطلاح فقهی از آن به «جنایت» تعبیر می‌شود،

ابعاد گوناگون دارد: از یک سو در بسیاری از موارد، جنبه مجرمانه دارد و نظم عمومی را در هم می‌ریزد و وارد کننده جنایت را متعددی به حدود الهی قرار می‌دهد. از سوی دیگر دردها و آلامی را بر مجنی‌علیه یا خانواده او وارد ساخته و آرامش روحی قربانی و بستگان او را در هم می‌ریزد. از سوی سوم، فرد قربانی در غیر از مورد مرگ، مجبور است متحمل هزینه‌هایی برای علاج گردد. این هزینه‌ها امروز سرسام‌آور گشته و گاه خانواده‌ای را از هستی ساقط می‌کند و بالاخره قربانی جنایت مدتی را از کار می‌افتد و ای بسا برای همیشه نیروی کار خویش را به دنبال وقوع جنایت از دست بدهد.

اکنون آیا به واقع نهاد دیه تمامی این خسارات را تحت پوشش می‌گیرد و همیشه وضعیت زیان دیده را به حالت نخستین بازمی‌گرداند؟

پاسخ این پرسش را باید از چند مرحله پیش‌تر آغاز کرد. سؤال اساسی‌تر آن است که آیا دیه در مقام جبران خسارت است تا پس از آن ببینیم که دیه چه اندازه از خسارت را جبران می‌کند؟ و بر فرض اینکه دیه در مقام جبران خسارت باشد، آیا فقط برای تسکین آلام و رنجهای ناشی از جنایت وضع شده یا زیان‌های مادی را هم در برمی‌گیرد؟

## ۲- ماهیت دیه

از تقسیم‌بندی کتابهای فقه و قرار دادن مبحث دیات در کنار حدود و تعزیرات برمی‌آید که در ذهن فقیهان از دیرباز چنین بوده که دیه را یک کیفر می‌پنداشتند و جانی را به این دلیل که مرتکب جرمی شده است، با جریمه دیات مجازات می‌نمودند. قانون‌گذار ایران پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی، با تکیه بر این برداشت، دیه را در قانون مجازات اسلامی وارد ساخته و در ماده ۱۲ این قانون مقرر داشت: «مجازاتهای مقرر در این قانون پنج قسم است: ۱- حدود ۲- قصاص ۳- دیات ۴- تعزیرات ۵- مجازاتهای بازدارنده». در ماده ۱۵ همین قانون نیز، دیه را مالی می‌داند که از طرف شارع برای جنایت

تعیین شده است، ولی به نظر می‌رسد صرف چینش یاد شده و طبقه بندی کتابهای فقهی دلیل بر آن نیست که دیه صرفاً ماهیت مجازات دارد. احکامی که در کتب فقه در باب دیات مطرح می‌شود بعضاً مربوط به جرم نیست و عناصر تشکیل دهنده عمل مجرمانه همچون سوء نیت در آنها دخالتی ندارد. این مباحث بیشتر مربوط به ضمانات و اعمال زیانبار است که اکثراً به زیان دیده خسارت بدنی می‌رساند و علت قرار دادن بحث دیات در کنار حدود و تعزیرات آن است که عمل زیانبار اگر جرم هم نباشد به نحوی سهل‌انگاری و قصور در آن وجود دارد و به تعبیر حقوق غرب، شبه جرم (tort) است. علاوه بر آنکه جرم معمولاً با ایراد ضرر و زیان همراه است و این خود، ارتباط جرم و خسارت را نزدیک‌تر می‌سازد.

وانگهی، مجازات دانستن نهاد دیه توالی فاسدی دارد که هیچ کس بدانها ملتزم نیست: اگر دیه مجازات کیفری است پس چرا در قبال جنایات خطای محض هم در نظر گرفته می‌شود؟ جرم، تعریف حقوقی دقیق دارد و عبارت است از تجاوز به مقررات آمره که از سوی قانون‌گذار برای تأمین نظم عمومی وضع و در حقوق اسلامی از آن به «تعدی به حدود الهی» تعبیر می‌شود.<sup>۱</sup> به هر حال، عنصر سوء نیت و قصد مجرمانه از شرایط لازم برای تحقق عمل مجرمانه است و بدون آن هیچ جرمی واقع نخواهد شد.<sup>۲</sup> از اینها گذشته، امروز در همه دنیا پذیرفته شده که هیچ کس را نمی‌توان به دلیل ارتکاب جرم از سوی شخص دیگر مجازات کرد. اینکه آهنگری در بلخ گناه کند و در شوشتر گردن مسگری را بزنند مورد امضای هیچ عقلی نیست و در هیچ

۱. ساریخانی، ۲۸.

۲. البته در متون حقوقی از جرایمی نام می‌برند که در آنها قصد مجرمانه لازم نیست. همچون جرایم راهنمایی و رانندگی که هر کس مرتکب آن شود حتی اگر ثابت کند که قصد ارتکاب عمل به عنوان جرم را نداشته باز هم جرمه می‌شود (crimes of strict liability)، ولی این جرایم حالت کاملاً استثنایی داشته و در صدق جرم بر آنها جای تردید است و به فرض که آنها را جرم بدانیم قانون‌گذار، قصد مجرمانه را در آنها مفروض گرفته؛ به گونه‌ای که خلاف آن قابل اثبات نیست. به هر حال، برخی خواسته‌اند از آیه شریفه ۵ سوره احزاب این گونه استفاده کنند که قصد مجرمانه عنصر الزامی در تحقق جرم است. این آیه می‌گوید: «و لیس علیکم جناح فیما اخطاتم به و لکن ما تعدت قلوبکم و کان الله غفوراً رحیماً» (ساریخانی، همان).

قانونی پذیرفته نشده است. در حقوق کیفری از این نکته به «اصل شخصی بودن جرایم و مجازاتها» تعبیر می‌کنند و در متون اسلامی نیز مورد تأیید است. قرآن شریف می‌فرماید: «ألا تزر وازرةٌ وزر اخرى»؛ هیچ کس بار دیگری را بر دوش نمی‌کشد. این یک اصل است و اختصاصی به مجازات اخروی ندارد. اکنون چگونه می‌توان دیه را همیشه مجازات دانست، در حالی که مطابق قانون اسلامی در جنایت خطای محض، عاقله جانی و بستگان او به تفصیلی که مقرر است، به پرداخت آن تکلیف می‌یابند.

بلکه می‌توان گفت اگر دیه نوعی جریمه است، چرا به مجنی علیه پرداخت می‌شود در حالی که اگر جریمه بود به بیت المال تعلق می‌گرفت؟ مضافاً به اینکه اگر دیه فقط مجازات در قبال جرم و نوعی جریمه باشد، مجنی علیه باید بتواند در کنار دیه، تمامی خسارات خود از جمله هزینه معالجه را به طور کامل مطالبه کند. در حالی که فقها معمولاً بدان قائل نیستند. بدین ترتیب، اینکه ما دیه را فقط واجد جنبه کیفری بدانیم قابل پذیرش نیست.

چنان‌که عکس مطلب هم صحیح به نظر نمی‌رسد؛ یعنی اینکه دیه را صرفاً از باب جبران خسارت و در زمره مسئولیت مدنی قلمداد کنیم. دلیل آن نیز احکامی است که بر بعضی از مصادیق بار می‌شود، مثلاً اگر قتل غیر عمد در ماههای حرام اتفاق بیفتد، جانی می‌بایست علاوه بر مبلغ دیه، ثلث دیه کامله را نیز به دلیل اینکه قتل در ماه حرام به وقوع پیوسته و حرمت این ماهها نگه داشته نشده، بیفزاید. در حالی که اگر دیه صرفاً جبران خسارت بود فرقی بین ماه حرام و غیر آن وجود نداشت.

حاصل آنکه دیه یک نهاد حقوقی ویژه است که نمی‌تواند با معیارها و

۱. سوره نجم، آیه ۳۸: ام لم ینبأ بما فی صحف موسی و ابراهیم الذی وفی الا تزر وازرةٌ وزر اخرى. در آیه‌های دیگری نیز این مضمون با عبارت «و لا تزر وازرةٌ وزر اخرى» تکرار شده است (ز. ک: انعام / ۱۶۴؛ اسراء / ۱۵؛ فاطر / ۱۸؛ زمر / ۷؛ رجوع به این آیات ثابت می‌کند که مضمون یاد شده یک قاعده کلی است.

تقسیم‌بندی‌های حقوق امروز<sup>۱</sup> آن را بررسی کرد. ولی می‌توان ادعا کرد که در همه موارد، نوعی جبران خسارت، هر چند خسارت معنوی، در آن ملاحظه می‌شود: در بعضی از مصادیق، مثل جنایات شبه عمد، واجد هر دو خصیصه خسارت و جریمه است و در برخی مصادیق، فقط جنبه جبران خسارت دارد. لازم به ذکر است که در مسئولیت مدنی و ضمانات، اگرچه اصل آن است که دیگران مسئولیت ناشی از فعل شخص را بر دوش نمی‌گیرند، ولی مصلحتها از جمله تضمین حق زیان‌دیده اقتضا می‌کند که قانون‌گذار، گاه کسانی که مستقیماً مباشر در ایراد زیان نبوده‌اند را به دلیل ارتباطی که با حادثه داشته‌اند، مسئول می‌شناسد. این موارد در علم حقوق، تحت عنوان مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر، مورد بررسی قرار می‌گیرد و یک نمونه آن مسئولیت کارفرما نسبت به اعمال زیانبار کارگران و حوادث ناشی از کار است، حوادثی که به اشخاص ثالث خسارت وارد می‌سازد. در این حوادث، کارفرما مستقیماً دخالتی در ورود زیان نداشته، ولی همین که احتمال می‌رود در استخدام کارگر ماهر یا تهیه لوازم ایمنی و ماشین‌آلات سالم دقت به خرج نداده کافی است که مسئولیت او توأم با فرض تقصیر باشد (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی). دیه بر عاقله نیز می‌تواند نوعی مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر و به تعبیری بیمه اجتماعی و خانوادگی باشد که در دنیای امروز قابل پذیرش است.

۱. البته تقسیم حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی یا حقوق مدنی و حقوق جزا، برگرفته از نظام حقوقی رومی - ژرمنی است که بیشتر در فرانسه رواج دارد و در حقوق کشور ما نیز انعکاس یافته است و در حقوق کامن لا (Common law) که انگلستان مهد این نظام حقوقی است، تقسیم بندی بالا یافت نمی‌شود.  
 ۲. در استفتایی که از فقهای معاصر در ارتباط با ماهیت دیه شده، غالباً نظر داده‌اند که جعل دیه هر دو عنوان را دارا است یعنی هم مجازات و هم خسارت است و مرحوم آیت الله بهجت چنین نظر داده‌اند: «دیه عنوان مستقلی است که به مناسبت مورد ممکن است به یکی از آن دو اشته باشد».

### ۳- دیدگاهها درباره خسارت زائد بر دیه

از مطالب گذشته به دست آمد که نهاد دیه، تأسیسی ویژه است و نمی‌توان آن را الزاماً مجازات کیفری یا فقط جبران خسارت مدنی دانست، ولی خصیصه جبران خسارت همیشه در آن وجود دارد. اکنون سؤال این است که آیا شارع با تعیین میزان دقیق دیه، همه خسارات را اندازه‌گیری و تقویم کرده و دیگر امکان مطالبه خسارت به غیر از دیه وجود ندارد یا اینکه دیه فقط خسارت معنوی ناشی از جنایت، همچون درد و رنجی که قربانی تحمل کرده و آبرویی که از او ریخته است را پوشش می‌دهد و در کنار آن، سایر خسارات قابل مطالبه است؛ به شرط اینکه از نظر فقهی شرایط مطالبه را داشته باشد و یا اینکه وضع به گونه دیگری است؟

قبل از پاسخ به مسأله متذکر می‌شویم که در کتابهای فقهی استدلالی، این مسأله سابقه طرح ندارد. این مسأله پس از اعمال قانون مجازات اسلامی، در محاکم دادگستری مطرح شد و برخی از دادگاههای بدوی، مطالبه خسارت زائد بر دیه را امکان‌پذیر دانستند. در این میان، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در یک رأی اصراری که نمی‌تواند از نظر حقوقی برای سایر دادگاهها الزام‌آور باشد، امکان مطالبه خسارت زائد بر دیه را منتفی دانست. در متن این رأی که به تاریخ ۶۸/۹/۱۴ صادر شده، حکم دادگاه بدوی که بر امکان مطالبه خسارت زائد بر دیه اصرار ورزیده، چنین نقض شده است: «حکم تجدید نظر خواسته و استدلال دادگاه مخدوش است؛ زیرا ادعای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم بر اثر ضربه مغزی و شکستگی استخوان جمجمه شهاب زندی در دادگاه کیفری مطرح و رسیدگی شده و دادگاه کیفری در حکم خود مقدار دیه را بر طبق قانون دیات معین نموده است. بنابر این، دعوی ضرر و زیان وارده به شخص مزبور بر اثر همین جرم تحت عنوان دیگری غیر از دیه فاقد مجوز می‌باشد...».

در تاریخ ۷۵/۴/۵ رأی اصراری دیگری، درست بر خلاف رأی پیشین از هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شرح زیر صادر شد: «... عمل ارتكابی خواندگان، ایراد

ضرب عمدی منتهی به شکستگی استخوان ساق پای مجنی علیه است که علاوه بر صدور حکم دیه در حق مجنی علیه به جهت تفویض قوای کاری خواهان، دادگاه خواندگان را به پرداخت ضرر و زیان محکوم نموده است. نظر به اینکه احکام مربوط به دیه و فحوی مواد قانونی راجع به دیات، نفی جبران سایر خسارات وارده به مجنی علیه استنباط نمی شود و با عنایت به اینکه منظور از خسارات و ضرر و زیان وارده، همان خسارت و ضرر و زیان عرفی می باشد، لذا مستفاد از مواد ۱، ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و با التفات به قاعده کلی لاضرر و همچنین قاعده تسبیب و اتلاف، لزوم جبران این گونه خسارات بلا اشکال است...».

در میان فقهای معاصر نیز هستند کسانی که خسارت زائد بر دیه را به طور محدود قابل مطالبه اعلام کرده اند<sup>۱</sup>، ولی نظر اکثریت مراجع حاضر، بر عدم امکان مطالبه خسارت زائد بر دیه است.<sup>۲</sup> به نظر آنان شارع مقدس اسلام با تعیین میزان دقیق دیه، همه خسارات را تقویم و ارزیابی نموده و اگر خسارت دیگری قابل مطالبه بود، حداقل در یک روایت از انبوه روایاتی که در باب دیات آمده است، مطرح می شد. به

۱. آیت الله میرزا جواد تبریزی در موارد ارش که دیه مقدر برای جراحت وجود ندارد چنین فتوا داده اند: «در موارد حکومت، می توان هزینه های درمان را هم در نظر گرفت» (استفتای مورخ ۱۳۷۵/۱۰/۲۲)؛ آیت الله صافی گلپایگانی در همین موارد احتیاط را بر مصالحه دانسته اند (استفتای مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۰). از مفهوم مخالف فتوای دیگران نیز که گفته اند: «جایی که دیه مقدر است همان دیه بر عهده جانی است»، می توان همین نظر را استفاده کرد، ولی به غیر از موارد ارش، آیت الله مکارم شیرازی در خصوص هزینه درمان (و نه هزینه از کار افتادگی) چنین نظر داده اند: «دیه جبران خسارت است، ولی اگر هزینه لازم و ضروری برای درمان بیشتر شود مجنی علیه می تواند مقدار اضافی را از جانی بگیرد» (استفتای مورخ ۱۳۷۸/۹/۲۴)؛ هم ایشان در پاسخ به استفتای دیگری، در این خصوص، احتیاط واجب کرده اند. آیت الله نوری همدانی هم عقیده دارند: «در مواردی که جنایت و آسیب رساندن به بدن شخص موجب ثبوت دیه می شود در صورتی که بهبود یافتن آن شخص به معالجه و مداوا احتیاج داشته باشد، لازم است که جانی علاوه بر پرداخت دیه ای که شرعاً مقرر گردیده است، مخارج معالجه را نیز بپردازد، بلکه اگر به واسطه آسیب و زخم، ضرر مالی نیز بر آن شخص وارد شده است، مثل اینکه چند روز از انجام کاری که اشتغال به آن داشته به واسطه آن زخم یا شکستگی، باز مانده است را نیز جبران کند» (توضیح المسائل، ۶۰۳). آیت الله موسوی اردبیلی هم معتقدند: «هزینه معالجه به عهده ضارب و جانی است، گرچه بیشتر از دیه باشد» (استفتای مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۵). برای دیدن مجموعه آرای فقهی رک: نرم افزار گنجینه آرای فقهی قضایی ۲، معاونت آموزش قوه قضائیه.

۲. از جمله آیات عظام: محمدتقی بهجت، میرزا جواد تبریزی، سید علی خامنه ای، صافی گلپایگانی و فاضل لنکرانی.



عبارت علمی، اطلاق ادله دیات اقتضا می‌کند که خسارت دیگری به غیر از مبلغ دیه قابل مطالبه نباشد. وقتی شخص سؤال می‌کند که مردی دست دیگری را بریده و امام پاسخ می‌دهد: «بر او است که نصف دیه کامله را بپردازد»، اگر چیز دیگری غیر از نصف دیه قابل مطالبه بود، امام در اینجا که مقام بیان تمام مراد است، بیان می‌داشت. برخی دیگر هم عقیده دارند که اگر اصل در دیه، شتر قرار داده شود و بقیه مصادیق دیه مثل گاو، گوسفند، درهم و دینار فرع بوده و مشروط به تساوی با قیمت شتر باشد، عملاً مصداق زیادی برای خسارت زائد بر دیه باقی نمی‌ماند، ولی به فرض که در جایی دیه کفای همه خسارات را ندهد، مقدار مازاد از باب تسبیب و قاعده لاضرر قابل مطالبه است. (مرعشی، ۱۸۵). بدین ترتیب می‌توان نظرات فقهای معاصر را به سه دسته تقسیم کرد:

یک نظر، عدم امکان مطالبه خسارت مازاد بر دیه است مطلقاً؛ خواه هزینه معالجه یا خسارت از کارافتادگی و یا غیر اینها. گویی نهاد حقوقی دیه را نهادی ویژه دانسته‌اند که هم در مقام مجازات مجرم است (البته در جایی که عمل جانی ماهیت کیفری دارد) و هم جنبه جبران خسارت دارد. به گونه‌ای که از نظر شارع، همه خسارات با مبلغ قطعی دیه جبران می‌شود و اثبات خلاف هم امکان‌پذیر نیست. امتیاز این نظر آن است که قاضی را از سردرگمی نجات می‌بخشد و در بین دادگاهها وحدت رویه ایجاد می‌کند و تا حدی، نفع عامل زیان را در نظر می‌گیرد و بین منافع دو طرف (یعنی جانی و مجنی علیه) تعادل برقرار می‌سازد و با ظاهر روایات مربوط به دیه که تعداد آنها نیز فراوان است سازگار می‌باشد.

بر اساس نظر دوم، از میان خسارات زائد بر دیه، فقط هزینه علاج قابل مطالبه است. این نظر، از ظاهر روایات دیه، دست برداشته، ولی فقط هزینه‌های معالجه را خسارت قابل مطالبه می‌داند. گویی خسارت از کارافتادگی، خسارت عدم النفع است که مشهور، آن را غیر قابل مطالبه می‌دانند یا در وجود رابطه سببیت که رکن مسئولیت و

ضمان قهری است تردید کرده‌اند.

مطابق نظر سوم، خسارت وارده غیر از دیه است. گویی نهاد حقوقی دیه فقط برای مجازات مجرم و تشفی خاطر مجنی علیه بوده و در مقام جبران خسارت نیست. بنابراین، جانی باید علاوه بر دیه، هر گونه خسارتی که از نظر شرعی قابل مطالبه است را بپردازد. در برخی از فتواها، علاوه بر هزینه معالجه، خسارت از کارماندگی نیز قابل مطالبه اعلام شده است (برای دیدن آرای فقهای معاصر، ر. ک: نرم‌افزار گنجینه آرای فقهی قضایی ۲، معاونت آموزش قوه قضائیه). در بحث بعدی، مصادیق خسارت زائد بر دیه را به تفصیل مورد بررسی قرار می‌دهیم و داوری می‌کنیم.

#### ۴- مصادیق خسارت زائد بر دیه

برای خسارت و ضرر مصادیق گوناگون می‌توان یافت: وقتی که جرمی اتفاق می‌افتد و یا یک حادثه اتفاقی موجب ورود زیان بدنی به شخص می‌شود، ممکن است مجنی علیه یا خانواده و نزدیکان او آسیبهای روحی ببینند. مثل اینکه دختری در اثر پاشیده شدن اسید بر چهره‌اش فرصت ازدواج را از دست می‌دهد و از این جهت آسیب روحی و روانی پیدا می‌کند. همچنین ممکن است حین حادثه و وقوع جنایت، درد بکشد و این درد تا مدت‌ها ادامه یابد و ممکن است در اثر جرمی مثل سرقت مسلحانه در شب، ترس و وحشت خانواده‌ای را فرا گیرد و مواردی از این قبیل که آنها را تحت عنوان خسارت معنوی طبقه‌بندی می‌کنند.

علاوه بر اینها، خسارت بدنی گاه مستلزم هزینه‌های سرسام‌آور معالجه است: هزینه بیمارستان، خرید دارو، عکسبرداری و... که در زمان حاضر پدید آمده و در سابق، به این گستردگی رواج نداشت و نیز ممکن است مجنی علیه در اثر حادثه و جنایت، توان کاری خویش را از دست بدهد. مثلاً در نتیجه قطع دست، دیگر نتواند سر کار برود و نفقه افراد واجب النفقه خویش را تأمین کند.

بدین ترتیب، مصادیق خسارت زائد بر دیه را می‌توان به دو قسم ضرر مادی و معنوی تقسیم کرد. چنان‌که ضرر مادی هم به صورت هزینه‌ی معالجه و خسارت از کارماندگی قابل تحقق است.

### ۵- بحث فقهی خسارت زائد بر دیه

هر یک از اقسام ضررهای بالا، بحث فقهی جداگانه‌ای می‌طلبد و خلط آنها با یکدیگر موجب سردرگمی و گمراهی است. به همین دلیل بحث را در سه قسمت ادامه می‌دهیم: هزینه‌ی علاج، خسارت از کارماندگی، ضرر معنوی.

#### ۵-۱) هزینه‌ی علاج

هزینه‌ای که زیان دیده به طور متعارف برای معالجه‌ی خود صرف می‌کند، از دیدگاه عرف، خسارت و ضرر بر او است و سبب ورود این خسارت نیز، جانی می‌باشد که آسیب بدنی را بر مجنی‌علیه وارد ساخته است. ممکن است کسی ادعا کند اگر قرینه‌ی خارجی نبود، معتقد می‌شدیم عامل جنایت باید علاوه بر دیه، تمامی هزینه‌های متعارف برای معالجه را بپردازد؛ زیرا دیه در مقابل نفس جنایت است و هزینه‌ی علاج، خسارت دیگری است که از باب تسبیب قابل مطالبه می‌باشد، ولی مطمئنیم که دیه در مقام جبران همه‌ی خسارات است و چنان‌که قبلاً اشاره شد، نمی‌توان آن را صرفاً یک نهاد کیفری محض دانست. اطلاق ادله‌ی دیات نیز اقتضا می‌کند که اگر مبلغ دیه، هزینه‌های معالجه را کفایت کند، مبلغ مازاد قابل مطالبه نباشد. اکنون بحث در جایی است که مبلغ دیه کفاف هزینه‌های سرسام‌آور معالجه را نمی‌دهد؛ به گونه‌ای که دیه به هر شکل محاسبه شود (حتی اگر شتر هم مبنای محاسبه‌ی دیه قرار گیرد) هزینه‌ی معالجه را تأمین نمی‌کند. اکنون آیا هزینه‌های مازاد قابل مطالبه است؟

ممکن است در اینجا نیز کسی ادعا کند که اطلاق ادله‌ی دیات، بر قواعد عمومی ضمان، مثل قاعده‌ی تسبیب و لاضرر حاکم است.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، اگر مبلغی علاوه بر

۱. ممکن است کسی اشکال کند که در ناحیه‌ی خسارات بدنی، قاعده‌ی عمومی برای ضمان نداریم؛ زیرا قاعده‌ی اتلاف و تسبیب، ویژه‌ی ضمان مالی است (من أتلف مال الغير فهو ضامن) و دلالت قاعده‌ی لاضرر بر مسئولیت مدنی نیز با اشکال مواجه است؛ چرا که شأن حدیث لاضرر، رفع حکم است نه وضع حکم و ضمان، از قسم اخیر می‌باشد. پاسخ آن است که اگر عامل زیان نسبت به خسارت مالی، ضامن باشد به طریق اولی نسبت به خسارت بدنی ضامن است و اهمیت خسارت بدنی از خسارت مالی به مراتب بیشتر است. به همین دلیل پیامبر گرامی اسلام (ص) در مقام اهتمام به خسارت مالی، آن را به خسارت بدنی تشبیه می‌کند (و حرمة ماله كحرمة دمه). در سیره

رقم دیه قابل مطالبه بود، حداقل در یک روایت بیان می‌شد. در پاسخ به این استدلال به نکاتی اشاره می‌کنیم:

**الف) اطلاق بر دو قسم است:** اطلاق مقامی و اطلاق لفظی. در بحث‌های اصولی ثابت شده که اطلاق مقامی، از نظر دلالت بر شمول و سریان حکم، از اطلاق لفظی ضعیف‌تر است. اطلاق لفظی مثل اینکه مقام برتر می‌گوید: «به دانشجو احترام کن». در این عبارت، کلمه «دانشجو» به لحاظ عدم قید، ظهور در شمول آن نسبت به دانشجوی مسلمان و دانشجوی غیر مسلمان دارد. ولی در اطلاق مقامی، از عبارت بیان شده، شمول استفاده نمی‌شود، بلکه از اینکه عبارت دیگری صادر نشده. به ضمیمه اینکه در مقام بیان تمام مراد و مطلوب بوده است، استفاده شمول می‌کنیم. مثلاً در سخن بالا از اینکه چیزی راجع به پرداخت پول یا اطعام دانشجو گفته نشده است، به دست می‌آوریم که فقط احترام کردن به دانشجو خواسته شده است؛ زیرا اگر مطلوب دیگری داشت، بیان می‌کرد.

به عبارت دقیق‌تر، در اطلاق لفظی، مقدمات حکمت، به کلام ظهور در شمول و سریان اعطا می‌کند و سخن به خودی خود، ظاهر در شمول می‌گردد. در حالی که در اطلاق مقامی، سخن، ظاهر در شمول نیست. ظهور حال مولی است که دلالت بر شمول و سریان می‌کند و بدین ترتیب، ظهور حال مولی به کمترین قرینه‌ای در هم می‌شکند و اطلاق مقامی را منتفی می‌سازد.

اینکه اطلاق ادله دیات نسبت به خسارات مازاد بر دیه، اطلاق لفظی آن ادله است یا اطلاق مقامی آنها، قابل بحث است. به نظر می‌رسد چون در دیه، جنبه خسارت لحاظ شده، همچون سایر مواردی که رقم مقطوع از سوی شارع بیان می‌شود، اطلاق لفظی این ادله است که دلالت می‌کند بیش از مقدار مقطوع قابل مطالبه نیست؛ هر چند خسارت بیشتر از آن مقدار گردد. بله، اگر ماهیت دیه را صرفاً مجازات بدانیم، آنگاه اطلاق مقامی

عقلاً نیز از لحاظ مسئولیت و ضمان، تفاوتی میان ضرر مالی و ضرر بدنی مشاهده نمی‌شود. اشکال به قاعده لاضرر نیز وارد نیست؛ زیرا پیامبر از نبود زیان در شریعت اسلامی اخبار می‌کند، خواه زیان از وجود حکم و خواه از عدم آن لازم آید (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک: وحدتی شبیری، ۲۵۲ به بعد؛ داماد، ۱۶۷).

ادله دیات، دلالت بر نفی هزینه‌های اضافی خواهد داشت؛ زیرا دلالت می‌کند که به غیر از جریمه دیه، مبلغ دیگری تحت هیچ عنوان قابل مطالبه نیست. این بحث از آن نظر مفید است که درجه دلالت اطلاق مقامی به اندازه دلالت لفظی نیست.

ب) رابطه منطقی بین اطلاق و تقیید، رابطه سلب و ایجاب نیست. مطلق و مقید دو تقيض یکدیگر مثل وجود و عدم نیستند؛ زیرا دو امر متناقض نه قابل اجتماع‌اند و نه قابل ارتفاع. مثلاً ماهیتی را که به تصور خود می‌کشیم، در جهان خارج، یا موجود است و یا معدوم. مصداقی از حیوان را در نظر می‌گیریم. این حیوان (مثلاً گربه) در بیرون یا وجود دارد یا ندارد. فقط یکی از دو حال قابل تصور است و نمی‌تواند هم موجود باشد و هم معدوم، چنان‌که نمی‌تواند در خارج نه موجود باشد و نه معدوم.

در حالی که رابطه مطلق و مقید چنین نیست. درست است که یک سخن نمی‌تواند نسبت به یک قید، هم مطلق باشد و هم مقید؛ ولی می‌تواند نه مطلق باشد و نه مقید. مثلاً اوامر شرعی نسبت به انقسامات ثانویه که در مرتبه‌ای بعد از وجود امر، تحقق می‌یابند، نه مطلق‌اند و نه مقید. چنان‌که در مورد قصد تقرب و علم به امر، علمای اصولی چنین اعتقاد دارند که اوامر، نسبت به چنین مواردی اطلاق ندارند؛ زیرا تقیید آنها امکان‌پذیر نیست و شارع نمی‌تواند در امر نخستین خویش، قصد امثال یا علم به آن امر را قید کند؛ چرا که امثال امر یا دانستن آن، مرحله‌ای بعد از تحقق امر اولیه است.<sup>۱</sup>

به هر حال، این سخن در مورد انقسامات ثانویه، به شرحی که گذشت درست باشد یا نباشد، اصل ادعا پذیرفته است و رابطه بین اطلاق و تقیید، رابطه سلب و ایجاب نیست. البته در اینکه رابطه منطقی بین آنها چیست، اختلاف نظر است: برخی رابطه آنها را عدم و ملکه و برخی دیگر رابطه تضاد دانسته‌اند.<sup>۲</sup> ولی در مدعای ما تعیین

۱. ر.ک: نائینی، *فوائد الاصول* ۵۷۳/۲.

۲. اگر اطلاق و تقیید، دو امر وجودی باشند، رابطه تضاد و اگر یکی وجودی و دیگری عدمی باشد، رابطه عدم و ملکه است. محقق نائینی عقیده دارد در جایی که اطلاق و تقیید، هر دو امکان‌پذیر است، سخن اگر مقید نباشد مطلق است؛ زیرا اگر از مقدمات حکمت اطلاق استفاده شود، در حقیقت مدلول لفظ نیست، بلکه عین نبود قید است و آن یک امر عدمی است (ر.ک: نائینی، همانجا).

دقیق رابطه منطقی، دخالتی ندارد و بنابر هر دو دیدگاه، اطلاق و تقييد در جایی قابل تحقق است که قابلیت هر دو را داشته باشد. در غیر این صورت، نه اطلاق قابل استفاده است و نه تقييد؛ چنان که فقیهان بدین نکته تصریح کرده‌اند.<sup>۱</sup> از این نکته در باب امکان یا عدم امکان استناد به روایات مربوط به دیه برای عدم ضمان نسبت به خسارت مازاد بر دیه، استفاده خواهیم کرد.

ج) نکته سوم اینکه پیشوایان دین ما، که درود پروردگار بر آنها باد، همیشه به مقتضای حال سخن می‌گفتند و اوضاع روز را مورد توجه قرار می‌دادند. پاسخهای آنان، بستگی داشت به اینکه پرسنده کدامین فرض را بپرسد و ماجرای او چه باشد. این گونه نبود که مثلاً امام صادق علیه السلام در پاسخ به سؤالی درباره قطع دست یک شخص، فرضی را که هزار سال بعد رخ می‌دهد، مد نظر قرار دهند. اصولاً این گونه پاسخ از روش متعارف به دور است و چه بسا تعجب و تمسخر شنونده را نیز در پی داشته باشد. امامان معصوم نیز در بیان احکام، روشی جز سیره متعارف نداشته‌اند.

د) نکته چهارم اینکه هزینه علاج به طور متعارف در زمان نزول آیات و صدور روایات مربوط به دیه، به مراتب کمتر از هزینه معالجه در زمان ما بود و مثل زمان ما بیمارستان و تخت‌خواب و نوار مغزی و رادیوگرافی وجود نداشت. اکنون اگر امام مثلاً چنین می‌فرمود: «دیه قطع دست عبارت است از نصف دیه کامله مگر اینکه ۵۰ شتر، کفاف هزینه علاج ناشی از جراحی را ندهد»، شنندگان چه بازتابی داشتند؟! آیا این سخن، موجبات تعجب و تمسخر آنان را فراهم نمی‌ساخت؟ بی‌شک جواب مثبت است و بدین ترتیب، ادله دیات با توجه به اوضاع و احوال خاص عصر تشریح، قابلیت تقييد را ندارد. درست مثل اینکه کسی جلوی دهان امام علیه السلام را بگیرد و اجازه ندهد که امام تمام مراد خویش را بیان دارند. آیا به واقع در چنین اوضاع و احوالی می‌توان، اطلاق سخن را بر عهده امام گذاشت؟

۱. محقق نائینی در عبارات خویش بعد از بیان دو مسلک تضاد و عدم ملکه می‌گوید: «و علی کلا المسلکین لابد أن یردا علی المحل القابل لهما و یمکن حینئذ ارتفاعهما بانتفاء المحل القابل».

به عبارت دیگر، یکی از مقدمات حکمت، این است که گوینده در مقام بیان باشد و درست است که در موارد تردید، اصل عقلایی اقتضا می‌کند که گوینده را در مقام بیان فرض کنیم<sup>۱</sup>، ولی تفاوت زمان ما با زمان پیشوایان معصوم علیهم السلام، اصل عقلایی یاد شده را درهم می‌شکند و امکان استناد به آن را منتفی می‌سازد. و به عبارت سوم می‌توان گفت وجود قدر متیقن در مقام تخاطب به گونه‌ای که باعث انصراف لفظ به قدر متیقن گردد، مانع از استدلال و استناد به اطلاق است<sup>۲</sup> و در موضوع بحث ما، چنین قدر متیقنی در کلام هست؛ زیرا وقتی مثلاً امام می‌فرماید: «بر جانی، نصف دیه کامله ثابت است»، ذهن مخاطبان به مصادیق رایج منصرف می‌گردد و هرگز تصور نمی‌کنند که زمانی بیاید و مبلغ مقطوع دیه، کفاف هزینه علاج جراحت را ندهد.

و بدین ترتیب، نمی‌توان احراز کرد که در متون دینی مربوط به دیات، اعم از آیات و روایات، گوینده در مقام بیان تمام قیودی است که در متعلق حکم و موضوع واقعی آن دخالت داشته و می‌خواهد ضرب قاعده و قانون نماید. به ویژه اگر اطلاق ادله یاد شده، از نوع اطلاق مقامی باشد که در این صورت، اعتبار اطلاق لفظی را نخواهد داشت.

اکنون که امکان استناد به اطلاق ادله دیات منتفی شد، نوبت به عمومات قاعده لاضرر (بر فرض پذیرش دلالت آن بر ضمان و مسئولیت مدنی) و ادله قاعده تسبیب می‌رسد؛ زیرا اگر پذیرفتیم که هزینه علاج عرفاً ضرر و خسارتی است که بر مجنی‌علیه وارد شده و پذیرفتیم که هر گونه ضرر و خسارت مالی باید جبران شود، بنابراین واردکننده ضرر یاد شده موظف است خسارت زیان دیده را به طور کامل جبران نماید و تا جایی که ممکن است، وضعیت او را به حالت نخستین بازگرداند. از جمله خسارات، هزینه معالجه است که باید از سوی عامل زیان پرداخت گردد.

۱. ر.ک: نائینی، *فوائد الاصول* ۵۷۴.

۲. همان، ۵۷۵.

ممکن است اشکال شود که هزینه معالجه، اندازه معینی ندارد. چه بسا شخص اقدام به معالجه نکند و جراحی به تدریج بهبود یابد و چه بسا در یک بیمارستان خصوصی، آن هم در خارج از کشور، اقدام به معالجه کند و همین تنوع شیوه‌های برخورد با بیماری و چگونگی معالجه، ضمان ناشی از هزینه علاج را دچار تردید می‌سازد.

پاسخ روشن است. قاضی در چنین مواردی، تشخیص اندازه هزینه را بر عهده کارشناس می‌گذارد و کارشناس مربوط، میزان متعارف را با توجه به اوضاع و احوال معین ساخته و قاضی هم بر اساس آن، چنان‌که در موارد مشابه نیز چنین است، حکم می‌دهد.

البته ممکن است اشکال دیگری مطرح شود و آن اینکه بین هزینه علاج و عمل زیان‌بار جانی، رابطه سببیت مستقیم وجود ندارد؛ زیرا چه بسا مجنی‌علیه بتواند بدون اقدام به معالجه صبر کند تا جراحی، خود بهبودی بیابد. در پاسخ به این اشکال می‌گوییم: بحث در جایی است که ضرورت عرفی به معالجه وجود دارد. در غیر این صورت، پرداخت هزینه علاج بر جانی لازم نیست، بلکه همان مبلغ دیه را می‌پردازد. باید دانست در صورت ضرورت معالجه درست است که هزینه آن را مجنی‌علیه به اختیار خویش می‌پردازد، ولی به صرف این هزینه نیاز مبرم دارد و شرعاً بر او واجب است و چون شخص جانی است که او را در شرایط اضطراری مزبور قرار داده است، پس عرفاً رابطه سببیت بین عمل زیان‌بار و هزینه یادشده وجود دارد و جانی، «سبب» فرض می‌گردد.

## ۵-۲) خسارت از کار ماندگی

گاه وقوع جنایت باعث می‌شود مجنی‌علیه برای همیشه یا برای مدتی از کار بیافتد و نتواند سر کار خویش حاضر شود و در نتیجه از پرداخت نفقه و خرجی خانواده خود ناتوان گردد.



محروم شدن از کار نیز بر دو گونه است: گاهی مجنی علیه، کارگر یک کارخانه و در استخدام یا اجیر دیگری است و گاه اجیر دیگران نیست، بلکه در قالب شغل آزاد برای خویش کار می‌کند. در مسئولیت عامل جنایت نسبت به خسارت از کارمندی در قسم نخست جای تردید نیست؛ زیرا پس از انعقاد اجاره، منافع اجیر مال فعلی محسوب و از بین بردن آنها، اتلاف مال تلقی و ادله تسیب شامل آن می‌شود.<sup>۱</sup> چنان‌که اگر مجنی علیه، فرید بیکار و گوشه‌گیر بوده و اشتغالی از خود نداشته است، جایی برای تردید در عدم مسئولیت نیست و عامل جنایت را نمی‌توان به دلیل محرومیت قربانی از کار، ضامن پنداشت. به همین ترتیب، اگر کارگر هر روز، سر گذر می‌رفته و گاهی هم کاری به دست نمی‌آورده است، باز هم عامل جنایت، نسبت به پرداخت اجرة المثل او مسئولیتی ندارد؛ چرا که ضرر به اندازه اجرة المثل، ثابت نیست، ولی همین که فرصت به دست آوردن اشتغال را از کف داده است، می‌تواند از نظر عرفی ضرر به حساب آید، هر چند جبران آن، پرداخت اجرة المثل نیست. صورت قابل بحث جایی است که زیان‌دیده در اجاره دیگران نیست و به اصطلاح شغل آزاد دارد. این بحث در فقه و حقوق تحت عنوان «خسارت عدم النفع» مطرح می‌شود. چنان‌که برخی عقیده دارند از نظر عرفی تردیدی نیست که عنوان ضرر بر آن صدق می‌کند<sup>۲</sup>، ولی «اتلاف مال» بر آن صادق نیست و لذا، مشمول دلیل قاعده اتلاف و تسیب نمی‌گردد. البته عده‌ای در مسأله «حبس حرّ کسوب» که انسان آزادی را به زندان می‌افکنند و او را از

۱. شورای عالی قضایی در پاسخ به سؤالی در ارتباط با هزینه از کار افتادگی چنین اظهار نظر کرده است: «... اتلاف عمل و کار شخص حرّ و آزاد از نظر اسلام ضمان آور نمی‌باشد مگر در مواردی که عمل و منافع شخص حرّ، ملک کس دیگر باشد یعنی مستخدم و اجیر دیگری باشد. بنابراین، حاکم نمی‌تواند جانی را علاوه بر دیه مقدر شرعی بابت مخارج معالجات نیز محکوم نماید و همچنین محکوم نمودن وی بابت خسارات از کار افتادگی (منافع فائنه) مجوزی ندارد، الا در فرض فوق الاشعار (فرض اجیر بودن و مستخدم بودن مجنی علیه) که در این صورت، مالک عمل و کار، حق درخواست خسارات را از مسبب آن خواهد داشت»؛ پاسخ و سؤالات از شورای عالی قضایی (۳۳۷)، شماره ۳۰، ص ۱۹.

۲. نائینی، منیه الطالب ۱۹۹/۲؛ «یعد عرفاً عدم النفع بعد تمامیه المقتضی له من الضرر».

اشتغال خویش بازمی دارد، به حکم عقلا، قائل به ضمان شده‌اند.<sup>۱</sup> موضوع بحث ما حبس و زندان نیست و الغای خصوصیت از آن وابسته به این است که معیار حکم، محرومیت از کار باشد، خواه به دلیل وقوع جنایت از سوی عامل زیان و خواه حبس و زندان بر اثر طرح دعوی واهی نزد حاکم. به نظر می‌رسد که سیره عقلا بر ضمان در مسأله «حبس حرّ کسوب» خصوصیتی ندارد و از باب این است که در نظر آنان، هیچ خسارتی نباید جبران نشده باقی بماند.

از نگاه فقهی، کسانی که دلالت قاعده لاضرر بر ضمان مالی را پذیرفته اند،<sup>۲</sup> «اضرار» را سبب جداگانه برای مسئولیت در کنار اتلاف و تسبیب می‌دانند و چنان‌که قبلاً اشاره شد، بر محرومیت از کار، عنوان ضرر صادق است و بنابراین دیدگاه، نمی‌توان در ضمان جانی نسبت به خسارت از کارماندگی تردید کرد.

از نظر حقوقی نیز، ضمان عدم النفع در کشور ما فراز و نشیب داشته، در قانون مدنی به صراحت نیامده و در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مسئولیت مورد تصریح بوده است. در حال حاضر، با توجه به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹، خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست.

۱. خمینی، ۲۰/۱؛ عبارت ایشان چنین است: «ان الظاهر أن حبس الحرّ الكسوب موجب للضمان لدى العقلاء بخلاف غيره»؛ و مرحوم آیت الله خوئی نیز می‌نویسد: «نعم اذا كان الحرّ كسوباً و له عمل خاص يشتغل به كل يوم كالبنائیه و النجارة و غيرها، فان منعه عن ذلك موجب للضمان» (۴/۲).

۲. کسانی که دلالت حدیث لاضرر بر ضمان را پذیرفته‌اند در شیوه استدلال با یکدیگر تفاوت دارند. برخی می‌گویند: در عبارت لاضرر کلمه «غیر متدارک» در تقدیر است و پیامبر ضرری را نفی فرموده که بدون تدارک باقی بماند، و الا ضرر زدن به یکدیگر بین مردم فراوان است و نفی حقیقی آن معنا ندارد (فاضل تونی، ۱۹۳). برخی دیگر، مقصود از ضرر را «حکم ضرری» می‌دانند، ولی عقیده دارند که اگر در جایی از نبود حکم، ضرر لازم آید به مقتضای قاعده لاضرر، آن حکم ثابت می‌گردد و به اصطلاح شأن حدیث لاضرر هم رفع حکم است و هم وضع حکم (مراغی، ۳۱۹/۱). برخی هم معتقدند که «لا» در حدیث لاضرر، نفی است به معنای نهی؛ مثل اینکه آموزگار می‌گوید: «در کلاس من تنبلی نیست»؛ یعنی تنبلی ممنوع است. بنابراین، پیامبر از ایراد زیان، نهی و آن را حرام و ممنوع اعلام می‌کند، ولی لازمه عقلی منع از ایراد خسارت آن است که اگر خسارتی وارد شد، حکم به جبران خسارت داده شود. (سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۰۲؛ حاشیه وحید بهبهانی بر مجمع الفائدة و البرهان، ص ۶۱۴؛ شهید مدرس، الرسائل الفقهیه، ص ۱۱۰)

### ۵-۳) خسارت معنوی

دسته‌ای از خسارات ناشی از ایراد جنایت، خسارات معنوی است که بر قربانی یا مجنی علیه وارد می‌شود. به برخی از مصادیق خسارت معنوی در بحث‌های گذشته اشاره شد. مقصود از خسارت معنوی، آسیبهای روحی و روانی، درد و رنج یا زیان به آبروی اشخاص است که به طور محسوس و مادی در بیرون قابل احساس و درک نیست. همان‌گونه که در برخی منابع فقهی آمده در صدق عنوان «ضرر» و خسارت بر آسیب معنوی، جای تردید نیست. چنان‌که بر اهتمام شارع مقدس نسبت به جلوگیری از زیانهای معنوی جای شبهه نیست. قلب مؤمن عرش الهی است (لا یسعی ارضی و لا سمائی و لکن یسعی قلب عبدی المؤمن). شأن صدور روایت در حدیث لاضرر، خسارت معنوی بود که از سوی سمره بن جندب بر انصاری و خانواده او وارد می‌آمد. برخورد شدید کیفری در حقوق اسلامی با کسی که نسبت ناروا به دیگری داده تا حدودی که در مبحث حدّ قذف بدان اشاره شده است، نشانه اهمیت شارع مقدس به حفظ آبروی شهروندان و جلوگیری از ایراد خسارت معنوی یا جبران آن است. در حرمت اضرار معنوی جای شک نیست، ولی در تقویم و اندازه‌گیری بهای آن، به صورتی که امروزه در حقوق غرب، مطرح و مورد عمل است جای تردید و تأمل دارد، زیرا خسارت معنوی، قابل اندازه‌گیری با پول نیست و از طرف دیگر، دامنه خسارت دیدگان در خسارت معنوی نامحدود است. ای بسا رهگذری از دیدن سانحه تصادف، رنج روحی فراوان کشیده، در حالی که هیچ رابطه خویشاوندی با کشته شدگان ندارد و لذا، نمی‌توان برای او امکان مطالبه خسارت قائل شد. بنابراین، بر حاکم اسلامی است که شیوه‌های جبران خسارت معنوی و قلمرو آن را مشخص سازد تا حریم روحی افراد و حیثیت آنان محفوظ بماند.

## نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از مطالب گذشته موارد زیر به دست آمد:

- ۱ - دیه از نهادهای حقوقی در نظام حقوقی اسلام است که نمی‌توان آن را الزاماً در زمره نهادهای حقوق کیفری و مجازات دانست.
- ۲ - دیه علاوه بر مجازات عامل جنایت، راهی برای جبران خسارات وارده به مجنی علیه، یعنی قربانی جنایت است.
- ۳ - در زمان حاضر مبلغ مقطوع دیه ممکن است همه خسارات وارده به مجنی علیه را تحت پوشش نگیرد. این خسارات می‌تواند هزینه‌های معالجه، آسیبهای روحی و خسارت از کار ماندگی باشد.
- ۴ - بر اساس قواعد اصیل فقهی، می‌توان خسارات مازاد بر دیه را حداقل در قسمتی از آن، قابل مطالبه دانست.
- ۵ - هزینه متعارف برای معالجه، به شرط اینکه دیه مقدر کفاف آن را ندهد، از جمله خسارات قابل مطالبه است؛ زیرا مشمول قواعد عمومی مسئولیت بوده و ادله دیات نمی‌تواند آنها را مقید کند.
- ۶ - برای اثبات قابل مطالبه بودن هزینه علاج و مانع نبودن ادله دیات، می‌توان به راههای گوناگون استناد کرد.
- ۷ - به قانون‌گذار پیشنهاد می‌کنیم: اولاً وضعیت خسارت زائد بر دیه را در قوانین ماهوی همچون قانون مجازات اسلامی مشخص نموده و قضات شریف را از سردرگمی‌های بیهوده نجات دهیم. ثانیاً هزینه علاج و از کار ماندگی را (با حدود و ثغور خویش) قابل مطالبه دانسته و شیوه‌های جبران خسارت معنوی را در قانون تعیین نماید.

## منابع

ادریس، عوض احمد؛ *الدیة بین العقوبة و التعویض*، بیروت، دار مکتبة الهلال، ۱۹۸۶م.  
 بهبهانی، وحید؛ *حاشیه بر مجمع الفائدة و البرهان*، قم، کنگره بزرگداشت مقدس

اردبیلی، ۱۴۱۷ق.

پرسش و پاسخ از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، تهران، دادگستری جمهوری اسلامی.

حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البیت لإحياء التراث، ۱۴۱۲ق.

خمینی، روح‌الله؛ *البیع*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

خویی، ابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهه*، قم، مؤسسه انصاریان، بی‌تا.

نائینی، محمد حسین؛ *منیة الطالب* (تقریرات به قلم موسی خوانساری)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱ق.

محقق داماد، مصطفی؛ *قواعد فقه، بخش مدنی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ش.

ساریخانی، عادل؛ *حقوق جزای عمومی اسلام*، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۲ش.

شفیعی سروستانی؛ ابراهیم و همکاران، *قانون دیات و مقتضیات زمان*، قم، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، ۱۳۷۶ش.

طباطبایی، علی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۴ق.

فاضل تونی، عبدالله؛ *الوافیة فی اصول الفقه*، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲ق.

نائینی، محمد حسین؛ *فوائد الاصول* (تقریرات به قلم محمد علی کاظمینی)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ق.

مدرّس، حسن؛ *الرسائل الفقهیه*، تهران، ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸ق.

مرعشی، محمدحسن؛ *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۳ش.

مراغی، میرفتاح؛ *العناوین*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.

معاونت آموزش قوه قضائیه، نرم افزار گنجینه آرای فقهی قضایی ۲.  
وحدتی شبیری، حسن؛ *مبانی مسئولیت مدنی قراردادی*، قم، نشر پژوهشگاه علوم و  
فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ ش.

After the victory of the Islamic Revolution and the attempts of the Islamic Republic's officials to legalize the Islamic juridical institutions, some issues were set forth that were unprecedented in jurisprudence. To respond to these issues, the contemporary jurists made great efforts to present responses to the state's legislators and judicial system. These responses have not been the same in all cases and are likely to be legally divided upon. Among the issues in question is what is known as "damage surplus to blood money (*diya*)", which, although some discussions and religious inquiries (*istiftā's*) have been made about them, some of their aspects are still ambiguous and remain to be explored into by researchers. The present paper addresses the basis and realm of damage surplus to the amount of blood money paid, in which, besides the judicial nature of blood money, different viewpoints concerning this issue are studied and various referents of damage surplus to blood money from the legal and judicial point of view are evaluated.

**Keywords:** blood money (*diya*), damage, damage surplus to blood money, civil responsibility.

mentioned in such traditions as *k'al mīl fī al-mikhāla* (like a kohl stick in the kohl jar) or *k'al rishā' fī al-bi'r* (like a rope in the well), have maintained the topicality of these conditions in stipulations, regarding as insufficient the vision lacking the above-mentioned mode in testimony. The writer considers the renowned view under the first precondition as contrary to precaution and considers its acceptance in the second precondition as causing the suspension of legal punishment (*ḥudūd*). With justification of the traditions concerning stipulating connection of testimonies and contrary to the renowned view, he conceives it as its conventional connections and also conceives the conditions mentioned in some traditions as the vision of concomitant preliminaries denoting adultery. Without causing abandonment of the traditions, these two predications are both compatible with the principle of caution concerning *furūj* and *dimā'* and not necessitating the suspension of legal punishment.

**Keywords:** oral testimony (*bayyina*), adultery, vision, connection of testimony.

## The Basis and Realm of the Damage Surplus to Blood Money

Sayyid Ḥasan Vaḥdatī Shubayrī, Assistant Professor  
Qum University



The Holy Lawmaker's predilection concerning "private parts (*furūj*) and blood (*dimā*)" is a subject clearly obvious to any jurisprudence researcher. This predilection has prompted the Holy Lawmaker to proceed to devise "special preconditions" besides "general preconditions of validity in oral testimonies" such as justice, multiplicity, and honesty of the witnesses in such instances as "testimony about adultery." Included among them are instances like "stipulating agreement of witnesses", "stipulating connection of testimonies", or "stipulating vision in a specific way." However, the basic point in this issue is that the renowned majority of jurists, in dealing with the evidences of these preconditions that mainly include the traditions related about the subject, have given legal judgments (*fatwās*) according to the apparent meaning of the traditions. Furthermore, some of them have neglected the *ḥikma* (true reason) for devising these preconditions so that commitment to these legal judgments sometimes entail corrupt consequences, sometimes even contradicting the initial *ḥikma* of devising these preconditions, i.e. "precaution in *furūj* and *dimā*".

The present article has studied the two preconditions of "necessity of connection of testimonies" and "stipulating vision in a specific way" in testimonies about adultery. The renowned majority of jurists have conceived connection (*ittiṣāl*) by its physical meaning or, under the second preconditions and based on some conditions

action and the condition of greater loss for some of the partners. That is why it is necessary to reappraise and critically review the discursive principles of article 575 in order to better understand it. In this respect, through studying various legal and judicial dimensions of the issue in question and close examination of the principles presented by the jurists and legal experts, it can be concluded that there has been no barrier for approving the above-mentioned stipulations and that it behooves the legislator to provide for the possibility of predicting the stipulation of more benefit without its conflict with action and the possibility of stipulating greater loss.

**Keywords:** civil partnership, trading company, benefit, loss, stipulation, contract.

### **Delving into some “Special Preconditions of Testimony about Adultery”**

**(Stipulating Connection of Testimonies and Stipulating Vision in  
a Specific Way)**

**Dr. Muḥammad Muḥsinī Dihkalānī**, Assistant Professor  
Mazandaran University

**Dr. Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshān**, Assistant Professor  
Ferdowsi University of Mashhad

**Dr. Muḥammad Ḥasan Hā’irī**, Associate Professor  
Ferdowsi University of Mashhad

the way of generic and specific proofs from the Qur'anic verses and traditions. In the end, some of the propounded misconceptions are responded to and the jurists' viewpoints about terror are touched upon.

**Keywords:** terrorism, *fatk*, *ighiyāl*, *irhāb*, *muḥāriba*.

### A Legal-Judicial Deliberation on the Article 575 of the Civil Law

Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān, Assistant Professor

Law Department, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sa'īd Muḥsinī, Assistant Professor

Law Department, Ferdowsi University of Mashhad

Although in principle the benefit and loss resulted from partnership is to be taken into consideration in private relationships proportionate to the parties' shares, prediction of stipulating more benefit or exempting all or part of the loss in the company's contracts, with respect to the existing necessities and the need for maximum participation, is a common practice. Whereas, the article 575 of the civil law apparently does not approve all these stipulations; rather, on the contrary, it signifies the invalidity of the condition of surplus benefit without extra

### Terror from the Jurisprudential Point of View

Dr. 'Abdulkarīm 'Abdullāhī Nijād, Associate Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

Ramaḍān 'Abbāspūr Muqaddam, Ph.D. Student of Jurisprudence  
and Fundamentals of Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

*T*errorism is among the phenomena that has nowadays basically received the attention of political trends, media, and the researchers in the fields of politics, jurisprudence, and law. On the other hand, many of the distortions and unduly accusations made against Islam and the Muslims are related to this phenomenon. Thus, legal study of terrorism and its exploration from the viewpoint of jurisprudence seems necessary for providing an appropriate response to the onslaught of the enemies of Islam.

This article, at first, addresses the semantics of the word terrorism in dictionaries of political sciences and re-examines the concepts synonym to it, such as: *fatk* (violent killing), *igh̄tiyāl* (assassination), and *irhāb* (terror) in the earlier and modern literature and distinction of these concepts from each other as well as the words related to this discussion such as: *baghy* (injustice), *muḥāriba* (waging war), and *jihād* (holy war). In the section on legal study, while explaining the subject and the distinction of different kinds of terror, it examines different types of terror by

and one of its exceptions is *yad al-amīn* (lit. trustworthy hand). The trustee is not accountable for the damage or destruction of the property entrusted to him so long as he has not committed any violation or negligence (*taqṣīr, tafriṭ*). This article is intended to answer the question as to whether the trustee is acquitted of the *ḍamān* in the state of negligence in case he would restore his trustworthiness in his undertaking by means of a legal repentance after perpetrating negligence. Given the trusting nature of some specific contracts, this notion takes on great importance, the fruits of which are stressed in the present research. In view of the functional aspect of this legal-judicial issue, it is attempted in this article to broach the three viewpoints of the Imāmī jurists and their arguments and by stating some of the legal propositions influential in *ḍamān* and *amāna* (trust), which are effective in solving the problem, critically review all the three arguments, and finally present the answer to the above-mentioned question in respect to the conventional dimension of the issue and the attitude of the intellectuals.

**Keywords:** trustee (*amīn*), violation and negligence, *ḍamān al-yad* (compensation for damage or loss to property held under trust), principle of entrustment (*istīmān*), fiduciary contracts, permission.

appears as peripheral. Influenced by diversified legal opinions in articles 355, 384, and 385 of civil law, the legislator has also expressed different rulings for violation of this condition; therefore, we see different comments among the legal experts and conflicting opinions in the judicial procedure. The remarkable point about the condition of quantity is the distinction of these three articles from each other and the application of the referents to them. This research tries to remove their ambiguity by means of delving into legal sources.

**Keywords:** condition of quality, condition of quantity, object of sale (*mubī'*), option of cancellation, surrender, violation of condition.

### **Legal Analysis of the Status of Trusted Person in the State of Abandonment of Negligence**

**Mahdī Sha'bānī**, Graduate in Jurisprudence and Fundamentals of  
Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

**Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī**, Associate Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

*F*rom the perspective of civil responsibility, the basic principle in domination over another's property is *ḍamān* (indemnification)

and its mingling with family rules and regulations is in fact regarded as a guarantee for its execution and with the help of such morally-oriented rights and duties, the family members may consolidate this sacred institution. To this end, some of the legal and judicial rulings such as the rights and duties of parents and children and the relationship governing spouses in the family are dealt with via a moral approach.

**Keywords:** family, morality, family rights, marriage.

### Condition of Quantity

(Legal and Judicial Analysis of Articles 355, 384, and 385 of  
Civil Law)

Dr. 'Abbāss Zirā'at, Associate Professor  
University of Kashan

Quality condition is one of the terms of contract that the guarantee against its violation is the emergence of the right to cancellation for the party in whose favor a condition is set. Sometimes the quantity (*miqdār*) of the object of transaction is stipulated within a contract as its quality (*ṣifat*), but the guarantee for its execution in all instances is not the right to cancellation, because the quantity is a quality that is sometimes essential and regarded as part of the subject of the contract and sometimes

**Keywords:** guardianship, *‘aḍl*, grown-up virgin, equality in marriage (*kifā’at*), lapse of guardianship, absence [of *walī*].

## An Introduction to the Status of Morality in Marriage and Family Rights

Dr. Muḥammad Mahdī Zārī’ī, Assistant Professor  
Mazanderan University

Throughout history, family institution has undergone various vicissitudes and confronted numerous anomalies and difficulties, especially in educational and moral dimensions. The pinnacle of moral and educational unruliness in this institution is traced back to the pre-Islamic era (pagan period). Nevertheless, in contemporary era, this sacred institution has undergone shocking alterations, which is traceable in morality realm. This article addresses the moral dimension of family rights and responsibilities in Islam. In this respect, the Islamic viewpoint concerning immoral patterns of marriage and family in pre-Islamic and contemporary eras is explicated and the rights and duties governing the Islamic family are introduced with an emphasis on ethical purposes. It is, furthermore, proved that despite the existence of some misconceptions, the establishment of morality



To prevent the consequences of inexperience and prevalence of fervor resulting from emotions and sentiments in a young girl who is unfamiliar with marital affairs, the legislator has deemed as necessary the permission [for marriage] by the girl's father as the most compassionate person in recognition of her interests. However, this is a controversial issue in jurisprudence. The father and paternal grandfather have no authority over the marriage of the grown-up female who is divorced or non-virgin (*thayyiba*); but there are some views in case she is a grown-up virgin.

All the jurists who regard the guardian (*walī*)'s permission in marriage of the virgin girl as valid go on to say that the guardian's permission is valid only if the guardian does not refrain from giving permission without an excused reason. However, if the guardian refuses to give permission despite the existence of a competent suitor and the girl's willingness, in that case the validity of his permission is voided. Nevertheless, if the guardian prohibits the girl from getting married to someone incompatible or equal to her (in marriage), this prohibition is called '*aḍl*'. In this paper, following the conceptology of the terms and through a comparative study of the Imāmī and Sunni schools, we will examine the term '*aḍl*' as the most important instance of the lapse of authority (*wilāya*) of the guardian in the marriage of a grown-up virgin. In conclusion, we will critically review the viewpoint of the Iranian law in this respect.

practical principle; however, further research into the evidences for the validity of *istiṣhāb* indicate the verity of the theory of *istiṣhāb* as being *amāra* (indication leading to speculative evidence). Intellect, the attitude of the intellectuals, and traditions all denote the inclusion of the initiality (*kāshifiyyat*) aspect in the validity of *istiṣhāb*. Lack of devotional tendencies in the methods of the intellectuals, the *istiṣhāb* as being *amāra* in the viewpoints of the jurists preceding Waḥīd Bihbahānī, and the necessity of realistic viewpoints in jurisprudence, all confirm this theory. The validity of legal outcomes resulting from the intellectual and normal requirements of *mustaṣḥab* (i.e. the object of *istiṣhāb*) as well as the advisability of substituting *istiṣhāb* with knowledge is among the most important outcomes of (the theory of) *istiṣhāb* as being *amāra*.

**Keywords:** *istiṣhāb*, practical principle, *amāra*, the attitude of the intellectuals, establishing (*muthbit*) principle.

### A Juridical-Legal Inquiry into ‘*Adl*’ in the Marriage of the Grown-up Virgin

Dr. ‘Alī Akbar Īzādīfard, Professor

Faculty of Law and Political Sciences, Private Law Department,  
Mazanderan University

Ḥusayn Kāviyānī, M.A. in Private Law

Faculty of Law and Political Sciences, Mazanderan University

## ABSTRACTS

### **The Theory of *Istiṣhāb* as being *Amāra* and its Legal and Doctrinal Outcomes**

**Akbr Aḥmadī**, Faculty Member

Islamic Azad University

**Sayyid Muḥammad Riḍā Imām**, Associate Professor

Tehran University

**O**ne of the most functional reasons in the methodology of Islamic principles and jurisprudence as well as law is *istiṣhāb* (presumption of continuity). *Istiṣhāb* is judgment on the continuity of what has existed in the past. Most of the legal theoreticians, after Waḥīd Bihbahānī, believe that *istiṣhāb* is a

## Table of Contents

<b>The Theory of <i>Istiṣhāb</i> as being <i>Amāra</i> and its Legal and Doctrinal Outcomes</b>	9
Akbr Aḥmadī- Dr.Sayyid Muḥammad Riḍā Imām	
<b>A Juridical-Legal Inquiry into '<i>Aḍl</i> in the Marriage of the Grown-up Virgin</b>	35
Dr. 'Alī Akbar Īzadīfard - Ḥusayn Kāviyānī	
<b>An Introduction to the Status of Morality in Marriage and Family Rights</b>	69
Dr. Muḥammad Mahdī Zārī'ī	
<b>Legal and Judicial Analysis of Articles 355, 384, and 385 of Civil Law</b>	97
Dr. 'Abbāss Zirā'at	
<b>Legal Analysis of the Status of Trusted Person in the State of Abandonment of Negligence</b>	125
Mahdī Sha'bānī - Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī	
<b>Terror from the Jurisprudential Point of View</b>	153
Dr. 'Abdulkarīm 'Abdullāhī Nijād - Ramaḍān 'Abbāspūr Muqaddam	
<b>A Legal-Judicial Deliberation on the Article 575 of the Civil Law</b>	185
Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān - Dr. Sa'īd Muḥsinī	
<b>Delving into some "Special Preconditions of Testimony about Adultery" (Stipulating Connection of Testimonies and Stipulating Vision in a Specific Way)</b>	217
Dr. Muḥammad Muḥsinī Dīhkalānī - Dr. Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshān-Dr. Muḥammad Ḥasan Hā'irī	
<b>The Basis and Realm of the Damage Surplus to Blood Money</b>	247
Sayyid Ḥasan Vaḥdatī Shubayrī	
<b>Abstracts of the Papers in English Language</b>	280



*In the Name of Allah*



## Islamic Studies

A Quarterly Reesearch Journal of  
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 87/1, Autumn & Winter 2011-2012

ISSN 1010-4992

### License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

**Editor in Chief:** Dr. M.T. Fakhla'i

### Editorial Board

**Dr. A. A. Īzādīfard**

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

**Dr. Ā. Baqirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,  
Tehrān Univ

**Dr. M. H. Hā'irī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. H. Sābirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. M.T. Fakhla'i**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād**

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

**Dr. H. Mihrpūr**

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

**Dr. H. Nāsirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### Translation of Abstracts

A. Rezwani

**Printing & Binding:** Ferdowsi University  
Press

**Circulation:** 500

**Price:** Rs 8000

### Address:

Faculty of Theology  
University Campus  
Azadi Sq.  
Mashhad – Iran

**Post Code:** 9177948955

**Tel:** (+98511) 8834909

**Fax:** (+98511) 8834909



ISSN 2008-9139

**ISLAMIC STUDIES**

# **Islamic Jurisprudence & Its Principles**

The Research Journal  
of the Faculty of Theology and Islamic Studies  
Issue 87.1, Autumn & Winter 2011-2012