



فصلنامه علمی - پژوهشی

فقر و اصول

(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

سال ۴۹، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰، پاییز ۱۳۹۶



جایگاه ارش البکاره، مهرالمثل و خسارت معنوی در زنای مطاوعی از منظر فقه با رویکرد نقد قانون مجازات

اسلامی ۹۲/ رضا آوان - دکتر عباسعلی سلطانی

تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران / دکتر محمدمهدی الشریف - رضا قاسمی

نقد و تحلیل ادله انسداد و انفتاح باب اجتهاد / عبدالسلام امامی - دکتر حسین صابری - دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

بررسی فقهی حقوقی مجوزهای اجباری بهره برداری از حق اختراع / دکتر مصطفی بختیاروند

نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح / دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر محمد حسن حائری - دکتر محمد تقی فخلعی

تحلیل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن / دکتر محمد عرب صالحی

بررسی فقهی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين در حقوق بین الملل خصوصی

حسین قافی - دکتر سید حسن وحدتی شبیری



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال ۴۹ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۱۰ - پاییز ۱۳۹۶

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: احمد رضوانی

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

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 رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت 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.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۷۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود 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 داوری‌ها 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.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان 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 موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) 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.

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؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)

۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)

۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.

۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.

۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) 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- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـُ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیهٔ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ غرضه / غرضه؛ حرف / حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. روح ا... آخوندی (استادیار دانشگاه پیام نور)
۲. احمد احمدپور (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۴. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۵. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۶. دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۷. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)
۸. دکتر علی خیاط (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۹. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سیدجعفر علوی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۱۳. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی)
۱۵. سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۶. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۷. دکتر محسن ملک افضلی (دانشیار دانشگاه قم)
۱۸. آیه الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۹. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	جایگاه ارش البکاره، مهرالمثل و خسارت معنوی در زنای مطاوعی از منظر فقه با رویکرد نقد قانون مجازات اسلامی ۹۲ رضا آوان - دکتر عباسعلی سلطانی
۳۱	تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران دکتر محمدمهدی الشریف - رضا قاسمی
۵۱	نقد و تحلیل ادله انسداد و انفتاح باب اجتهاد عبدالسلام امامی - دکتر حسین صابری - دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان
۷۹	بررسی فقهی حقوقی مجوزهای اجباری بهره برداری از حق اختراع دکتر مصطفی بختیاروند
۹۵	نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر محمد حسن حائری - دکتر محمد تقی فخلعی
۱۱۳	تحلیل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن دکتر محمد عرب صالحی
۱۳۳	بررسی فقهی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين در حقوق بین الملل خصوصی حسین قافی - دکتر سید حسن وحدتی شبیری
۱۶۲	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۹-۳۰

جایگاه ارش البکاره، مهرالمثل و خسارت معنوی در زنای مطاوعی از منظر فقه با رویکرد نقد قانون مجازات اسلامی ۹۲*

رضا آوان^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (پردیس بین الملل)

Email: reza-avan21@yahoo.com

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@ferdwosi.um.ac.ir

چکیده

ارش البکاره و مهرالمثل یکی از راه‌های جبران خسارت زنان بزه دیده در فقه و مقررات اسلامی کشور است. در این باره وجود تعارض فتاوی فقهی باعث شده معضلات بسیاری در جامعه از قبیل تعارض در قوانین و ایجاد بستر سوء استفاده زنان زناکار، به بار آید. با نگاه دقیق در متون فقهی ریشه اصلی همه تعارضات در گرو حل دو پرسش است: ۱- آیا ارش البکاره داخل در مهرالمثل است یا ماهیتی جدا از آن دارد؟ ۲- در زنای مطاوعی آیا زن به دلیل ازاله بکارت حق مطالبه ارش البکاره را دارد؟ در پاسخ به این دو پرسش، تعارضات بسیاری در متون فقهی به چشم می‌خورد. این اختلاف به مقررات نیز سرایت کرده و قوانین کشور از جمله قانون مجازات اسلامی ۹۲ به ابهامات و تعارضات زیادی دچار شده، به گونه‌ای که منجر به صدور احکام متعارضی در دادگاه‌های کشور گشته است. در این مقاله با بررسی استدلال‌های فقهی - حقوقی این نتیجه به دست آمده که مهرالمثل داخل در ارش البکاره است و در زنای مطاوعی در صورت ازاله بکارت، مطابق دیدگاهی که در این مقاله ارائه و تقویت گردیده است، نه مهر المثل و نه ارش البکاره هیچ یک قابل مطالبه نیستند. در خصوص امکان مطالبه خسارت معنوی علاوه بر مهرالمثل و ارش البکاره نیز با توجه به مبانی فقهی این نتیجه به دست آمده که مطالبه خسارت معنوی و جاهت شرعی ندارد.

کلید واژه ها: ارش البکاره، مهرالمثل، زنای مطاوعی، قانون مجازات اسلامی ۹۲.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۰/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۶.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.42907

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

همواره خسارات در علم فقه و حقوق موضوع بررسی است و راه جبران آن یکی از دغدغه‌های ذهن فقهاء و حقوق‌دانان است. از جمله این خسارات که موجب لطمه روحی و جسمی است، ازاله بکارت می‌باشد. ازاله بکارت ممکن است دلایل مختلفی داشته باشد و هرگاه مستند به رفتار دیگری باشد باید جبران خسارت گردد. راه‌های موجود برای جبران خسارت ازاله بکارت که در فقه و قوانین پیش بینی شده، مهرالمثل و ارش البکاره است.

تفسیرها و برداشت‌های ارائه شده از ارش البکاره در نظام فقهی، تقنینی و رویه‌های عملی نهادهای قضایی، گوناگون و در موارد بسیاری متعارض است. این تعارض و تشتت که منشاء آن منابع و فتاوی فقهی می‌باشد در زیر شاخه‌های تقنینی و قضایی کاملاً انعکاس یافته است. در این باره در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مستند صریح قانونی وجود نداشت و مستفاد از مواد ۳۶۷ و ۴۸۱ و ۴۹۵ این قانون در مورد جراحات وارد بر غیر از ناحیه سر و صورت که دیه معین ندارد حسب مورد به تعیین ارش البکاره اقدام می‌شد. اما در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی متوجه اهمیت موضوع شده و مقررات از شفافیت بیشتری برخوردار گردید و قانون‌گذار صریحاً مبحث ۱۳ از فصل دیات را به ازاله بکارت و جبران خسارت آن اختصاص داد. اما علی‌رغم این اقدام، در کمال تعجب قانون‌گذار ابهامات موجود در روایات و آراء فقهاء را به مقررات قانون جدید نیز تسری داده و موجب باقی ماندن شبهات در خصوص تعلق ارش البکاره در زنای مطاوعی و تمیز آن از مهرالمثل گردیده است. متأسفانه اختلاف فتوای ولی فقیه فعلی یعنی مقام معظم رهبری با ولی فقیه سابق یعنی امام خمینی موضوع را پیچیده‌تر کرده است. دو پرسش در فقه امامیه که منشاء این اختلافات است و معضل سوء استفاده به دلیل بی‌پاسخ ماندن آن همچنان باز می‌باشد بدین قرار است ۱- آیا ارش البکاره داخل در مهرالمثل است یا ماهیتی جدا از آن دارد؟ ۲- در زنای مطاوعی آیا زن به دلیل ازاله بکارت حق مطالبه ارش البکاره را دارد؟

در نصوص قانونی به وضوح شبهات فقهی مذکور تسوی یافته‌اند و در مورد شبهه اول در تبصره ۱ ماده ۶۵۸ قانون مجازات عبارت «چیزی ثابت نیست» نمود یافته و همچنان جای تفسیرهای متفاوت را باز گذاشته است. به موجب این تبصره «هرگاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت انجام گرفته باشد چیزی ثابت نیست.» پرسشی که پیش می‌آید این است که آیا منظور قانون‌گذار عام است و شامل تمامی عناوین مهرالمثل، ارش البکاره و خسارت معنوی می‌گردد یا اینکه با توجه به ظاهر صدر ماده تنها مشمول مهرالمثل می‌شود و ارش البکاره را شامل نمی‌شود؟ در شبه دوم نیز ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی با الفاظی دوسویه می‌تواند حاوی هر دو احتمال تعلق حقوق مالی به زانیه مطاوعه و بالعکس باشد همچنین نص این

ماده با ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعارض دارد چرا که در ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی خسارات معنوی مورد تصریح قرار داده در حالی که در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی، با اشاره به مهرالمثل و ارش البکاره، مطالبه خسارت معنوی مطرح نشده است.

در این مقاله با بررسی آراء فقهاء و استدلالات فقهی از جمله قاعده «لامهر لبغی»، اقدام و... سعی خواهیم کرد به ترتیب به این سؤالات پاسخ مقتضی داده تا هم نظر غالب فقهی مشخص شود و هم به کمک آن شبهات و تعارضات قانونی متأثر از نظرات فقهاء حل شود. این نوشتار در سه بخش تنظیم و نگارش شده. در بخش اول در اثبات نظرات نگارندگان ابتدا باید منظور از ارش البکاره، عضو بودن یا وصف بودن بکارت، ازاله بکارت و رضایت به زنا را به درستی مشخص گردد. سپس در بخش دوم، با بررسی آراء فقهی نخست مشخص می‌کنیم ارش البکاره داخل در مهرالمثل است یا جدای از آن و شبهات قانونی موجود را در این خصوص برطرف می‌کنیم، در ادامه در بخش سوم رضایت و تأثیر آن را در حقوق الناس زانیه مطاوعه در فقه و قانون کاملاً واکاوی خواهیم کرد و یک به یک مواردی که مرجع اختلاف شدید و صدور احکام متفاوت شده است اعم از ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی، ۲۳۱ و ۶۵۸ قانون مجازات ۱۳۹۲ و تبصره آن را حل و فصل می‌کنیم و در نهایت به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

کلیات

با توجه به عنوان و همچنین طرح مباحث، استدلال و رفع شبهات و تعارضات لازم است ابتدا مفاهیم اصلی تشریح گردد تا در ادامه کار منظور نگارندگان برای خواننده کاملاً مفهوم و روشن گردد. در این خصوص عبارتی چون «ارش و ارش البکاره»، «ازاله بکارت» لازم به توضیح می‌باشند. در ادامه به طور خلاصه به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

۱. ماهیت ارش و ارش البکاره

واژه ارش به معنی نزاع، اختلاف (انصاری و طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ۱/ ۱۸۶) و در فقه جزایی امامیه به معنای دیه جراحت «الارش دية الجراحة» آمده است (فراهیدی، ۶/ ۱۱۶؛ جوهری، ۲/ ۹۹۵) از این تعبیر دانسته می‌شود که بر دیه نفس ارش اطلاق نمی‌شود، البته برای جزئیات تعریف ارش اختلافات زیادی در بین فقهاء وجود دارد (خاوری و همکاران، ۵۶).

به لحاظ ماهیت، ارش غیر از دیه نمی‌باشد. منتها رویه فقهاء به این صورت است که برای دیه غیر مقدر واژه ارش بکار برده و واژه دیه برای دیه مقدر استعمال می‌شود. (احمد حاجی ده‌آبادی، ۳۵) در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در کتاب چهارم دیات (ماده ۴۴۸ به بعد) نیز از این نظر تبعیت شده

است. لذا به عنوان یک تعریف جامع و با توجه به سایر تعاریف می‌توان ارش را که به آن «ارش غیر مقدر» یا «ارش حکومت» یا «حکومت» می‌گویند با تکیه بر نصوص فقهی چنین تعریف کرد: «دیه غیر مقدر اعضاء و منافع که بسته به نوع جراحت و کیفیت جنایت توسط قاضی تعیین می‌شود». با توجه تعاریف مذکور ارش البکاره دیه ازاله پرده بکارت^۱ است که میزان آن در شرع معین نشده و دادگاه آن را با لحاظ نوع و آسیب پرده بکارت و تأثیر آن بر سلامت جسمی و روحی در مقایسه با دیه مقدر تعیین می‌کند.

۲. عضو بودن یا وصف بودن بکارت

در صورت عضو بودن بکارت فقهاء در بحث دیه قائل‌اند که، اگر عضو منفرد باشد دیه کامل انسان را دارد مثل بینی و غیر آن و اگر آن عضو دو تا هست هر کدام از آن دو نصف دیه انسان را دارد. مثل چشم و گوش و غیر آن. و اگر آن اعضا بیشتر از دو تا باشند، دیه را بر مقدار آن‌ها تقسیم می‌کنیم مثل انگشت‌های دست و پا (صاحب جواهر، ۴۳/۲۵۳). اما در صورت وصف بودن بکارت محاسبه جراحت و آسیب وارده به گونه‌ای متفاوت است (العاملی، ۱۴/۳۷۸؛ شهید ثانی، ۳/۲۹۶؛ صاحب جواهر، ۲۳/۲۷۷). وصف؛ که عبارت است از هر چیزی که، باعث تمیز و تشخیص آن شیء می‌شود، و با اختلاف آن، قیمت و ارزش آن شیء فرق می‌کند. (تاروت، ۷۸) اگر وصف حسنه‌ای باشد قیمت حیوان را بالا می‌برد و اگر وصف قبیحی باشد قیمت آنرا پایین می‌آورد. مثل نوشتن، حیوان تربیت شده، یا چاقی مناسبی که قیمت را بالا می‌برد و اگر صفت قبیحی باشد مثل دزدی، سرکشی، عادت به فرار داشتن، سواری ندادن یا زیاد لاغر بودن که قیمت را پایین می‌آورد. همچنین از بین رفتن صفت حسنه قیمت را پایین می‌آورد. مثلاً اگر نوشتن و خواندن از یاد رفت قیمت را پایین می‌آورد.

به نظر نگارندگان با توجه به فایده تفکیک عضو یا وصف بودن بکارت جواب سؤال مذکور بدین صورت است: اگر پرده بکارت را عضو منفرد بدانیم، دیه کامل انسان را دارد. چون بنابر ضابطه مذکور، اعضای منفرد دیه کامل دارند. بنابر این ازاله بکارت هم باید دیه کاملی داشته باشد و در وقت عقد جدای از مهریه، دیه این عضو هم به گردن شوهر باشد. در حالی که نه در تنوری و نه در رویه قضایی بکارت را عضو محسوب نمی‌دارند و تاکنون چنین اتفاقی نیفتاده است که همراه مهریه بر عهده شوهر دیه بکارت هم گذاشته باشند و یا این که شوهر را موظف کرده باشند بعد دخول به زوجه خود دیه ازاله بکارت پرداخت نماید، ضمن اینکه فقهاء نیز بکارت را وصف کمال می‌دانند نه عضو (صاحب جواهر، ۲۳/۲۷۷؛ انصاری، ۵/۳۷۳) همچنین به لحاظ کارکردی بکارت، بود و نبود آن نقضی در سلامت را موجب نمی‌شود

۱. بکارت (یا دوشیزگی) به معنی پرده دختری داشتن است و از آن در فقه در باب‌های طهارت، نکاح، شهادت، حدود و دیات سخن رفته است. این پرده در دهانه مهبل در قسمت تحتانی دهلیز آن قرار دارد (گودرزی، ۶۲).

و گوشتی چسبیده به دهانه دستگاه تناسلی می باشد که وصف بکر و دختر بودن و عدم وقوع نزدیکی را در ذهن متبادر می کند لذا می توان نتیجه گرفت که بکارت از اعضایی نیست که دیه داشته باشد بلکه عضوی است که به عنوان صفت (وصف) حساب می شود و به همین دلیل است که می گویند ارش البکاره زیرا که ارش در مقابل صفت قرار می گیرد و دیه در مقابل عضو. اینکه در عبارت فقهاء «دیه» بکار نرفته بلکه عبارت «ارش» به کار رفته است، دلیل بر این است که بکارت جزء اعضای «دیه دار» نیست بلکه از اعضایی هست که وصف حساب می شود.

۳. ازاله بکارت (افتضاض)

با توجه به انواع بکارت در دختران باکره، باید منظور از پارگی نیز روشن گردد، البته در یکی از انواع پرده بکارت^۱ صرف دخول در پرده های نوع ارتجاعی نمی تواند باعث پارگی فیزیکی شود اما دچار شل شدگی و افتادگی ظاهری بکارت می شود که در بسیاری از موارد با معاینه دقیق داخل واژن که شیارها شکل اولیه خود را از دست می دهند قابل تشخیص است، (گودرزی، ۸۵) اما به نظر می رسد با از دست رفتن مقاومت و شل شدن پرده و زوال شکل ظاهری و اولیه پرده بکارت بتوان در صورت دخول لفظ ازاله را بر آن اطلاق نمود. چراکه در عرف ازاله بکارت را ازاله در اثر دخول می دانند.

در اینجا بحثی تخصصی و پزشکی قابل طرح است که همواره صرف از بین رفتن بکارت را نمی توان نشانه مدخوله بودن دانست، چرا که بدیهی است همواره بکارت به دلیل مقاربت از بین نرفته و به دلایلی چون ضرب دیدگی، پریدن از ارتفاع یا سوانح و تصادفات ازاله می شود. (گودرزی، ۸۰) در این موارد نیز در صورت دخول هر چند پرده ای در کار نیست تا ازاله شود، اما در صورت دخول جنسی پزشکان با بررسی چین های داخل واژن و تنگی و فراخ شدگی دهانه واژن لفظ از بین رفتن بکارت یا دوشیزگی را اطلاق نموده و دوشیزه نبودن دختر را گواهی می کنند (گودرزی، ۸۵-۸۷).

رابطه مهرالمثل و ارش البکاره

در فقه امامیه مراد از مهرالمثل، کابین امثال و اقربان و اقارب زوجه است و مراد از امثال زنانی است که از حیث جمال و بکارت و شرف و ثروت و عقل و ادب و حسن تدبیر در منزل بالاخره کلیه صفات و خصوصیات که در مقدار مهر تأثیر دارد نظیر و مانند او باشد (بحرانی، ۲۲۴/۴). در خصوص رابطه مهرالمثل و ارش البکاره و اینکه آیا مهرالمثل ارش البکاره را در خود دارد یا خیر شبهات بسیاری است. در یک استدلال با وجود مهرالمثل حکم به ارش بی معناست و در استدلالی دیگر می توان برای ارش ماهیتی

۱. پرده هلالی، حلقوی، ارتجاعی، کنگره دار

جدای از مهرالمثل دانست و حتی در مواردی که مهرالمثل ساقط است، ثبوت ارش ممکن می‌باشد. لذا در این مجال باید این رابطه را تبیین نمود. به همین خاطر ابتدا استدلال‌ها در رابطه با تفکیک یا تداخل ارش البکاره از مهرالمثل را مطرح می‌کنیم سپس موضع قانون را اشاره خواهیم کرد در نهایت در راستای رفع شبهات به انتخاب موضع فقهی خواهیم پرداخت و به تبع آن گره از تعارضات فقهی و قانونی خواهیم گشود.

تفکیک ارش البکاره از مهرالمثل: به موجب این استدلال تعدد سبب موجب تعدد مسبب می‌شود، لذا سبب مهرالمثل تفویض بضع و سبب ارش البکاره ازاله بکارت زن می‌باشد (صاحب جواهر، ۲۷۶؛ خمینی، ۵۲۶). همانطور که می‌دانیم ارش البکاره خود در برابر از بین رفتن پرده بکارت است و ازاله این وصف به هر صورتی می‌تواند باشد چه در اثر تفویض بضع و نزدیکی و چه بدون واقعه مانند ازاله بکارت با شی یا هرچیزی غیر از آلت رجولیت. به همین خاطر اگرچه ممکن است سبب (فعل دخول) واحد باشد اما نمی‌توان به تداخل مسببات (مهرالمثل و ارش البکاره) رأی داد و گفت انجام یک مسبب کافی برای سقوط مسبب دیگر که ارش البکاره است، می‌باشد. نوری همدانی در مجموعه استفتائات خویش ارش البکاره را جدای از مهرالمثل دانسته و در صورتی که زنا با عنف و اکراه باشد آن را برای دختر لازم می‌داند. امام خمینی در تحریر الوسيله، در مورد زنای مطاوعی و اکراهی اینگونه می‌فرماید: «... و اگر زن با میل اقدام به زنا نماید پس برای او دیه ثابت می‌شود بدون مهریه ولی اگر زن مکرهه و باکره باشد، آیا برای او ارش البکاره زائد بر مهر و دیه ثابت می‌شود؟ در آن تردید است ولی احوط ثبوت ارش است»^۱. همچنین می‌توان گفت ارش همان دیه غیر مقدر است و فلسفه دیه جبران خسارت و مجازات ناشی از جرم است حال اینکه فلسفه مهرالمثل حتی در بحث جبران خسارت، عوض بضع و کام جویی از زن است (فاضل لنکرانی، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۴۷۸۶)^۲.

تداخل ارش البکاره در مهرالمثل: به طور کلی غالب فقهاء قائل به تداخل ارش البکاره در مهرالمثل هستند. در تعاریف فقهی نیز وصف بکارت یکی از عوامل تعیین میزان مهرالمثل می‌باشد که این خود دلالت بر تداخل ارش البکاره در مهرالمثل دارد. (بحرانی، ۲۲۴/۴؛ شهیدثانی، مسالک الافهام، ۱، کتاب نکاح؛ طباطبایی، ۳۰۳/۲). به عقیده نگارندگان یکی از مهم‌ترین استدلال‌ها که در تداخل ارش البکاره در مهرالمثل می‌توان به آن اشاره کرد اینکه نامی از ارش البکاره در روایات به میان نیامده است این درحالی

۱. «لو كانت المرأة مكرهه من غير زوجها فلها مهر المثل مع الدية ولو كانت مطاوعة فلها الدية دون المهر ولو كانت المكرهه بكرًا هل يجب لها ارش البكاره زائداً على المهر والدية؟ فيه تردد والاحوط ذلك.» (تحریر الوسيله، ۲ / ۵۲۶، مسأله ۵)

۲. استفتاء: در زنای به عنف آیا زانی علاوه بر حد قتل، لازم است مهرالمثل و ارش البکاره را بدهد؟ پاسخ: «بلی بر زانی علاوه بر حد، مهرالمثل نیز ثابت است. ولی در باکره مهرالمثل شامل ارش البکاره نیز می‌شود.»

است که اگر ارش البکاره ماهیتی مستقل از مهرالمثل داشته باشد شارع مقدس از تأسیس آن فروگذار نمی‌کرد. در تأیید این دیدگاه به حدیثی از امیر مومنان (ع) می‌توان اشاره کرد که می‌فرماید: اگر مردی کنیزی را غصب کند و بکارتش را از بین ببرد باید یک دهم قیمت کنیز را بپردازد و اگر آن آزاد باشد باید مهر زن را بپردازد. احادیث دیگر نیز به همین مضمون آمده است (حر عاملی، ۲۰/۳۱۷).

آنچه از این روایت مدنظر نگارندگان می‌باشد این است که امام تنها چیزی را که بر عهده مرد می‌داند مهریه است. و این انحصار را می‌توان از دو راه فهمید: ۱- تقدم خبر که همان حکم است دال بر انحصار است. فرموده است: «فعليه الصداق» و نفرمود: «الصداق عليه». ۲- اطلاق مقامی؛ اگر غیر از مهریه چیزی دیگر مثل ارش بکارت برعهده او می‌بود امام آن را هم تعیین می‌فرمودند زیرا که امام در مقام بیان بوده‌اند.

ممکن است اشکال شود که در روایت نسبت به مهریه سخن به میان آمده است و نسبت به ارش امام ساکت بوده‌اند که در جواب، نگارندگان معتقدند: اگر ارش را جزء مهریه بدانید که با منتفی شدن مهریه؛ ارش هم منتفی می‌شود و هو المطلوب و اگر ارش را جزء مهریه ندانیم همان اطلاق مقامی جواب ماست.^۱ از باب مثال در بین فقهای معاصر آیت الله خویی، ایشان در مبانی تکملة المنهاج اصل ارش البکاره را زیر سؤال برده و بیان می‌دارد: اجنبی اگر بکارت زن آزاد را از بین ببرد، ضامن مهرالمثل او است، زیرا اول آن که هیچ دلیلی بر این که برای ازاله بکارت ارشی زائد بر مهر المثل تعیین گشته وجود ندارد، و از این‌رو ایشان دیدگاهی که بیان می‌دارد، تعدد سبب موجب تعدد مسبب می‌شود، را رد می‌کند. دلیل دیگر آن که مهرالمثل تعیین شده، مهر زن باکره است و از این‌رو میزان تفاوت میان باکره و ثیبه^۲ در آن لحاظ شده است و در نتیجه تقویت این جزء (پرده بکارت) که یک منفعت برای دختر است هدر نمی‌رود. (خویی، ۴۲/۴۶۱) و در بین فقهای متقدم، حر عاملی چند روایت در تأیید داخل بودن ارش البکاره در مهرالمثل آورده که به دو مورد اشاره می‌شود: صحیح ابن سنان از ابی عبدالله (ع) در مورد زنی که با انگشت جاری خود را ازاله بکارت کرده بود امام فرمود: «برای او مهر المثل قرار دارد و ۸۰ ضربه تازیانه».^۳ (حر عاملی، ۲۸/۱۴۴) و روایت معتبری از سکونی که طی آن از ابی عبدالله (ع) نقل شده: دو جاریه که با هم به حمام رفته

۱. در پیروی همین نظر صادق روحانی نیز در مجموعه استفتانات خویش، صانعی نیز در مجموعه استفتانات خویش صفحه ۳۶۱، تبریزی (زر رخ، ۱۳۸۷: ۴۴) وحید خراسانی (خراسانی، ۳/ مسأله ۳۵۹) محمد تقی بهجت (بهجت، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۹۰۰۹) مکارم و جواد تبریزی (تبریزی، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۹۰۲۵) اعتقاد دارند که ارش البکاره داخل در مهر المثل است. همچنین فقهای پیشین و متقدم نیز من جمله ابن ادریس (السرائر، ۳/ ۴۴۹)، علامه حلی (۶۸۳)، محقق حلی (۱۰۳۷)، شیخ طوسی (۶۷/۳) نیز طی مباحث خود ارش البکاره را داخل در مهر المثل می‌دانند.

۲. در تعریف ثیبه ذیل واژه مدخل ثیب در ترمینولوژی حقوق این چنین آمده: ...ب: زنیکه بکارت او طی مواقع مشروع یا نامشروع از بین رفته باشد. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸.

۳. فی امرأة افتضت جاریة بیدها، قال علیها المهر وتضرب الحد.

بودند و در آنجا یکی از آن دو دیگری را با انگشت ازاله بکارت کرده بود شکایت نزد وی بردند و او اینگونه قضاوت کرد که مسبب باید عقل را به مجنی علیها بپردازد^۱ (حر عاملی، ۲۹/۳۵۴) که البته آیت الله خویی مراد از عقل را در اینجا مهری می‌داند که به از بین رفتن بکارت در غیر جماع تعلق می‌گیرد (خویی، ۴۲/۴۶۱).

۱. موضع قانون مجازات اسلامی جدید در خصوص رابطه مهرالمثل و ارش البکاره

در قانون مجازات اسلامی جدید مصوب ۱۳۹۲ نیز قانونگذار با عنایت به حساسیت و گسترش روز افزون جرائم جنسی برای اولین بار در موضوع مقاله صراحتاً مداخله و اظهار نظر نمود مع الاسف در تدوین و نگارش قانون بسیار ضعیف عمل شده به نحوی که موضع قانونگذار در تفاوت یا یکی بودن ارش البکاره با مهرالمثل شفاف نیست و منجر به برداشت‌های گوناگونی شده است. در برخی از مواد ظاهر در تداخل دارد و برخی مواد دلالت بر تفکیک دارد. در ماده ۶۵۸ این قانون این چنین آمده: هرگاه ازاله بکارت غیرهمسر با مقاربت یا به هر وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد موجب ضمان مهرالمثل است. همچنین در بند الف ماده ۶۶۱ قانونگذار در إفضا بدون مقاربت در صورت ازاله بکارت، إفضا شده را علاوه بر دیه کامل مستحق مهرالمثل می‌داند اما در سه جا در مواد ۲۳۱ و بند الف و پ ماده ۶۶۱ از دادن ارش البکاره در صورت ازاله بکارت سوای از مهرالمثل صحبت کرده است. به نظر نگارندگان قانون‌گذار با نگارش ضعیف در مواد که متأثر از اختلافات در فقه بوده، نتوانسته این موضوع را به صورت شفاف در مقررات تبیین کند در حالیکه قانون‌گذار حکیم باید مقررات را جامع و مانع بیان نماید و وجود اجمال یا ابهام در قانون بسیار قبیح و موجب اخلال در نظم عمومی می‌شود علی‌الخصوص در چنین موضوعاتی که به عرض و ناموس ارتباط پیدا می‌کند. در چنین وضعی که ابهام قانون مانع از تشخیص حق در دعوا توسط قاضی می‌شود به موجب اصل ۱۶۷ و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ «در صورتی که قوانین موضوعه نبوده یا متعارض باشند... قاضی مکلف است به استناد منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید» حال آنکه در این قضیه ریشه مشکل اساساً در فقه است و تعارض قانون انعکاس تعارض در فقه امامیه می‌باشد و رجوع قاضی به نصوص فقهی به این تشویش بیشتر می‌افزاید به طوری که در کمال تعجب نظر دو ولی فقیه معاصر به امام خمینی و مقام معظم رهبری به عنوان بالاترین مقام فقهی جهان تشیع در خصوص این موضوع تمام در تعارض است و این مسئله منجر به صدور احکام کاملاً ضد و نقیض در دادگاه‌های کشورمان گشته است. با این حال در ادامه با استفاده از نظرات فقهی،

۱. رفع الیه جاریتان دخلتا الحمام فاقترضت إحداهما الاخری باصبغها، قضی علی التی فعلت عقلها) وان المراد من العقل فیها هو الصداق المترتب علی ذهاب العذرة.

عقیده نگارندگان را در رفع ابهام و تعارض از مواد قانونی تشریح و موضع قانون‌گذار را شفاف خواهیم کرد.

۲. نظر نگارندگان در رابطه مهرالمثل و ارش البکاره

فحص و جستجوی نگارندگان در ابواب فقهی کاشف از این است که در روایات هرگز دو مفهوم ارش البکاره و مهرالمثل جدا نشده‌اند لذا به نظر می‌رسد اگر شارع قائل به تفکیک آن‌ها بود حکمت قانون‌گذار الهی اقتضا می‌کرد که مفهوم و مصادیق هر یک را تبیین می‌فرمود تا مکلفین در این موضوع ناموسی و بسیار حساس دچار ابهام نگردند. مضافاً اساساً نیازی به جداکردن ارش البکاره از مهرالمثل نیست زیرا به هنگام محاسبه مهرالمثل یکی از ملاک‌های مؤثر در قیمت‌گذاری، باکره یا ثبیه بودن زن است. شایان ذکر است که مفهوم ارش عبارت است از ما به تفاوت قیمت سالم و معیّب (ابوعطا، شمس الهی، ۳) در حالیکه پس از ازاله بکارت عیبی حادث نمی‌شود زیرا بکارت همانطور که گفته شده وصف است و عضو نیست و ازاله آن موافق میل طبیعی بشر است و جهت تداوم نسل بشر لازم و ضروری می‌باشد. و برخلاف دیگر مواردی که در حسن و زیبایی زن مؤثر هستند مانند مو و ناخن، بکارت در هر زمان و شرایطی حسن محسوب نمی‌شود و گرنه بایستی شوهر علاقه‌مند بود که بکارت مثل مویا ناخن هیچ‌گاه از بین نرود برای مثال ازاله مویا ناخن توسط غیر، وقتی با اذن زن باشد مستوجب پرداخت ارش توسط فاعل نیست و حتی باید گفت که بکارت حسن هم نیست بلکه یک نشانه و علامت است لذا اگر بکارت بر اثر غیر از آلت رجولیت مثل پریدن یا تصادف از بین برود عیب و نقص برای زن محسوب نمی‌شود.

به علاوه نظر به احادیث متعدد و رویکرد قانون‌گذار واژه مهرالمثل لزوماً به عنوان عوض تسلط بر بضع زن به کار نرفته و می‌تواند برای عوض تقویت منفعت و زوال صفت نیز به کار رود یعنی مهرالمثل می‌تواند به چند معنی و مفهوم از جمله ارش البکاره دلالت کند. در تأیید همین نظر در روایتی از امام صادق (ع) آمده: ... موی زن و بکارتش در زیبایی او شریک هستند و اگر هر یک از آن‌ها از بین برود مهر کامل برای آن زن ثابت می‌شود (حر عاملی، ۲۹/۳۳۵). همچنین در قانون مجازات اسلامی جدید مواد ۵۷۷^۱ و بند الف ماده ۲۶۱^۲ نیز گواه بر این موضوع است چون قانون‌گذار برای جبران زوال وصف بکارت از واژه مهرالمثل استفاده کرده است. این در حالی است که در مورد اصلاً نزدیکی صورت نگرفته که بحث عوض تسلط بر بضع و متعاقباً ثبوت مهرالمثل مطرح گردد. و در این مواد حکم به ثبوت مهرالمثل از باب زوال

۱. ماده ۵۷۷- کندن و یا از بین بردن تمام موی سر زن، در صورتی که دیگر نروید، موجب دیه کامل زن و اگر دوباره بروید، موجب مهرالمثل است. در این حکم فرقی میان موی کم پشت و پر پشت و کودک و بزرگسال نیست.

۲. ماده ۲۶۱- افضای غیرهمسر، به ترتیب ذیل موجب ضمان است: الف- هرگاه افضاء شده نابالغ یا مکروه بوده و افضاء به سبب مقاربت باشد، علاوه بر مهرالمثل و دیه کامل زن، در صورت ازاله بکارت، ارش البکاره نیز ثابت خواهد بود و اگر افضاء به غیر مقاربت باشد، دیه کامل زن و در صورت ازاله بکارت، مهرالمثل نیز ثابت است.

وصف زیبایی و بکارت است نه تسلط بر بضع، در نتیجه این مواد گواه بر این هستند که ارش البکاره داخل در مهر قرار دارد.

با توجه به استدلال مذکور و همچنین نظریه تداخل و روایات ذیل آن و ضعف ادله مثبت دال بر تفکیک ارش البکاره از مهرالمثل حکم به احتیاط و عدم تفکیک در این مسائل رویه فقهاست. و همچنین از جمع بین مواد ۶۵۸ و بند الف ۶۶۱ با ماده ۲۳۱ و بند پ ماده ۶۶۱ نگارندگان مقاله نیز قائل به همین نظر است، لذا اینکه ارش البکاره جزئی از مهر المثل لحاظ شود، نظری منطقی می باشد زیرا بنابر آراء فقهاء مهرالمثل به خاطر تسلط زانی بر بضع است در حالی که در پارگی ناشی از تصادفات بضع زن در تسلط دیگری قرار نگرفته تا به تبع تسلط، حکم به پرداخت مهر المثل شود. لکن چون ازاله بکارت صورت گرفته و زن بکارتش را از دست داده و این خود نوعی تقویت منفعت برای زن است لذا باید این تقویت منفعت جبران گردد (زر رخ، ۴۶) که این امر نیز با تعلق ارش البکاره به آن زن صورت می پذیرد. لذا تصریح قانون گذار در دو ماده ۲۳۱ و ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی از باب تاکید بر جبران جراحت می باشد زیرا این مواد در قیاس با مواد ۶۵۸^۱ و بند الف ماده ۶۶۱^۲ که در آنها نیز ازاله بکارت صورت گرفته خصوصیتی را دارا نمی باشد که موجب شود حکم به ارش البکاره مختص این مواد باشد.

تأثیر رضایت زانیه در حقوق الناس ناشی از زنا

زنا؛ مقاربت نامشروع^۳ و بدون عقد شرعی مرد با زن است (راغب اصفهانی، ۳۸۴) این عمل، یکی از جرائم حدی است که مشمول هر دو جنبه حق الله و حق الناس می باشد و مجازات آن در شرع تعیین و مقدر شده است. بر اساس تعریف فقهاء از زنا (حلی، شرائع الإسلام، ۴/۱۳۶؛ خمینی، ۲/۴۵۵). ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی این چنین به تعریف آن می پردازد: «زنا عبارت است از اجماع مرد با زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد». چنان چه از تعریف فوق بر می آید، زنا وقتی محقق می شود که دخول صورت بگیرد و صرف معاشقه سبب تحقق زنا نمی شود (توجهی، توکل پور، ۱۰۳).

زنا را از نظر رضایت مرتکبین آن به دو قسم می توان تقسیم کرد: ۱- زنا مطاوعی که زانی و زانیه با

۱. ماده ۶۵۸- هرگاه ازاله بکارت غیرمسر با مقاربت یا به هر وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد موجب ضمان مهرالمثل است.

۲. ماده ۶۶۱- افضای غیرمسر، به ترتیب ذیل موجب ضمان است:

الف- هرگاه افضاء شده نابالغ یا مکره بوده و ... به غیرمقاربت باشد، دیه کامل زن و درصورت ازاله بکارت، مهرالمثل نیز ثابت است.

۳. در خصوص حرمت زنا می توان به آیات ۳۲ سوره اسراء، ۶۸ و ۶۹ سوره فرقان و ۲۴ سوره یوسف اشاره نمود

اختیار و میل و رغبت خود، اقدام به این عمل می‌نماید. ۲- زناى اکراهی، که یکی از دو طرف با اکراه و بدون اختیار، مرتکب این عمل می‌شود (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۳/۳۰). در خصوص تأثیر رضایت و طوع زانیه در حقوق وی در روایات این‌گونه آمده:

۱- امام باقر (ع) فرمود: «سحت^۱ انواع بسیاری دارد از جمله آن است: اجرت بدکاران...» (کلینی، ۵/

۱۲۶)

۲- امام صادق (ع) فرمود: «... مهریه زنا... حرام است.» (همان).

۳- امام صادق (ع) فرمود: «سحت انواع زیادی دارد از جمله... اجرت زنا کار...» (همان)

تحقیق نگارندگان حکایت دارد که فقهاء نیز به تبع از روایات و حرمت فعل زنا قاعده «لامهر لبغی» را مستنبط از حرمت فعل زنا می‌دانند و برای زانیه قائل به حقی نمی‌باشند. قانون‌گذار اسلامی هم به تبعیت از شرع همین رویکرد را اتخاذ کرده است. تبصره ۱ ماده ۶۵۸ اشعار می‌دارد: «هرگاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت انجام گرفته باشد چیزی ثابت نیست». بدین ترتیب رضایت زانیه به ارتکاب زنا، اگرچه در سلب وصف کیفری فعل زانی بدون تأثیر است و عدوان را از بین نمی‌برد اما می‌تواند قدر متیقن با توجه به شبهه‌ای که در خصوص این ماده است مانع ثبوت مهرالمثل گردد و زانی صرفه در ازای فعل زنا و نه نتیجه حاصل از آن (ازاله بکارت و کام جویی) محکوم به حد می‌گردد (صادقی، ۵۷). زیرا ممنوعیت فعل زنا ناشی از حکم الهی است که با رضایت ساقط نمی‌شود در حالی که مهرالمثل حقی است که به زانیه تعلق می‌گیرد و از این رو با رضایت وی ساقط می‌شود (صادقی، ۶۵؛ مدنی کاشانی، ۲۰-۲۱؛ ابن عابدین، ۴/۲۱۵).

۱. بررسی ارش البکاره در زناى مطاوعی^۲

تا این قسمت پژوهش به دو نتیجه رسیدیم اول اینکه ارش البکاره جدای از مهرالمثل نیست دوم اینکه طبق مستندات فقهی و قانونی زانیه مطاوعه قدر متیقن حقی بر مهرالمثل ندارد. اکنون هنگام پاسخ‌گویی به پرسش و شبهه اصلی است. یعنی اینکه ممنوعیت زانیه مطاوعه از مطالبه مهرالمثل شامل ارش البکاره هم هست یا خیر؟

اهمیت این بحث هم بر کسی پوشیده نیست زیرا تعلق ارش البکاره در زناى مطاوعی به زانیه باکره آثار بسیاری دارد چرا که در صورت تأسیس حق برای زن باید مشروعیت آن را نیز استدلال نمود و به تبعش به وسیله قانون آن را به اجرا گذاشت و ناقضین آن را مجازات و بازخواست نمود. در ادامه با مفروض دانستن

۱. سحت حرام و هر کسب بد که موجب عار و ننگ باشد. (منتهی الارب) (اقراب الموارد) (ترجمان القرآن) (دهار) (منتهی الارب) (اقراب الموارد). و منه الحديث: «انطعمونی السحت». ج، اسحات. (اقراب الموارد) فرهنگ آنلاین دهخدا

۲. فرض بر این است که رضایت زانیه سالم بوده یعنی اینکه وی بالغ، عاقل، مختار و از روی طوع اقدام نموده است.

نتایج قبلی به طور دقیق استدلال‌های موافق با تعلق ارش البکاره را مورد اشاره قرار می‌دهیم و شبهات قانونی را از این منظر مورد بررسی قرار خواهیم داد. سپس در رد تعلق ارش البکاره به زانیه مطاوعه به استدلالات فقهی خواهیم پرداخت و در نهایت از دیدگاه نگارندگان موضع قانون‌گذار را در خصوص عدم تعلق ارش البکاره در فقه و قانون مجازات و قانون مسئولیت مدنی شفاف خواهیم کرد.

نظریه تعلق ارش البکاره به زانیه مطاوعه: این نظریه با قبول عدم مشروعیت رضایت بر جنایت این چنین بر دو استدلال استوار گشته: ۱- رضایت به زنا ملازمتی با رضایت دادن به ورود جراحی بر جسم ندارد لذا اگر زانیه بالغه به زنا یا مادون ازاله بکارت رضایت داده باشد مانند زنا یا از دبر وی مستحق ارش ازاله بکارت خویش می‌باشد. ۲- استدلال دوم که ارش البکاره را جدای از مهرالمثل می‌داند با این توصیه که: مهرالمثل عوض بضع است و چون زانیه با رضایت به زنا تن داده مهرالمثل وی ساقط است، اما رضایت به وقوع جنایت به دلیل فساد و نامشروع بودن چنین رضایتی موجب برطرف شدن حق زانیه بابت مطالبه خسارتی که بر بدن وی وارد شده نمی‌گردد (آقایی، ۱۱۱) و همچنین که قاعده لامهر لبغی ناظر به مهر است و نه ارش. در تأیید همین نظرات در آراء فقهاء این چنین آمده: امام - ولی فقیه سابق که نظر ایشان در جایگاه فصل الخطاب، امروزه نیز ملاک اعتبار است- در تحریر الوسیله می‌فرماید: که جانی باید ارش البکاره را بپردازد حتی در صورتی که زنا با رضایت خود دختر باشد زیرا قاعده «لامهر لبغی» ناظر به مهر است و نه ارش (خمینی، مسأله ۵/۵۴۸) محمد فاضل لنکرانی و حسین نوری همدانی نیز در نظراتی که در استفتائات خویش بیان داشتند قائل به تعلق ارش البکاره به زانیه باکره که با رضایت مرتکب زنا شده است می‌باشند.^۱

طبق تحقیق نگارندگان در بعد قانونی نیز این نظریه طرفدارانی دارد که اهم استدلال‌های آن‌ها در تعلق ارش البکاره به قرار زیر است. یکی از موارد مورد اختلاف ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی است به موجب تبصره ۱ این ماده «هرگاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت انجام گرفته باشد چیزی ثابت نیست.» در این ماده عبارت مطلق «چیزی ثابت نیست» منشاء اختلاف شده و برخی به اطلاق عبارت متوسل شده‌اند و زانیه مطاوعه را علی الاطلاق مستحق هیچ‌گونه حقی اعم از مهرالمثل و ارش البکاره نمی‌دانند و در مقابل گروهی اعتقاد دارند که این عبارت صرفاً در مقام بیان مهرالمثل بوده و می‌گویند که به موجب این ماده زانیه مطاوعه اگرچه حق مطالبه مهرالمثل را ندارد اما می‌تواند ارش البکاره را مطالبه کند زیرا حکم قاعده «لامهر لبغی» فقط متعلق به مهر است، و هیچ اشاره‌ای به ارش نشده است و قانون‌گذار نیز در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز صراحتاً قائل به تفکیک مهرالمثل از ارش البکاره است پس

۱. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی امور کیفری، انتشارات جنگل، ۲۸/۲.

منظور در تبصره از «هیچ چیز» تنها مهرالمثل است و دلیلی بر سقوط ارش البکاره وجود ندارد. مضافاً مطابق نظر مشهور و همچنین بر اساس نص ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی، رضایت زمانی مسقط قصاص و دیه است که پس از ورود ضربه و وقوع جنایت باشد و رضایت قبل از عمل تأثیری در قصاص و دیه ندارد، بنابراین باید به قدر متیقن اکتفا نمود و تنها مهر را در زناى با رضایت ساقط دانست. اما در خصوص ورود آسیب به بکارت، ارش البکاره قابل مطالبه خواهد بود. هرچند بعداً مجنی علیه می‌تواند آن را ببخشد. همچنین این برداشت با توجه به بند پ ماده ۶۶۱ تقویت می‌گردد چراکه در موارد و طی به شبهه نیز در صورت ازاله بکارت ارش البکاره ثابت دانسته شده است. بدیهی است و طی به شبهه همراه با رضایت طرفین است ولی ارش البکاره قابل مطالبه دانسته شده است.

نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه و هم چنین نظریه دادستانی کل کشور که در آن به فتوای امام خمینی اشاره شده است در تحلیل قوانین موضوعه نیز تأیید کننده همین نظر می‌باشند و قضاتی که به دنبال کشف واقع در منابع و مستندات فقهی هستند به همین نظر بسنده کرده‌اند چرا که نظر ولی فقیه اولی بر نظرات دیگر فقهاء می‌باشد. (صمدی، ۱۳۵) به موجب نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه: «در مورد ازاله بکارت چنانچه به عنف و اکراه صورت گرفته باشد طبق فتوای حضرت امام در تحریر الوسیله مساله ۵ صفحه ۵۸۴ و نظر صاحب جواهر (رضوان الله علیه) و اطلاق ماده ۱۸۷ قانون دیات (منظور ماده ۴۷۷ قانون ۱۳۷۰ است) جانی باید ارش بکارت را پرداخت نماید و در صورتی که بدون عنف و اکراه و با میل دختر تحقق یافته باشد نیز ارش بکارت باید پرداخت شود. زیرا هرچند مجنی علیه مرتکب زنا شده است و به حکم «لا مهر لبغی» مهری به او تعلق نمی‌گیرد ولی مهر غیر از ارش بکارت است و دلیلی بر سقوط ارش بکارت نیست.»^۱ دیوان عالی کشور نیز در رأی مورخه ۱۳۷۳/۸/۱۰ اظهار داشته است: «رضایت به زنا مسقط مهر المثل بوده ولی مسقط ارش نیست.» (صمدی، ۱۳۸). در رویه قضایی نیز شاهد این نگرش می‌باشیم در این خصوص دادستان کل کشور در مورخه ۱۳۷۴/۴/۱۱ مقرر می‌دارد: «زانیه در زناى غیر محصنه مستحق ارش البکاره است هرچند که عمل زنا با رضایت وی باشد» (زر رخ، ۴۶). طبق نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی به شماره‌های ۷/۳۱۷۷ مورخ ۶۸/۱۱/۳ و ۷/۴۱۴۷ مورخ ۷۶/۵/۱۰ و نظریه ۷/۴۸۸۵ مورخ ۸۱/۷/۲۹ که اعلام داشته که چه زنا با اکراه و چه با رضایت دختر باشد زانی باید ارش البکاره بپردازد.^۲

نظریه عدم تعلق ارش البکاره به زانیه مطاوعه: این نظریه که فقهای موافق آن در اکثریت هستند و به

۱. نظریه ۷/۳۱۷۷ - ۶۸/۱۱/۳ اداره حقوقی

2. <http://www.aria-law.com/Data-View.aspx?lang=fa&id=4761>

خصوص ولی فقیه عصر حاضر مقام معظم رهبری بر خلاف حضرت امام خمینی ولی فقیه سابق نیز موافق این نظر می‌باشد، بر استدلال‌های متعددی استوار است که به اهم آن‌ها اشاره می‌کنیم: ۱- به استناد قاعده اقدام، اذن در زنا اذن در ازاله بکارت را نیز در ضمن خود به همراه دارد لذا زانیه خود داوطلب به ورود زیان و ازاله بکارت خود گردیده و بدین ترتیب وی نه مستحق مهرالمثل است و نه ارش البکاره و در رد استدلال اول قائلین به تعلق ارش البکاره این‌گونه می‌توان گفت که در اصل و در ظهور عرفی لفظ زنا به نزدیکی از قبل اطلاق می‌شود و در مورد تحقق زنا از دبر اختلاف نظر است و بر فرض محقق دانستن زنا از دبر، اثباتی نفی ماعدا نمی‌کند و فرض مذکور که زانیه رضایت به زنا از دبر داده مانع از این نیست که در صورت رضایت به زنا از قبل حق وی از بابت مطالبه ارش البکاره ساقط گردد. ۲- در رد استدلال دوم نیز می‌توان اینچنین آورد که میان حرمت و عدم مشروعیت اذن زانیه و عدم رفع ضمان مهرالمثل و ارش البکاره از زانی ملازمه‌ای وجود ندارد زیرا برائت از ضمان مهرالمثل و ارش البکاره مطابق قاعده سلطنت و اذن درشی به گونه‌ای که ضمان را به دنبال نیاورد می‌باشد و از این جهت اگرچه این اذن حرام است اما موجب سقوط ضمان زانی خواهد بود (آقای نیا، عالمی طامه، ۱۱۵ - ۱۱۶).

در تأیید این نظر علاوه بر سه روایتی که ذیل مبحث تأثیر رضایت زانیه در حقوق الناس مطرح شد اشاره به این روایت نیز مفید فایده خواهد بود: امام صادق (ع) می‌فرماید: پیامبر اکرم (ص) فرمود: «هر کنیزی که بدون اجازه مولایش خودش را به ازدواج عبدی در آورد فرجش را مباح کرده است و صدیقی برای او نمی‌باشد.» (کلینی، ۴۹۷/۵) این روایت یکی از مهم‌ترین احادیث در زمینه بحث ماست، که از اطلاق آن برداشت می‌شود که زانیه ارش ندارد.

به نظر نگارندگان با توجه به اطلاق روایت در «هر کنیزی» که شامل بکر و غیر بکر هردو می‌باشد و با توجه به اطلاق روایت در «پس فرج خود را مباح کرده» که حضرت می‌فرماید: «چنین زنی با تن دادن به این ازدواج، تصرف در فرجش را مباح کرده» (و این اباحه در کلام حضرت مطلق است و شامل موردی که موجب ازاله بکارت هم بوده می‌شود؛ بنابراین می‌توان استفاده کرد که چنین زنی نه صداق دارد و نه ارش البکاره و اگر در فرض بکر بودن، برای زن، ارش البکاره ثابت می‌بود، نیاز به بیان داشت و می‌بایست «اباحه» موجود در کلام حضرت مورد تقیید قرار می‌گرفت. به عبارت دیگر ظهور عرفی چنین کلامی «فقد اباحت فرجها» آن است که برای این زن هیچ چیزی در رابطه با این نکاح، از اموری که محتمل است، نظیر مهر و ارش البکاره، مطلقاً وجود ندارد.

به باور نگارندگان وقتی در چنین زنی، ارش البکاره ثابت نباشد، در زانیه به قیاس مساوات بلکه اولویت چیزی ثابت نیست. زیرا روشن است که عبد بودن و عدم اذن مولی در اینجا خصوصیتی ندارد و

تمام نکته این است که زن با اطلاع از چنین امری که طرف مقابل، عبد می‌باشد و با عدم اذن مولی، عقد آنان نافذ نیست؛ اقدام به این ازدواج کرده است و شارع مقدس همین مقدار از اقدام زن را اقدام بر اباحه مطلقه فرجش دانسته و فرموده است «فقد اباحت فرجها» و لذا بعد از این اباحه حقی برای او نیست؛ عین این ملاک بلکه به نحو اشد و اولی در مانحن فیه وجود دارد. مماثلت در ملاک روشن است و نیاز به بیان ندارد، و اولویت از آن جهت می‌باشد که مانحن فیه بنابر فرض سؤال، زناى قطعی است و راهی برای تصحیح این ارتباط نامشروع، وجود ندارد و زن هم احتمال صحت و تصحیح این عمل را نمی‌دهد. قاطبه فقهاء نیز پیرو این دیدگاه هستند.^۱

از بعد قانونی اکنون با توجه به نظر مشهور فقهای عظام - همانطور که گذشت - و با توجه به استدلال‌هایی که خواهد آمد به نقد آراء موافقین به تعلق ارش البکاره خواهیم پرداخت. در این راستا باید بررسی کرد که آیا قانون تاب تفسیری متفاوت از آنچه که گذشت را دارد و آیا می‌توان بر اساس قوانین موجود خلاف نظری که در فوق آمد در زناى با رضایت هردو مهرالمثل و ارش البکاره را ساقط دانست؟ به همین خاطر باید با نگاهی متفاوت قانون را مد نظر قرار داد. در این راستا در اثبات نظر نگارندگان به رد استدلال‌هایی که در قسمت قبل در تبیین موضوع قانون‌گذار در خصوص تعلق ارش البکاره آورده شد خواهیم پرداخت.

در رد استدلال اول به نظر نگارندگان زنانی که با رضایت تن به زنا داده‌اند در روایات مستحق چیزی دانسته نشده‌اند و اگر ارش جدای از مهرالمثل بود شارع مقدس از تأکید به آن فروغ گذاری نمی‌کرد. نظر مشهور فقهاء نیز همانطور که در مبانی تکمله المنهاج گفته شده است در زناى با رضایت، مهرالمثل و ارش البکاره تعلق نمی‌گیرد و نظر خلاف بسیار ضعیف دانسته شده است (خویی، ۱۲۶/۴۲) و نظر سایر فقهاء نیز همین موضع را تأیید می‌نماید. همچنین نویسندگان این نوشتار نیز هیچ روایتی را پیدا نکردند که مهر المثل و ارش البکاره را جدا نموده و در دو مفهوم به کار برده باشد. لذا در مورد ماده ۲۳۱ موضع قانون‌گذار همان طور که قبلاً در بخش جمع‌بندی رابطه مهرالمثل و ارش البکاره آمده از باب تأکید می‌باشد و منافی این مسئله نیست که ارش البکاره را داخل در مهرالمثل بدانیم.

در رد استدلال دوم نیز نگارندگان بر این باورند که اساساً بکارت وصف است و نمی‌توان آن را یک

۱. در بین متقدمین صاحب جواهر، محقق حلی، و ابن ادریس معتقد به عدم تعلق مهرالمثل و ارش البکاره به زانیه راضی به زنا می‌باشند (صاحب جواهر، ۵۳/۴۲؛ حلی، شرائع الإسلام، ۱۰۳۷/۴؛ حلی، السرائر، ۴۵۰/۳) و در بین فقهای معاصر نیز آیات عظام مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، استفتانات جدید: ۲/ سؤال ۱۴۰۰)، سیدعلی خامنه‌ای (خامنه‌ای، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۴۱۸۸)، صافی گلپایگانی (صافی گلپایگانی، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۱۸۹) موسوی اردبیلی (موسوی اردبیلی، گنجینه آرای فقهی - قضایی)، بهجت (بهجت، گنجینه آرای فقهی - قضایی: سؤال ۹۰۰۹) تبریزی (تبریزی، گنجینه آرای فقهی - قضایی)، سیستانی (سیستانی، گنجینه آرای فقهی - قضایی) نیز قائل به عدم تعلق مهرالمثل و ارش البکاره در فروض فوق می‌باشند.

عضو از اعضای بدن دانست، و ازاله آن را مستحق خون بها دانست. بکارت یک علامت یا به عبارت دقیق تر وصف است، یک نشانه است که می گوید دختر پاک دامن بوده و قبل از ازدواج بکارتش به نامشروع از بین نرفته است. حال بکارت نیز در صورتی که با عنف و اکراه از بین رفت باید خسارات جبران شود ولی اگر با رضایت باشد به نظر می رسد عضوی از بدن زن از بین نرفته که مستحق خون بها و ارش باشد و اساسا ازاله آن جنایت محسوب نمی شود. از طرف دیگر خود بیان لفظ «ازاله» برای برداشته شدن بکارت دلیلی است بر عضو نبودن، در غیر این صورت قانون گذار اسلامی و فقهاء می توانستند الفاظی را که در مورد جراحات و صدمات به سایر قسمت های بدن استفاده می شد، به کار گیرند.

همچنین در پاسخ ادعایی که می گویند رضایت بر جنایت مسقط دیه نمی باشد نگارندگان پاسخ می دهند که اصلا ازاله بکارت جنایت نیست که بحث رضایت در آن مطرح گردد. چرا که بکارت ارزش جدا ندارد، بلکه ارزش معنوی را بالا می برد و می دانیم بقای زندگی ممکن نیست مگر با ازاله بکارت و این ازاله هم از باب لذت جویی است و هم از باب مصلحت، لذا ازاله بکارت را نمی توان یک جنایت عمدی یا غیر عمدی موجب دیه دانست بنابراین وقتی ازاله بکارت را از اساس جنایت محسوب نکنیم آنگاه خود بخود پاسخ کسانی که می گویند رضایت بر جنایت مسقط دیه و قصاص نیست داده می شود. نکته دیگر اینکه که به هنگام ازاله بکارت در وقت مقاربت اساسا قصد و هدف طرفین از بین بردن بکارت نیست بلکه مقصود بهره مندی جنسی است که در این مسیر اتفاقا بکارت ازاله می شود لذا از این جهت نیز جنایت دانستن ازاله بکارت فاقد وجهت شرعی و قانونی است. اما بدیهی است هر دو طرف از باب گناهی که برای زنا کرده اند مستحق حد الهی هستند ولی برای ازاله بکارت خسارتی ثابت نیست. همانطور که اگر مرد نامحرمی موی زنی را با رضایت خودش کوتاه کند یا گوش یا بینی او را برای جواهرات سوراخ کند دیه ندارد اما از باب عقاب لمس نامحرم هر دو مستحق کیفر هستند.

در نهایت نگارندگان پس از بررسی ادله چهارگانه شرعیه یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل به این جمع بندی می رسد که در قرآن چیزی در خصوص ارش البکاره در زنای مطاوعی نیامده و در سنت و روایات نیز هرگز تجویزی ذکر نشده و از طرفی قطعه اجماع هم در این موضوع منتفی است و اما عقل همانطور که در استدلال ها و تحلیل های مقاله قید شد مؤید این است که وقتی زانیه خود اذن به زنا داده و چه بسا حتی ابتدا تقاضا و میل به زنا از طرف وی مطرح شده نمی تواند بعد از کامجویی و رسیدن به مطلوب، معترض گردد و ادعای مطالبه خسارت نماید و اصل برائت و عدم اشتغال ذمه مرد به پرداخت خسارت نیز نظر نگارندگان را تقویت می نماید همانند اینکه اگر صاحب اتاقی به دیگری اذن در تصرف و استفاده داده نمی تواند در آینده مدعی مطالبه اجرت یا خسارت گردد.

در نتیجه پیشنهاد می شود که قضات با توجه به نکته دقیق فوق و با مراجعه به مبانی فقه بتوانند^۱ تحلیل دقیق تری از قانون در مورد زناى با رضایت در خصوص مطالبه ارش البکاره انجام دهند. بنابراین تبصره ماده ۶۵۸ که بیان می دارد: «هرگاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت انجام گیرد، چیزی ثابت نیست» می تواند تاب این تفسیر را داشته باشد که مراد از چیزی ثابت نیست، در واقع و حقیقت این است که هیچ چیزی اعم از مهرالمثل و ارش البکاره ثابت نیست نه اینکه فقط مهرالمثل ثابت نباشد و ارش البکاره تعلق گیرد. همچنین تأکید بر کلمه «مقاربت» نیز برخلاف کلمه «تجاوز» اشاره به این دارد که زن نیز دنبال کامجویی بوده و اساساً ازاله را نمی توان یک جنایت دانست تا آن را مستحق خون بها بدانیم. بنابراین به نظر نویسندگان مقاله با توجه به تبصره یک ماده ۶۵۸ ارش البکاره و مهرالمثل داخل در یکدیگر بوده و هر دو ساقط هستند و می توان چنین تفسیر و تحلیلی را به عنوان نظر کلی قانون مجازات اسلامی منطبق با فقه اسلامی و واقعیات جامعه ارائه داد.

خالی از فایده نیست که در مقاله حاضر پس از مشخص شدن موضع قانون مجازات اسلامی این سؤال مهم را نیز پاسخ بدهیم که آیا علاوه بر مهرالمثل و ارش البکاره، مجنی علیه باز هم می تواند، خساراتی مانند خسارات معنوی ناشی از جرم را مطالبه نماید؟ و چه مقررات قانونی در این خصوص وجود دارد؟

۲. امکان مطالبه خسارت معنوی علاوه بر ارش البکاره و مهرالمثل در فقه و بررسی تعارض قوانین یکی از شبهات اساسی که بین فقهاء و حقوقدانان بستر مجادلات فراوانی را ایجاد نموده است امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی مازاد بر دیه و ارش است که البته متقدمین از فقهاء قائل به چنین خساراتی علاوه بر دیه یا ارش نمی باشند و اعتقاد دارند که شارع مقدس تجویزی در خصوص چنین خساراتی ندارد و کلیه خسارت مجنی علیه را در قالب دیه یا ارش پیش بینی نموده و البته اقلیتی از فقهای متأخر قائل به امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی علاوه بر ارش و دیه هستند که البته مقاله حاضر صرفاً در محدوده موضوع مقاله یعنی بررسی خسارت معنوی مازاد بر مهرالمثل و ارش البکاره پس از بررسی ابواب فقه و نظرات صاحبان فتوی، اظهار نظر یا تأییدی در روایات یا منابع فقهی در خصوص تعلق خسارت معنوی علاوه بر مهرالمثل مشاهده نگردید. نتیجه به نظر نگارندگان شارع مقدس حکیم که در مقام بیان احکام برای مکلفین است در فرض وجود چنین خساراتی حتماً آن را مورد اشاره قرار می داد لذا با توجه به سکوت کامل و همچنین با توجه به در مقام بیان بودن شارع، نمی توان حکم به امکان تحقق خسارت معنوی مازاد بر مهرالمثل و ارش البکاره در زانیه مطاوعی داد. خصوصاً که سبک و سیاق روایات سابق الذکر و تفسیر ارائه

۱. مطابق اصل ۱۶۷ و ماده ۲۲۰ ق.م.آ قضات در مواردی حدودی که در قانون ذکر نشده است می توانند به فقه مراجعه نموده و حکم قضیه را آنجا بیابند.

شده توسط نگارندگان حاکی از این مسئله است که اساساً هیچگونه حقی برای زانیه مطاوعی متصور نیست لکن ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ ظاهراً زن را مستحق خسارت معنوی می‌داند و متن ماده مذکور چنین اشعار می‌دارد «دختری که در اثر اعمال حيله یا تهدید و یا سوء استفاده از زیر دست بودن حاضر برای همخوابگی نامشروع شده می‌تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم بنماید.» حال سؤال این است که آیا این ماده قائل به حقوقی فراتر از مهرالمثل و ارش البکاره هست؟

نگارندگان برای برطرف نمودن این معضل قانونی و تعارض بین ماده فوق الذکر و قانون مجازات سال ۱۳۹۲ و موازین فقهی که ممکن است باب سوء استفاده زنان مرتکب زنای مطاوعی را باز بگذارد قائل به نسخ قانون مسئولیت مدنی هستند به عبارت دیگر می‌توان قانون مؤخر (قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲) را ناسخ قانون مقدم (قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹) دانست علی‌الخصوص اینکه قانون مسئولیت مدنی سال‌ها قبل از انقلاب اسلامی و در زمان حکومت غیر اسلامی تصویب شده و طبعاً به مبانی فقه اسلامی در تصویب آن چندان التفاتی نشده در حالیکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دیدگاه‌های حاکم بر فقه‌های اسلامی، پایه و اساس تدوین قانون بوده است.

شایان ذکر است طبق واکاوی نگارندگان اگر قول به نسخ را انتخاب نکنیم و به استناد قاعده فقهی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» درصدد حل تعارض بوسیله توجیه و تفسیر باشیم می‌توان چنین استدلال نمود که این ماده برای زنایی که موجب پرداخت خسارت به زانیه می‌شود سه صورت را ذکر کرده ۱- اعمال حيله ۲- تهدید ۳- سوء استفاده از زیر دست بودن. قانون‌گذار ایران قبل از انقلاب در قانون مسئولیت مدنی ماده‌ای را از تصویب گذرانده که از لحاظ تاریخی متأثر از حقوق فرانسه و فضای آن دوره ایران بوده زیرا که در آن زمان (مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۳۹) بحث سوء استفاده از زیر دست در فضاهای شغلی به دلیل مهاجرت از روستاها به شهرهای بزرگ زیاد بوده است و یکی از دلایل تصویب چنین مقرره‌ای می‌تواند این موضوع باشد. اما در رویه فقه‌های امامیه و عامه علی‌الاصول بحث رضایت در زنا به دو قسمت مطاوعی و اکراهی مطرح گشته است. با نگاهی دقیق متوجه خواهیم شد در حقیقت دو صورت دیگری که در این ماده ذکر شده (اعمال حيله و سوء استفاده از زیر دست بودن) از این دو قسم خارج نیست. زیرا اعمال حيله به این صورت است که زانی برای دست یافتن به خواسته خود به زنی وعده ازدواج می‌دهد یا به او وعده پرداختن اموال و مانند آن می‌دهد و آن زن برای رسیدن به این امور به اختیار خود اقدام به زنا می‌نماید که این موارد ذیل زنای مطاوعی قرار می‌گیرد اما اگر اعمال حيله منجر به ایجاد تهدید و اجبار گردد مانند استفاده از اسلحه قلابی جهت تهدید به تمکین به همخوابگی در این صورت داخل در صورت دوم-زنای اکراهی- خواهد بود. همچنین سوء استفاده از زیر دست بودن نیز از این دو صورت

خارج نیست، زیرا گاهی به لحاظ زیر دست بودن از او می‌ترسد و این ترس، در حدی است که او را به صورت مکره درمی‌آورد و یا اینکه به لحاظ طمع و انتظارات از او و جلب رضایت و رسیدن به مقاصد مادی، تن به این عمل می‌دهد و به اختیار خود مرتکب خلاف می‌شود، از جمع مطالب مذکور این چنین استنباط می‌شود که زانیه هرگاه با اختیار و رضایت برای خواسته‌های شهوانی و یا برای مطامع نفسانی، مرتکب زنا شود بغیه محسوب می‌شود و استحقاق مهرالمثل و حق مطالبه زیان مادی و معنوی را ندارد و هرگاه عمل او از روی اکراه، اجبار یا اضطرار باشد، استحقاق مهرالمثل را خواهد داشت. در نهایت به نظر نگارندگان با توجه به اینکه قانون مسئولیت مدنی بیش از ۵۰ سال قبل و در فضای متأثر از نظام‌های حقوقی سکولار غربی و بی توجه به مبانی فقهی و احکام شریعت وضع گردیده است و نیز با عنایت به تفاوت نگرش قانون‌گذار بعد از انقلاب اسلامی و عدم اشاره قانون مجازات اسلامی جدید به خسارت معنوی، قول به نسخ ترجیح دارد.

نتیجه‌گیری

با شیوع ابتذال فرهنگی و به تبع آن جرائم جنسی بحث جبران خسارات زنان بزه دیده و به ویژه صدمات جسمی و لطمات روحی ناشی زنا در صدر موضوعات دعاوی در دادگاه‌ها است. متأسفانه قوانین درباره امکان مطالبه ارش البکاره در زنای مطاوعی توسط زانیه به تعارضات و ابهامات بسیاری مبتلا هستند که منجر به صدور آراء تماماً ضد و نقیض در دادگاه‌های کشورمان گشته و این موضوع را به یک معضل جدی تبدیل کرده است. ریشه این اختلافات به عقبه فقهی مقررات کشورمان برمی‌گردد که در آنجا نیز شاهد اختلافات در سطح بسیار بالایی می‌باشیم. به طوری که حتی نظر دو ولی فقیه فعلی و قبلی کشور به عنوان مرجع اصلی فتاوی فقهی در این خصوص کاملاً متعارض می‌باشد.

در این تحقیق در جهت رفع این اختلافات، نظر به آراء فقهاء، استدلال‌های فقهی و مستندات قانونی به این نتیجه رسیدیم که هیچ اشاره‌ای به ارش البکاره در روایات نشده و همچنین نظر به عقیده اکثر فقهاء ارش البکاره داخل در مهرالمثل است و همین نظر نیز در تفسیر قوانین مرتبط که دارای تعارض است باید رعایت گردد.

در فقه نیز در خصوص رضایت زانیه به زنا به عقیده جمهور فقهاء قدر متقین این است که با توجه به قاعده «لا مهر لبغی» مهرالمثل ساقط است، اما در خصوص تعلق ارش البکاره به زانیه دو دیدگاه است. دیدگاه اول که نظر اقلیت است به تبعیت از نظر برخی چون صاحب جواهر در مورد مطاوعه البکر که می‌فرماید: «بناء علیان الاذن فی الجنایه من المعجنی علیه لایسقط ارشها» موجب سقوط ارش نمی‌شود. اما

دیدگاه دوم که در اکثریت قرار دارد و توسط نگارندگان انتخاب و تقویت شده با توجه به قاعده «لامهر لبغی»، قاعده اقدام و این استدلال که میان حرمت و عدم مشروعیت اذن زانیه و عدم رفع ضمان مهرالمثل و ارش البکاره از زانی ملازمه‌ای وجود ندارد هم مهر المثل و هم ارش البکاره ساقط هستند که قوانین موضوعه نیز با توجه به تبصره ۱ ماده ۶۵۸ قانون جدید مجازات اسلامی تاب این تفسیر را دارند. در خصوص خسارت معنوی مازاد بر ارش البکاره و مهرالمثل در زنای مطاوعی تعارض ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی با آراء فقهی و مواد قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ این چنین قابل حل است که دو عبارت «سوء استفاده از زیر دست بودن» و «حیله» در ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی نیز خارج از دو فرض زنای مطاوعی و یا زنای اکراهی که در فقه ما مصطلح است نمی‌باشد لذا نباید این دو عبارت را علاوه اکراه و تهدید تأسیسی جدید که موجب برائت زن می‌شود دانست و مضافاً به نظر می‌رسد بهتر است قائل شویم که قانون مسئولیت مدنی با قانون مؤخر یعنی قانون مجازات اسلامی نسخ گردیده است.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه ردالمختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم: چاپ عبدالسلام محمد هارون، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، چاپ علی شیری، ۱۴۱۲ ق.
- ابوعطا، محمد و عطیه شمس الهی، «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵، ۱۳۹۰.
- اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ چهاردهم، ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مکاسب*، قم: نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۲ ق.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- انوری، حسن، *فرهنگ فشرده سخن*، تهران، انتشارات سخن، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- آقای نیا، حسین و محمد مهدی عالمی طامه، «تأثیر رضایت پیشین مجنی علیه در سقوط قصاص و دیه»، *حقوق اسلامی*، شماره ۲۹، ۱۳۹۰.
- بابائی، ایرج، «جبران خسارت ناشی از صدمات بدنی در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۲۸، ۱۳۸۹.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.

- تاروت، احمد فتح الله، *معجم الفاظ فقه جعفری*، نشر مطابع مدخل (دمام)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- توجهی، عبدالعلی و محمدهادی توکل پور، «وجوه تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه اثبات»، *پژوهش نامه حقوق اسلامی*، شماره ۱۲، ۱۳۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۴.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- حاجی ده آبادی، احمد، «قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره ۴، ۱۳۸۴، صص ۳۱-۷۰.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- خراسانی، وحید، *منهاج الصالحین*، فتاوی مراجع، قم، مدرسه الامام الباقر العلوم علیه السلام، ۱۴۱۹ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
- _____، *تحریر الوسيلة*، قم، انتشارات مؤسسه دارالعلم، ۱۳۷۴.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، جلد ۴۲، قم، انتشارات مؤسسه امام خویی، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *منهاج الصالحین*، (فتاوی مراجع)، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت، دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
- زر رخ، احسان، «نگرشی نو در جایگاه ارش البکاره در فقه و حقوق موضوعه»، *دادرسی*، شماره ۷۲، ۱۳۸۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، طهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۶۸.
- صادقی، محمد هادی، «رضایت به جنایت»، *فصلنامه حقوقی مدرس*، شماره ۱، ۱۳۸۲، صص ۵۷-۷۲.
- صمدی، محمد هاشم، *نظریات قضایی دادستان کل کشور*، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسایل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۳۸۲.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۵.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۳۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، بی جا، بی تا.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قم، مؤسسه دار الهجره، ۱۴۰۲ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، علی أكبر غفاری، طهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۶۷.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الأنوار*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

_____، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.

مدنی کاشانی، آقا رضا، *القصاص، اللقیها و الخواص*، قم، المطبعة العلمیه، ۱۴۰۵ ق.

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۷۴.

معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *آسیب شناسی فقهی قوانین حقوقی، قانون مسئولیت مدنی و قانون آئین دادرسی مدنی*، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.

معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *مجموعه نظرات مشورتی فقهی امور کیفری*، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.

میر محمد صادقی، حسین، *جرائم علیه اشخاص*، تهران، انتشارات میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۲.

وبگاه‌ها

توکلی، فریبا، «یک پرونده (۱۰۳) ارش البکاره»،

<http://www.aria-law.com/>

فرهنگ آنلاین واژه یاب،

<http://www.vajehyab.com/>

پایگاه اطلاع رسانی آیت الله مکارم،

<http://makarem.ir/>

تاروت، احمد فتح الله «معجم الفاظ الفقه الجعفری»،

<http://www.askquran.ir/>

قاعده سلطنت،

<http://wikifeqh.ir>

مقتدایی، «درس خارج فقه با موضوع ارش البکاره»

<http://www.eshia.ir/>

نجف پور، محسن، «رضایت مجنی علیه»،

<http://www.pajoohe.com/>

نرم افزارهای رایانه‌ای

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی، ۱۳۷۹.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران*

دکتر محمد مهدی الشریف^۱

دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

Email: alsharif46@yahoo.com

رضا قاسمی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

Email: ghasemi.rostami@yahoo.com

چکیده

قانون مدنی به تبع فقه، عقد ضمان را ناقل ذمه دانسته و موضوع ضمان را به اموال کلی یا دیون محدود کرده است. هر چند نتیجه این تعریف نادرستی ضمان از اعیان خارجی است اما همین قانون در ماده ۶۷۹ به این نتیجه پایبند نمانده و همدستان با اغلب فقیهان، حکم به درستی ضمان عهده که خود قسمی از ضمان اعیان مضمونه است، داده است. بسیاری از فقیهان معاصر با استفاده از نهاد «عهده» که بر خلاف «ذمه» ظرف اموال خارجی است، ضمان اعیان را عقدی مستقل از ضمان دیون قلمداد کرده و با استناد به عمومات، حکم به صحت ضمان اعیان اعم از مضمونه و غیر مضمونه و نیز درستی بیمه مالی که در تصرف مالک آن است، کرده‌اند. بر پایه این تحلیل، نتیجه اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده این است که ضامن، نخست ملزم به رد عین و در فرض تلف، ضامن رد بدل به مالک می‌گردد. با توجه به عمومات قانونی هم‌چون ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به درستی اعیان مضمونه در حقوق موضوعه نیز با مانع خاصی روبرو نیست.

کلیدواژه‌ها: ضمان اعیان، ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیر مضمونه، ضمان عهده، عقد بیمه

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۶/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۳/۱۸.

مقدمه

ضمان در اصطلاح فقها، عقدی است که به موجب آن مالی از ذمه شخصی بیرون شده و در ذمه شخص دیگر قرار می‌گیرد (اردبیلی، ۲۲۰) و به تعبیر کوتاه‌تر ضمان عبارت است از نقل حق از ذمه مدیون به ذمه ضامن (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۷۷۶/۲). یکی از مباحث اصلی در «ضمان»، بحث از شرایط موضوع ضمان یا حق مضمون یا مضمون به است. تقریباً در تمامی کتب فقهی مرتبط، به این موضوع تصریح شده که «حق مضمون» باید دارای دو شرط باشد: یکی مالیت و دیگری ثبوت بر ذمه. برخی از فقهاء بر این دو شرط ادعای اجماع نموده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۳۹۷/۱۶). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۶۸۴ به تبع از پیشینه روشن فقهی در تعریف عقد ضمان چنین مقرر می‌دارد: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». چنان‌که پیداست هم در تعریف فقهی و هم در تعریف قانون مدنی، موضوع عقد ضمان یا «مضمون به»، مال ثابت بر ذمه است. روشن است که مال ثابت بر ذمه مالی کلی است زیرا شرط ثبوت مال بر ذمه کلیت آن است و مال جزئی قابل استقرار بر ذمه نیست. مال بر ذمه مفهومی جز «دین» ندارد و از همین رو فقها در تعریف دین آن را به مال کلی ثابت بر ذمه تعریف کرده‌اند (گلپایگانی، ۶۵/۲). بنابر این عقد ضمان مفهومی جز انتقال «دین» یا مال کلی از ذمه مدیون به ذمه ضامن ندارد (حکیم، ۲۴۴/۱۳). در هر حال نتیجه منطقی این تعاریف آن است که مال خارجی و بطور خاص عین خارجی نمی‌تواند موضوع عقد ضمان قرار گیرد (بجنوردی، ۱۱۷/۶)؛ زیرا مال خارجی به حسب فرض در خارج تحقق دارد و بر ذمه مستقر نیست. به بیان روشن‌تر چنان‌چه مالی در خارج موجود باشد، ضمانت در مورد آن امکان‌پذیر نیست، زیرا مال خارجی بر ذمه شخص قرار ندارد تا بتوان به کمک عقد ضمان، آن مال را از ذمه او خارج و به ذمه ضامن منتقل نمود. لکن با وجود آن‌چه گفته شد در اکثر کتب فقهی، بخشی تحت عنوان ضمانت از اعیان خارجی وجود دارد، که در آن بحث درباره ضمانت از اعیانی مطرح است که در زمان عقد ضمان در خارج موجود بوده و بر ذمه مضمون عنه مستقر نیستند. هر چند با وجود تعریف ضمان به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر و نیز شرایطی که فقهاء برای حق موضوع ضمان لازم دانسته‌اند، بحث از ضمان اعیان خارجی فاقد توجیه به نظر می‌رسد اما چنان‌که گفته شد تقریباً تمامی مؤلفان به بحث در خصوص این موارد پرداخته‌اند و احياناً حکم به صحت برخی از این موارد داده‌اند که از جمله مهم‌ترین و معروف‌ترین آن‌ها می‌توان به ضمان عهده اشاره نمود. اصطلاح «ضمان دین» و «ضمان عین» برای نشان دادن این دو قسم از ضمان در کلمات فقها بکار رفته است.

قانون مدنی نیز هر چند در تعریف ضمان از قول حاکم در فقه تبعیت کرده و آن را به بر عهده گرفتن

مال بر ذمه تعریف نموده است و در نتیجه نباید به ضمان اعیان خارجی روی خوش نشان دهد، اما نویسندگان قانون مدنی در این موضوع نیز از فقه تبعیت نموده و حداقل در مورد یکی از اقسام مهم ضمان اعیان یعنی ضمان عهده، حکم به صحت ضمان داده‌اند. ماده ۶۹۷ ق.م.مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير درآمدن آن جایز است». به موجب این ماده در عقد بیع، ثالث می‌تواند از بایع یا مشتری در مقابل طرف دیگر عقد ضمانت نماید که چنانچه مبیع یا ثمن ملک غیر بوده و معامله فضولی درآید، آنچه بایع یا مشتری از طرف مقابل گرفته به او بازگرداند و در صورت تلف، بدل آن را بدهد. همان‌گونه که پیداست ضمان عهده شامل صورتی که عین مبیع یا ثمن در نزد مضمون‌عنه (مشتری یا بایع) موجود است نیز می‌گردد در حالی که در این فرض که مال تلف نشده و بصورت دین بر ذمه بایع یا مشتری قرار نگرفته، ضمان به معنای مصطلح آن یعنی به عهده گرفتن دین یا مال ثابت بر ذمه دیگری، تصور ندارد.

حکم به صحت مواردی چون ضمان عهده در عین ناسازگاری با تعریف ضمان و با اشتراط ثبوت مال بر ذمه در موضوع ضمان پرسش‌های متعددی را ایجاد می‌کند. آیا همان‌گونه که برخی فقهاء احتمال داده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/۳۹۸) شرط ثبوت مال بر ذمه شرط ضروری برای تحقق ضمان نبوده و ناظر به مورد غالب است؟ (سبزواری، ۲۰/۲۸۰) یا برعکس، این شرط ضروری بوده و مواردی همچون ضمان عهده، حکمی استثنائی و مبتنی بر دلیل خاص بوده و از این رو در سایر موارد ضمان اعیان همچون ضمان اعیان مغضوبه قابل تعمیم نیست؟ در هر صورت چه این حکم استثنائی بوده یا مطابق قاعده و قابل تعمیم باشد، اثر این‌گونه ضمانات چیست؟ مسلماً اثر ضمان اعیان، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن که اثر ضمان مصطلح یا همان ضمان دیون است نمی‌باشد. زیرا به حسب فرض در حین ضمان، دینی وجود ندارد تا سخن از نقل آن به میان آید. پرسش دیگر این‌که در ضمان دیون که نقل ذمه صورت می‌پذیرد با تحقق ضمان، دیگر مضمون‌عنه مسئولیتی نداشته و مراجعه به او معنا ندارد اما آیا در ضمان اعیان نیز اثر ضمان، عدم مسئولیت مضمون‌عنه نسبت به رد عین یا بدل آن است یا این‌که در ضمان اعیان، تکلیف مضمون‌عنه یا کسی که عین در تصرف اوست ساقط نشده و او نیز کماکان مکلف به رد عین است و تنها اثر ضمان این است که مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون‌عنه افزوده می‌شود؟ در فرض اخیر آیا ضمان اعیان مستلزم ضم ذمه به ذمه که قول فقهای عامه است نمی‌گردد؟ اساساً آیا مفهوم ضمان در ضمان دیون با مفهوم ضمان در ضمان اعیان و مثلاً ضمان عهده، یکسان است یا مراد از ضمان در ضمان عهده و امثال آن که دینی به ذمه نقل نمی‌شود، معنایی دیگر است؟

از دیگر پرسش‌های مطرح در این بحث این است که آیا بر فرض امکان تصحیح ضمان اعیان، این

حکم تنها ناظر به اعیان مضمونه همچون عین مغضوب است یا شامل اعیان غیر مضمونه همچون عین مورد عاریه یا اجاره یا رهن و امثال آن نیز می‌گردد؟ و بالاخره آیا می‌توان برای توجیه عقد بیمه اشیاء نیز که عین در نزد صاحب آن است از قالب ضمان اعیان استفاده نمود؟

مفهوم ضمان اعیان

با توجه به کاربردهای مختلف ضمان اعیان در کلمات فقهاء احتمالات مختلفی در خصوص مراد دقیق از ضمان اعیان وجود دارد که برای جلوگیری از نقض و ابرام‌های بی‌حاصل، ضروری است محل دقیق نزاع و معنای مورد نظر این مقاله به دقت تبیین گردد. اما پیش از طرح این استعمالات یا احتمالات مختلف یادآوری این نکته لازم است که مراد از عین در تمامی این اصطلاحات، تنها عین خارجی است و عین کلی و بر ذمه مورد نظر نیست. زیرا چنان‌که گفته شد عین کلی و بر ذمه خود قسمی از دیون است و در ضمانت آن و نقل آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر هیچ مشکلی وجود ندارد و اساساً موضوع عقد ضمان مصطلح چیزی جز دیون و اموال بر ذمه که از جمله آن‌ها اعیان بر ذمه است، نیست.

به هر روی یکی از احتمالات در باب معنای ضمان از اعیان این است که ضامن صرفه بازگرداندن یک عین خارجی را که در نزد غیر مالک است را ضمانت می‌کند و مسئولیت و ضمانت او فرض تلف را شامل نمی‌شود. نتیجه این احتمال این است که در صورت تلف عین مورد ضمانت، مسئولیتی متوجه ضامن نیست.

احتمال دیگر در باب ضمانت از عین این است که ضامن در حین وجود عین در قبال مالک تعهد می‌کند که چنانچه مال وی در نزد متصرف و بطور مثال در نزد غاصب تلف شد، او مسئول جبران خسارت و رد بدل خواهد بود (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۲/ ۷۷۶). این احتمال بر خلاف احتمال سابق در زمان بقاء عین، مسئولیتی را متوجه ضامن نمی‌داند و تنها مسئولیت او مربوط به پس از تلف است. تفاوت این فرض با ضمان مصطلح این است که در ضمان مصطلح در زمان انعقاد ضمان، دین موجود بوده و مثلاً مال در نزد غاصب تلف شده است و به محض ضمان، دین ناشی از تلف به ذمه ضامن منتقل می‌گردد در حالی که در این معنا از ضمان اعیان، در زمان تحقق ضمان، دینی موجود نیست و ضامن بصورت تعلیقی دین را بر عهده می‌گیرد. به تعبیر کوتاه‌تر در این جا تفاوت ضمان عین و ضمان دین در تعلیق و تنجیز دین (و نه عقد) است و ضامن در این قسم از ضمان، «دین معلق» را بر عهده می‌گیرد. بنابر این تحلیل، اشکال ضمان اعیان به موضوع «ضمان ما لم یجب» باز می‌گردد. نتیجه این که بنابر این معنا، استفاده از عین در اصطلاح ضمان اعیان مبتنی بر نوعی مسامحه بوده و در واقع آن چه مورد ضمان قرار گرفته، نه عین خارجی

بلکه دین احتمالی ناشی از «تلف عین» یا یک دین معلق است.

احتمال سوم این است که مراد از ضمان اعیان التزام به رد عین در صورت بقاء و رد مثل یا بدل در صورت تلف عین مضمون‌عنه است (بحرالعلوم، ۱۸۲/۲). به بیان دیگر ضمانت از اعیان خارجی یعنی تعهد ضامن به این که عین را به مالک بازگرداند و چنانچه عین تلف شد نسبت به جبران خسارت و رد مثل یا قیمت آن اقدام نماید.

هر چند برای استعمال ضمان اعیان در هر یک از احتمالات بالا و بطور خاص کاربرد دوم و سوم می‌توان در کلمات فقیهان نمونه‌هایی را سراغ گرفت اما تتبع در آراء فقهاء نشان می‌دهد، اصطلاحی که محل نزاع و گفتگو بوده و نقض و ابرام‌ها پیرامون آن شکل گرفته است، عمدتاً اصطلاح سوم یعنی التزام ضامن به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است. دلیل این مدعا در درجه نخست این است که اغلب فقهایی که تعریفی از ضمان اعیان بدست داده، همین معنا را به عنوان تعریف ارائه و مورد بحث و گفتگو قرار داده‌اند (نجفی، ۱۴۰/۲۶). نکته دیگری که نشان می‌دهد مراد اغلب فقهایی که از ضمان اعیان سخن گفته‌اند، التزام به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است، اشکالاتی است که در کتب فقهی در خصوص ضمان از اعیان مطرح شده است. نگاهی اجمالی به این اشکالات نشان می‌دهد، بحث از ضمان اعیان به هر دو مقطع یعنی زمان وجود عین و هنگام تلف آن ناظر بوده و از همین رو برخی از اشکالات مربوط به امکان یا عدم امکان ضمان از عین در حال وجود آن باز می‌گردد و برخی دیگر به امکان ضمان و التزام به جبران مثل یا قیمت قبل از تلف عین راجع است. به عنوان مثال صاحب جواهر در بحث از ضمان اعیان، ضمان اعیان را به دو مرحله ضمان رد (که مربوط به فرض وجود عین است) و ضمان مثل و قیمت (که مربوط به مقطع تلف عین است) تقسیم کرده و بر هر کدام جداگانه اشکال کرده است. ایشان چند اشکال بر ضمان رد عین مطرح نموده از جمله اینکه «وجوب رد» یک تکلیف است و نه «مال بر ذمه» تا بتوان آن را از ذمه مضمون‌عنه منتقل نمود و سپس می‌نویسد این اشکال‌ها همگی مربوط به مرحله نخست بود و اما در مورد مقطع دوم یعنی ضمان مثل و قیمت نیز ما با اشکال ضمان مالیم یجب روبرو هستیم (نجفی، همان، ۱۴۱). نظیر این وضعیت را در بسیاری دیگر از کتب فقهی می‌توان مشاهده نمود (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۹۵/۴). به طور خلاصه می‌توان گفت هر چند بسیاری از کتب فقهی تعریفی از ضمان اعیان بدست نداده‌اند و کاربرد اصطلاح ضمان اعیان در معانی دیگر و به‌ویژه معنای دوم نیز کما بیش وجود دارد، اما با توجه به مجموعه استدلال‌ها و اشکالات مطرح در بحث ضمان اعیان، می‌توان گفت که اصطلاح اصلی و متنازع‌فیه ضمان اعیان معنای سوم است که شامل دو صورت بقاء و تلف عین می‌گردد. با وجود این صرف‌نظر از آن که مراد برخی از فقهاء از اصطلاح ضمان اعیان معانی اول یا دوم

آن باشد یا نباشد، به جهت شمول و توسعه‌ای که معنای سوم نسبت به دو معنی دیگر دارد، با بحث از ضمان اعیان به معنای سوم و بررسی اشکالات وارد بر آن، در واقع تمام معانی ضمان اعیان مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند. ما در ادامه به دلیل اهمیت بحث اشکالات وارد بر ضمان اعیان، نخست اقسام ضمان اعیان را مطرح نموده و سپس اشکالات وارد بر هر قسم و امکان پاسخ و رد این اشکالات را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

انواع ضمان اعیان

هر چند از دیرباز فقهاء امامیه ضمان اعیان را به سه قسم ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیرمضمونه، و ضمان عهده تقسیم می‌نمودند (محقق حلی، ۲/ ۹۰-۹۱) و حقوق‌دانان نیز به تبع فقه از همین تقسیم سه‌گانه یاد کرده‌اند (کاتوزیان، حقوق مدنی؛ عقود اذنی و وثیقه‌های دین، ۴/ ۳۱۸-۳۱۹) اما برخی از فقهای معاصر، قسم چهارمی را نیز بر این سه قسم افزوده‌اند (روحانی، ۲۰/ ۱۶۰). اقسام چهارگانه ضمان اعیان به قرار زیر است:

الف) ضمان اعیان مضمونه

مقصود از ضمان اعیان مضمونه، ضمانت از اموالی است که در تصرف غیر مالک است و ید متصرف نسبت به آن‌ها ضمانتی است مانند غصب و مقبوض به عقد فاسد یا اموال امانی پس از تعدی یا تفریط (کاتوزیان، همان، ۳۱۸).

ب) ضمان اعیان غیرمضمونه یا امانی

مقصود از اعیان غیرمضمونه اعیانی است که ید متصرف نسبت به آن امانی بوده و نه متصرف در حین ضمان، مکلف به رد است و نه در صورت تلف، ضامن مثل یا قیمت آن است. بنابراین ضمانت از مستودع یا مستعیر یا عامل مضاربه یا وکیل یا مستأجر یا مرتهن نسبت به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در صورت تلف از مصادیق ضمان از اعیان غیرمضمونه است.

ج) ضمان عهده

قانون مدنی در ماده ۶۹۷ اصطلاح «ضمان عهده» را بدون این که تعریفی از آن بدست دهد به کار برده و صرفه به جواز آن حکم نموده است. در توضیح ضمان عهده توجه به اصطلاح ضمان درک که قانون‌گذار ایران در ماده ۳۶۲ ق.م بدان اشاره نموده لازم است. چنان که می‌دانیم اگر بیع به دلیل مستحق للغیر درآمدن مبیع یا ثمن باطل باشد، بایع یا مشتری فضولی ضامن بوده و باید عین مالی را که دریافت کرده‌اند و یا در فرض تلف آن، بدل آن را بازپس دهند (علامه حلی، ۱۴/ ۳۲۹). حال چنان چه کسی از این مسئولیت

قانونی بایع با مشتری در فرض درک مبیع یا ثمن، در قبال طرف مقابل ضمانت نماید به آن ضمان عهده گفته می‌شود. روشن است که ضمان عهده هم شامل تکلیف رد عین مبیع یا ثمن در صورت بقاء و هم شامل فرض تلف عین مبیع یا ثمن می‌گردد و از همین روست که ضمان عهده از مصادیق ضمان اعیان به معنای خاص آن می‌باشد.

د) ضمانت از اعیانی که در تصرف مالک است

چنانچه پیش‌تر اشاره شد برخی از فقهای محقق معاصر قسم دیگری از ضمان اعیان را مطرح نموده‌اند که در آن ضامن از مالی ضمانت می‌کند که در نزد مالک آن قرار دارد (روحانی، همان). از این قسم تعبیر به ضمان اعیان شخصیه نیز شده است (حلی، بحوث فقهیه، ۳۴). صورت عقلایی و کاربردی این فرض را می‌توان در بیمه اشیاء مشاهده نمود که بیمه‌گر در قبال دریافت عوض، مسئولیت تلف یا نقص احتمالی کالای متعلق به مالک را که در تصرف خود اوست، بر عهده می‌گیرد و ملتزم می‌شود که اگر کالای بیمه شده تلف یا ناقص شد، بدل آن را به مالک بپردازد.

اشکالات وارد بر ضمان اعیان

چنانکه اشاره شد ضمان اعیان دارای اقسام متفاوتی است و بر همین اساس اشکالاتی که بر ضمان اعیان وارد گردیده نیز متفاوت است. برخی اشکالات عام بوده و برخی دیگر صرفاً در خصوص برخی از اقسام قابل طرح است. در ادامه به این اشکالات و صحت و سقم آن‌ها می‌پردازیم.

الف) وجوب رد عین، مال بر ذمه نیست

این اشکال به مقطع اول ضمان اعیان یعنی تکلیف به رد عین مربوط می‌شود. گفتیم که به حسب تعریف، عقد ضمان موجب انتقال مالی که بر ذمه مدیون یا مضمون‌عنه است به ذمه ضامن می‌گردد. بنابراین شرط لازم برای مضمون به یا حق مضمون آن است که از جنس اموال، آن‌هم اموال بر ذمه و کلی باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن گفت. حال می‌دانیم که بر فرض بقاء عین، غاصب خود مکلف به رد عین به مالک است و وجوب رد، که یک حکم تکلیفی است، مال بر ذمه نیست تا بتوان از انتقال آن با ضمانت ضامن سخن گفت. به دیگر سخن وجوب رد از مقوله احکام است و نقل احکام بر خلاف اموال در اختیار مکلفین نیست. عبارت صاحب جواهر در این خصوص شنیدنی است. وی در مقام بیان نخستین اشکال وارد بر ضمانت از اعیان خارجی می‌نویسد: «عقد ضمان در نزد ما امامیه موجب نقل ذمه است و لذا شرط صحت ضمان ثبوت مال بر ذمه است در حالی که در مورد اعیان مضمونه سخن بر سر «وجوب رد» است و وجوب (که یک حکم شرعی است) مال بر ذمه نیست تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن

گفت. به بیان روشن تر وقتی کسی مثلاً از غاصبی که عین مال دیگری در ید اوست ضمانت می‌کند، اجماع وجود دارد که تکلیف یا همان وجوب رد مال همچنان در مورد غاصب وجود دارد و ضمانت دیگری باعث نمی‌شود که وجوب رد مال، از دوش غاصب برداشته شود». (نجفی، همان، ۱۴۰).

این اشکال که مهم‌ترین اشکال وارد بر ضمان اعیان است با تعابیر دیگری همچون اشتراط ثبوت حق مضمون بر ذمه، عدم امکان ثبوت عین خارجی بر ذمه، عدم امکان نقل مال خارجی به ذمه دیگری و تعابیری از این دست نیز مطرح گردیده است.

ب) اشکال استلزام ضم ذمه به ذمه

این اشکال مبتنی بر اشکال سابق است. به این معنی که لازمه پذیرش ضمان اعیان به معنای ضمان رد عین خارجی، پذیرش دیدگاه ضم ذمه به ذمه است که با قول منتخب فقه امامیه یعنی نقل ذمه به ذمه ناسازگار است. توضیح این که نتیجه پذیرش ضمان اعیان جز این نیست که ضامن نیز مکلف به رد مال به مالک می‌گردد اما از آنجاکه این تکلیف منافات با تکلیف خود غاصب به رد مال نداشته و به حسب اجماع فقهاء غاصب در هر حال مکلف به رد مال مغضوبه به مالک است، لازمه صحت ضمان رد، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه غاصب است در حالی که در فقه امامیه ضمان موجب نقل ذمه است و به محض تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد. جالب است که مرحوم علامه در «تذکره» در عین پذیرش همراه با تردید ضمان اعیان مضمونه، تصریح می‌کند که در این صورت، ضامن و غاصب هر دو مکلف به رد بوده و مضمون‌له در مراجعه به هریک از آن‌ها مخیر است (علامه حلی، همان، ۳۳۶) البته این امر اعتراض صاحب جواهر را برانگیخته و گفته این حکم با حکم به ناقل ذمه بودن ضمان که خود علامه بدان اذعان دارد غیر قابل جمع و متناقض است (همان).

ج) اشکال فقدان مضمون‌عنه

این اشکال به ضمان اعیان غیر مضمونه اختصاص دارد. ماحصل این اشکال این است که در ضمان اعیان مضمونه حداقل تکلیف غاصب به رد مال وجود داشت ولی در ایادی امانی نه تنها دین و ضمان به معنای اشتغال ذمه به بدل وجود ندارد، بلکه تکلیف به رد نیز موجود نیست. بنابراین ضمان از اعیان امانی ضمانت از غیر مدیون و غیر مکلف است در حالی که یکی از ارکان ضمان، وجود مدیون و مضمون‌عنه است که در این گونه موارد منتفی است (حسین حلی، ۳۲).

د) اشکال ضمان ما لم یجب

این اشکال به تمامی اقسام ضمان اعیان مربوط می‌شود. در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه مادام که امانت باقی است و رد مال مطالبه نشده، تکلیف به رد وجود ندارد؛ از این رو اگر کسی رد عین امانی را

ضمانت کند در واقع انجام کاری را ضمانت کرده که بر خود مضمون عنه نیز واجب نیست و به تعبیر برخی فقهاء (علامه حلی، همان، ۳۲۰) اعیان غیر مضمونه، «مضمونه الود» نیستند و به تعبیر برخی دیگر (نجفی، همان، ۱۴۱) اعیان امانی «مضمونه الاصل» نیستند یعنی در وقت ضمان نه رد خود عین و نه رد عوض آن در فرض تلف، مضمونه نیست. اما در باب ضمان مثل یا قیمت عین خارجی در فرض تلف، اشکال ضمان ما لم یجب هم در خصوص اعیان مضمونه مطرح شده و هم در مورد اعیان غیر مضمونه زیرا به حسب فرض در وقت ضمان، ذمه مضمون عنه به بدل عین مشغول نیست و مادام که چیزی بر ذمه ثابت نیست انتقال آن به ذمه ضامن، معنا ندارد. البته باید توجه داشت که این اشکال در مورد اعیان غیر مضمونه از قوت و شدت بیشتری برخوردار است؛ چه این که در ایادی امانی نه تنها فعلاً ذمه امین به چیزی مشغول نیست بلکه حتی با فرض تلف نیز ذمه او به بدل مشغول نمی گردد. از همین رو علامه در «تذکره» با همین استدلال بر نادرستی ضمان تلف اعیان غیر مضمونه ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، همان، ۳۲۰)، اما در ورود این اشکال به اعیان مضمونه اختلاف شدید وجود دارد و بسیاری از فقهاء ضمانت از عین مضمونه را مصداق ضمان مالیم یجب ندانسته (خرازی، ۴۱) و معتقدند همین که ید متصرف را ضمانی می شماریم برای رفع اشکال ضمان مالیم یجب کافی است. به بیان دیگر همینکه غاصب مال غیر را غصب می کند ید او از باب ضمان ید، ضمانی می گردد هر چند هنوز عین تلف نشده است و با عقد ضمان، همین وضعیت به ضامن منتقل می گردد.

ه) اشکال عدم شمول ادله ضمان بر ضمان اعیان

اشکال دیگری که مخالفان ضمان اعیان مطرح کرده اند این است که ادله و روایاتی که در آن از عقد ضمان صحبت شده همگی ناظر به ضمان ناقل ذمه است و در بین این ادله، دلیل مطلق یا عامی که بتوان از آن ها مشروعیت و صحت ضمان اعیان را استفاده نمود وجود ندارد (روحانی، همان، ۱۶۱).

ماهیت ضمان اعیان و پاسخ به اشکالات وارده

بر اساس اشکالات یاد شده فقهاء در قبال اقسام ضمان اعیان، مواضع مختلفی اتخاذ کرده اند. اشکالات مذکور باعث گردیده که تقریباً تمامی فقیهان ضمان اعیان غیر مضمونه را نادرست بشمارند و بر آن ادعای اجماع کنند (علامه حلی، همان، ۳۲۰) در خصوص اعیان مضمونه، صحت ضمان محل اختلاف شدید است و برخی از فقهاء به صحت و برخی دیگر به بطلان آن قائل اند اما این اختلاف در خصوص ضمان عهده که خود قسمی از ضمان اعیان مضمونه است، وجود ندارد و چنان که پیش تر اشاره شد قول به صحت ضمان عهده، مورد اتفاق و اجماع فقهاءست (بحرانی، ۳۸/۲۱). این تفکیک این پرسش را در ذهن ایجاد

می‌کند که چگونه می‌توان از یکسو ضمان اعیان را نادرست شمرد و در عین حال فتوا به صحت ضمان عهده داد؟ مراجعه به کلمات فقیهان نشان می‌دهد که خود آنان به این تعارض توجه داشته‌اند و بر همین اساس برای تخلص از این تعارض، برای توجیه حکم به صحت ضمان عهده به نیاز جامعه به وجود چنین نهادی در عرصه معاملات تمسک جسته‌اند^۱ (کرکی، جامع المقاصد، ۵/ ۳۲۵). با وجود آن چه گفته شد و بر خلاف این شهرت فقهی، گرایش به صحیح شمردن ضمان اعیان به نحو مطلق در بین فقهای معاصر به چشم می‌خورد. سرشناس‌ترین فقیه مخالف مشهور که ضمان اعیان را به نحو مطلق تجویز نموده و برخی فقهای پس از وی نیز در این موضوع از وی تبعیت کرده‌اند محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب کتاب «العروه الوثقی» است. این دسته از فقهاء تمامی اشکالات پیش گفته را ناتمام دانسته و با پاسخ تک تک آن‌ها، درستی ضمان اعیان را نتیجه گرفته‌اند.

الف) تفکیک بین ضمان اعیان و ضمان ناقل ذمه و ضمان ضم ذمه به ذمه

یکی از نکات کلیدی که در کلام باورمندان به درستی ضمان اعیان به چشم می‌خورد و براساس آن به تعدادی از این اشکالات پاسخ داده شده است این است که این دسته از فقهاء بجای تلاش بر تطبیق قواعد ضمان دیون یا همان ضمان ناقل ذمه بر ضمان اعیان، بر این نکته پای فشرده‌اند که ضمان اعیان با ضمان ناقل ذمه متفاوت بوده و خود عقد مستقلی به حساب می‌آید و نباید به صرف عدم اجتماع شرایط صحت ضمان ناقل ذمه، حکم به عدم صحت این قسم از ضمان داد. از همین رو در کلمات این فقیهان از ضمان ناقل ذمه با عنوان «ضمان مصطلح» یاد شده تا آن را از ضمان اعیان به عنوان یک عقد جداگانه متمایز سازند (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی «المحشی»، ۵/ ۴۳۶) به گفته این فقهاء، به عهده گرفتن عینی که در نزد دیگری است در قبال مالک، خود یک عقد متعارف و مستقل است و با عقدی که کسی دین دیگری را به ذمه می‌گیرد یا همان ضمان مصطلح متفاوت است و بنابراین هر چند اطلاقات ادله ضمان مصطلح، ضمان اعیان را در بر نمی‌گیرد اما شمول عمومات صحت عقود هم چون اوفوا بالعقود و امثال آن، برای تصحیح این عقد کفایت می‌کند (روحانی، ۲۰/ ۱۶۲). با این تمهید این اشکال که شرط صحت عقد ضمان این است که مضمون به مال ثابت بر ذمه باشد، خود بخود منتفی می‌شود؛ زیرا این شرط مربوط به ضمان مصطلح است نه عقد ضمان مورد بحث.

علیرغم اینکه در ضمان اعیان، پس از تحقق ضمان و مسئولیت ضامن به رد عین، مسئولیت مضمون عنه همچنان پابرجاست اما این نوع از ضمان با ضمان موجب ضم ذمه به ذمه که در فقه عامه مطرح است تفاوت بنیادی دارد. موضوع ضمان ضم ذمه به ذمه همچون ضمان نقل ذمه، دین ثابت بر ذمه است با این

۱. «و قد جوز الأصحاب ضمان العهده علی تقدیر الاستحقاق، لمسیس الحاجة، فلا یتعدی».

تفاوت که در رویکرد فقه امامیه، پس از ضمان، ذمه مضمون عنه برئ می‌شود ولی در رویکرد فقه عامه، مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون عنه ضمیمه می‌شود و این در حالی است که موضوع ضمان اعیان، عین خارجی است نه دین ثابت بر ذمه.

ب) تمایز ذمه و عهده و امکان استقرار عین خارجی بر «عهده»

مبنای دیگری که در استدلال موافقین ضمان اعیان جنبه محوری دارد تمرکز بر مفهومی به نام «عهده» در قبال «ذمه» است. عهده مانند ذمه ظرفی اعتباری است با این تفاوت که ذمه ظرف اموال کلی یا همان دیون و عهده ظرف اعیان و اموال خارجی است. به تعبیر یکی از فقیهان معاصر: «الذمه مع العهده متشابهان نسباً فی الاصطلاح الفقہی و القانونی. لأنهما معا يتضمنان معنى المسؤولية، إلا أن الذمه هی ظرف المال الکلی و العهده هی، ظرف المال أو العین الخارجی.» (صدر، ما وراء الفقه، ۴/ ۳۲۲).

چنان‌که اشاره شد یکی از اشکالات اساسی وارد بر ضمان اعیان، اشکال ضمان مالم یجب بود، به این معنی که در ضمانت از عین موجود در خارج، در وقت ضمان، مالی بر ذمه نیست تا منتقل شود و مال بر ذمه پس از تلف عین بر ذمه مستقر می‌شود. این اشکال خود بر این پیش‌فرض استوار است که ذمه ظرف اموال کلی و دیون است (بحرالعلوم، همان، ۱۸۷) و در مورد اعیان خارجی نمی‌توان از ثبوت بر ذمه سخن گفت. در ضمان اعیان در وقت ضمان، آنچه موجود است عین خارجی است که قابل تعلق به ذمه نیست و آن‌چه قابل ثبوت بر ذمه است یعنی دین ناشی از تلف عین نیز فعلاً موجود نبوده و منوط به تلف عین در آینده است.

باورمندان به درستی ضمان اعیان و دست کم ضمان اعیان مضمونه، برای حل این معضل، بجای تاکید بر نهاد «ذمه» به عنوان ظرف اعتباری اموال کلی، بر مفهومی به نام «عهده» - که البته نباید آن را با اصطلاح عهده در «ضمان عهده» اشتباه نمود - انگشت نهاده‌اند و با این تمهید کوشیده‌اند برای اعیان خارجی نیز ظرفی اعتباری دست و پا کنند تا با مشکل ضمان مالم یجب روبرو نشوند. این دسته از فقهاء در عین پذیرش ظرفی اعتباری به عنوان ذمه که ظرف دیون و اموال کلی است، بر این باورند که از ادله می‌توان وجود ظرف اعتباری دیگری به عنوان «عهده» را استفاده نمود که امکان ثبوت عین خارجی در خصوص آن امکان پذیر است و نتیجه ثبوت عین بر عهده، اولاً وجوب رد عین است مادام که موجود است و ثانیاً التزام به جبران بدل آن است در فرض تلف عین. مهم‌ترین دلیلی که این فقهاء را به شناسایی چنین مفهومی سوق داده است مفاد دلیل «علی الید» است. زیرا مطابق این حدیث شریف، آن‌چه بر ذمه متصرف غیر مأذون است «ما اخذت» است یعنی همان چیزی که از سوی غاصب اخذ شده نه آن‌چه در دست وی یا توسط وی تلف شده است. به بیان دیگر بر اساس ظاهر حدیث، موضوع ضمان با آن‌چه بر عهده غاصب است،

نفس عین مأخوذ یا همان عین خارجی است (طباطبائی یزدی، همان، ۹۹). بنابراین مبدأ تحقق موجود اعتباری که بر عهده مستقر می‌شود زمان وقوع غصب است نه زمان تلف عین. به گفته یکی از فقهای معتقد به این دیدگاه، ظاهر سخن پیامبر گرامی (ص) که می‌فرمایند: «علی البید ما أخذت حتی تؤدی» آن است که ذات آن چیزی که مورد غصب قرار گرفته است بر عهده غاصب مستقر می‌گردد و شکی نیست که این معنی، یعنی «استقرار مغضوب بر عهده غاصب»، یک حکم وضعی و ثابت در عالم اعتبار است، هر چند خود مال مغضوب، عینی خارجی و موجود در خارج است (بجنوردی، همان، ۷۵). ثبوت عین خارجی بر عهده یک حکم وضعی است که بر آن آثاری مترتب است که از جمله آن رد عین در صورت وجود و رد بدل در فرض تلف است^۱.

استناد به دلیل «علی البید» برای اثبات وجود نهادی به نام عهده که در آن شارع، عین خارجی و مأخوذ را بر عهده متصرف قرار می‌دهد راه را برای اعتبار عین خارجی بر عهده از طریق انشاء و اراده انشائی هموار می‌سازد. همان‌گونه که ضمان عین خارجی به معنای ثبوت عین بر عهده، به حکم شارع امکان پذیر است، ضمان انشائی به معنای بر عهده گرفتن ارادی عین خارجی یا التزام و تعهد به اداء عین نیز امکان پذیر است و اشتغال ذمه به مثل یا قیمت عین در فرض تلف نیز از آثار مترتب بر این تعهد است (صدر، البنک اللاربوی، ۲۴۱). جالب است بدانیم در حالی که پذیرش مفهوم نوینی از ضمان که در آن نه دین، بلکه مال خارجی بر عهده مستقر می‌شود، سابقه چندانی در فقه ندارد اما استفاده از این مفهوم برای تحلیل ماهیت عقد کفالت سابقه‌ای دیرینه دارد؛ زیرا به حسب تعریف در عقد کفالت، آن چه بر عهده کفیل ثابت می‌شود، شخص مکفول عنه است که شخص خارجی است و جنبه کلی ندارد.

به هر روی با این تحلیل و پذیرش نهادی به نام «عهده» اغلب اشکالات وارد بر ضمان اعیان پاسخ داده می‌شود. اولاً با امکان ثبوت نفس عین خارجی بر عهده، دیگر جایی برای اشکال ضمان مالم یجب باقی نمی‌ماند؛ چه این که بر اساس این تحلیل در همان لحظه وقوع ضمان، عین بر عهده مستقر می‌شود؛ ثانیاً با این تحلیل معلوم می‌گردد، وجوب رد عین که یک حکم تکلیفی است از آثار ضمان اعیان به معنای بر عهده گرفتن عین است نه این که مفاد خود ضمان اعیان، انتقال نفس حکم تکلیفی وجوب رد باشد تا اشکال شود که احکام تکلیفی نه قابل انتقال اند و نه می‌توانند موضوع عقدی از عقود قرار گیرند. ثالثاً با این تحلیل اشکال ضم ذمه به ذمه نیز منتفی می‌شود چون بر بنیاد این تحلیل، دینی بر ذمه ضامن قرار نمی‌گیرد تا ضم ذمه به ذمه لازم آید بلکه عین خارجی بر عهده ضامن مستقر می‌شود و در نتیجه سخن از اشتغال دو

۱. «الذمة؛ فإن اشتغالها انما هو بأمر کلی، و أما العهدة فهي متعلقة بالموجود فی الخارج مع وصف وجوده فی الخارج، فالعین المأخوذة فی الحدیث قد تعلقت العهدة بها، ... و یرتب علی هذا الضمان الذی هو حکم وضعی اعتباری حکمان تکلیفیان: أحدهما وجوب رد العین ما دامت باقية، ثانيهما وجوب رد بدلها مثلاً أو قيمة بعد تلفها و انعدامها» (القواعد الفقهية (للفاضل)، ۹۹۹)

ذمه به دین واحد مطرح نیست. البته به گفته برخی از فقهای بزرگ اگر قصد طرفین ضم ذمه به ذمه نیز باشد، هر چند آنچه واقع می شود ضمان مصطلح یا ناقل ذمه نیست اما فی نفسه خود یک عقد صحیح بوده و عموماً صحت عقود آن را در بر می گیرد (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۱/ ۱۸۴). اشکال فقدان مضمون عنه که در خصوص اعیان امانی مطرح شده بود نیز با این تحلیل مرتفع می شود، زیرا مراد از ضمان در اینجا، به ذمه گرفتن دین دیگری نیست تا گفته شود در ایادی امانی مدیون یا مضمون عنه وجود ندارد و حال آنکه یکی از ارکان تحقق ضمان وجود مضمون عنه یا مدیون است؛ بلکه مراد از ضمان در این موارد، بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است که اثر آن وجوب رد عین در فرض استحقاق یا مطالبه مالک و جبران مثل یا قیمت در فرض تلف آن است.

به هر تقدیر با این تحلیل نه تنها راه برای تصحیح ضمان اعیان مضمونه و حتی غیر مضمونه باز می شود، بلکه ضمان عهده نیز از حالت استثنائی و خلاف قاعده خارج شده و یکی از مصادیق عقد ضمان البته نه به معنای ضمان مصطلح بلکه به معنای تعهد به عین می گردد. از دیگر نتایج این تحلیل تصحیح بیمه اشیاء بر مبنای ضمان اعیان است؛ زیرا با تحلیل ضمان اعیان به بر عهده گرفتن یک عین خارجی و نه بر ذمه گرفتن دین دیگری که بر اساس آن شرط لزوم دین ثابت بر ذمه مضمون عنه منتفی می گردد تفاوت نمی کند که عینی که ضامن مسئولیت آن را بر عهده می گیرد، در نزد مالک باشد یا در نزد غیر مالک.

از آن چه در مقام تحلیل ماهیت ضمان اعیان و ارجاع آن به معنای تعهد یا بر عهده گرفتن عین خارجی گفته شد به خوبی معلوم می شود که نهاد ضمان اعیان را نمی توان با التزام به تأدیه مقایسه نمود؛ چه این که در التزام به تأدیه سخن بر سر ادای دین موجود است البته بدون اینکه این دین به ذمه ملتزم منتقل گردد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۵۹)، اما در ضمان اعیان به حسب فرض در وقت ضمان، دینی وجود ندارد و سخن بر سر بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است.

در پایان این بخش از سخن، عبارات زیر از آیت الله خوئی که عیناً از سوی اغلب شاگردان ایشان هم چون آیت الله تبریزی و آقاییان سید محمد صادق روحانی و وحید خراسانی و فیاض تکرار شده و نمونه ای از گرایش بسیاری از فقهای معاصر به تصحیح ضمان اعیان است را می توان به عنوان فشرده آن چه تاکنون گفته شد مورد توجه قرار داد:

«یصح ضمان الاعیان الخارجیه، بمعنی کون العین فی عهده الضامن فعلاً، و أثر ذلک وجوب ردها مع بقاء العین المضمونه ورد بدلها من المثل أو القیمه عند تلفها... و الضابط أن الضمان فی الاعیان الخارجیه بمعنی «التعهد» لا بمعنی «الثبوت فی الذمه»، فهو قسم آخر من الضمان» (خویی، ۲/ ۱۸۵).

چنان که از متن بالا بر می آید اولاً عین خارجی فوراً و منجزاً بر عهده قرار می گیرد و استقرار بر عهده

منوط به تلف نیست؛ ثانیه و جوب رد عین یا بدل آن، از آثار ضمان عین و وقوع عین بر عهده است نه مفاد مطابقی ضمان از عین و بالاخره ضمان در این گونه موارد به معنی بر عهده گرفتن یک عین است نه به معنای ثبوت دین دیگری بر ذمه و از همین رو این نوع از ضمان، با ضمان مصطلح یا ضمان نقل ذمه متفاوت است.

اثر ضمان اعیان

پس از تعریف ضمان اعیان و اشکالات وارد بر آن و اثبات تفاوت این قسم از ضمان، از ضمان مصطلح و ابتدای آن بر مفهوم عهده، اکنون نوبت به واکاوی اثر ضمان مذکور رسیده است. چنان که می دانیم اثر ضمان مصطلح، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و بر همین اساس پس از تحقق ضمان ذمه مضمون عنه بریء و ذمه ضامن مشغول می گردد. نتیجه روشن این انتقال این است که طلبکار صرفاً حق مراجعه به یک نفر یعنی ضامن را دارد و دیگر نمی تواند از مضمون عنه مطالبه ای داشته باشد. نکته دیگری که در ضمان مصطلح وجود دارد این است که مسئولیت ضامن به اداء دین یا همان عین کلی که پیش از عقد بر ذمه مضمون عنه ثابت بود و با عقد بر ذمه خود او مستقر گردید، محدود می شود و سخن از الزام به رد عین خارجی، نه در مورد ضامن و نه در مورد مضمون عنه مطرح نیست. اکنون با توجه به تفاوت ضمان اعیان از ضمان مصطلح، باید دید این آثار در مورد ضمان اعیان چگونه است. در ادامه به مهم ترین آثار ضمان اعیان می پردازیم:

الف) تکلیف ضامن به رد عین - نخستین اثر ضمان اعیان که آن را از ضمان دیون متمایز می سازد، تکلیف ضامن به رد عین است. این تکلیف نتیجه قرار گرفتن عین بر عهده یا تعهد ضامن نسبت عین است.

ب) امکان رجوع همزمان به ضامن و مضمون عنه برای دریافت عین - چنانکه گفته شد با تحقق ضمان و قرار گرفتن عین بر عهده ضامن، تکلیف رد مال از دوش مضمون عنه برداشته نشده و همچنان این تکلیف متوجه مضمون عنه نیز هست. البته این امر در خصوص اعیان مضمونه مطرح است که بد مضمون عنه بر مال ضمانی بوده و مکلف به رد آن به مالک می باشد. نتیجه مهمی که بر این تفاوت بین ضمان اعیان مضمونه و ضمان ناقل ذمه مترتب است، امکان رجوع به ضامن و مضمون عنه برای دریافت عین است. به بیان دیگر در ضمان اعیان، تکلیف ضامن به رد عین که از آثار ضمان از عین است در کنار وجوب رد عین از سوی خود مضمون عنه و به عنوان مثال غاصب، قرار می گیرد. یعنی هر دو نفر همزمان مکلف به رد عین اند منتهی با این تفاوت که تکلیف ضامن ریشه در قرارداد داشته و ناشی از بر عهده گرفتن عین است و تکلیف مضمون عنه ریشه در حکم قانون گذار به رد مال غیر دارد. به تعبیر صریح مرحوم علامه

حلی در تذکره: «و فی ضمان الاعیان المضمونه و العهده إشکال أقربہ عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبة أما الضامن: فللضامن و أما المضمون عنه: فلو جود العين فی یده أو تلفها فيه» (علامه حلی، همان، ۳۳۶). این ویژگی باعث گردیده که برخی از فقهاء، ضمان اعیان را با ضمان ضم ذمه به ذمه مورد قبول اهل سنت نزدیک بدانند، در حالی که چنان که گفته شد در این جا سخن از دین نیست تا مسأله ضم ذمه به ذمه و ثبوت یک دین بر دو ذمه مطرح گردد بلکه سخن بر سر اجتماع دو تکلیف در خصوص عین واحد است. به هر تقدیر فقیهان بزرگی هم چون محقق حلی و علامه حلی که فتوا به درستی ضمان اعیان داده اند تصریح نموده اند که مضمون له برای دریافت عین، حق مراجعه به ضامن و مضمون عنه را دارد. عبارت مرحوم محقق در شرایع این است: «و فی ضمان الاعیان المضمونه مع من فی یده تردد و الاشبهه الجواز» (محقق حلی، ۲/ ۹۰).

ج) لزوم اداء بدل عین در فرض تلف - از دیگر آثار ضمان اعیان یا قرار گرفتن عین بر عهده، لزوم تدارک بدل عین در صورت تلف آن است. گفتیم که برخی از فقهاء با توجه به این که در حین ضمان هنوز مال تلف نشده و دین ثابت نیست مورد را مشمول ضمان مالیم یجب دانسته و بر آن ایراد گرفته اند. به این اشکال پاسخ های متعددی داده شده است. برخی از اساس در بطلان ضمان مالیم یجب تردید کرده اند (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۱۸۴)، برخی دیگر وجود مقتضی یا سبب را که همان ید ضمانی است برای صحت ضمان و خروج از ضمان ما لم یجب کافی دانسته اند (روحانی، همان، ۱۶۰) که این پاسخ تنها در مورد اعیان مضمونه کاربرد دارد و بالاخره بسیاری از فقهای معاصر با استفاده از نهاد عهده به این اشکال پاسخ داده و گفته اند در ضمان اعیان، عین از لحظه عقد بر عهده ضامن مستقر می شود و تکلیف به تدارک بدل آن در صورت تلف، از آثار این التزام و بر عهده گرفتن عین است. به بیان دیگر وقتی شخصی عینی را بر عهده می گیرد، خروج از عهده مراتبی دارد که مرتبه نخست آن رد خود عین و مرتبه بعد رد مثل آن و مرحله نهایی تدارک قیمت آن است و البته در تمامی این مراحل آنچه بر عهده مستقر است نفس عین مورد ضمان است و مثل یا قیمت ابزارهایی برای خروج عین از عهده است یعنی مادام که خود عین یا مثل یا قیمت آن داده نشده همچنان عین بر عهده ضامن قرار دارد.

د) امانی شدن ید مضمون عنه - برخی از فقهای موافق صحت ضمان اعیان این احتمال را نیز داده اند که با قبول مضمون له و تحقق ضمان، دیگر ید مضمون عنه ضمانی نبوده و تنها در فرض تأخیر در رد، ید او مجدداً ضمانی می شود (حلی، بحوث فقهیه، ۳۰). به عنوان مثال اگر کسی مالی را غصب کند و دیگری در مقابل مالک از غاصب ضمانت کرده و عین را بر عهده بگیرد و مالک این ضمانت را بپذیرد، دیگر ید غاصب ضمانی نبوده و مال در نزد او امانت شرعی است و یا خود وی یا ضامن باید آن را فوراً به مضمون له

(مالک) بازگردانند و چنانچه در رد تأخیر نماید ضمان جدیدی بر وی بار می‌شود (روحانی، همان، ۱۶۲).

وضعیت ضمان اعیان در حقوق مدنی ایران

هر چند قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ همانند مشهور فقهاء ضمان را بر مبنای نقل مال بر ذمه یا دین استوار نموده و وجود مال بر ذمه را در ماهیت و تعریف این عقد اخذ نموده است اما این امر برای منتفی دانستن ضمان اعیان از منظر قانون مدنی کفایت نمی‌کند؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۶۹۷ همچون قول نزدیک به اجماع فقهاء صراحتاً از درستی یکی از اقسام عمده ضمان اعیان یعنی ضمان عهده سخن گفته است. چنان‌که گفته شد و از اطلاق ماده ۶۹۷ نیز قابل برداشت است، ضمان عهده شامل فروض مختلفی می‌گردد که یکی از آن‌ها فرض بقاء عین مورد ضمان است که در این صورت ضامن عهده ملزم به رد عین به مضمون‌عنه است و این امر نشان می‌دهد که ضمان در قانون مدنی ما منحصر به قبول دین دیگری نبوده و در خصوص اعیان خارجی نیز قابل تصویر است. با وجود این برای استفاده صحت تمام اقسام ضمان اعیان از ماده ۶۹۷ دو اشکال به نظر می‌رسد: نخست اینکه از درستی ضمان عهده حداکثر می‌توان درستی ضمان اعیان مضمونه را برداشت نمود و صحت ضمان اعیان غیر مضمونه یا امانی و نیز اعیانی که نزد مالکان آن‌ها است از این ماده قابل برداشت نیست؛ چه این‌که در عقد فضولی و فاسد که مجرای ضمان عهده است، هر چند در حین تحقق ضمان عهده فساد عقد برای طرفین معلوم نیست اما به هر حال دریافت مال در اثر عقد فاسد، مصداق مقبوض به بیع فاسد بوده و ید گیرنده نسبت به مال مأخوذ ضمانی است هر چند خود مطلع نباشد. دومین اشکال این است که ممکن است قانون مدنی همچون بسیاری از فقهاء صحت ضمان عهده را امری استثنائی و خلاف قاعده دانسته باشد که در این صورت نمی‌توان از آن برای درستی ضمان اعیان به نحو مطلق استفاده نمود.

به نظر می‌رسد این دو اشکال هر دو قابل رفع است. چنان‌که توضیح داده شد اغلب فقهای معاصر پذیرفته‌اند ضمان اعیان عقدی مستقل از ضمان ناقل ذمه یا همان ضمان مصطلح است و منشأ و محتوای این دو عقد متفاوت است. آن‌چه در عقد ضمان اعیان انشاء می‌شود، اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده ضامن به نحو منجز و فعلی است در حالی‌که عقد ضمان مصطلح عبارت است از انشاء انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن. نتیجه استقلال ضمان اعیان از ضمان مصطلح این است که برای تصحیح ضمان اعیان می‌توان از عمومات قانون مدنی همچون ماده ۱۰ و ماده ۱۸۳ که مطلق عقد را تعریف نموده است، استفاده نمود. بدین ترتیب برای صحت ضمان اعیان از منظر قانون مدنی تنها وجود شرائط عمومی همچون قصد و رضا و اهلیت و امثال آن‌ها کافی است و روشن است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به

صحت یک عقد متعارف هر چند در قالب هیچ یک از عقود معین نگنجد چندان دشوار نیست؛ اگر چه در فقه راه پذیرش عقود غیر معین چندان هموار نبوده و محل اختلاف است. به هر تقدیر همداستان با اغلب فقهای معاصر و به کمک عمومات قانون مدنی می توان حکم به درستی ضمان اعیان به نحو مطلق داد و از آنجا که ضمان اعیان بر وجود دین یا تکلیف رد استوار نیست، در این خصوص فرقی بین اقسام ضمان اعیان اعم از اعیان مضمونه یا اعیان امانی و غیر مضمونه و حتی اعیانی که در تصرف مالکین آنها است وجود ندارد.

اساتید حقوق مدنی ایران نیز بر درستی ضمان اعیان به نحو مطلق یا دست کم ضمان اعیان مضمونه حکم نموده اند (جعفری لنگرودی، ۲۳۶). در تحلیل این اساتید، از نهاد عهده که فقهاء برای تصحیح ضمان اعیان از آن بهره جسته اند اثری به چشم نمی خورد در عوض نهاد «تضمین فعل ثالث» یا «تعهد به فعل ثالث»، نهادی است که از سوی برخی از شارحان قانون مدنی برای توجیه درستی ضمان اعیان مورد استفاده قرار گرفته است (کاتوزیان، همان، ۲۸۹). از نظر اینان در ضمان اعیان بر خلاف ضمان دیون، موضوع تعهد ضامن با موضوع تعهد مضمون عنه متفاوت است: موضوع تعهد ضامن در ضمان اعیان «راضی کردن مضمون عنه به رد مال» یا «دادن خسارت در فرض تلف» است در حالی که موضوع تعهد مضمون عنه «رد مال» است. (همان، ۲۶۹). هر چند این دیدگاه از آن جهت که ضمان اعیان را از حوزه ضمان مصطلح خارج دانسته و برای آن ماهیتی مستقل قائل شده و از همین رو برای اعتبار آن استناد به ماده ۱۰ و رعایت شرایط اساسی را کافی دانسته است، با دیدگاه فقهای موافق با صحت ضمان اعیان به عنوان ضمان غیر مصطلح همداستان است اما نکته قابل تأمل در این تحلیل این است که ضامن متعهد به رد مال شناخته نشده و صرفاً متعهد به راضی کردن مثلاً غاصب به رد مال دانسته شده در حالی که نگاهی به پیشینه فقهی موضوع حکایت از این دارد که نقض و ابرام فقیهان بر سر تکلیف ضامن به رد عین بوده، نه راضی کردن مضمون عنه به رد عین؛ هر چند راضی کردن غاصب به رد عین نیز می تواند از سوی ضامن به عنوان یکی از ابزارهای انجام تکلیف به رد عین مورد استفاده قرار گیرد. در هر صورت در این که از منظر فقهاء اثر اولیه ضمان اعیان، وجوب رد عین از سوی ضامن است، تردیدی نیست و از همین رو مخالفان به اشکالاتی همچون عدم امکان انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین یا اشکال ضم ذمه به ذمه در فرض پذیرش انتقال متوسل شده اند و بر عکس موافقان تصریح نموده اند که با تحقق ضمان، هر چند ضامن از باب قرارداد مکلف به رد مال می گردد اما این امر منافاتی با استمرار حکم وجوب رد در مورد خود مضمون عنه که ناشی از حکم قانونگذار در خصوص استیلاء بر مال غیر است، ندارد و از سوی دیگر چون سخن از «تکلیف» ضامن و مضمون عنه به رد مال است نه ثبوت دین بر ذمه آن دو، جایی برای استناد به اشکال ضم ذمه به ذمه

نیز وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

هر چند بر مبنای فقه امامیه، عقد ضمان ناقل ذمه است و بر این اساس مضمون به در عقد ضمان همواره باید مال بر ذمه یا دین باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه دیگری سخن گفت اما همان گونه که بسیاری از فقهای معاصر تصریح نموده‌اند، این امر منافاتی با وجود نوع دیگری از ضمان که موضوع آن عین موجود در خارج است، ندارد. از نظر این فقها، عقد ضمان ناقل ذمه یا ضمان دین که از آن به ضمان مصطلح نیز تعبیر شده است، بر مفهوم ذمه که ظرفی اعتباری برای ثبوت و استقرار اموال کلی و دیون است استوار شده اما ضمان اعیان یا ضمان غیر مصطلح مبتنی بر وجود مفهومی به نام عهده است که ظرفی است اعتباری برای اعیان جزئی و خارجی. وجود چنین مفهومی را از حدیث «علی البید» می‌توان استنباط نمود؛ چه این که بر مبنای ظاهر این حدیث، خود عین مأخوذ بر عهده غاصب ثابت است تا آن که آن را بازگرداند و البته رد مثل یا قیمت عین در فرض تلف، راه‌های خروج از عهده عین است. اکنون که اعتبار عین خارجی بر عهده در عین خارجیت آن به حکم شارع و به عنوان ضمان قهری یا همان ضمان ید امکان پذیر است و رد عین یا رد بدل آن از آثار مترتب بر اعتبار عین بر عهده است، مانعی وجود ندارد که شخص با اراده انشائی خود چنین ضمانی را انشاء کرده و عینی را به عهده گرفته یا بر عهده خود اعتبار نماید که از آن تعبیر به ضمان اعیان خارجی می‌نماییم. بنابراین ضمان اعیان عبارت است از تعهد و التزام شخص نسبت به عین خارجی متعلق به دیگری. اثر این ضمان در درجه اول تکلیف به رد عین در فرض بقاء عین و التزام به جبران مثل یا قیمت عین در فرض تلف آن است. از آنجا که در این تحلیل سخن از اعتبار نمودن عین بر عهده ضامن است، جایی برای شبهه ضمان مالیم یجب وجود ندارد؛ چه اینکه ضمان منجز و بالفعل است و عین بالفعل بر عهده مستقر می‌گردد و دادن بدل در فرض تلف از طرق تخلص و خروج از عهده عین است نه این که با تلف، عین یا دین ناشی از تلف آن بر ذمه مستقر گردد. از دیگر نتایج این تحلیل عدم تفاوت بین اقسام ضمان اعیان اعم از ضمان عهده یا ضمان اعیان مضمونه یا اعیان امانی یا اعیان موجود در تصرف مالکان خود است. قسم اخیر چنانچه بصورت معوض و در قبال عوض باشد می‌تواند برای تحلیل و توجیه بیمه اشیاء مورد استفاده قرار گیرد.

منابع

- اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الشریکه و کتاب التامین*، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۴ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقهیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *عقد ضمان*، تهران: شرکت سهامی کتابهای حقیقی، ۱۳۵۲ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- خرازی، محسن، *التأمین*، مجله فقه أهل البيت علیهم السلام (بالعربیة)، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابو القاسم، *منهاج الصالحین*، قم: نشرالمدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم: دار الکتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مذهب الأحکام*، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- صدر، محمد باقر، *البنک اللاریبوی*، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
- صدر، محمد، *ما وراء الفقه*، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (ط - الحدیثه)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء* (ط - الحدیثه)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ عقود اذنی وثیقہهای دین*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- _____، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
- گلپایگانی، محمد رضا، *هدایة العباد*، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی* (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

شماره ١١٠	فقہ و اصول	٥٠
	_____، <i>العروة الوثقى</i> ، بيروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.	
	_____، <i>حاشية المكاسب</i> ، قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٤٢١ ق.	

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۷۷-۵۱

نقد و تحلیل ادله انسداد و افتتاح باب اجتهاد*

عبدالسلام امامی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ab.emami@stu.um.ac.ir

دکتر حسین صابری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdwosi.um.ac.ir

چکیده

مسئله افتتاح یا انسداد باب اجتهاد نزد اهل سنت از پرسش‌های دیرین و پردامنه‌ای بوده که در گذر تاریخ جریان داشته و هریک از دو فرضیه افتتاح و انسداد طرفداران خاص خویش را یافته است و هرکدام در اثبات دعوی خود ادله‌ای به میان آورده‌اند. گروهی از فقیهان متقدم و متأخر اهل سنت به انسداد گرویده و بیشترین معاصران نیز این دیدگاه را پذیرفته و به سد باب اجتهاد به ویژه اجتهاد مطلق مستقل معتقد شده‌اند. در برابر، این نظریه مقبول عده‌ای از فقهای متقدم و متأخر قرار نگرفته و آنان به جواز و حتی وجوب اجتهاد بر واجدان شرایط نظر داده‌اند و در این میان بیشترین تلاش‌ها برای اثبات افتتاح از سوی متأخران صورت گرفته است. مقاله حاضر به واکاوی سیر آرا و اندیشه‌ها در این زمینه پرداخته و از رهگذر مطالعه تطبیقی و با نقد، تحلیل و واریسی به این نتیجه راه گشوده است که از میان نظریه‌های پیش گفته آنچه منطقی‌تر و درست‌تر می‌نماید افتتاح باب اجتهاد است.

کلید واژه‌ها: اجتهاد، فقه اهل سنت، انسداد، افتتاح.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۱/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۱۰/۲۳.

مقدمه

عنصر اجتهاد در فقه، خصیصه‌ای است همچون سایر خصایص اسلام که جلوه منحصر به فردی به آن بخشیده است و موتور محرکی است که توانسته است شریعت اسلام را همگام با زمان و مکان، مشکلات، معضلات، نیازها، سؤالات و شبهات به پیش ببرد. اجتهاد به اتفاق همه مذاهب اسلامی، مجاز و بلکه واجب کفایی و گاه حکم ضرورت به خود می‌گیرد (توانا، ۲۱۳-۲۱۴). علمای متقدم و متأخر پیرامون اجتهاد بحث‌های متعددی انجام داده و از زوایای مختلف، آن را مورد بررسی و تحقیق قرار داده‌اند. یکی از مهم‌ترین و مشکل‌ترین مسائل اجتهاد، مسئله انسداد و افتتاح باب آن است که از دیرباز اصولیان و پژوهشگران حوزه فقه و اجتهاد پیرامون آن بحث کرده و اظهارنظر نموده‌اند. مؤید این مدعا نیز وجود کتاب‌های متعدد و برگزاری همایش‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی با محوریت موضوع اجتهاد است. اما باید گفت برخی از مسائل اجتهاد همچنان نیاز به تحقیق و بررسی بیشتر دارد از جمله نقد و تحلیل ادله و آرای دو گروه موافق و مخالف انسداد باب اجتهاد. سؤالاتی که امروزه در این باره مطرح است و همچنان پاسخ دقیق و قطعی به آن‌ها داده نشده است عبارتند از:

طرفداران نظریه انسداد باب اجتهاد چه کسانی هستند و ادله آنان چیست؟ در پی این پرسش اصلی چند پرسش دیگر نیز قابل طرح است: آیا انسداد باب اجتهاد از دیدگاه آنان بر اثر عدم امکان وجود مجتهد جامع الشرایط در میان متأخران است یا این‌که متقدمان از لحاظ زمانی همه شیوه‌ها و رویکردهای اجتهاد را استخراج نموده و به همه مسائل مورد نیاز و روش پاسخگویی و استنباط احکام از روی ادله پاسخ داده‌اند؟ یا این‌که سد باب اجتهاد از باب سد ذریعه در مقابل نااهلان و مفتیان درباری بود که به هیچ شیوه اجتهادی موثق پایبند نبودند؟ اگر باب اجتهاد بسته شده است، مقصود کدام نوع اجتهاد است؟ اجتهاد مطلق مستقل مانند اجتهاد ائمه اربعه فقهی یا اجتهاد مطلق منتسب مانند اجتهاد بزرگان اصحاب ائمه فقهی و یا اجتهاد مقید در انواع تخریج، ترجیح و فتوا است؟ قائلان به نظریه انسداد در برابر مسائل مستحدثه و جدید چه دیدگاهی دارند؟ در طرف مقابل، پیروان دیدگاه افتتاح باب اجتهاد چه کسانی هستند و ادله آنان چیست؟ در پی این پرسش اصلی چند پرسش دیگر نیز قابل طرح است: مدعای پیروان افتتاح در مفتوح بودن باب اجتهاد کدام نوع اجتهاد است؟ آیا طرفداران این دیدگاه در حد نظر و قول بسنده کرده یا در عمل نیز مبادرت به اجتهاد ورزیده‌اند؟ آیا اجتهادهای صورت گرفته در فاصله زمانی بعد از ائمه اربعه تا زمان معاصر، اجتهاد در مذهب است یا خارج از آن؟

جواز تلفیق بین مذاهب، حکم خروج از مذاهب اربعه مشهور و احداث مذهب فقهی جدید و تقلید از آن، شرط حیات در مجتهد و جواز خالی بودن زمان از مجتهد، ضوابط، مشخصات و شرایط لازم اجتهاد و

آیا تحقق آن‌ها امروزه میسر است یا نه، راه حل مؤیدان این دیدگاه در برابر پیامدهای آن از قبیل: راه تشخیص مجتهد جامع شرایط از غیر آن و تعدد اجتهادات بی‌پایه و اساس در سایه نبودن یک مرجع اجتهادی معتبر، دیدگاه اصولیان معاصر به تجزی در اجتهاد، از دیگر سؤالات مطروحه در این باره است. نویسندگان در این جستار در راستای پاسخگویی به این پرسش‌ها ابتدا به اجتهاد و مفهوم آن، سابقه تاریخی و انواع و مراتب مجتهد اشاره کرده، سپس به پاسخ پرسش اصلی مقاله یعنی نقد و تحلیل ادله انسداد و افتتاح باب اجتهاد پرداخته و با بررسی اقوال و آرای متقدمان و متأخران اهل سنت در پی انتخاب دیدگاه مقبول و راجح در میان این دو دیدگاه بوده است. نگارندگان برای اثبات رأی برتر به بررسی کتب فتاوا و نظریات فقها و مجتهدان اهل سنت روی آورده و دیدگاه‌های فقهی آنان را بررسی نموده‌اند.

اجتهاد در لغت و اصطلاح فقیهان

اجتهاد در لغت باب افتعال از ماده جهد یا جهد به معنی طاقت، توان، مشقت و سختی است (ابن فارس، ۱/ ۴۸۶؛ ابن منظور، ۳/ ۱۳۳؛ فیومی، ۱/ ۱۳۸) علمای مذاهب اسلامی در بیان تعریف اجتهاد، به معنای اصطلاحی آن اتفاق نظر ندارند^۱ اما آنچه را می‌توان تعریف جامع و شامل برای اجتهاد دانست، تعریفی است که شوکانی ارائه کرده است «اجتهاد به کاربردن کوشش و توان فقیه است در راه استخراج احکام شرعی عملی با شیوه استنباط» (شوکانی، ارشاد الفحول، ۲۲۰).

الفاظ مرتبط با اجتهاد

از جمله واژگان مرتبط با اجتهاد، استنباط است. کلمه اجتهاد در قرآن استعمال نشده است اما نزدیک‌ترین کلمه به آن که واژه استنباط است در قرآن ذکر شده (نساء: ۸۳) که معنایش وسیع‌تر و کامل‌تر از اجتهاد است. استنباط مرحله نهایی اجتهاد است و در لغت از ماده «نبط» به معنی استخراج آب است (راغب، ۴۰۱). واژه مرتبط دیگر با اجتهاد، رأی است که عبارت از بکارگیری نهایت جهد و کوشش مجتهد به وسیله فکر و ابزاری که شریعت برای استنباط احکام در اختیار انسان قرار داده است به منظور رسیدن به حکم واقع‌ای که نص ظاهری در خصوص آن وجود ندارد (ابن قیم جوزی، ۱/ ۷۶). فتوا نیز دیگر کلمه مرتبط با اجتهاد است. برخی فتوا را به معنای اجتهاد و برخی نیز عکس آن را به کار می‌برند (زرکشی، ۳۰۵؛ ابن قیم، ۴/ ۱۶۲؛ شوکانی، ۲۶۵). اما به نظر می‌رسد فتوا نسبت به اجتهاد، اخص باشد چون اجتهاد

۱. جهت اطلاع بیشتر از تعاریف اجتهاد ر.ک: آمدی، ۱/ ۴۵؛ بیضاوی، ۲/ ۲۲۲؛ غزالی، ۲/ ۳۸۲؛ شاطبی، ۴/ ۶۴؛ خضری بک، اصول الفقه، ۴۲۶؛ حکیم، ۵۶۷.

همواره همراه استنباط است اما فتوا تنها إخبار از حکم و اجتهاد مجتهد است (ابوزهره، اصول الفقه، ۴۰۱).

مجتهد و مراتب آن

مجتهد از دیدگاه اصولیان بر فقیهی اطلاق می‌شود که ملکه اجتهاد در او پایدار و استوار باشد (زیدان، الوجیز، ۴۰۱ - ۴۰۲). مجتهد به اعتبار قدرت استقلال در اجتهاد و عدم آن، به چند قسم تقسیم می‌شود:

۱- مجتهد مطلق مستقل، مجتهدی است که در اصول و فروع اجتهاد و طرق استنباط، مستقل باشد و به کسی وابسته و منتسب نباشد و احکام را با روش استنباطی خود مستقیم از نصوص شارع، استخراج نماید مانند مالک و شافعی. ۲- مجتهد مطلق منتسب، مجتهدی است که به رتبه اجتهاد مطلق رسیده و جامع کلیه شروط مجتهد مطلق مستقل بوده اما فاقد شیوه استنباطی مستقل و خاص خود است بلکه در استنباط احکام از قواعد و شیوه استنباط دیگر مجتهدان مطلق مستقل پیروی می‌کند (امیدی، ۲۰) مانند ابویوسف (م ۱۸۲ ق) و محمد بن حسن شیبانی (م ۱۸۹ ق) در مذهب حنفی، عبدالرحمن بن قاسم مصری (م ۱۹۱ ق) و اشتهب بن عبدالعزيز عامری (م ۲۰۴ ق) در مذهب مالکی، مزنی (م ۲۶۴ ق)، طبری (م ۳۱۰ ق)، قفال (م ۴۱۷ ق) و غزالی (م ۵۰۵ ق) در مذهب شافعی، ابن قدامه (م ۶۲۰ ق) و ابن قیم (م ۷۵۱ ق) در مذهب حنابل. ۳- مجتهد مذهب، مجتهدی که به اصول و فروع مجتهد مطلق مستقل اعتماد و تکیه می‌کند مانند حسن بن زیاد (م ۲۰۴ ق) و طحاوی (م ۳۲۱ ق) در مذهب حنفی، ابهری (م ۳۷۵ ق) و ابن ابی زید (م ۳۸۶ ق) در مذهب مالکی، مروزی (م ۳۴۰ ق) و ابواسحاق شیرازی (م ۴۷۶ ق) در مذهب شافعی^۱. مجتهد مذهب خود به سه نوع تقسیم می‌شود: ۱- مجتهد تخریج ۲- مجتهد ترجیح ۳- مجتهد فتوا (ابن الشیخ، ۴۲-۴۶؛ سیوطی، الرد، ۳۹؛ نووی، ۷۰/۱؛ ابوزهره، اصول الفقه، ۳۹۶؛ زحیلی، الاجتهاد، ۱۹۱؛ هیتو، ۲۲۹؛ ایوبی، ۳۵-۳۹).

انسداد و انفتاح باب اجتهاد در نگاه فقیهان اهل سنت

در مورد سابقه وجود اجتهاد در اسلام آرای متعددی وجود دارد به گونه‌ای که برخی آن را به زمان پیامبر (ص) بر می‌گردانند. در مورد وجود اجتهاد بعد از عصر رسالت همه مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند. در اواخر عصر تابعان، در میان شاگردان آنان فقها و مجتهدان بزرگی چون ابوحنیفه، سفیان ثوری، مالک بن انس، شافعی، احمد بن حنبل، اوزاعی، داوود ظاهری و طبری پدید آمدند که در زمان حیاتشان هوادارانی

۱. جهت اطلاع بیشتر رک: سبکی، طبقات السبکی؛ ذهبی، سیر اعلام النبلاء؛ ابن ندیم، الفهرست؛ ابن عماد حنبلی، شذرات الذهب؛ ابن کثیر، البدایة و النهایة.

پیدا کردند و پس از وفات، پیروانشان افزایش یافتند. در این دوره که باید آنرا مهم‌ترین دوره فقه و اجتهاد اهل سنت محسوب داشت، مذاهب فقهی یک به یک شکل گرفتند و تنوع و گسترده‌گی پیدا کردند و اختلافات فقهی مذاهب به حدی رسید که تنها از اوائل سده دوم تا نیمه سده چهارم هجری بیش از یکصد مذهب به وجود آمد و هر کدام پیروانی پیدا کرد. سده چهارم هجری، سرفصل تعیین‌کننده‌ای در تاریخ تشریع اسلامی است، مذاهب شکل گرفته به تدریج رو به افول و انقراض نهادند و دیری نپایید از میان مذاهب فقهی، مذاهب اربعه مشهور اهل سنت اهمیت فوق العاده و رواج یافتند. موفقیت و رونق و گسترش این چند مذهب را می‌توان مرهون میزان انعطاف‌پذیری طرفداران و پیروان با نفوذ و دانشمندان چیره‌دست و از همه مهم‌تر، حمایت حکومت‌ها و صاحبان منصب دانست. رواج و اهمیت آن مذاهب به حدی رسید که هر فتوا و سخنی بر خلاف آنان تبعات سنگینی برای گویندگانش به همراه داشت. در اواخر سده چهارم هجری کار به جایی رسید که مقلدان مذاهب مذکور، حق را تنها در مذاهب متبوع خود می‌دیدند و هرگونه اجتهاد خارج از آن مذاهب، مقبول آنان واقع نمی‌شد (زرقاء، الفقه الاسلامی، ۱۰۱ - ۱۰۲). بررسی دیدگاه‌های اصولیان متقدم و آثارشان نشان می‌دهد تا پایان سده چهارم هجری، مبحث انسداد باب اجتهاد مطرح نبوده است. در اواخر سده چهارم و اوائل سده پنجم هجری بود که اصولیان کتاب‌های خود بابتی را به بحث در باره امکان خالی بودن زمان از مجتهد (خلو الزمان عن المجتهد) اختصاص دادند (ایوبی، ۵۵-۵۹؛ انصاری، ۳۹۹/۲). رافعی بر خالی بودن زمان از مجتهدان ادعای اجماع کرده است^۱ (ابن‌بدران، ۱۹۲). در مقابل این دیدگاه، کلیه فقیهان حنبلی و عده‌ای از فقه‌های برجسته شافعی به استناد عقل و شرع، مدعی ضرورت وجود مجتهد در همه زمان‌ها شدند. از سوی دیگر حنفیان و دیگر شوافع بر این عقیده بودند که زمان پایان عصر مجتهدان نزدیک شده است (آمدی، ۲۵۳/۳ - ۲۵۴؛ انصاری، ۳۹۹/۲). این دوره را باید آغاز عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد، دانست. مقصود از انسداد باب اجتهاد از دیدگاه قائلانش، محال بودن کسب شرائط اجتهاد و رسیدن متفقهان و فقیهان به مرحله اجتهاد مطلق مستقل است که نتیجه آن لزوم و جوب پیروی از مذاهب چهارگانه و طرد و نفی مدعیان اجتهاد در اعصار بعدی و تشکیک در قدرت اجتهاد آنان است (خطیب، ۱۴۲ - ۱۴۳). به این ترتیب در محافل و حوزه‌های فقهی، ابتدا، اجتهاد مطلق مستقل، به معنای اجتهاد مستقل از آرای پیشوایان مذاهب چهارگانه ممنوع شد و تا مدت‌ها پس از وفات ائمه اربعه، مجتهدان مطلق منتسب یا مجتهدان مذهب وجود داشتند.

۱. ادعای اجماع از سوی رافعی خالی از اشکال نیست زیرا منعقدشدن اجماع در زمانی که بنا بر گفته وی مجتهدی وجود ندارد محل سؤال است زیرا اجماع عبارت از اجماع مجتهدان است. همچنین کسانی چون قفال، غزالی و رافعی از مجتهدان بزرگ زمان خود بوده‌اند هرچند از اظهار این موضوع بنا بر احترام وافر که برای متقدمان داشته‌اند خودداری کرده‌اند بنابراین ادعای خلو زمان از مجتهد محل تأمل است (شوکانی، ۲۵۳؛ ابن‌امیرحاج، ۳۴۰/۳؛ سیوطی، الرد، ۲۹).

تا این که این نوع اجتهاد نیز ممنوع شد و فقهای هریک از مذاهب اربعه به ترجیح آرای امام مذهب یا نقل فتاوی وی پرداختند (صنعانی، ۱/ ۲۶ - ۲۷؛ ابن قیم، ۲/ ۲۷۶؛ ابن حزم، ۴/ ۵۳۸؛ حجوی، ۴/ ۴۵۰؛ ابن خلدون، ۵۴۰). اما مسئله مهم این است که آیا عامل اصلی و مؤثر در انسداد باب اجتهاد بیشتر علمی بوده است یا سیاسی؟ نقل قول‌های مختلفی در این باره ذکر شده است. از همه مشهورتر این که گفته شده در اواخر سده چهار هجری، انسداد باب اجتهاد و الزام شرعی همگان بر پیروی از مذاهب اربعه به موجب فرمان احمد بن مقتدر القادر بالله (م ۴۲۲ ق) خلیفه عباسی انجام پذیرفت (ابن قیم^۱، ۲/ ۲۷۶؛ ابن عابدین، ۴۱۴؛ البانی، ۵۶؛ وجدی، ۳/ ۲۲۵؛ عراقی، ۵۸۰؛ رشید رضا، ۷/ ۲۰۶؛ عمری، ۲۱۸؛ ابن کثیر، ۱۱/ ۳۹۸ و ۱۲/ ۸). به نظر می‌رسد انسداد باب اجتهاد امری آتی نبوده و از سال‌ها قبل طلیعه‌های گرایش به تقلید از بعضی مذاهب مشهور، پدیدار شده بود و به مرور زمان تا آن جا گسترش یافت که قاطبه اهل سنت آن را پذیرفتند. از جمله اقوال دیگر راجع به انسداد باب اجتهاد، گشایش یافتن مدرسه مستنصریه در سال ۶۳۱ هجری است که برای نخستین بار مقرر گردید فقه مذاهب اربعه در آن تدریس شود. به موجب فرمانی از سوی خلیفه عباسی المستنصر بالله مدرسان ملزم گردیدند که تنها بیان‌کننده آرای فقهی مشایخ و امامان مذاهب اربعه باشند و از جانب خود هیچ اظهار نظری نکنند (آغازبزرگ تهرانی، ۱۰۸؛ ابن فوطی، ۱۰۸؛ ابن کثیر، ۱۳/ ۱۶۳). اقوال دیگری نیز در این باره ذکر شده است اما به نظر می‌رسد باید اواخر سده چهار هجری را زمان انسداد باب اجتهاد دانست (زحیلی، اصول الفقه، ۲/ ۱۱۱۴؛ زرقاء، الاجتهاد، ۴۶). در سده چهارم هجری امپراطوری بزرگ اسلامی به دولت‌ها و ممالک کوچکی تقسیم گردید که منجر به تضعیف امت اسلامی و قطع ارتباطات سیاسی میان آن‌ها گشت و به دنبال آن استقلال فکری تضعیف شد و فعالیت‌های علمی به خاموشی گرایید. دانشمندان در منجلاب تعصبات مذهبی و فقدان اطمینان به نفس، کثرت جدال و مناظره و حسد مبتلا شدند، قاضیان بی‌کفایت عهده‌دار حکم و قضاوت گشتند، علما به تدوین مذاهب و اختصار کتاب‌ها روی آوردند. برخی از علما بیم آن داشتند که مبادا بر اثر آن همه تشّت و اختلاف آراء و مذاهب، مقام بلند فقاهاث ائمه سابق متزلزل گردد، لذا به خاطر این مسائل و همچنین پیشگیری از مداخله کسانی که فاقد اهلیت اجتهاد و استنباط بودند، به سد باب اجتهاد و التزام به مذاهب متقدم فتوا دادند. اما باید این فتوا را بیشتر یک سیاست شرعی در یک مقطع زمانی خاص دانست که عواملی چون بی‌قید و بندی مجتهدان بی‌کفایت و هرج و مرج در شریعت از موجبات آن بود (نعمتی، ۲۳۸؛ تاغلاّب، ۵۹). وضعیتی که برای اجتهاد اهل سنت به وجود آمد تقریباً تا سده دوازدهم هجری ادامه داشت. حوادث و جریانات در طول آن دوره در جهان اسلام و تمام دنیا به صورت ثابت مانده و دگرگونی و

۱. ابن قیم در این باره بحثی را در کتاب اعلام الموقعین تحت عنوان «اختلفوا متى انسد باب الاجتهاد علی اقوال كثيرة» اختصاص داده است.

تحول به ندرت وارد زندگی انسان‌ها شده بود. اگر تغییری هم در این فترت صورت می‌گرفت، بسیار محدود بود و برای مجتهدان و فقیهان قابل تصور و پیش بینی بود. فقها در کتاب‌های خود مسائل زیادی را به مسائل ممکنه و فرضی اختصاص می‌دادند که در عالم واقع وجود نداشتند (سلامی، ۶۴ - ۶۵؛ بادیا، ۱۶۳-۱۶۵). در سده دوازدهم هجری روند حوادث در پی اختراعات آلات، پیشرفت زندگی و پژوهش‌های علمی و اکتشافات سرعت و شتاب بیشتری به خود گرفت و اوضاع جدیدی در روابط کشورها و ملت‌ها در عرصه‌های مختلف زندگی به وجود آمد، اوضاع و تحولاتی که فقهای گذشته، شاگردان و شارحان آثار آنان بروز آن‌ها را هم تصور نکرده بودند و احکامی نیز برای این گونه پدیده‌ها در ذخیره فقهی پیشنهاد نشده بود. این وضعیت جدید که زائیده تکنولوژی، پیشرفت علمی و صنعتی بود، ایجاب می‌کرد که باب اجتهاد بار دیگر گشوده شود تا احکام شریعت و پاسخ این تحولات از دیدگاه دین مبین اسلام تبیین گردیده و تکلیف شرعی امت اسلامی در قبال این پدیده‌ها و رویدادهای جدید علمی روشن گردد. با وجود تلاش‌های فراوان طرفداران افتتاح باب اجتهاد دولت عثمانی که بر بخش اعظم ممالک اسلامی برای مدت طولانی حاکم بود با بازگشایی باب اجتهاد مخالفت می‌کرد و طرفداران این دیدگاه را از خدمات و مزایای حکومتی محروم می‌کرد (سلامی، ۶۶؛ قومیدی، ۱۲۷/۱ - ۱۲۸؛ مراغی، ۳۴ - ۳۵؛ محمصانی، ۲۵۵). انسداد باب اجتهاد پیامدهای ناگوار و دردناک‌تر از همه، رکود و جمود در فقه و اصول را در حوزه‌های علمیه اهل سنت بیشتر بلاد اسلامی به همراه داشت که دامنه آثار منفی آن، فقه دیگر مذاهب را نیز فراگرفت. در عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد که تا امروز همچنان ادامه دارد، اجتهادی که در روزهای اولش دارای رونق و بالندگی بود، دارای ایستایی و جمود شد. زمانی که فقیهان با دستاویز سد باب اجتهاد احساس تعقل و تفقه در مسایل را از دست دادند و به خود و دیگران تلقین کردند که امروزه هیچ‌کسی را یارای فهم قرآن و حدیث نیست و هیچ مسئله و قضیه دینی و دنیایی نیست که گذشتگان آن‌را بیان نکرده باشند، از آن زمان کاروان فقه و فقها از تکامل و پیشرفت بازماند و فقیهان مقام پیشوایی را از دست دادند و در نتیجه قانون وضعی و ارزش‌های بیگانگان و تمدن فرهنگی غیر اسلامی بر ممالک اسلامی سایه افکند و آن‌چه برجای ماند روح تقلید و تعصبات مذهبی بود که جای اجتهاد و تحقیق را گرفت و چشمه جوشان اجتهادی که عامل حرکت شریعت در بستر زمان بود و جهان بشریت را در طول چندین سال سیراب می‌کرد به گودال آب راکد تبدیل شد. در عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد هر بار فقیهان و مجتهدانی یافت‌شده‌اند که کم و بیش با ممنوعیت اجتهاد و الزام به پیروی از مذهب خاص مخالفت کردند و با وجود آن‌که به پیروی از یک مذهب خاص مشهور بودند و گاه به اجتهاد و الفتای مستقل دست زدند، در عمل توفیق چندانی به دست نیاوردند و در افتتاح باب اجتهاد چندان مؤثر نیفتاد (دهلوی، ۷؛ خضری‌بک، تاریخ الشریع الاسلامی، ۲۴۴؛ البانی،

۷۹ - ۸۰). حرکت در جهت فتح باب اجتهاد و شکستن انحصار مذهبی و اعلام فتاوی جدیدی که با آرای مذاهب چهارگانه ناسازگار بود، هدف منادیان فتح باب اجتهاد قرار گرفت. از این رو آنان که درد دین داشتند، آغازگر حرکتی شدند که با نفی تقلید کورکورانه و تعصب، ضرورت اجتهاد و مراجعه به منابع اصلی شریعت و روح آنرا مورد توجه قرار دادند. فقیهانی چون غزالی (م ۵۰۵ ق)، ابن رشد حنفی (م ۵۹۰ ق)، عزالدین بن عبدالسلام (م ۶۶۰ ق)، ابن تیمیه (م ۷۲۸ ق)، شاطبی (م ۷۹۰ ق)، سیوطی (م ۹۱۱ ق)، شهرانی کردی (م ۱۱۰۱ ق)، صنعانی (م ۱۱۸۲ ق) و شوکانی (م ۱۲۵۰ ق) را می‌توان از سلسله مجتهدان مطلق مستقل و منادیان فتح باب اجتهاد شمرد (توانا، ۹۰-۹۳؛ ایوبی، ۱۱۵-۱۲۱). در دو سده اخیر نیز کسانی چون محمدصدیق حسن خان هندی (م ۱۳۰۷ ق)، سید جمال‌الدین اسدآبادی^۱ (م ۱۳۱۵ ق)، محمد عبده (م ۱۳۲۳ ق)، ابوالعلی مودودی (م ۱۳۳۸ ق) رشید رضا (م ۱۳۵۴ ق)، عبدالحمید بن بادیس (م ۱۳۵۹ ق)، مصطفی مراغی (م ۱۳۶۴ ق) از منادیان افتتاح باب اجتهاد هستند. در زمان معاصر نیز فقیهان و عالمانی چون عبدالمجید سلیم (م ۱۳۷۴ ق) از رئیس‌ان قبلی دانشگاه الازهر، سعید نورسی (م ۱۳۷۹ ق)، شیخ محمود شلتوت (م ۱۳۸۳ ق)، محمدطاهر بن عاشور (م ۱۳۹۳ ق)، محمد ابوزهره (م ۱۳۹۴ ق)، یوسف قرضاوی و نیز روشنفکرانی همچون محمد فرید وجدی (م ۱۳۷۴ ق)، محمد بهی (م ۱۴۰۳ ق)، حسن بنا (م ۱۳۶۸ ق) و... رهبری نهضت فکری و فقهی افتتاح باب اجتهاد را عهده‌دار شدند و تلاش‌های وافر را در این راه مبذول داشتند (تاغلابت، ۲۲۲-۲۴۱؛ قرضاوی، اجتهاد، ۱۴۳). با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت که بسیاری از فقیهان بزرگ متقدم و معاصر معتقد به افتتاح باب اجتهاد بوده و میسر بودن تحقق شرایط اجتهاد در زمان کنونی که همه علوم مورد نیاز در اجتهاد، مدون و در دسترس می‌باشد، مسئله‌ای است که مؤید این دیدگاه است (شربینی، ۲/ ۲۶۲؛ ابن حمدان، ۱۷؛ ابن بدران، ۳۸۶؛ سیوطی، الرد، ۸۹-۹۰).

ادله انسداد و افتتاح باب اجتهاد

هریک از موافقان و مخالفان انسداد باب اجتهاد برای اثبات مدعای خود دلایل و شواهدی اقامه کرده و با استفاده از آن‌ها در صدد تقویت دیدگاه خود برآمده‌اند. نگارندگان بر اساس تتبع در منابع اهل سنت و بررسی اقوال موافقان و مخالفان سد باب اجتهاد به این نتیجه رسیده که ادله طرفین را می‌توان در دو نوع دلیل دسته‌بندی کرد: ۱ - ادله نقلی ۲ - ادله و شواهد غیر نقلی.

۱. در مورد تسنن یا تشیع سید جمال‌الدین اسدآبادی گفتگوی فراوانی روی داده است. به نظر می‌رسد وی با مصلحت اندیشی دقیق از اوضاع و تحولات نهضت بیداری اسلامی دوران خود سعی داشته خود را چهره‌ای فرامذهبی بنمایاند.

ادله انسداد باب اجتهاد

بسیاری از علمای شافعی، حنفی و مالکی قائل به جواز انسداد باب اجتهاد و خلو زمان از مجتهد می‌باشند (آمدی، ۲۳۳/۴؛ ابن حابط، ۷۰۷/۲؛ ابن همام، ۵۴۶/۲؛ سبکی، ۵۴۶/۲). ادله زیادی را می‌توان از لابلای اقوال و آرای موافقان انسداد باب اجتهاد ذکر کرد اما اهم آن ادله در ذیل ذکر می‌گردد:

۱- ادله نقلی

روایت اول: روایت قبض علم که بخاری و مسلم در صحیحشان نقل کرده‌اند که پیامبر (ص) فرمودند: «همانا خداوند علم را دنیا به این صورت بر نمی‌دارد که علم را از سینه دانشمندان سلب گرداند (بلکه برچیده شدن علم به این صورت خواهد بود) که وجود عالمان را (از میان مردم) بردارند، تا این که عالمی (در دنیا) باقی نماند، سپس مردم، افراد جاهل را به عنوان رئیس و سرپرست خویش بر می‌گزینند. و از آنان (جاهلان) سؤال می‌شود و بدون آگاهی فتوا می‌دهند، پس هم خودشان گمراه می‌شوند و هم دیگران را گمراه می‌کنند»^۱ (بخاری، ۳۳/۱؛ مسلم، ۶۰/۸ - ۶۱).

وجه دلالت حدیث مذکور بر انسداد باب اجتهاد بدین صورت است که این حدیث دال بر آمدن زمانی است که عالمی در آن باقی نمی‌ماند و لازمه آن نیز نبودن مجتهد است زیرا علم اعم از اجتهاد است و فقدان عام ضرورت دال بر فقدان خاص می‌باشد.

در مقام استدلال به این روایت باید گفت که حدیث مذکور همان گونه که از سیاقش پیداست در مورد توصیف اوضاع آخر زمان هنگام ظهور علائم و نشانه‌های آن می‌باشد که یکی از آن علائم نیز قبض علم و شیوع جهل است و این خارج از محل نزاع می‌باشد^۲ (انصاری، ۳۹۹/۲).

روایت دوم: روایت ابوهریره از پیامبر (ص): «اسلام با غربت آغاز شد و در آینده نیز غریب خواهد شد؛ خوشا به حال غریبان»^۳ (مسلم، ۱۳۰/۱؛ ابن حنبل، ۲۹۶/۵).

در دلالت این روایت بر سد باب اجتهاد گفته شده که این روایت دال بر غربت اسلام است و غربت اسلام نیز به خاطر عدم تجدید احکام به دلیل نبودن اجتهاد است (سیوطی، الاجتهاد، ۲۰۴).

روایت سوم: روایت ابوسعید خدری از پیامبر (ص): «همانا از راه و روش کسانی که قبل از شما بوده‌اند و جب به جب و ذراع به ذراع پیروی خواهید کرد. حتی اگر در خانه سوسماری وارد شوند شما نیز از آنان پیروی می‌کنید. اصحاب از رسول الله (ص) پرسدند: آیا شما یهود و نصارا را در نظر دارید؟ در

۱. «ان الله لا یقبض العلم انتزاعه ینتزعه من العباد، ولكن یقبض العلم یقبض العلماء، حتی اذا لم یبق عالم فاتخذ الناس رؤسا جهالا فسنلوا فافتوا بغير علم فضلوا واضلوا» (بخاری، ۳۳/۱؛ مسلم، ۶۰/۸ - ۶۱).

۲. روایات دیگری نیز با این مضمون وجود دارد. جهت اطلاع بیشتر ر.ک: بخاری، ۱۷۸/۱؛ مسلم، ۲۰۵۶/۴؛ عمری، ۲۳۲.

۳. «بدل الاسلام غریبه وسعود غریبه فطوبی للغریباء» (مسلم، ۱۳۰/۱؛ ابن حنبل، ۲۹۶/۵).

پاسخ گفت: پس چه کسی؟^۱ (بخاری، ۱۵۱/۸؛ مسلم، ۵۷/۸).

مضمون حدیث دال بر آمدن زمانی است که مسلمانان از اسلام و تعالیم آن فاصله گرفته و از اهل ضلال و کفر پیروی می کنند و این ایجاد فاصله، شامل تمام علوم اسلامی که اجتهاد نیز در زمره آنهاست، می باشد (ابن حجر عسقلانی، فتح الباری، ۱۳/۱۰۳). در رد استدلال به این حدیث گفته شده که حدیث مذکور بر وضعی که مسلمانان در آینده دچار آن خواهند شد، دلالت دارد و صراحتاً در مورد خالی بودن زمان از اجتهاد، ساکت است.

۲- شواهد غیرنقلی

طرفداران دیدگاه انسداد باب اجتهاد علاوه بر ادله نقلی که ذکر شد، به شواهد غیرنقلی نیز استناد نموده که اهم آنها ذکر می شود:

انتشار و تدوین مذاهب اربعه: اعتماد عمومی بر آن چه در متون کتب ائمه بزرگ فقهی و شاگردانشان آمده بود موجب عدم نیاز به فتاوی و اجتهادات نو شد زیرا بر خلاف مذاهب صحابه و تابعان، مذاهب اربعه در اصول و فروع به صورت کامل تدوین شده و فقیهان بزرگی در هر مذهب وجود داشته که به تهذیب و نقد، تقیید مطلقات، تخصیص عمومات اقوال و فتاوی آن مذهب پرداخته اند (ابن امیر حاج، ۳/۴۷۲؛ جوینی، ۲/۷۴۴؛ اسنوی، ۳/۲۹۸ - ۲۹۹؛ ابن حمدان، ۷۲ - ۷۳). تدوین مذاهب مذکور عامل الزام و پیروی اجباری همگان از یکی از آن مذاهب و مانعی برای اجتهاد جدید توسط فقیهان محسوب می شد. شهرت این قول به حدی است که ادعای اجماع محققان بر آن شده است (آمدی، ۴/۲۲؛ ترکی، ۶۲۴؛ مراغی، ۲۳). دو نکته در این باره قابل تأمل است. ۱- انتشار و تدوین مذاهب اربعه نمی تواند مانعی برای تقلید از غیر آنها چه مذاهب پیشین و چه مذاهب پسین هر چند که مدون هم نباشند، باشد زیرا تدوین، تبویب، ترجیح، تنقیح و تخریج اقوال و فتاوی مذهبی هیچ ارتباطی با تقلید از آن مذهب ندارد و در کثرت اتباع و انتشار مذهب هیچ گونه حجیتی وجود ندارد زیرا در انتشار مذاهب علاوه بر آن چه گفته شد عوامل دیگری نیز چون پشتیبانی حکام و در دست داشتن پست های کلیدی چون قضاوت، مؤثر بوده اند (مراغی، ۲۸). ۲- انحصار تقلید در مذاهب اربعه بنابر تدوین آن مذاهب در صورتی صحیح به نظر می رسد که آن مذاهب وافی به احکام وقایع و مسائل جدید و مستحدثه در طول زمان باشند اما عالم واقع خلاف آنرا ثابت می کند زیرا احکام حوادث جدید جز با روش استنباط از نصوص شارع، مطابق اصول استنباطی ائمه مذاهب یا روش تخریج احکام از اقوال و آرای ائمه فقهی امکان پذیر نیست (عوا، الفقه، ۲۴). اجتهاد با

۱. «لتتبع سنن من كان قبلکم شیراً بشیراً و ذراعاً بذراع، حتی لو دخلوا فی جحر ضبٍ لاتبعتموهم، قلنا یا رسول الله، الیهود والنصارى؟»، قال: فمن؟» (بخاری، ۱۵۱/۸؛ مسلم، ۵۷/۸).

روش استنباط مستقیم احکام از نصوص شارع مطابق اصول استنباطی مذاهب اربعه، خود یا اجتهاد مستقل است در صورتی که مجتهد آن را با دلیل و دیدگاه خودش انجام داده باشد و یا اجتهاد منتسب است اگر آن را از روی تقلید استنباط کرده باشد. هنگامی که چنین اجتهادی در همه ابواب فقه جایز باشد، در حقیقت حکم به تحقق اجتهاد مطلق شده و اگر تحقق اجتهاد مذکور در برخی بخش های فقه باشد، اجتهاد متجزی است. بنابراین هنگامی که در همه احوال نیاز به وجود اجتهاد چه مطلق و چه متجزی، پابرجاست، انحصار مذاهب در چهار مذهب و تدوین آن ها نمی تواند مانعی برای منع اجتهاد تلقی گردد زیرا اجتهاد واجب کفایی است و برای رفع این حکم باید مانعی از جانب شارع باشد (مهیوب، ۱۴۱؛ ابوزهره، الموسوعة الفقهية، ۶۳؛ زیدان، المدخل، ۱۲۴). ادعای این که پاسخ هر پرسش جدید و هر حادثه نوینی در کتب ائمه مذاهب اربعه یافت می شود و اجتهاد بر غیر آنان ممنوع است، جز مبالغه و تجاهل به واقعیت امر نمی تواند باشد، زیرا هر عصر و زمانه ای مشکلات، واقعیات و نیازمندی های مخصوص به خود را دارد و فقه اسلامی از برکت اجتهاد است که تکامل و پویایی داشته و برای هر زمان و مکانی مناسب است (شلتوت، ۲۱۶ - ۲۱۷). مهم ترین ضعف استدلال به انتشار و تدوین مذاهب اربعه برای انحصار مذاهب و منع اجتهاد، تناقضی است که در آن وجود دارد زیرا کسانی که حق حکم به انسداد باب اجتهاد را دارند، مجتهدان هستند چون این مسئله یک حکم شرعی است که نصی در باره آن وجود ندارد و جز با استنباط، حکم آن به دست نمی آید. اگر قائلان به سد باب اجتهاد، مجتهد هستند اقدام آنان خود یک اجتهاد محسوب می گردد در حالی که آنان حکم به سد باب آن کرده اند و اگر غیر مجتهدند ادعای آنان پذیرفته نیست زیرا در این صورت، فاقد شرایط اجتهاد و صلاحیت چنین امری هستند (عوا، بین الاجتهاد و التقليد، ۲۳ - ۲۴).

عدم امکان تحقق شرایط اجتهاد در متأخران: تحقق شرایط اجتهاد در متقدمان همراه با دشواری هایی بود که در کتب اصول آمده، چه رسد به متأخران که در همت، تلاش و اراده، ورع و تقوا در مرتبه پایین تر قرار دارند. عالمان متأخر روی به دنیا و دربار حاکمان آورده بودند و این کافی بود برای دوری آن ها از علم و دانش و تساهل و ضعف در طلب آن. نتیجه چنین امری صعب بودن و عدم تحقق شرایط اجتهاد در میان متأخران است (آمدی، ۲۰۲/۴؛ ابن عبدالشکور، ۳۹۹/۲). عدم جواز و عدم امکان تحقق شرایط اجتهاد بعد از زمان ائمه مذاهب، به این دلیل است که اگر مراد از اجتهاد، بالاترین رتبه آن یعنی اجتهاد مطلق مستقل است، باید تحقق شرایط آن ممکن باشد درحالی که گفته شد امکان وجود آن شرایط بعد از سده چهارم برای همیشه، محال و غیر ممکن است، بنابراین باید رأی به انسداد باب اجتهاد داد. محال بودن وجود رتبه اجتهاد مطلق مستقل نیز به این دلیل است که مجتهد دارای این رتبه باید خود واضع

اصول و روش اجتهادی باشد و آن‌ها را از دیگری نگرفته باشد و تحقق چنین امری بعد از قرن چهارم هجری محال یا بسیار نادر است. زیرا به اتفاق همگان ائمه مذاهب، همه اصول استنباطی را وضع نموده و چیزی را فروگذار نکرده‌اند (ابن حسین، ۱۸۷/۲). از دیدگاه پیروان دیدگاه انسداد باب اجتهاد، مجتهدان متقدم اگرچه از نظر ظاهری مانند دیگر عالمانند ولی در واقع، متصف به صفاتی هستند که بوجود آمدن آن‌ها در دیگرانسان‌ها برحسب عادت محال است. به همین جهت کسانی که بعد از آن‌ها آمده‌اند با وجود کثرت علم و اطلاعاتی که داشته‌اند، خود را پیرو آن‌ها دانسته‌اند. وقتی آن‌ها خود را نسبت به مجتهدان سابق سلف عوام بدانند، دیگران عوام عوام هستند، پس دیگران حق ندارند خود را مجتهد بنامند و باید از مجتهدان متقدم پیروی و تقلید نمایند (سیوطی، تقریرالاستناد، ۶۳؛ همو، الرد، ۱۱۶-۱۱۳؛ ابن حسین، ۱۸۸/۲؛ سنوسی، ۶۳-۶۴).

در نقد دلیل فوق باید گفت که عدم تحقق شرایط اجتهاد در یک مقطع زمانی به معنای محال بودن تحقق شرایط مذکور برای همیشه نیست زیرا هر دوره‌ای عالمانی را به خود دیده که دنیا و مادیات را رها نموده و به جد در طلب علم بوده و از مجتهدان بنام زمانه خود شده‌اند. علم و دانش موهبتی از جانب خداست و نعمت و موهبت خداوند تنها ویژه زمان خاصی نیست (صنعانی، ۳۰). همچنین اصولیان در این امر که مجتهد مطلق مستقل باید در اصول استنباطی از کسی تقلید نکند اتفاق نظر دارند ولی در مراد و مفهوم این شرط اختلاف دیدگاه دارند. گروهی معتقدند که مجتهد مطلق مستقل باید خود واضع اصول استنباطی باشد و آن‌ها را از دیگر مجتهدان نگرفته باشد. برخی براین باورند که مجتهد مذکور در اصول فوق نباید از دیگران تقلید صرف و بدون دلیل داشته باشد اما پیروی با رأی، نظر و دلیل، محل مقام اجتهاد وی نخواهد بود هرچند خود واضع اصول استنباطی نباشد. همچنین باید پرسید آیا تنها چهار امام مذاهب اربعه دارای اجتهاد مطلق مستقل بوده یا مجتهدان دیگری نیز همراه آن‌ها این مقام را داشته‌اند؟ بنابراین هنگامی که شرط مذکور مورد اختلاف اصولیان است، تمسک به آن برای انسداد باب اجتهاد وجهی ندارد (یحیی محمد، ۳۶-۳۷؛ زحیلی، الاجتهاد، ۱۹۲؛ ابوزهره، اصول الفقه، ۳۹۰-۳۹۱؛ دسوقی، ۱۲۷-۱۲۹). قائلان به انسداد باب اجتهاد همچنین معتقدند فقیهان متأخر از ائمه مذاهب حداکثر کاری که انجام می‌دهند ترجیح آرای مذاهب بر یکدیگر با توجه به ضعف و قوت ادله آن مذاهب است و چنین عملی اجتهاد نیست و اگر در میان متأخران مجتهدانی وجود داشتند دارای اقوال جدید و مخالف با آرای ائمه مذاهب بودند و چنین چیزی گزارش نشده است بلکه متأخران از ائمه مذاهب قبلی تقلید نموده و به اجتهاد آنان عمل کرده‌اند در حالی که تقلید برای مجتهد جایز نیست (صنعانی، ۳۹). در جواب آنان باید گفت که خود ترجیح آرای مذاهب، اجتهاد محسوب می‌شود و تنها گناه مجتهد متأخر تأخر زمانی او از

مجتهد متقدمی است که قول به راجح و مرجوح داده است. فقیه متأخر نیز با توجه به ادله و نه لحاظ کردن اقوال قبلی، از میان دو قول یکی را برمی‌گزیند (صنعانی، ۴۰). بسیاری از پیروان ائمه مذاهب از روی اجتهاد و دلیل از ائمه مذکور تبعیت کرده نه از روی تقلید زیرا تقلید پیروی از قول غیر است بدون شناخت دلیل (شیرازی، ۷۰؛ زرکشی، ۶/ ۲۷۰؛ ابن جزی، ۴۴۴) مسئله تقلید مجتهد از غیر خود، محل اختلاف است و یازده قول راجع به آن نقل شده است (زرکشی، ۸/ ۳۳۵؛ شنقیطی جکنی، ۶۷ - ۶۸). جواز تقلید مجتهد از غیر، مؤید قول جمهور فقها به صحت تجزیه در اجتهاد است (آمدی، ۴/ ۱۶۴؛ سبکی، ۲/ ۴۰۳؛ شوکانی، ۲۵۴ - ۲۵۵).

ادعای اجتهاد از سوی افراد غیر متخصص: در اواخر سده چهارم هجری اشخاص غیر متخصص، متصدی امر فتوا و قضاوت گردیدند که هیچ‌گونه ضوابطی برای آنان موجود نبود، مفتیان و قضات به فتاوا و احکام گذشته خود مقید گشتند و تحت لوای بی‌نظمی، جمودفکری و تعصب مذهبی، زمینه انسداد باب اجتهاد را فراهم آوردند (خلاف، ۳۶۴). فتح باب اجتهاد موجب روی آوردن افراد غیرمتخصص و نااهل به اجتهاد می‌شد زیرا آنان اجتهاد را وسیله رسیدن به مقاصد و اهدافشان می‌دانستند و بر اثر قلت ورع و تقوی، اجتهاد را وسیله ارتزاق خود و خشنودی ظالمان قرار می‌دادند، پس باید برای جلوگیری از ورود این افراد به مقام اجتهاد، باب آن را برای همیشه مسدود کرد (زحیلی، تجدیدالفقه، ۱۹۶؛ مصری، ۳۴۲). در رد این استدلال باید گفت که بستن باب اجتهاد به خاطر ورود نکردن افراد نااهل، یک سیاست شرعی و مصلحتی موقتی در شرایط و زمان خاص بوده است و با مرتفع شدن شرایط مذکور حکم اولیه که فتح باب اجتهاد است بر می‌گردد (زحیلی، الاجتهاد، ۱۹۴). همچنین فتح باب اجتهاد به معنی ورود هر مدعی و غیر متخصصی در آن نیست زیرا اجتهاد منزلت و جایگاه والایی دارد و تنها کسانی که واجد شرایط باشند به آن راه خواهند یافت. از مهم‌ترین شرایط اجتهاد ورع و تقوا است زیرا مجتهد مبین حکم خداست که همان دین است و أخذ حکم خدا از کسی که در دینش موثق نباشد، اعتباری ندارد. علمای اصول از شرط فوق با نام عدالت یاد کرده‌اند و این شرط کافی است برای سد باب اجتهاد در برابر نااهلان و غیرمتخصصان و نیازی به انسداد کلی باب اجتهاد نیست (شنقیطی، ۲/ ۳۲۰ - ۳۲۱؛ زرکشی، ۶/ ۲۰۴؛ باجی، ۶۳۷).

تقسیمات و اختلافات سیاسی: تقسیم دولت اسلامی به ممالک متعددی که حاکمان آن‌ها در جهت رسیدن به حکم و امارت با یکدیگر دشمنی می‌ورزیدند، این امر نهایتاً موجب شد که آنان از مسیر حرکت تشریع بازمانند و در نتیجه دانشمندان مسلمان به پیروی از آن سیاست و عدم دسترسی به شورا، از این کار بازماندند و بر اثر تعصب به فرقه‌هایی تقسیم شدند (خلاف، ۹۶ - ۹۸؛ مذکور، ۲/ ۴۱۵). این امر، نتایجی چون استقلال فکری ضعیف، جمود و ایستایی فعالیت علمی، شیوع تعصبات مذهبی، از دست دادن

اعتماد به نفس، کثرت جدل، مناظره، حسادت و علاقه به کسب اموال و مناصب دنیوی در بین علما، نشستن قضات نا اهل بر منصب قضاوت و سرگرم شدن عالمان به تدوین مذاهب و مختصرکردن کتب فقهی ائمه مذاهب، در پی داشت. سد باب اجتهاد و پیروی از آرای ائمه مذاهب تنها راه ممکن برای حل مشکل فوق بود (زحیلی، اصول الفقه، ۲/ ۱۱۱۳). تقسیمات سیاسی تأثیر مهمی بر فقیهان و مجتهدان گذاشت به گونه‌ای که آنان نیز به مدارس اجتهادی مختلفی تقسیم شدند و هر مدرسه، روش اجتهادی خاص و شاگردان خود را داشت. کار به جایی رسید پیروان هر مدرسه اجتهادی در دفاع از اصول و فروع مدرسه متبوع خود دچار تعصب و افراط شدند و تنها برای تأیید دیدگاه امام خود به قرآن و حدیث مراجعه می‌کردند و در صورت تعارض کتاب و سنت با رأی امام مذهب خود، آیات و احادیث را تأویل می‌کردند. نتیجه چنین امری محو شدن شخصیت علمی فقیهان در گرایش‌های حزبی و سیاسی، خاموشی روح استقلال عقلی و روی آوردن علما به تقلید بود (حکیم، ۵۹۹). ضعف قدرت حکومت موجب وجود نداشتن یک نظام جامع و منسجم حقوقی - قضایی قابل اجرا در حوزه‌های تحت لوایش شد به طوری که کسانی صالح و غیر صالح روی به افتا و قضا آوردند و احکام قضایی دچار تعارض شدند. گاهی در یک شهر و در یک واقعه به بهانه پیروی از دین، تعارض احکام وجود داشت. تعدد احکام قضایی باعث ایجاد تفرقه و تشتت آرا، تشویش اذهان عمومی و بی‌زاری عالمان گردید. فقیهان راه چاره‌را در ملزم کردن مفتیان و متصدیان قضا، به فتاوی و اجتهادات ائمه مذاهب دیدند (مدکور، ۴۱۵).

مخالفان سد باب اجتهاد در نقد دلیل فوق گفته‌اند که تقسیم فقیهان به دسته‌ها و اشغال منصب قضا توسط قضات غیر صالح امری مسلم است اما راه علاج یک بیماری از بین بردن بیمار نیست چون هر امر مفیدی امکان سوءاستفاده قرار گرفتن دارد ولی آیا راه مبارزه با این پدیده از بین بردن آن امر است؟ بنابراین نباید به استناد چنین اموری قول به سد باب اجتهاد داد (مدکور، همان‌جا).

عدم امکان تصحیح حدیث در زمان متأخران: تصحیح حدیث از مبانی اولیه اجتهاد است و این امر در زمان متأخران تقریباً غیر میسر و نیازمند تقلید است و تقلید در تصحیح حدیث رتبه مجتهد را به مقلد تقلیل می‌دهد (شنقیطی جکنی، ۲۹) در نقد این دلیل باید گفت که مستند متأخران در تصحیح و تضعیف روایت، تقلید نیست بلکه پذیرش روایت عادل است و این در گذشته نیز سیره متقدمان در تصحیح روایت بوده است (صنعانی، ۲۲-۲۴). نرسیدن به رأی و اجتهاد قطعی مبتنی بر حدیث، موضوعی است که برای ائمه مذاهب اتفاق افتاده است و شافعی در موارد متعددی به دلیل عدم تصحیح حدیث اجتهادش را متوقف بر صحت حدیث نموده است (باشنفر، ۸۵ و ۹۹ و ۱۰۷ و ۱۱۸).

فقدان علم به موارد اجماع در عصور متأخر: مجتهد در اجتهادش باید عالم به موارد اجماع و

خلاف، باشد و تحقق چنین امری در زمان‌های متأخر به دلیل کثرت مذاهب و تقسیمات آنان غیر ممکن است، بنابراین اجتهاد نیز صحیح نیست. در نقد این دلیل باید گفت که مجتهد تنها باید بداند مسئله مورد نظرش مورد اجماع نیست تا از مخالفت اجماع بپرهیزد و این امر ممکن است (شنقیطی جکنی، ۳۹ - ۴۰).

اجماع محققان: امام الحرمین جوینی (م ۴۷۸ ق) اجماع محققان را مبنی بر الزام همگان به تقلید از مذاهب اربعه و خودداری واجدان شرایط از اجتهاد جدید نقل کرده است (جوینی، ۲/ ۷۴۴؛ عوا، بین الاجتهاد و التقليد، ۲۳). ابن صلاح شهرزوری (م ۶۴۳ ق) نیز این اجماع را به نقل از جوینی ذکر کرده است (مراغی، ۲۵؛ انصاری، ۲/ ۴۰۷). از دیدگاه ابن صلاح تقلید غیر ائمه اربعه جایز نیست (اسنوی، ۴/ ۷۷۲) اجماع مذکور از جهات زیر مورد مناقشه است: ۱- بسیاری از فقها تحصیل اجماع را بعد از قرن سوم به دلیل پراکندگی عالمان فقهی در سرزمین‌های اسلامی و عدم امکان احاطه بر اقوال آنان، محال دانسته‌اند (ابن حزم، ۴/ ۱۸۸؛ خلاف، ۴۹). ۲- در میان ادله شرع و مبانی احکام چیزی به نام اجماع محققان وجود ندارد. ظاهر قائلان به انسداد باب اجتهاد برای اجتناب از تعارض به این اصطلاح روی آورده‌اند زیرا انتساب اجماع مذکور به مجتهدان درست نیست چون مجتهدی بنابر نظر آنان در آن زمان وجود ندارد (مراغی، ۲۶؛ انصاری، ۲/ ۴۰۷). ۳- قول ابن صلاح مبنی بر استدلال به اجماع، تقلید عامه مردم از مذاهب اربعه و ممنوعیت اجتهاد جدید، خود اجتهاد است. چگونه می‌توان به واسطه رأی فقیهی مقلد، دین اسلام را منحصر به نظریات چهار فقیه نمود و نظرات تعداد زیادی فقیه دیگر را به طور کلی رد کرد؟^۱ (مراغی، ۲۶).

ادله انفتاح باب اجتهاد

انسداد باب اجتهاد از همان اول مورد انکار تعدادی از فقیهان و اصولیان اهل سنت قرار گرفت. این گروه بسته به شرایط زمانی و مکانی به اشکال مختلف با سد باب اجتهاد و لزوم تقلید و تبعیت از مذاهب اربعه مخالفت کرده‌اند. برخی به صراحت مخالفت خود را اعلام داشته‌اند. گروهی به خاطر مصالحی که در نظر می‌گرفتند به صورت غیر مستقیم مخالفت می‌کردند و بعضی نیز اگرچه بطور مستقیم یا غیر مستقیم مخالفتی نکرده‌اند لکن از خلال مطالبی که عنوان کرده‌اند چنین استنباط می‌شود که چندان اعتقادی به انسداد باب اجتهاد نداشته‌اند. همه فقیهان حنبلی و برخی از حنفیان، شافعیان و مالکی‌ها بر

۱. قرافی اجماع دیگری مبنی بر آزادی مقلد در تقلید از هر مجتهدی که بخواهد نقل کرده است. لازم به ذکر است اجماع منقول از قرافی، معتبر و اجماع منقول از ابن صلاح غیر معتبر است (قرافی، ۱/ ۴۳۲؛ اسنوی، ۴/ ۶۳۰).

این نظرند که باب اجتهاد برای همیشه باز است و خلو زمان از مجتهد و سد باب اجتهاد شرعاً جایز نیست (آمدی، ۲۳۳/۴؛ ابن حاجب، ۳۰۷/۲؛ ابن امیرحاج، ۳۳۹/۳؛ شوکانی، ۲۵۳). بیشتر حنابله و عده‌ای از فقهای دیگر مذاهب معتقد به وجود مجتهدان جامع شرایط در همه زمان‌ها هستند (سیوطی، الرد، ۱۴؛ شوکانی، ۲۵۴؛ سنوسی، ۷۳ و ۸۱؛ سبکی، ۳۹۸/۲). قائلان به افتتاح باب اجتهاد نیز ادله‌ای نقلی و عقلی را برای اثبات مدعای خود اقامه کرده‌اند.

۱- ادله نقلی

دلیل اول: آیه شریفه «لنا نحن نزلنا الذکر و لئله لحافظون» (حجر: ۹)

وجه دلالت آیه فوق بر افتتاح باب اجتهاد: آیه شریفه بر حفظ شریعت دلالت دارد و حفظ شریعت نیز از غیر مجتهد بر نمی‌آید، بنابراین افتتاح باب اجتهاد ضروری است.

نقد استدلال فوق: ممکن است مفهوم و معنی واژه «ذکر» تنها قرآن باشد نه دیگر احکام شرعی و وجهی برای دلالت آیه شریفه بر افتتاح باب اجتهاد وجود ندارد (آمدی، ۲۰۲/۴؛ سیوطی، الرد، ۳۷).

دلیل دوم: روایت مغیره بن شعبه از پیامبر (ص): «پیوسته گروهی از امت من بر حق استوار باشند تا فرمان خدا بیاید»^۱ (ابن حجر عسقلانی، فتح الباری، ۲۹۳/۱۳).

حدیث فوق بر آشکاربودن حق به صورت کامل و پیوسته در همه زمان‌ها دلالت دارد و کسانی که حق شناس هستند همان مجتهدانند. زیرا آن‌ها دارای مراتب بالای علمی هستند و هنگامی که حق شناسان همان مجتهدان باشند، خالی بودن زمان از آنان ناممکن است (ابن امیرپادشاه، ۱۴۰/۴). استدلال به حدیث مذکور از دو جهت دارای اشکال است: ۱- آشکاربودن و آگاهی برحق که در حدیث به آن اشاره شده به معنی اعتقاد حق است نه علم به معنی عام و اجتهاد به معنی خاص، زیرا آگاهی برحق بدون اجتهاد نیز امکان‌پذیر است. ۲- حدیث دال بر خالی بودن زمان از مجتهد بر این حدیث رجحان دارد زیرا حدیث خلو عصر از مجتهد صریحاً بر نفی عالم اعم از مجتهد دلالت دارد و نفی عام مستلزم نفی خاص است (آمدی، ۲۴۱/۴؛ ابن حاجب، ۳۰۸/۲؛ ابن عبدشکور، ۴۰۰/۲).

دلیل سوم: حدیث ابوهریره از پیامبر (ص): «خداوند در ابتدای هر صد سال شخصی را برای احیای دین اسلام مبعوث می‌کند»^۲ (حاکم، ۵۲۲/۴؛ بیهقی، ۱۲۴/۱). این حدیث به حدیث مجددون معروف است و مفهوم آن بر این دلالت دارد که خداوند در هر سده کسی را می‌فرستد تا دین خود را به وسیله او تجدید نماید و مجدد دین نیز باید مجتهد باشد زیرا مقلد صلاحیت تجدید دین را ندارد. در نقد استدلال

۱. «لاتزال طائفة من امتی ظاهرين، حتی یاتیهام اموالله وهم ظاهرون» (ابن حجر عسقلانی، فتح الباری، ۲۹۳/۱۳).

۲. «ان الله یبعث لهذه الامة علی رأس کل مائة سنة من یجدد لها امر دینها» (حاکم، ۵۲۲/۴؛ بیهقی، ۱۲۴/۱).

به این حدیث گفته شده که مجدد لازم نیست مجتهد باشد زیرا تجدید دین امری است که ممکن است با دعوت مردم به بازگشت به دین و تعالیم اسلام و احیای سنن فراموش شده، محقق شود^۱ (ابن الشیخ، ۳۳).

۲- ادله و شواهد عقلی

فقیهان معتقد به انفتاح باب اجتهاد به ادله‌ای از عقل نیز استناد کرده که شاید قوی‌ترین مدرک برای اثبات مدعای آن‌ها باشد. نگارندگان پس از بررسی اقوال و دیدگاه‌های فقیهان قدیم و جدید ادله زیر را قابل ذکر می‌دانند:

واجب کفایی بودن اجتهاد: اجتهاد از دیدگاه کلیه فقیهان، واجب کفایی است. فقدان مجتهد در زمانی لازمه‌اش ترک اجتهاد است و این موجب اجماع امت بر باطل می‌شود و چنین چیزی از دیدگاه عالمان اهل سنت محال و غیرممکن است بنابراین نقیض آن که استمرار اجتهاد و خالی نبودن زمان از مجتهد است، ثابت می‌شود (آمدی، ۲۰۲/۴؛ ابن عبدالشکور، ۲/۴۴۰؛ شوکانی، ۲۵۳). استدلال فوق از این حیث دارای اشکال است که حکم وجوب کفایی اجتهاد، زمانی است که عالمانی واجد شرایط اجتهاد وجود داشته باشند زیرا یکی از شروط تکلیف توانایی و قدرت است و هنگام عدم وجود چنین عالمانی حکم وجوب مرتفع می‌شود (ابن‌همام، ۲۴۱/۴).

ثبوت و دوام تکلیف با اجتهاد: خلو زمان از مجتهد، موجب رفع تکلیف می‌گردد زیرا اثبات تکلیف تنها با وجود مجتهد ممکن است و اجماع امت بر دوام تکلیف در همه زمان‌هاست (سیوطی، الرد، ۳۰؛ شوکانی، ۲۵۳). در رد این استدلال، می‌توان گفت که اثبات تکلیف با اعتماد بر اقوال سلف و پذیرش احکام فقهی مجتهدان سابق با نقل موجب ظن، امکان پذیراست و انقطاع اجتهاد موجب رفع تکلیف نیست (آمدی، ۲۳۴/۴؛ ترکی، ۶۴۲).

اجتهاد و حکم مسائل و امور مستحدثه: نصوص شارع و فتاوی فقیهان متقدم پایان پذیر و محدود هستند در حالی که امور و حوادث زمان نامحدود و پایان ناپذیرند بنابراین برای حکم مسائل جدید و مستحدثه در هر زمانی نیاز به اجتهاد و مجتهدان وجود دارد (ابن‌رشد، ۱۲) حوادث زندگی انسان‌ها محدودیتی ندارد، از این‌رو داخل کردن آن‌ها منحصراً تحت ادله اربعه صحیح نیست و نیاز به فتح باب اجتهاد وجود دارد (خطیب، ۹۱؛ صنعانی، ۳۵) در نقد استدلال فوق گفته شده که امکان استخراج احکام امور مستحدثه از احکام مسائل قبلی منقول از فقیهان پیشین وجود دارد و در مواردی که حکمی از آن‌ها در دست نباشد توقف لازم است زیرا پیامبر (ص) نیز در برخی موارد توقف نموده و توقف برای غیر ایشان

۱. روایات دیگری نیز مورد استناد قائلان به انفتاح باب اجتهاد قرار گرفته است. جهت اطلاع بیشتر ر.ک: عمری، ۲۳۸؛ سیوطی، الرد، ۲۷ - ۲۸.

اولویت دارد (آمدی، ۲۳۴/۴؛ ابن عبدالشکور، ۳۹۹/۲؛ سیوطی، الرد، ۳۲). در جواب گفته بالا باید متذکر شد که حوادث و مسائل بسیاری بعد از قول به انسداد باب اجتهاد به وجود آمده که حتی به ذهن متقدمان خطوط نکرده چه رسد به این که حکمی در باره آن‌ها داده باشند و توقف پیامبر (ص) در برخی موارد به علت انتظار وحی بوده است. اما بعد از وفات ایشان (ص) اجتهاد مجتهد جامع شرایط تنها راه شناخت احکام مسائل جدید است (سیوطی، الرد، ۳۲).

وجود اجماع در همه زمان‌ها: اجماع از دیدگاه جمهور فقهاء و اصولیان در همه زمان‌ها وجود دارد زیرا اصولیان اهل سنت اجماع را اتفاق مجتهدان در زمانی از زمان‌ها بعد از عصر نبوت بر امر شرعی می‌دانند و انسداد باب اجتهاد موجب انقطاع اجماع است زیرا اجماع عبارت بود از اتفاق مجتهدان و انقطاع اجماع باطل است و هرآنچه که منجر به آن شود نیز باطل است بنابراین قول به انسداد باب اجتهاد باطل است و اجتهاد در همه زمان‌ها وجود دارد (سیوطی، الرد، ۲۹). در نقد این استدلال گفته شده که اجماع، اتفاق مجتهدان است در صورت وجود آن‌ها و در صورت عدم وجود آن‌ها اتفاق اهل علم هر چند به درجه اجتهاد نرسیده باشند، اجماع محسوب می‌شود. علاوه بر آن چه گفته شد برخی اصولیان عوام را نیز جزو اهل اجماع می‌دانند و اجماع را اتفاق همه مسلمانان می‌دانند بنابراین هیچ رابطه‌ای میان انسداد باب اجتهاد و انقطاع اجماع وجود ندارد (آمدی، ۳۲۲؛ شیرازی، ۵۱؛ زرکشی، ۴۶۱/۴ - ۴۶۴؛ جوینی، ۱/۶۸۴).

آسان بودن تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر: امروزه رسیدن به شرایط ضروری اجتهاد و علوم لازمه آن نسبت به گذشته بسیار آسان‌تر است. در زمان کنونی آیات و احادیث احکام و علم رجال مدون شده، حدیث صحیح و ضعیف معین گردیده، ناسخ و منسوخ جمع آوری شده، موارد اجماع و خلاف تبیین شده و کتب متعددی در علوم مختلف مورد نیاز اجتهاد مانند اصول، لغت، فقه و... نوشته شده است. فقیه و مجتهد امروزی در زمان کم و بدون تحمل زحمت زیاد می‌تواند به دریایی از علوم دسترسی داشته باشد در حالی که یک فقیه در زمان گذشته برای دستیابی به هریک از موارد فوق باید سال‌ها سفر می‌کرد و زحمات فراوانی را متحمل می‌شد (صنعانی، ۳۶؛ شوکانی، ۲۴۳؛ مراغی، ۱۷ - ۱۸) آسان بودن شرایط اجتهاد امری نیست که مختص زمان معاصر باشد بلکه از دیدگاه فقیهان و اصولیان اهل سنت از آن‌جا که علوم مورد نیاز اجتهاد در مرور زمان همواره در حال رشد و پویایی بوده اجتهاد بعد از زمان ائمه بزرگ فقه آسان‌تر بوده و دسترسی به شرایط آن نیز ممکن و مجتهدان بی‌شماری نیز در همه مذاهب وجود داشته که به علت ملاحظه‌کاری از اظهار اجتهاد مستقل خود خودداری کرده و تحت القابی چون «مجتهد منتسب»، «مجتهد فی المذهب»، «مجتهد فی الفتوی» اجتهاد می‌کردند (شریینی، ۲۶۲/۲؛ سیوطی، الرد، ۸۹ -

۹۰؛ حجوی، ۲/ ۴۴۰؛ ابن بدران، ۳۸۶).

فقه فرضی و فقه واقعی: بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد فقیهان دو نوع حکم را در همه ابواب فقهی داده‌اند: ۱- حکم مسائل واقعی و موجود ۲- حکم مسائل فرضی و غیر موجود در زمان حکم. این دو حکم اشاره به دو نوع فقه می‌کند ۱- فقه واقعی ۲- فقه فرضی. فقه واقع اشاره به احکام مسائل موجود در زمان حکم می‌کند در حالی که فقه فرضی برخلاف فقه واقعی در پی فرض کردن و استنباط حکم مسائلی است که هنوز به وقوع نپیوسته‌اند و احتمال وقوع آن‌ها در آینده دور یا نزدیک وجود دارد. از آن‌جا که فرایند استنباط حکم مسائل فرضی با واقعیت زندگی پیوند ندارد، در تاریخ فقه اسلامی موافقان و مخالفانی داشته است (بادپا، ۱۶۲ - ۱۶۳) سؤال اساسی در فقه فرضی این است که فقیهان متقدم در استنباط احکام مسائل بسیار تلاش کرده و علاوه بر حکم مسائل موجود از حکم مسائل فرضی نیز غافل نبوده و این نهایت تلاش و اهتمام آنان به اجتهاد را نشان می‌دهد برای مثال آنان در خصوص یک مسئله که فقط در حوزه امکان بود، در قالب یک پیش فرض آن‌را مطرح می‌کردند و پاسخ شرعی آن را نیز می‌گفتند و بخش عظیمی از فقه مدون گذشته متعلق به چنین مسائلی بود. با گذشت زمان آن گاه که آن فرضیه و امر موهوم، شکل عینی به خود می‌گرفت، برای پاسخ آن نیازی به اجتهاد جدیدی احساس نمی‌شد و حکم مسئله از قبل مشخص گردیده بود اما روند حوادث و جریانات سده‌های گذشته بسیار کند بود ولی امروزه و از سده دوازدهم هجری در پی اختراع ماشین‌آلات، و... اوضاع جدیدی در دنیا به وجود آمد که فقیهان گذشته بروز آن را تصور هم نکرده بودند و احکامی نیز برای این گونه پدیده‌ها در ذخیره فقهی پیشنهاد نشده بود و اگر پیشنهاد هم شده بود با آنچه در واقع وجود داشت تفاوت بسیاری داشت. مجتهد باید مسئله را بررسی و از تمام جوانب مورد کنکاش و دقت قرار دهد و سپس حکم آن را با توجه به شرایط زمانی و مکانی و... استنباط کند و شاید راز این نکته که بیشتر مذاهب یکی از شرایط مجتهد را حیات و زنده بودن وی می‌دانند، در این نهفته باشد که حکم مجتهد زنده با مجتهد میت حتی در خصوص مسئله‌ای که در زمان هر دوی آن‌ها وجود داشته است به واقعیت نزدیک‌تر باشد. بنابراین باب اجتهاد باید مفتوح باشد و مجتهدان در هر زمانی، احکام مسائل را از نصوص شرعی و دیگر ادله، استنباط نمایند (سلامی، ۶۴ - ۶۵؛ خمینی، ۷/۱؛ حکیم، ۶۴۹ - ۶۵۶).

تغییر اجتهاد و منحصر نبودن آرای اجتهادی در مذاهب اربعه: در آرای همه مذاهب اسلامی مسئله تغییر اجتهاد از جمله مسائل مهمی است که در دوران معاصر و گذشته، در مورد آن بحث شده است. جواز تغییر اجتهاد مجتهد را همه مذاهب اسلامی به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته‌اند و از دیدگاه آن مذاهب جایز است مجتهد بر اثر عواملی چون تغییر در عرف و اقتضائات زمان، ملاحظه مکان، تجدید

نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق خود، تغییر در احوال اهل عصر، باز تحلیل موضوع از سوی مجتهد و دسترسی مجتهد به دلایل تازه، اجتهاد خود را تغییر دهد.^۱ هنگامی که جواز تغییر اجتهاد مجتهد در یک عصر امری مسلم نزد همه مذاهب باشد و مجتهدانی چون شافعی در برخی مسائل فقهی با توجه به شرائط و احوال دارای چندین دیدگاه باشند، چگونه باید در برابر انفتاح باب اجتهاد که ضامن بقا و شکوفایی فقه اسلامی است مقاومت کرد و معتقد به خلو عصر از اجتهاد و مجتهد در طول چندین سده شد امری که باعث جمود و دورشدن فقه اسلامی از بطن جامعه و روی آوردن مردم به قوانین موضوعه بیگانگان می شود. بررسی تاریخ فقه نشان از شکوفایی فقه اسلامی در دوره ای می دهد که استادان و شاگردان در یک عصر به اجتهاد می پرداختند و ائمه بزرگ فقهی، دیگران را از تقلید خود باز می داشتند. شافعی در زمان استادش مالک و احمد بن حنبل در زمان استادش شافعی به اجتهاد می پرداختند. امری که نه تنها مورد انکار استادان آنان قرار نمی گرفت بلکه باعث خرسندی آنان نیز بود. پیشوایان مذاهب اربعه و دیگر مجتهدان صاحب نظر، در کتب فقهی خود تصریح کرده اند که فتوای ما آخرین کلام و حکم لازم الاجرای الهی نیست؛ بلکه هرکس حق دارد ادله را ملاحظه کرده و دارای رأی و نظر خاص خود باشد هرچند مطابق فتوا و رأی ما نباشد (ابن قیم، ۲۰۱/۲ و ۳۰۹؛ ابن حجر عسقلانی، تهذیب التهذیب، ۸/۱۰). همچنین گفتن این واقعیت نیز در این مقام ضروری است که آرای اجتهادی درست منحصر در مذاهب اربعه اهل سنت نیست و مجتهدان بسیاری در غیر مذاهب اربعه چه در میان اهل سنت مانند مذهب لیث و اوزاعی و چه در میان دیگر مذاهب فقهی مانند جعفری، زیدیه و اباضیه وجود داشته اند که به اعتراف ائمه فقهی اهل سنت برخی از آن مجتهدان بر آنان برتری داشته اند (عوا، الفقه، ۶۰ - ۶۱؛ قرضاوی، فتاوی، ۱۱۹/۲ - ۱۴۰).

نتیجه گیری

باتوجه به آنچه دراین نوشتار بیان شد می توان به گزاره های زیر اشاره نمود:

- ۱- از لحاظ نظری به اتفاق اهل علم اجتهاد واجب کفایی است و کسی نمی تواند قائل به سقوط چنین تکلیفی از عهده امت اسلامی در مقطعی از مقاطع تاریخ باشد. در بعد عملی نیز فقه اسلامی همواره مهیا و مستعد پاسخگویی به مسائل جدید بوده است و زبونی و سستی به ساحت مقدسش راه نداشته است. ظهور مجتهدان بزرگ بعد از تدوین مذاهب، تألیف آثار فقهی مبسوط و متضمن آرا و اجتهادات جدید، تصرف در قواعد و مبانی مذاهب، مخالفت های آشکار با قدمای مذاهب در مسائل اصولی و فقهی شواهد روشنی بر وجود اجتهاد در بستر زمان بوده است.

۱. جهت اطلاع بیشتر در خصوص تغییر اجتهاد مجتهد ر.ک: امامی، «تغییر فتوا و زمینه های آن در فقه اهل سنت»، ۸۰-۵۳.

۲- انسداد باب اجتهاد از همان اول مورد انکار تعداد قابل توجهی از فقها و دانشمندان اهل سنت قرار گرفته و ادعای اتفاق و اجماع بر انسداد باب اجتهاد واقعیت خارجی نداشته است. انسداد باب اجتهاد بیش از آن که بنابر ادله‌ای معتبر توسط مجتهدان مطرح و تأیید شود نتیجه اقوال نادر، پراکنده و مجهول و ناشی از یک سری امور سیاسی، حکومتی، زمانی و مصلحتی بوده است. ریشه‌های بحث درباره وجود مجتهد که از اواخر سده ششم هجری قمری وارد مجموعه‌های اصول فقه شد مهم‌ترین دلیل بر افتتاح باب اجتهاد است زیرا اجماع متقدمان بر وجوب وجود مجتهد در هر زمانی بود و از طرف دیگر بیشتر فقیهان اهل سنت، اجتهاد را یکی از شروط حاکم اسلامی می‌دانستند و از آن جا که حاکمان خود فاقد چنین ویژگی بودند سعی در انسداد باب اجتهاد داشتند.

۳- قول به انسداد باب اجتهاد هر چند با نیت خیر و به عنوان یک اقدام مصلحتی در برهه‌ای از زمان دارای نتایج مثبت بوده است اما در دراز مدت موجب انزوا، جمود و بیگانگی فقه اهل سنت از مقتضیات زمان و جامعه، خاموشی روحیه تحقیق و پژوهش فقهی، روی آوردن مردم به قوانین موضوعه غربی شده و نتایج زیان‌باری را برای فقه اهل سنت و دیگر مذاهب به دنبال داشته است. امری که بر خلاف اهداف اولیه انسداد باب اجتهاد بوده است. به عبارت دیگر قول به انسداد باب اجتهاد به دلیل رعایت مصالح مانند این است که به جای درمان درد بیمار، خود بیمار را از بین بردن است.

۴- مدعیان انسداد باب اجتهاد با اقدام خود، ادعای خویش را نقض نموده و اجتهاد کرده‌اند. زیرا اگر قول آنان مبنی بر انسداد باب اجتهاد، اجتهاد تلقی گردد درعین حالی که خود، منکر افتتاح باب اجتهاد بوده‌اند، اجتهاد کرده‌اند و اگر آنان اهل اجتهاد نبوده‌اند، حق چنین اقدامی را نداشته‌اند.

۵- معنای انسداد باب اجتهاد چه منع مجتهد از اجتهاد و چه استحاله امکان رسیدن به شرایط اجتهاد باشد، یک نتیجه را به دنبال خواهد داشت و آن وجوب التزام به مذاهب اربعه و طرد و انکار دیگر مذاهب است. ضمن ارج نهادن به افکار و آرای متقدمان حوزه فقه و اجتهاد، محصور ماندن در دایره افکار سلف و تعصب داشتن نسبت به اقوالشان و سوء ظن نسبت به علمای خلف، زمینه رشد و بالندگی را می‌میراند و روند حرکت تکاملی فقه و اجتهاد را از حرکت باز می‌ایستاند. اجتهاد درست، منحصر در آرای مذاهب اربعه نیست و ظهور اندیشه تک مذهبی و اسلام بدون مذاهب از نتایج قول به انحصار مذاهب فقهی در مذاهب اربعه و نفی غیر آنان است.

۶- تتبع بی‌طرفانه و به دور از جانبداری از آرا و اقوال هر یک از دو گروه موافق و مخالف انسداد باب اجتهاد نشان می‌دهد که محل نزاع و اختلاف در این مناقشه یکی نبوده است زیرا اصل اختلاف فریقین به خود اجتهاد بر نمی‌گردد بلکه آن چه محل نزاع است انواع اجتهاد و اقسام مجتهدان است. قائلان به انسداد

باب اجتهاد و عدم وجود مجتهد بعد از ائمه فقهی، مرادشان اجتهاد و مجتهد مطلق مستقل است و طرفداران دیدگاه افتتاح باب اجتهاد نیز مرادشان از فتح باب اجتهاد و وجود مجتهد، اجتهاد و مجتهد مطلق منتسب است و بر این امور همگان اتفاق نظر دارند. بنابراین اختلاف موجود بیش از آن که اساسی و ریشه‌ای باشد یک اختلاف لفظی و ناشی از سوء تفاهم و عدم درک مقصود یکدیگر بوده است. دلیل این مدعا نیز وجود مجتهدان در همه سده‌های گذشته تا کنون است.

۷- وضع شروط دشوار برای اجتهاد و معرفی نشدن مجتهدان جدید یکی از عوامل اساسی قول به سد باب اجتهاد محسوب می‌گردد اما باید گفت تحقق و رسیدن به شرایط اجتهاد در سایه امکانات موجود در زمان معاصر بسیار آسان‌تر از گذشته است.

۸- در سایه پیشرفت علوم در زمان کنونی هر علم به شعبه‌هایی منشعب شده است. بنابراین می‌طلبید که اجتهاد نیز از این قافله عقب نماند و مجتهدان ضمن آن که شروط اولیه و عمومی اجتهاد را احراز می‌نمایند در حوزه‌های تخصصی اجتهاد مانند حوزه مالی و اقتصادی، احوال شخصیه و... به اجتهاد بپردازند. اجتهاد گروهی نیز مجمعی از مجتهدان متجزی متخصص تلقی می‌گردد و یکی از نیازهای امروز فقه اسلامی است.

۹- فتح باب اجتهاد می‌تواند موجب تقریب مذاهب اسلامی و خروج مجتهد از دایره تعصب و انتخاب رأی اصلح گردد. لازمه تحقق این امر نیز برقراری ارتباط میان مجتهدان مذاهب و تشکیل شوراهای اجتهاد و افتاء است. تجربه چندساله دارالتقریب که به همت دانشمندان دلسوز شیعه و اهل سنت در مصر تأسیس گردید و واقعه تاریخی کم نظیر تغییر فتوای شیخ شلتوت مفتی و رئیس وقت دانشگاه الازهر در دهه ۱۳۳۰ شمسی در زمینه ترجیح فتوای فقهای شیعه مبنی بر بطلان سه طلاق که با یک صیغه ایقاع و در یک مجلس انجام می‌گیرد، در حقیقت یکی از آثار ماندنی و گران‌بهای تفاهم علمی و ارتباط فقیهان مذاهب محسوب می‌گردد. امروزه ضمن پذیرش اختلاف مذاهب در اصول می‌توان با توجه به مشترکات فراوان در فروع و منابع و مصادر اجتهاد، قول به جواز تقلید بین مذاهب و تقریب آرای آنان داد امری که در لابلای کتب متقدمان خود را تحت عنوان «خروج من الخلاف» نشان می‌دهد.

۱۰- هر چند در زمان معاصر، بیشتر عالمان اهل سنت در بعد نظری طرفدار فتح باب اجتهاد هستند، عمل آنان چنین امری را نشان نمی‌دهد و هر بار هم کسانی یافت می‌شوند که اقدام به اجتهاد می‌کنند، با شیوه‌های مختلف مورد بی‌مهری، عدم پذیرش و طرد آنان از جامعه و ایجاد محدودیت‌های مختلف قرار می‌گیرند. گفتن این نکته نیز لازم است فقیهان معتقد به افتتاح باب اجتهاد باید چارچوب و شروط لازمه اجتهاد معاصر را تبیین و معین نمایند تا اجتهاد از بلا و اضطرابی که امروزه دچار آن شده‌رهایی یابد.

صدور اجتهادهای متناقض و متعارض در کشورهای مختلف اسلامی بازتاب‌های منفی و پیامدهای نادرست برجای نهاده است. باید از آسیب‌های ناشی از به کارگیری غیر منضبط اجتهاد، ایمن و از قرارگرفتن آن در کف ناهلان بیمناک بود.

منابع

- ابن الشیخ، محمد امین ولد محمد سالم، *الاجتهاد بین مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار*، دبی، دار البحوث للدراسات الاسلامیة، ۱۴۲۴ ق.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *تهذیب التهذیب*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، قاهره، دارالریان، ۱۴۰۷ ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، قاهره، دارالحديث، ۱۴۰۴ ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند احمد*، بیروت، المکتب الاسلامی، بی تا.
- ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد، *مقدمة ابن خلدون*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- ابن عابدین، محمد امین، *رد المختار علی الدر المختار*، مصر، طبعة الكبرى الامیریة، ۱۳۲۳ ق.
- ابن عبدالشکور، محب الله، *مسلم الثبوت*، بولاق، مطبعة الامیریة، بی تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، بیروت، دارالجليل، ۱۴۱۱ ق.
- ابن فوطی، عبدالرزاق بن احمد، *الحوادث الجامعة والتجارب النافعة فی المائة السابعة*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۷ ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابوبکر، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت، دارالجليل، ۱۹۷۳ م.
- ابن کثیر، اسماعیل بن کثیر، *البدایة والنهاية*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۹ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارصادر، ۲۰۰۳ م.
- ابن امیر پادشاه، محمد امین بن محمود، *تیسیر التحریر*، قاهره، مطبعة البابي الحلبي، ۱۳۵۱ ق.
- ابن امیر حاج، محمد بن محمد، *التقریر والتحییر*، تحقیق مکتب البحوث والدراسات، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۶ م.
- ابن بدران، عبدالقادر، *المدخل الی مذهب الامام احمد بن حنبل*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۱ ق.
- ابن جزی، محمد بن احمد، *تقریب الوصول الی علم الاصول*، جدّه، مکتبة العلم، ۱۴۱۴ ق.
- ابن حاجب، عثمان بن عمر، *مختصر المنتهی*، مصر، فجاله، بی تا.
- ابن حسین، محمد علی بن حسین، *تهذیب الفروق والقواعد السنية فی الاسرار الفقهية*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۹۸۹ م.
- ابن حمدان، احمد نمری، *صفة الفتوى والمفتی والمستفتی*، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۳۹۷ ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۰۳ ق.

٧٤	فقه و اصول	شماره ١١٠
	ابن همام، محمد بن عبدالواحد، <i>التحرير في اصول الفقه</i> ، قاهره، مطبعة الحلبي، بى تا.	
	ابوزهره، محمد، <i>اصول الفقه</i> ، قاهره، دار الفكر العربى، بى تا.	
	ابوزهره، محمد، <i>موسوعة الفقه الاسلامى</i> ، جمعية الدراسات الاسلاميه، با اشراف محمد ابوزهره، مطبعة يوسف، ١٣٨٧ ق/١٩٦٧ م.	
	اسنوى، جمال الدين عبدالرحيم، <i>نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الاصول بوضاوى</i> ، بيروت، دارالكتب العلمية، بى تا.	
	آقابزرگ تهراني، محمد حسن، <i>تاريخ حصر اجتهاد</i> ، خوانسار، مدرسة الامام مهدي، ١٤٠١ ق.	
	امامى، عبدالسلام و حسين ناصرى مقدم، «تغيير فتوا و زمينه هاى آن در فقه اهل سنت»، <i>مطالعات اسلامى، فقه و اصول</i> ، مشهد، دانشگاه فردوسى، شماره ٩٦، بهار ١٣٩٣، صص ٨٠-٥٣.	
	الآمدى، على بن محمد، <i>الاحكام فى اصول الاحكام</i> ، بيروت، دارالكتب العلمية، بى تا.	
	اميدى، جليل، «فقه اسلامى از اجتهاد آزاد تا اجتهاد فى المذهب»، <i>پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامى</i> ، سال چهارم، شماره ٨، پاييز و زمستان ١٣٩٠، صص ٩-٣٢.	
	انصارى، عبدالعلى، <i>فواتح الرحموت على سلم الثبوت</i> ، بولاق، چاپ الاميريه، ١٣٢٢ ق.	
	ايوبى، محمد هشام، <i>الاجتهاد و مقتضيات العصر</i> ، عمان، دارالفكر، ١٩٨٧ م.	
	باجى، سليمان بن خلف، <i>احكام الفصول فى احكام الاصول</i> ، تحقيق عبدالمجيد تركى، بيروت، دارالغرب الاسلامى، ١٤٠٧ ق/١٩٨٦ م.	
	بادپا، عبيدالله، «فقه افتراضى وفقه الواقع»، <i>اجتهاد در دوره معاصر</i> ، مجموعه مقالات، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامى، صص ١٥٧-١٧٣، ١٣٨٩.	
	باشنفر، سعيد بن عبدالقادر، <i>النظر فيما علق الشافعى القول به على صحة الخبر</i> ، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢٤ ق.	
	البانى، محمد سعيد، <i>عمدة التحقيق فى التقليد والتلفيق</i> ، بيروت، المكتبة الاسلامى، ١٤٠١ ق/١٩٨١ م.	
	بخارى، محمد بن اسماعيل، <i>صحيح البخارى</i> ، استانبول، عامرية، ١٤١٣ ق.	
	بيهقى، احمد بن حسين، <i>معرفة السنن و الآثار</i> ، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١٢ ق.	
	تاغلايت، حورية، <i>الفقه الاسلامى بين الاصاله والتجديد</i> ، الجزائر، جامعة الحاج لخضر، رسالة دكتوراة، ٢٠٠٨/٢٠٠٧ م.	
	تركى، عبدالله، <i>اصول مذهب الامام احمد بن حنبل</i> ، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤ ق.	
	توانا، محمد موسى، <i>الاجتهاد و مدى حاجتنا اليه فى هذا العصر</i> ، قاهره، دارالكتب الحديثه، بى تا.	
	جوينى، عبدالملك بن يوسف، <i>البرهان فى اصول الفقه</i> ، منصوره، دارالوفاء، ١٤١٨ ق.	
	حاكم نيشابورى، محمد بن عبدالله، <i>المستدرک على الصحيحين</i> ، حيدرآباد، ١٣٤٤ ق.	
	حجوى، محمد بن حسن ثعالبى فاسى، <i>الفكر السامى فى تاريخ الفقه الاسلامى</i> ، بيروت، دار الكتب العلمية،	

۱۴۱۶ ق/ ۱۹۹۵ م.

- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، تهران، مؤسسة آل البيت، ۱۹۷۹ م.
- خضری بک، محمد، *اصول الفقه الاسلامی*، تحقیق خیری سعید، قاهره، المكتبة التوفيقية، بی تا.
- _____، *تاریخ التشريع الاسلامی*، بیروت، دارالفکر، ۱۹۶۷ م.
- خطیب، عبدالکریم، *سد باب الاجتهاد و ماتریت علیه*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۵ ق/ ۱۹۸۴ م.
- خلاف، عبدالوهاب، *خلاصة تاریخ التشريع الاسلامی*، دار الكويتية، ۱۳۸۸ ق.
- _____، *علم اصول الفقه*، کویت، دارالعلم، ۱۳۹۲ ق/ ۱۹۷۲ م.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- دسوقی، محمد، *الاجتهاد والتقليد فی الشريعة الاسلامیة*، دوحه، دارالثقافة، ۱۹۸۷ م.
- دهلوی، احمد بن عبدالرحیم، *الانصاف فی بیان اسباب الاختلاف*، تحقیق عبدالفتاح ابو غدة، بیروت، دارالنفائس، ۱۴۰۶ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، دمشق، دارالقلم، بی تا.
- رضا، محمد رشید، *تفسیر المنار*، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۷۳ ق.
- زحیلی، وهبة مصطفى و عطیه جمال الدین، *تجدید الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالفکر، ۲۰۰۰ م.
- زحیلی، وهبة مصطفى، «الاجتهاد فی الشريعة الاسلامیة»، مقاله همایش *فقه اسلامی*، بخش ۲، دانشگاه اسلامی محمد بن سعود، ریاض، ۱۳۹۶ ق.
- زحیلی، وهبة مصطفى، *اصول الفقه الاسلامی*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۶ ق/ ۱۹۸۶ م.
- زرقاء، مصطفى احمد، «الاجتهاد و دور الفقه فی حل المشكلات»، *مجلة الدراسات الاسلامیة*، ج ۴، شماره ۴، اسلام آباد، الجامعة الاسلامیة، ۱۹۸۵ م.
- _____، *الفقه الاسلامی ومدارسه*، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۶ ق/ ۱۹۹۵ م.
- زركشى، محمد بن بهادر، *البحر المحيط فی اصول الفقه*، بیروت، دارالکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق/ ۲۰۰۰ م.
- زیدان، عبدالکریم، *المدخل لدراسة الشريعة الاسلامیة*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۹۹۵ م.
- _____، *الوجیز فی اصول الفقه*، تهران، نشر احسان، ۱۳۷۱.
- سبکی، عبدالوهاب بن علی، *جمع الجوامع فی اصول الفقه*، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۵۶ ق.
- سلامی، نذیر احمد، «اجتهاد و مراحل تاریخی آن»، *اجتهاد در زمان معاصر*، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامی، صص ۵۹-۶۹، ۱۳۸۹.
- سنوسی، محمد بن علی، *ایقاظ الوسنان فی العمل بالحديث والقرآن*، بیروت، دارالکتب اللبنانی، ۱۹۶۸ م.

٧٦	فقه و اصول	شماره ١١٠
سيوطي، عبدالرحمن بن ابي بكر، <i>الرد على من اخلد الى الارض وجهل ان الاجتهاد في كل عصر فرض</i>، تحقيق خليل ميس، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٣ م. _____، <i>تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد</i>، تحقيق فؤاد عبدالمنعم، اسكندريه، دارالدعوة، ١٩٨٣ م. شاطبي، ابراهيم بن موسى، <i>الموافقات</i>، تحقيق محمد عبدالله دراز، بيروت، دارالكتب العلمية، بي.تا. شربينى، محمد بن احمد، <i>الاقناع في حل الفاظ ابي شعاع</i>، قاهره، مطبعة الحلبي، ١٩٤٠ م. شلتوت، محمود، <i>تفسير القرآن</i>، قاهره، دارالقلم، ١٣٧٩ ق. شنقيطى جكنى، محمدخضر بن سيدى عبدالله، <i>قمع اهل الزيف والفساد عن الطعن في تقليد ائمة الاجتهاد</i>، قاهره، مكتبة الازهرية، ١٤١٥ ق. شنقيطى، عبدالله بن ابراهيم، <i>نشر البنود على مراقى السعود</i>، فضالة، دارالكتاب العلمية، ١٤٠٩ ق. شوكاني، محمد بن على، <i>ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول</i>، بيروت، دار المعرفة، بي.تا. _____، <i>القول المفيد في ادلة الاجتهاد والتقليد</i>، تحقيق عبدالرحمن عبدالخالق، كويت، دارالقلم، ١٣٩٦ ق. شيرازى، ابراهيم بن على، <i>اللمع في اصول الفقه</i>، قاهره، طبعة البابى الحلبي، ١٣٥٨ ق. صنعاني، محمد بن اسماعيل، <i>ارشاد النقاد الى تيسير الاجتهاد</i>، تحقيق صلاح الدين مقبول، كويت، الدار السلفية، ١٤٠٥ ق. عراقي، محمود بن جعفر، <i>قوامع الفضول عن وجوه حقائق الاصول</i>، چاپ سنگى، بي.جا، ١٣٠٥ ق. عمري، نادية شريف، <i>الاجتهاد في الاسلام</i>، مدينه منوره، چاپ سوم، ١٤٠٦ ق. عوا، محمدسليم، «بين الاجتهاد والتقليد»، قاهره، <i>مجلة المسلم المعاصر</i>، شماره ٤، ١٩٧٥ م. _____، <i>الفقه الاسلامى في طريق التجديد</i>، بيروت، المكتب الاسلامى، ١٤١٩ ق/١٩٩٨ م. غزالي، محمد بن محمد، <i>المستصفى من علم الاصول</i>، تحقيق محمد سليمان اشقر، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤١٧ ق/١٩٩٧ م. فيومى، احمد بن محمد، <i>المصباح المنير في غريب الشرح الكبير</i>، قم، دارالهجرة، ١٤٠٥ ق. قرايى، احمد بن ادريس، <i>شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الاصول</i>، تحقيق طه عبدالرؤف، بيروت دارالفكر، ١٣٩٣ ق. قرضاوى، يوسف، <i>اجتهاد در شريعت اسلام</i>، ترجمه احمد نعمتى، پانوش نادر كريميان، تهران، نشر احسان، چاپ دوم، ١٣٨٨. قوميدى، ذوادى بن بخوش، <i>الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الاسلامى</i>، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٣٤ ق. محمصانى، صبحى رجب، <i>فلسفة التشريع في الاسلام</i>، بيروت، دارالعلم للملايين، ١٩٨٠ م.		

مدکور، محمد سلام، *مناهج الاجتهاد فی الاسلام فی الاحکام الفقهية والعقائدية*، کویت، جامعة الكويت، ۱۹۷۳ م.

مراغی، محمد مصطفی، *الاجتهاد فی الاسلام*، قاهره، المكتب الفنی، ۱۳۷۹ ق.

مسلم بن حجاج، *صحیح مسلم*، استانبول، عامریه، ۱۴۱۳ ق.

مهیوب، عبدالحمید، *احکام الاجتهاد فی الشریعة الاسلامیة*، قاهره، دارالكتاب الجامعی، ۱۹۷۸ م.

نعمتی، احمد، *اجتهاد و سیر تاریخی آن*، تهران، نشر احسان، ۱۳۷۶.

نووی، محیی الدین بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، قاهره، بی تا.

هیتو، محمد حسن، «الاجتهاد وانواع المجتهدين»، *مجلة الشريعة والدراسات الاسلامیة*، شماره ۴، کویت، جامعة الكويت، ۱۹۸۵ م.

وجدی فرید، محمد، *دائرة معارف القرن العشرين*، بیروت، دارالمعرفة، چاپ سوم، ۱۹۷۱ م.

یحیی، محمد، *الاجتهاد، التقليد، الاتباع والنظر*، بیروت، مؤسسة الانتشار العربی، ۲۰۰۰ م.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۷۹-۹۴

بررسی فقهی حقوقی مجوزهای اجباری بهره برداری از حق اختراع*

دکتر مصطفی بختیاروند

استادیار دانشگاه قم

Email: m.bakhtiarvand@qom.ac.ir

چکیده

مجوز اجباری حق اختراع، راهکاری است برای برقراری تعادل بین حقوق انحصاری دارنده و حق عموم مردم در برخورداری از رفاه اجتماعی که در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی بسیاری از کشورها پیش‌بینی شده است. هدف از این مقاله، بررسی تعریف، موارد صدور و احکام این نوع مجوز است. در حقوق ایران، مجوزهای اجباری حق اختراع را می‌توان با اختیار حکومت اسلامی، به عنوان معطی حق اختراع، در تعیین حدود آن توجیه کرد. عدم بهره‌برداری از اختراع مورد نیاز عموم، تحت شرایطی، می‌تواند احتکار تلقی شود. اعمال منجر به صدور این مجوز، در بسیاری موارد، مصداق سوءاستفاده از حق و موجب ورود ضرر به جامعه است که منع آن را می‌توان با قاعده لاضرر توجیه نمود.

کلیدواژه‌ها: حق اختراع، مجوز اجباری، اختیارات حکومت اسلامی، احتکار، سوء استفاده از حق

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۹/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۴/۰۵.

مقدمه

مجوز اجباری^۱ حق اختراع^۲ در سطح بین‌المللی نخستین بار در کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی^۳ مطرح شد (Liu, 4). پس از کنوانسیون پاریس، مجوز اجباری در قوانین داخلی بیشتر کشورها تصویب (Correa, 4) و در موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری^۴ (از این به بعد تریپس) و بیانیه ۲۰۰۱ دوحه^۵ هم پیش‌بینی شد. در آمریکا، به عنوان یکی از کشورهای پیشرو در زمینه مالکیت صنعتی، قانون خاصی راجع به مجوز اجباری تصویب نشده ولی این نوع مجوز در قوانین مختلف جهت تأمین نیازهای عمومی، از جمله نظامی، پیش‌بینی شده است. در ایران هم مجوز اجباری در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۶ (از این به بعد قانون ۸۶) و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۷ (از این به بعد آیین‌نامه) پیش‌بینی شده است.

محدود نمودن دارنده، در اعمال حق اختراع، را می‌توان چنین توجیه کرد که قانونگذار به عنوان معطی حق، می‌تواند قلمرو و نحوه اجرای آن را تعیین نماید. مطالعه موارد صدور مجوز اجباری نشان می‌دهد شباهت‌هایی بین این موارد و مسأله احتکار وجود دارد. لذا می‌توان این پرسش را مطرح نمود که آیا عدم بهره‌برداری از اختراع مورد نیاز عموم را می‌توان مصداق احتکار دانست؟ با عنایت به تنوع نظرات فقها در باب احتکار و مصادیق آن، لازم است مطالعه‌ای دقیق در این زمینه صورت پذیرد. برخی موارد صدور مجوز اجباری با احتکار انطباق ندارد و لذا باید عناوین دیگری برای آن‌ها یافت. عدم بهره‌برداری از اختراع یا بهره‌برداری منجر به ورود زیان به دیگران، ممکن است مصداق سوء استفاده از حق را باشد که نیازمند بررسی و یافتن مبنایی برای توجیه منع آن است.

در این مقاله ابتدا مفهوم مجوز اجباری حق اختراع را بیان نموده؛ سپس مجوز اجباری و مقررات حاکم بر آن را به ترتیب در اسناد بین‌المللی، حقوق آمریکا (که بیشترین استفاده را از مجوز اجباری می‌برد) و حقوق ایران و فقه امامیه مطالعه می‌نماییم. در قسمت اخیر، ابتدا مفهوم، شرایط و احکام احتکار را تبیین و سپس آن را با موارد صدور مجوز اجباری مقایسه می‌نماییم. همچنین مفهوم سوء استفاده از حق را بیان و در ادامه امکان اطلاق این عنوان بر مصادیق مجوز اجباری و مبنای منع آن را مطالعه می‌کنیم.

1. Compulsory license

۲. جهت مطالعه موارد صدور مجوز اجباری در حقوق مالکیت ادبی و هنری ر.ک: صادقی، خاکپور، ۱۵۸-۱۵۵.

3. Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 20 March 1883.

4. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property of 15 April 1994: (TRIPS).

5. Doha Declaration on the TRIPS agreement and public health of 14 November 2001.

مفهوم

برخی نویسندگان مجوز بهره‌برداری اجباری را چنین تعریف کرده‌اند: مجوز صادر شده توسط یک ارگان حکومتی به نهاد دولتی، شرکت یا شخص دیگر، جهت استفاده از حق اختراع بدون رضایت دارنده حق اختراع (Abbas & Riaz, 283). در برخی منابع دیگر، از این نوع مجوز، به مجوز غیر داوطلبانه^۱ نیز یاد شده که عبارت است از عمل دولت در مجاز شمردن خود یا شخص ثالث به استفاده از موضوع حق اختراع، بدون اذن دارنده حق، به دلایل مربوط به نظم عمومی (Reichman & Hasenzahl, 1). همچنین گفته شده: مجوز اجباری، به دولت یا شخص ثالث مجاز از طرف دولت اجازه می‌دهد حق اختراع را بدون اذن دارنده اعمال کند (Khan, 226). لازم به ذکر است که قانون ۸۶ در شماره ۳ از بند «د» ماده ۱۷ «اجازه ناخواسته» را به کار برده است. با دقت در تعاریف ارائه شده می‌توان مجوز اجباری را چنین تعریف کرد: «مجوز صادر شده از طرف مرجع ذیصلاح برای یک ارگان دولتی یا شخص ثالث مأذون از سوی دولت، مبنی بر بهره‌برداری از حق اختراع بدون اذن دارنده آن».

مجوز اجباری حق اختراع در اسناد بین‌المللی

کنوانسیون پاریس

بند دو ماده ۵ کنوانسیون پاریس مقرر می‌دارد: «هر کشور اتحادیه حق اتخاذ تدابیر قانونی را دارد که اعطای مجوز اجباری را جهت منع سوءاستفاده‌های محتمل ناشی از استیفای حقوق انحصاری تفویض شده مانند عدم به کارگیری، مقرر می‌دارد». پس مبنای این حکم کنوانسیون پاریس، منع سوءاستفاده از حق است. کنوانسیون در مقام بیان مثال، عدم به کارگیری اختراع را ذکر نموده ولی مفهوم به کارگیری را مشخص نکرده و تعریف این اصطلاح را به حقوق داخلی کشورهای عضو محول نموده است (Reichman & Hasenzahl, 10)؛ به همین سبب الزامات به کارگیری داخلی در بین کشورهای عضو متنوع‌اند (Cottier et al, 10). مثال‌های دیگر سوءاستفاده ممکن است مواردی باشد که دارنده حق اختراع از اعطای مجوز بهره‌برداری بر اساس شرایط متعارف امتناع می‌کند، مقادیر کافی از محصول موضوع حق اختراع را روانه بازار داخلی نمی‌کند یا قیمت‌های خیلی بالا برای این محصولات مطالبه می‌کند (Liu, 4).

تریپس

بر طبق بند ۱ ماده ۲ تریپس «... کشورهای عضو مواد ۱ تا ۱۲ و ماده ۱۹ کنوانسیون پاریس (۱۹۶۷) را رعایت خواهند کرد». پس ماده ۵ کنوانسیون پاریس جزئی از نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت شده

1. Non-voluntary license

است (Cottier et al, 11). ماده ۳۱ تریپس مجوز اجباری را با تعبیر «استفاده دیگر بدون اذن دارنده حق»^۱ پیش بینی کرده است. گرچه اصطلاح مجوز اجباری در هیچ جای تریپس ذکر نشده، اما، همان طور که به درستی گفته شده، استفاده دیگر، همان مجوز اجباری در کنوانسیون پاریس است و ماده ۳۱ این نوع مجوز را مدنظر داشته است (Jasmila, 6).

بر اساس بند (b) ماده ۳۱، و به عنوان قاعده، صدور مجوز اجباری منوط به مذاکرات قبلی مجوزگیرنده پیشنهادی با دارنده، بر مبنای مفاد و شروط تجاری متعارف و عدم موفقیت این مذاکرات در مدت زمانی متعارف است. این قاعده استثنائاتی دارد که در ادامه بند مذکور بیان شده اند؛ بدین ترتیب که در صورت بروز وضع اضطراری ملی یا اوضاع و احوال دیگر فوق العاده اضطراری یا بهره برداری عمومی غیرتجاری^۲ رعایت این شرط ضرورت ندارد. برخی با انتقاد از این ماده، آن را ابزاری مبهم دانسته اند که از نظر ماهوی راهنما نیست و اختلاف نظرهای گسترده ای در خصوص «مصادیق وضع اضطراری ملی یا اوضاع و احوال دیگر فوق العاده ضروری» مذکور در آن وجود دارد. برای مثال، این پرسش مطرح شده که آیا سرطان و بیماری قلبی صرفه مسائل مربوط به سبک زندگی هستند یا «اوضاع و احوال فوق العاده ضروری» و آیا در حال حاضر ایدز تنها «وضعیت فوق العاده ضروری» است؟ (Cottier et al, 13). در هر حال، در ادامه بند مذکور حتی در موارد اضطراری، مطلع ساختن دارنده حق از صدور مجوز ضروری است. استثنای دیگر مذاکرات پیشین در بند (k) آمده و در موردی است که مجوز اجباری به عنوان جبران برای رویه ای که پس از رسیدگی قضایی یا اداری، ضد رقابتی اعلام شده در نظر گرفته شده است. از این بند به خوبی برمی آید که بر طبق تریپس یکی از زمینه های صدور مجوز اجباری، مقابله با رویه های ضد رقابتی است.

بند (h) ماده ۳۱ مقرر داشته که عوض متناسبی در اوضاع و احوال هر پرونده، با در نظر گرفتن ارزش اقتصادی مجوز به دارنده حق پرداخت خواهد شد. با دقت در احکام تریپس در خصوص لزوم پرداخت عوض و مذاکره پیشین با دارنده، می توان دریافت که تریپس در پی برقراری توازن بین منافع عمومی و اعطای مجوز دولتی و محافظت از حقوق دارنده حق اختراع است (Jasmila, 7). با توجه به بند (c) ماده ۳۱، قلمرو و مدت مجوز اجباری محدود به هدف صدور آن خواهد بود، در عین حال با عنایت به بند (g) هر گاه اوضاع و احوالی که موجب صدور چنین مجوزی شده، خاتمه یابد و احتمال بازگشت آن ها نرود، مجوز منقضی خواهد شد. بند (d) چنین مجوزی را غیرانحصاری می داند، بند (f) این مجوز را غالباً برای تأمین نیاز بازار داخلی پیش بینی و بند (e) آن را اصولاً غیر قابل انتقال اعلام کرده، مگر در صورت انتقال

1. Other Use Without Authorization of the Right Holder

۲. بهره برداری عمومی غیرتجاری به صراحت در قانون ۸۶ پیش بینی نشده است.

بخشی از بنگاه یا سرقتی که از این مجوز بهره‌مند است.

در بند پایانی ماده ۳۱ فرض دیگری برای صدور مجوز اجباری پیش بینی شده که به موجب آن تحت شرایطی امکان بهره‌برداری از یک حق اختراع (به تعبیر بند مذکور، «حق اختراع دوم»)^۱ که بهره‌برداری از آن بدون نقض حق اختراع دیگر («حق اختراع نخست»)^۲ ممکن نیست وجود دارد. در چنین حالتی علاوه بر شرایط بندهای قبل، سه شرط دیگر نیز مقرر شده است: الف- اختراع ادعایی در گواهینامه اختراع دوم، نسبت به اختراع ادعایی در گواهینامه اختراع نخست مشتمل بر پیشرفت فنی باشد که از نظر اقتصادی اهمیت قابل ملاحظه‌ای دارد؛ ب- دارنده حق اختراع نخست مستحق مجوز متقابل بر مبنای شرائط منصفانه جهت بهره‌برداری از حق اختراع دوم خواهد بود؛ و ج- بهره‌برداری از حق اختراع نخست غیرقابل انتقال خواهد بود، مگر در صورت واگذاری حق اختراع دوم.

بیانیه دوحه

بر طبق بند (b) پاراگراف ۵ بیانیه دوحه، «هر کشور عضو از حق صدور مجوزهای اجباری و اختیار تعیین زمینه‌های اعطای این مجوزها برخوردار است». همچنین بند (c) همان پاراگراف، حق تعیین وضعیت اضطراری ملی یا دیگر اوضاع و احوال فوق‌العاده را به کشورهای عضو داده و ایدز، سل، مالاریا و دیگر بیماری‌های واگیردار را به عنوان مثال‌هایی از بحران‌های مرتبط با سلامت عمومی، از مصادیق احتمالی آن‌ها محسوب نموده است.

حقوق آمریکا

به طور کلی، ایالات متحده آمریکا هیچ‌گاه یک نظام تقنینی مجوز اجباری را جهت مهار سوءاستفاده از حق اختراع برقرار نکرده؛ کنگره نیز قانونی را که به طور کلی صدور مجوز اجباری به خاطر مصالح عمومی را تجویز نماید تصویب نکرده است (Liu, 5) و برخلاف قوانین حق اختراع بسیاری از کشورها، قانون حق اختراع ۱۹۵۲ آمریکا^۳ نیز مقررهای عام راجع به مجوز اجباری ندارد (Thomas, 6). در عین حال در برخی قوانین خاص مجوز اجباری پیش‌بینی شده و عدم صدور قرار منع دائم علیه ناقض، واجد اثر همین مجوز دانسته شده و گاه مجوز اجباری جبرانی است در برابر رویه‌های ضدرقابتی.

مجوز اجباری پیش‌بینی شده در قوانین خاص

در آمریکا مجوزهای اجباری وجود دارد که هر کدام راجع به موضوعات تخصصی هستند (loc.cit).

1. The second patent

2. The first patent

3. Patent Act of 1952.

برای نمونه، بند a بخش ۵۳ قانون انرژی اتمی ۱۹۵۴^۱، مجوز اجباری را در موردی مجاز می‌داند که اختراع یا کشف موضوع حق اختراع اهمیت اساسی در تولید یا بهره‌برداری از مواد هسته‌ای خاص یا انرژی اتمی داشته باشد و اعطای مجوز آن اهمیت اساسی در تحقق سیاست‌ها و اهداف قانون مذکور داشته باشد. قانون هوای پاک ۱۹۷۰^۲ مقرر مشابهی در خصوص مجوز اجباری حق اختراع‌های مرتبط با کنترل آلودگی هوا و هوا دربردارد که هدف آن فراهم نمودن امکان دسترسی گسترده‌تر صنایع به ابزار کنترل آلودگی هوا و جلوگیری از خودداری شرکت‌ها از بهره‌برداری از اختراعات سطح بالا به ادعای در دسترس نبودن آن‌ها است (Yosick, 1279). قانون حمایت از گونه‌های گیاهی ۱۹۷۰^۳ هم مجوز اجباری گیاهان دانه‌دار حمایت شده به وسیله گواهی‌های گونه گیاهی^۴، پیش‌بینی نموده است. قانون بیه‌دول^۵ مصوب ۱۹۸۰ و آیین‌نامه‌های آن، به پیمانکاران دولتی اجازه می‌دهد نسبت به اختراعاتی که با استفاده از سرمایه‌گذاری دولتی انجام داده‌اند گواهی‌نامه اختراع کسب کنند. معذک، دولت حقی دارد که به موجب آن، ارگان سرمایه‌گذار می‌تواند مجوزهای اجباری نیز به «متقاضیان متعارف» دیگر اعطا نماید. این حق فقط در مواردی وجود دارد که پیمانکار: اقدامات مؤثری جهت به کارگیری عملی اختراع انجام نداده باشد؛ نیازهای بهداشتی و امنیتی را به طور متعارف محقق نکرده باشد؛ الزامات استفاده عمومی اعلام شده به وسیله آیین‌نامه دولت را رعایت نکرده باشد؛ یا حق انحصاری بهره‌برداری از اختراع ثبت شده را بدون اخذ این تعهد که اختراع اساساً در آمریکا تولید خواهد شد به دیگری اعطا نموده باشد (ماده (a) ۲۰۳ قانون مذکور؛ Thomas, 7).

به علاوه، در سال ۲۰۰۷ کنگره آمریکا با تصویب قانون رقابت‌پذیری ذخیره انرژی آمریکا^۱، برنامه مجوز اجباری جدیدی راجع به بازارهای ذخیره انرژی مقرر نمود. همچنین حوزه دیگری که در آن، آمریکا استفاده از اختراعات ثبت شده را بدون اذن دارندگان حق مجاز می‌دارد، استفاده «توسط و به نمایندگی از دولت» بر طبق قانون مصوب ۱۹۴۸ است. به موجب این قانون، دولت فدرال می‌تواند به اشخاص ثالث و نیز کارمندان خود اجازه بهره‌برداری از هر اختراع ثبت شده را بدهد و تنها جبران برای دارنده حق اختراع، پرداخت عوض بهره‌برداری است. وزارت دفاع آمریکا، عمده‌ترین استفاده‌کننده از این قانون محسوب

1. Atomic Energy Act of 1954.

2. Clean Air Act of 1970.

3. Plant Variety Protection Act of 1970.

۴ . سندی شبیه حق اختراع که وزارت کشاورزی آن را صادر می‌کند.

5. Bayh-Dole Act of 1980.

6. United States Energy Storage Competitiveness Act of 2007.

می‌شود. در سال ۲۰۱۰، قانون مراقبت قابل دسترس^۱، مجوزی اجباری برای حق اختراع‌های مرتبط با داروهای بیولوژیک را برقرار نمود. مجوز اجباری هنگامی واجد اثر می‌گردد که تولیدکننده داروی بیولوژیک به موقع دعوای نقض را اقامه نکرده یا حق اختراع‌های مربوط به دارو را افشا نکند (KEI, 8-9).

عدم صدور قرار منع دائم علیه ناقض

در عمل، شرایط مضیقی که برای صدور قرار منع دائم در پرونده‌های نقض حق اختراع در نظر گرفته شده، اثر مجوز اجباری را در پی دارد. از دیدگاه برخی نویسندگان، از نظر عملی، نتیجه رد قرار منع مانند صدور یک مجوز اجباری است، چرا که در واقع دولت اجازه بهره‌برداری از حق مالکیت فکری را بدون رضایت دارنده به شخص ثالثی داده است (Cotropia, 15).

مجوز اجباری به عنوان جبرانی برای رویه ضد رقابتی

به طور کلی، اگر اثبات شود که یک بنگاه در مورد حق اختراع‌های خود رفتار ضد رقابتی داشته، ممکن است ملزم شود که مجوز بهره‌برداری از آن‌ها را به اشخاص ذینفع اعطا نماید (Thomas, 2014: 7). در سال ۲۰۱۱، وزارت دادگستری آمریکا، با همکاری اداره فدرال کارتل، شرکت‌های مایکروسافت، اوراکل، اپل و ای ام سی را ملزم نمود مجوز ۸۸۲ حق اختراع و اظهارنامه حق اختراع کسب شده از نوول را به صورت مجوزهای منبع باز اعطا نمایند (KEI, 2).

حقوق ایران و فقه امامیه

بر طبق ماده ۳۰ قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

این ماده در واقع قاعده تسلیط را بیان می‌کند^۲ (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۲) که مختص اعیان نیست و در حقوق نیز جاری است (محقق داماد، ۱۲۵/۲). لذا دارنده حق اختراع نیز مانند هر مالک دیگری اختیار تصرف در مال خود را دارد و حتی می‌تواند اختراع را معطل گذاشته و حقوق ناشی از گواهینامه اختراع را اعمال ننماید. در قانون ۸۶ هم اصولاً تکلیفی برای دارنده مبنی بر بهره‌برداری از اختراع مقرر نشده است. به علاوه، به موجب ماده ۳۱ قانون مدنی «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان

1. Affordable Care Act of 2010.

۲. البته در لسان فقهی، قاعده تسلط (محقق داماد، ۱۱۲/۲؛ علیدوست، ابراهیمی راد، ۷-۳۱) و سلطنت (مصطفوی، ۱۳۶) نیز نامیده شده است.

بیرون کرد مگر به حکم قانون». این ماده در واقع به یکی از خصائص مالکیت یعنی انحصاری بودن نظر داشته (پارساپور، ۴۹) که مطابق با آن «حق مزبور منحصر به مالک بوده و همه افراد موظف‌اند که آن را محترم شمرده و به آن تجاوز نمایند»^۱ (طاهری، ۱/ ۱۹۷).

اما همان طور که گفتیم قانون ۸۶ مجوز اجباری بهره‌برداری از حق اختراع را پیش‌بینی کرده که نوعی محدودیت برای دارنده است. بر طبق ماده ۱۷ این قانون، بهره‌برداری به موجب مجوز اجباری توسط دولت یا شخص مجاز از طرف آن انجام می‌شود. بر اساس بند الف این ماده، هرگاه بنا به تشخیص وزیر یا بالاترین مقام دستگاه ذیربط حفظ منافع عمومی مانند امنیت ملی، تغذیه، بهداشت یا توسعه سایر بخش‌های حیاتی اقتصادی کشور بر بهره‌برداری از اختراع متوقف باشد؛ یا این که بهره‌برداری مالک یا شخص مجاز از طرف او با رقابت آزاد مغایر و به تشخیص مقام مذکور، بهره‌برداری از اختراع رافع مشکل باشد مجوز اجباری صادر می‌شود. مرجع رسیدگی به این موضوع، کمیسیون مرکب از رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، یکی از قضات دیوان عالی کشور با معرفی رئیس قوه قضاییه، دادستان کل کشور، نماینده رئیس جمهور و وزیر یا بالاترین مقام دستگاه ذیربط خواهد بود. مانند موافقتنامه ترپس، صدور مجوز اجباری منوط است به اثبات مذاکرات ناموفق قبلی (بند ۱۷). البته بر طبق ماده ۳۶ آیین نامه، در صورت فوریت مصالح ناشی از امنیت ملی کشور، به تشخیص کمیسیون فوق‌الذکر، نه درخواست از مالک ضرورت دارد و نه ارائه مدرک دال بر انجام مذاکرات و ناموفق بودن آن.

در بند ح ماده ۱۷ نیز جهت دیگری برای صدور مجوز اجباری اختراع بیان شده است که به اختراعات وابسته مربوط می‌شود. مطابق با این بند اگر دارنده یک اختراع ثبت شده ادعا نماید که بهره‌برداری از اختراعش بدون استفاده از یک اختراع مقدم امکان‌پذیر نیست؛ و این که اختراع مؤخر نسبت به اختراع مقدم، متضمن پیشرفت مهم فنی و دارای اهمیت اقتصادی قابل ملاحظه است، مجوز بهره‌برداری از اختراع نخست، بدون موافقت مالک آن صادر می‌شود. علاوه بر شرایط یاد شده، به موجب قسمت ۶ همین بند: «در صورت صدور پروانه بهره‌برداری بدون موافقت مالک، اجزاء (۱) و (۲) این بند و بندهای (ب) تا (و) و نیز بند (ط) این ماده قابل اعمال است».

دخالت دولت در نحوه اعمال حقوق ناشی از گواهی‌نامه اختراع و صدور مجوز بهره‌برداری اجباری را نباید نوعی سلب مالکیت تلقی نمود زیرا با صدور مجوز اجباری، همچنان حق اختراع دارنده باقی است و با توجه به غیرانحصاری بودن این نوع مجوز، او حتی امکان اعطای مجوز بهره‌برداری به اشخاص دیگر را هم دارد. این عمل مصادره هم نیست زیرا علاوه بر آن چه گفته شد، منظور از مصادره «گرفتن قهری مال متعلق به غیر توسط قدرت عمومی (دولت/حکومت)» است. در فقه اسلامی مصادره بر دو نوع به حق و

۱. این عنصر، در برخی منابع، مانعیت هم نامیده شده است (ر.ک.: حکمت‌نیا، ۱۶۸).

ناحق است که نوع نخست «امری جایز است و از زمره کیفرها شمرده می‌شود. مانند مصادره اموال محکوم، مصادره مواد مخدر، مصادره مواد قاچاقی، مصادره کالاهای تباہ شده و... در این فرض از این حیث که شارع مصلحت عمومی را بر مصلحت شخصی ترجیح داده قائل به مصادره بوده و آن را امری مشروع و قانونی می‌داند». (انصاری و طاهری، ۱۳۸۵/۳) بدیهی است که دارنده اختراع در دو مورد از موارد صدور مجوز اجباری مرتکب خلافی نشده و قانونی را نقض نکرده است تا مستحق کیفر باشد و حتی در مورد مغایرت بهره‌برداری مالک با رقابت آزاد که ممکن است مصداق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ باشد، ماده ۱۷ قانون ۸۶ با رویکرد کیفری و تعیین مجازات تدوین نگشته است.

در واقع صدور مجوز اجباری بر اساس قانون ۸۶ تحمیل نوعی محدودیت، در قالب بهره‌برداری، بر دارنده اختراع است که علیرغم میل باطنی او صورت می‌گیرد. مبنای این حکم قانونی را می‌توان در اصل ۴۷ قانون اساسی یافت که به موجب آن «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند». پس قانونگذار می‌تواند در قوانین موضوعه قید و بندهایی را نسبت به مالکیت مقرر دارد. قانون ۸۶ در زمینه حق اختراع به همین ترتیب عمل کرده و ضوابط مالکیت اختراع، از جمله محدودیت‌های راجع به مجوز اجباری، را مشخص نموده است. به علاوه، تعیین ضوابط توسط قانونگذار در مورد حق اختراع نمود بیشتری دارد چرا که حقوق احصا شده در قانون ۸۶ ناشی از ثبت اختراع و صدور گواهینامه اختراع است (مواد ۳ و ۱۵ قانون ۸۶). قانونگذار اراده کرده است که حق اعطا شده به موجب ثبت، در موارد مشخص و در صورت جمع شرایطی که خود مقرر داشته است بتواند توسط دیگران و بدون اذن دارنده مورد بهره‌برداری قرار گیرد. پس هم مطلق بودن حق اختراع و هم انحصاری بودن آن در قانون با محدودیت و قید و بندهایی مواجه شده است.

بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی نیز «مالکیت... تا جایی که با اصول دیگر... مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است». همان طور که برخی اساتید حقوق گفته‌اند: «قیدهای اصل ۴۴ بخوبی نشان می‌دهد که «حق مالکیت» دیگر از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت انسان نیست؛ وسیله‌ای است برای حفظ منافع عمومی و تنها در صورتی مورد حمایت قرار می‌گیرد که شیوه اکتساب و اجرای آن در مسیر هدف‌های قانونگذار باشد» (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۰۲). حتی اگر حق اختراع را نوعی مالکیت قلمداد نکنیم، از باب وحدت ملاک، مشمول احکام مذکور در اصول ۴۷ و ۴۴ قانون اساسی خواهد بود.

عدم بهره‌برداری از اختراع در وضعیتی که جامعه به اختراع نیاز فوری دارد یادآور موضوع احتکار در فقه و حقوق است. اما باید دید که عدم بهره‌برداری واقعه مصداق احتکار هست تا احکام احتکار بر آن بار شود

یا خیر. بدین منظور ابتدا مفهوم احتکار را بررسی می‌نماییم. در فرهنگ لغت صحاح احتکار به معنی جمع کردن و حبس غذا و منتظر ماندن جهت گران شدنش آمده است (جوهری، ۲/۶۳۵). در لسان العرب ریشه احتکار یعنی حکر به معنی ذخیره غذا به منظور گران شدن آمده است (ابن منظور، ۴/۲۰۸). در تاج العروس، احتکار، حبس غذا و نحو آن از مأکول به انتظار گران شدن است (زبیدی، ۶/۳۰۰). در المصباح المنیر هم احتکار حبس طعام به قصد گران شدن آمده است (فیومی، ۲/۱۴۵).

بر طبق بند الف ماده ۱ قانون تشدید مجازات محترکان و گرانفروشان مصوب ۱۳۶۷^۱ احتکار عبارت است از جمع و نگهداری ارزاق مورد نیاز و ضروری عامه مردم (گندم، جو، کشمش، خرما، روغن حیوانی و نباتی) به قصد افزایش قیمت. ماده ۳ همان قانون می‌گوید: هر کس کالاهای زیاده بر مصرف سالانه خود را که مورد احتیاج ضروری عامه است به قصد افزایش قیمت یا امتناع از فروش به مردم و یا خودداری از فروش به دولت پس از اعلام نیاز دولت حبس و امساک نماید در حکم محترک است^۲ و مجازات محترک را خواهد داشت. ماده ۴ قانون تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷ تعریف متفاوتی از احتکار ارائه داده است: «نگهداری کالا بطور عمد به تشخیص مراجع ذیصلاح و امتناع از عرضه آن به قصد گرانفروشی یا اضرار جامعه پس از اعلام ضرورت عرضه توسط دولت».

در فقه امامیه، سید جواد حسینی عاملی احتکار را حبس طعام به انتظار گران شدن می‌داند (حسینی عاملی، ۳۵۱/۱۲). طبق نظر شیخ طوسی احتکار در خوراکی‌ها مکروه است هر گاه به مسلمین زیان وارد کند و فقط نزد یک شخص موجود باشد.... و احتکار در این خوراک‌ها مصادق دارد: گندم، جو، خرما، کشمش، روغن و نمک (شیخ طوسی، ۲/۱۹۵). از دیدگاه علامه حلی احتکار حبس گندم، جو، خرما، کشمش، روغن و نمک به دو شرط است: نگه داشتن به امید بالا رفتن قیمت و نبودن در دست دیگری، پس اگر به خاطر حاجت خود آن را نگه دارد یا نزد دیگری یافت شود ممنوع نیست (علامه حلی، ۱۲/۱۶۶). مولی احمد نراقی می‌گوید اختلافی در منحصر بودن احتکار ممنوع به اطعمه وجود ندارد (نراقی، ۴۸). کاشف الغطاء شمول حرمت بر هر چیزی را که نوع مردم به آن احتیاج دارند مانند روغن حیوانی، روغن نباتی، نمک و هیزم بلکه حتی دارو، زمین و خانه را بعید نمی‌داند (کاشف الغطاء، ۱۳۲). محمد جواد مغنیه هم احتکار را به عنوان قاعده‌ای کلی مثل ربا حرام می‌داند و تنها دلیل آن را هم نیاز مردم به شیء احتکار شده بیان کرده است. به عقیده وی، ذکر بعضی غذاها در برخی روایات از باب غلبه و شدت احتیاج مردم در آن زمان بوده است. وی در انتقاد از فقهایی که احتکار را به خرما و کشمش و امثال آن محدود کرده‌اند

۱. <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/91498> (last visited on 6/9/2016)

۲. تأکید از نگارنده است.

۳. البته بر طبق همان ماده، مدت اجرای این ماده ۵ سال از تاریخ لازم الاجرا شدن است.

می‌گوید: از این کلام شما لازم می‌آید که احتکار نفت و برق حرام نباشد در حالی که امروزه زندگی بدون آن‌ها غیرممکن است (مغنیه، ۳/ ۱۴۵-۱۴۴). سید ابوالقاسم خویی در مصباح الفقاهه احتکار را به نفس طعام محدود نمی‌داند بلکه هر آن چه را که بر حسب عادت، قوام غذا نیز به آن منوط باشد، مشمول احتکار می‌داند؛ لذا به نظر وی، بعید نیست که حرمت احتکار شامل نفت هم باشد. ایشان سند روایاتی را که احتکار را به امور خاصی محصور نموده ضعیف می‌داند و معتقد است نمی‌توان با این روایات از روایات مطلقه که حجیت آن‌ها ثابت است دست برداشت (خویی، مصباح الفقاهه، ۵/ ۴۹۹-۴۹۸). وی در منهاج الصالحین حکم احتکار را به گندم، جو، خرما، کشمش، روغن نباتی و روغن حیوانی مختص دانسته ولی احتیاط مستحب را در این می‌داند که نمک به آن ملحق شود بلکه هر چیزی که عموم مسلمین به آن احتیاج دارند از قبیل لباس، مسکن، مرکب و غیره (همو، منهاج الصالحین، ۲/ ۱۳).

سبزواری در المذهب می‌گوید: سخن در این باب است که آیا این اشیا موضوعیت خاصی دارند یا طریقی هستند به هر آن چه مردم در هر زمان و مکان به آن احتیاج دارند؟ و از آنجا که حکم مطابق قاعده است یعنی: تقدیم اهم نوعی - که عبارت است از رفع حاجت نوعی - بر مهم شخصی که مراعات حق مالک است، پس حکم در همه موارد جاری می‌شود و روایات مطابق با قاعده در آن چه ذکر شد وارد شده، پس قاعده سلطنت محکم است تا جایی که جهت مهم‌تری با آن تعارض نکند کما این که در همه موارد چنین است (سبزواری، ۱۶/ ۳۴). به نظر امام خمینی «حرمت احتکار بر اساس آنچه در روایات آمده و نظر مشهور هم همان است، فقط در غلات چهارگانه و در روغن حیوانی و روغن نباتی است که طبقات مختلف جامعه به آن نیاز دارند، ولی حکومت اسلامی هنگامی که مصلحت عمومی اقتضا کند، حق دارد از احتکار سایر احتیاجات مردم هم جلوگیری کند و اجرای تعزیر مالی بر محتکر در صورتی که حاکم صلاح بداند، اشکال ندارد» (امام خمینی، توضیح المسایل محشی، ۲/ ۱۰۲۷).

به عنوان جمع‌بندی می‌توان گفت اگر نظر فقهای را بپذیریم که احتکار را منحصر در موارد مذکور در روایات نمی‌دانند، به کار نگرفتن اختراعی که عموم مردم به آن احتیاج دارند و جایگزینی هم ندارد (کما این که غالباً چنین است و مثلاً داروهای ضد سرطان منحصر بفرد هستند) به قصد بالا رفتن قیمت، مصداق احتکار و موضوع احکام آن خواهد بود. اما اگر نظری را بپذیریم که احتکار را منحصر در موارد مشهور می‌داند، نمی‌توان حبس اختراع را مصداق احتکار دانست. پس قواعد احتکار هم بر آن بار نمی‌شود. اما در این حالت می‌توان به فتوای امام خمینی استناد نمود که در صورت اقتضای مصلحت، حاکم اسلامی را مجاز می‌داند «از احتکار سایر احتیاجات مردم هم جلوگیری کند». به نظر نگارنده، دیدگاه اخیر و دیدگاه فقهای که قلمرو احتکار را وسیع می‌دانند، از جهت پرداختن به مبنای منع احتکار، که رفع احتیاج عموم و جلوگیری از حبس ناعادلانه اموال است، منطقی به نظر می‌رسد و همان طور که از بعضی فقها نقل شد،

موارد مذکور در روایات خصوصیتی ندارند تا حکم احتکار را محدود به آن‌ها بدانیم. پس حکم ماده ۱۷ قانون ۸۶ در فرضی که حفظ منافع عمومی مانند امنیت ملی، تغذیه، بهداشت یا توسعه سایر بخش‌های حیاتی اقتصادی کشور بر بهره‌برداری از اختراع متوقف باشد در مواردی با احکام احتکار انطباق دارد.

در فرض احتکار، محکوم از سوی حاکم اسلامی مجبور می‌شود که کالا را برای فروش عرضه کند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲/۶). اما تعیین قیمت با محکوم است یا حاکم؟ برخی از فقها معتقدند حاکم باید قیمت را مشخص نماید. شیخ مفید در مقنعه می‌گوید: حاکم حق دارد قیمت را طبق مصلحت تعیین نماید ولی نه قیمتی که به ضرر صاحبان کالا باشد (شیخ مفید، ۶۱۶). اما محقق حلی در شرائع می‌گوید محکوم مجبور بر بیع می‌شود ولی قیمت برایش تعیین نمی‌شود (محقق حلی، ۱۵/۲). از دیدگاه بعضی دیگر از فقها اگر محکوم قیمت گزافی مشخص کند، حاکم قیمت را تعیین می‌کند (شهید اول، دروس، ۳/۱۸۰؛ همو، لمعه، ۱۱۰)؛ برخی دیگر، به دلیل قاعده تسلیط، معتقد به عدم تعیین قیمت هستند مگر این که مالک قیمت گزافی را مشخص یا از تعیین قیمت امتناع نماید (محقق کرکی، ۴۲/۴). به نظر امام خمینی تعیین قیمت در ابتدا مجاز نیست اما اگر قیمت گزافی بگوید ملزم به کاهش می‌شود وگرنه حاکم او را به قیمت بلد یا قیمتی که مصلحت می‌بیند ملزم می‌کند. به نظر ایشان عدم تعیین قیمت گاه منجر به بقای احتکار می‌شود (امام خمینی، کتاب البیع، ۳/۶۱۳). طبق بند ب ماده ۱۷ قانون ۸۶ حق امتیاز متناسبی با در نظر گرفتن ارزش اقتصادی مورد اجازه به مالک پرداخت می‌شود. این مبلغ را کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌کند (ماده ۳۹ آیین‌نامه). پس در قانون ۸۶ و آیین‌نامه، اختیاری برای تعیین حق امتیاز به مالک داده نشده است.

با عنایت به تعریف احتکار، در موردی که دارنده حق اختراع، از آن بهره‌برداری می‌کند ولی این بهره‌برداری کافی نیست یا قیمتی که عموم مردم باید برای دسترسی به اختراع مثلاً اختراع دارویی بپردازند گزاف و موجب محروم ماندن و درمان نشدن عموم است، احتکار محقق نمی‌شود زیرا بنا به تعریف، مال باید حبس شود در حالی که در این فروض، مالک اختراع را حبس نکرده است؛ در مورد مختل شدن رقابت در نتیجه استفاده مالک یا مجوزگیرنده او نیز شرایط احتکار محقق نیست چون حبسی وجود ندارد. در اختراعات وابسته هم مالک اختراع اصلی مجوز آن را به دارنده اختراع وابسته نمی‌دهد و حتی ممکن است خود در حال بهره‌برداری از آن باشد. پس در این فرض هم ممکن است اصلاً حبسی در کار نباشد یا اگر حبسی هست، اختراع مورد نیاز عموم نیست. لذا این موارد را نمی‌توان مصداق احتکار دانست، پس باید در پی عنوان دیگری برای آن‌ها باشیم. همان طور که دیدیم کنوانسیون پاریس، صدور مجوز اجباری را در موارد سوء استفاده از حق برای کشورهای عضو مجاز دانسته است. در واقع، بسیاری از موارد صدور مجوز اجباری ناشی از سوء استفاده از حقوق انحصاری دارنده اختراع است. حتی احتکار را هم، به طور کلی،

می توان مصداق سوء استفاده از حق دانست. جهت تبیین این مدعا، لازم است مفهوم سوء استفاده از حق را تبیین نماییم.

بر طبق تعریف، سوء استفاده از حق هنگامی محقق می شود که «شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد» (محقق داماد، ۱/ ۱۴۱). پس به طور کلی، هنگامی که نحوه اعمال حق اختراع (اعم از استفاده یا غیر آن)، به دیگری یا عموم افراد جامعه ضرر وارد می کند (شامل احتکار اختراع)، عمل دارنده را می توان مصداق سوء استفاده از حق دانست که بنابر قاعده لاضرر ممنوع است (کاتوزیان، ضمان قهری، ۴۳۸). بر طبق بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی، یکی از مبانی اقتصاد کشور منع اضرار به غیر است؛ همچنین بر طبق اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». ماده ۱۳۲ قانون مدنی در مقام تراحم قاعده تسلیط و لاضرر، لاضرر را حاکم می داند زیرا «سلطنت اعتباری جعل شده از طرف شارع برای مالکین نسبت به اموال خود، هر گاه ضرری باشد، به وسیله قاعده لاضرر نفی می شود» (بجنوردی، ۱/ ۲۴۲). لذا در چنین مواردی، قانونگذار به منظور مقابله با سوء استفاده دارنده و ورود ضرر به دیگران، اختیار او را در نحوه اعمال حقوق انحصاری اش محدود نموده است. این مبنای فقهی حقوقی را می توان در اکثر موارد صدور مجوز اجباری به کار برد. اما گاهی دارنده در حال بهره برداری است که مصلحتی فوری، صدور مجوز بهره برداری را، بدون مذاکره با وی، موجه می سازد. در این حالت، شرط حبس مال محقق نشده پس احتکار منتفی است و دارنده در مقام اعمال حق خود مرتکب سوء استفاده نشده و به دیگران ضرری وارد نکرده است تا سوء استفاده از حق اختراع محقق شود. در چنین فرضی، مصلحت عموم با مصلحت فرد تعارض پیدا می کند و اگر مصلحت فرد مقدم باشد، جامعه متضرر خواهد شد. بدیهی است که حکومت اسلامی با اختیاراتی که برای اداره جامعه دارد، می تواند به سنجش مصالح خصوصی و عمومی مبادرت نموده و مصالح عمومی را بر منفعت خصوصی ترجیح دهد. در واقع، تراحم با حقوق اجتماعی یکی از عوامل محدودکننده مالکیت است (محقق داماد، ۲/ ۱۳۱). در فرض اختراعات وابسته نیز مصالح عمومی، هر چند به طور غیر مستقیم، دخیل هستند زیرا بهره برداری از اختراع دوم، گرچه ظاهراً فقط به سود دارنده آن است، اما در نهایت، جامعه را به طور کلی منتفع می سازد. حتی اگر این استدلال را نپذیریم، باز هم می توانیم به اختیارات حکومت اسلامی در تعیین نحوه اعمال حقوق انحصاری اختراع که، خود، به دارنده اعطا می کند استناد نماییم.

نتیجه گیری

مجوزهای اجباری حق اختراع برای حفظ مصالح عمومی از قبیل امنیت ملی و بهداشت عمومی،

حفظ رقابت آزاد در بازار و اختراعات وابسته به کار می‌روند. صدور چنین مجوزهایی نوعی مداخله در حقوق انحصاری دارنده حق اختراع است که در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها از جمله ایران پیش‌بینی شده است. از آنجا که برخورداری از حق اختراع منوط به ثبت آن است و حکومت این حق را اعطا می‌نماید، خود حکومت هم می‌تواند قلمرو آن را تعیین و در مواردی اختیار دارنده را در نحوه استیفای حق اختراع محدود کند. مجوز اجباری را باید از این سنخ تمهیدات قانونی قلمداد نمود. عنوان احتکار قابل اطلاق بر بعضی مصادیق مجوز اجباری است، البته منوط به این که احتکار به موارد مذکور در روایات منحصر نباشد یا این که به اختیار حکومت اسلامی در گسترش مصادیق احتکار، به منظور رفع احتیاجات عموم استناد نماییم. در بسیاری موارد، عملکرد دارنده حق اختراع که به صدور مجوز اجباری منتهی می‌شود، مصداق سوءاستفاده از حق و بر طبق قاعده لاضرر ممنوع است و این قاعده، سلطنت دارنده را محدود می‌کند. در فرض عدم سوءاستفاده، اختیار حکومت اسلامی در مقدم نمودن مصالح عمومی بر منفعت شخصی، صدور مجوز اجباری را توجیه می‌کند.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۱۴ ق.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- پارساپور، محمدباقر، *گزیده‌ای از حقوق اموال* (حقوق مدنی ۲)، ویرایش دوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰.
- جمعی از پژوهشگران، *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
- حکمت‌نیا، محمود، *مبانی مالکیت فکری*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
- خمینی، روح الله، *توضیح المسائل محشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ق.
- _____، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، داوری، ۱۳۷۷.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مذهب الأحکام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.

_____، *اللمعة الدمشقية في فقه الامامية*، بيروت، دارالتراث، الدارالاسلاميه، ۱۴۱۰ ق.

صادقی، محمود و منصور خاکپور، «موجبات اعطای مجوز اجباری بهره برداری از حقوق مالکیت فکری»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره ۱۱، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۶، صص ۱۶۲-۱۳۲.

طاهری، حبیب اله، *حقوق مدنی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط في فقه الامامية*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
علیدوست، ابوالقاسم و محمد ابراهیمی راد، «بررسی قاعده تسلط و گستره آن»، *حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۲۴، بهار ۱۳۸۹، صص ۷-۳۱.

فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.
کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۷۸.
_____، *اموال و مالکیت*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸.

کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی، *سؤال و جواب*، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح قواعد العلامة*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۱۴ ق.

مصطفوی، محمد کاظم، *مئة قاعدة فقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام الصادق عليه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة في أحكام الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۵ ق.

Abbas, Muhammad Zaheer, Riaz, Shamreeza, "Evolution of the concept of compulsory licensing: a critical analysis of key developments before and after TRIPS", *Academic Research International*,

Vol. 4 no. 2, March 2013, pp. 482-499.

Correa, Carlos, M, "Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries", *Trade Related Agenda, Development and Equity*, 1999.

Cotropia, Christopher Anthony, "Compulsory Licensing Under TRIPS and the Supreme Court of the United States' Decision in eBay v. MercExchange". *Patent Law: A Handbook Of Contemporary Research*, Toshiko Takenaka & Rainer Moufang, eds., Edward Elgar Publishing Co., 2008. Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1086142> (last visited on 6/8/2016).

Cottier, Thomas et al, "Use it or Lose it? Assessing the Compatibility of the Paris Convention & TRIPS with respect to Local Working Requirements", *Swiss National Center of Competence in Research*, Working Paper no. 2012/11, June 2013.

Jasmila, Iljazovic, *Licensing of Pharmaceutical Patents in Developing Countries*, LL.M Short Thesis, Central European University, 2013.

KEI Research Note: "Recent United States Compulsory Licenses",

http://keionline.org/sites/default/files/Annex_A_US_Compulsory_Licenses_7Mar2014_8_5x11.pdf, 2014 (last visited on 7/6/2016).

Khan, Kishore, "Striking a balance in compulsory license legislation", *Journal of International Commercial Law*, Vol. 5, Spring issue, nom. 2, pp.221-258.

Liu, Kung-Chung, "The need and justification for a general competition-oriented compulsory licensing regime", *IIC* 2012, 43(6), pp. 679-699.

Reichman, Jerome, H, & Hasenzahl, Catherine, "Non-voluntary Licensing of Patented Inventions Historical Perspective, Legal Framework under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the USA", *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, 2003.

Thomas, John, R, "Compulsory licensing of patented inventions", *Congressional Research Service*, 2014.

Yosick, Joseph, A, "Compulsory Licensing for Efficient Use of Inventions", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2001, pp. 1275-1304.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۹۵-۱۱۲

نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح*

دکتر عبدالله بهمن پوری

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: bahmanpouri10@gmail.com

دکتر محمد حسن حائری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمد تقی فخلمی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

یکی از مسائل مهم فقه خانواده در مکتب فقهی اسلام مساله‌ی امکان یا عدم امکان قرار دادن خیار شرط در نکاح است، مسئله‌ای که در اکثر کتب اصلی فقهی مورد بررسی قرار گرفته و با اینکه ادله متعددی برای نفی آن ذکر شده است. باید گفت: این ادله، استحسانی و قابل نقد ورد می‌باشند. در این میان، تنها اجماع و سیره عملی مسلمانان می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، لیکن این اجماع و سیره نیز در پرتو بنای عمومی عقلا بایستی مورد مطالعه قرار گیرد. این نوشتار به مطالعه و نقد و تحلیل ادله مردود بودن خیار شرط در نکاح پرداخته و گامی به سوی تنقیح بحث و پیراستن آن از گفته‌های نه چندان دقیق، به پیش نهاده است.

کلیدواژه‌ها: عقد نکاح، خیار شرط، خیار شرط در نکاح، مقتضای عقد نکاح

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۱۴.

مقدمه

یکی از مباحث کهن در باب نکاح که بسیار مورد نیاز مردم است و فقهای امامیه و اهل سنت، آن را مطرح کرده‌اند، شرط خیار فسخ در عقد نکاح و در مهر است. پرسش این است که آیا عاقد می‌تواند هنگام عقد برای خود اختیار فسخ نکاح و یا برهم زدن مهری که معین شده است را قرار دهد یا نه؟ و بر فرض عدم جواز و بطلان شرط، آیا موجب بطلان عقد نیز می‌شود یا اینکه به صحت عقد ضرری نمی‌زند؟ آنچه از سوی فقها به عنوان دلیل بر منع خیار بیان شده است، دچار اشکال بوده و قابل نقد است و در واقع همه تعلیلات ذکر شده استحسانی بوده و توجیهاتی بیش نیست، در این میان اجماع، بیش‌تر مورد توجه بوده است و حتی برخی آن را دلیلی خالی از ایراد پنداشته‌اند و برخی نیز آن را مدرکی یافته‌اند. در این جستجو به بررسی و نقد ادله منع خیار شرط در نکاح خواهیم پرداخت و در رهگذر بررسی آراء و استدلال‌های گروه موافق و مخالف، قول برتر را بیان خواهیم کرد. خواهیم دید که وجوهی که برای منع گفته شده، دارای اشکال‌های واضح، و اکثر آن‌ها وجوهی استحسانی‌اند که صلاحیت دلیل واقع شدن برای رفع ید از عموم و طلاق ادله، ندارند.

دیدگاه‌های مهم فقها در مورد خیار شرط در نکاح

فاضل هندی در کشف اللثام گفته است: «اگر در نکاح شرط خیار شود طبق نظر مشهور، عقد باطل می‌شود و این قول، وجیه است؛ چون در نکاح، شائبه عبادت است و از این رو قبول خیار نمی‌کند. در این حالت تراضی، بر عقد خیاری صورت گرفته، با لفظ عقد، معنی نکاح را اراده نکرده‌اند و این، لغو است. ابن ادریس عقد را صحیح و شرط را باطل دانسته است؛ به خاطر وجود مقتضی که همان عقد نکاح است و فقط شرط خیار، فاسد است؛ اما عقد، بواسطه آن فاسد نمی‌شود، مانند سایر شروط. محقق حلی در این باره تردید کرده است. (فاضل هندی، کشف اللثام، کتاب نکاح، بحث خیار شرط در نکاح) محقق کرکی در جامع المقاصد گفته است: «با وجود عموم المومنین عند شروطهم خیار شرط در نکاح داخل نمی‌شود؛ به دلیل اینکه: اولاً، نکاح عقدی معاوضی نیست که در آن اشتراط تروی و اختیار تشریع شود ثانیاً، شدت احتیاط در فروج اینگون اقتضا می‌کند، ثالثاً، در نکاح، شائبه عبادت است رابعاً، رفع نکاح، متوقف بر امر معینی یعنی طلاق است» (۱/۲۴۴).

شهیدین گفته‌اند: اشتراط خیار در عقد جایز نیست؛ زیرا نکاح، ملحق به انواع عبادات است و معاوضات، بنابراین با اشتراط خیار، عقد باطل می‌شود؛ زیرا تراضی بر شرط فاسد واقع شده و شرط حاصل نشده است.» (۵/۱۲۰).

شهید ثانی در مسالک چنین گفته است: «مشهور میان اصحاب، بطلان نکاح با شرط خیار است و بر این نظر، شیخ در مسبوط و دیگران قطع پیدا کرده‌اند. دلیل آنان این است که، نکاح از عقود معاوضی نیست که قابلیت دخول خیار شرط را داشته باشد بلکه در آن شائبه عبادت است و شرط خیار آن را از وضع‌اش خارج می‌کند. ابن ادریس با شیخ مخالفت ورزیده و حکم به صحت عقد و فساد شرط کرده است. دلیل کلام ابن ادریس این است که مقتضی برای صحت عقود وجود دارد و مانع نیز منتفی است و اگر عقد، قابلیت خیار نداشته باشد شرط خیار ضمن آن لغو خواهد شد و به مقتضای عقد عمل خواهد شد به دلیل اصل صحت؛ پس از بطلان یکی بطلان دیگری لازم نمی‌آید و عموم «اوفوا بالعقود» نیز دلیل دیگری است. نتیجه اینکه، هر یک از عقد و شرط چیزی منفک از دیگری است. نیز به باور ابن ادریس، دلیلی بر بطلان نکاح از کتاب و سنت و اجماع، در کار نیست. هیچ یک از اصحاب ما (امامیه) قائل به بطلان نشده و قول بطلان، از تخریجات مخالفان و فروعات آنها است که شیخ طوسی بنا بر عادت، آن را برگزیده است. دلیل بطلان این است که ترازی بر عقد همراه با شرط واقع شده است، پس اگر شرط ناتمام باشد عقد به تنهایی و مجرد از شرط، صحیح نخواهد بود؛ زیرا عقد، به تنهایی و بدون شرط، مقصود نبوده و صحت عقد، مترتب بر قصد است. بنابراین یا باید حکم به صحت هر دو کرد و یا حکم به بطلان هر دو. لیکن در اینجا به خاطر بطلان شرط، نتوان حکم به صحت هر دو کرد، در نتیجه، حکم به بطلان هر دو متعین و این اقوی است.» (ج ۱، کتاب نکاح مبحث شرط خیار).

همین سخن مسالک را با طول و تفصیل، علامه در مختلف ذکر کرده است و آنچه را که شیخ طوسی گفته، برگزیده است و به ابن ادریس حمله شدیدی کرده است (علامه حلی، ۵/ ۳۹).

صاحب جواهر گفته است: «اشتراط خیار در عقد صحیح نیست؛ به دلیل اجماع قولی که کشف الثام و دیگران گفته‌اند. محقق حلی نیز به این قول گرایش یافته و گفته است نکاح معاوضه محض، نیست و لذا در آن علم به مقعود علیه (زوجه) از طریق رؤیت و یا وصف رافع جهالت، شرط نیست، همچنان‌که نکاح بدون تعیین عوض (مهر) صحیح است. نیز نکاح، با وجود مهر فاسد، صحیح است. نیز اینکه، در نکاح شائبه عبادی بودن است و در آن خیار جاری نمی‌شود. و نیز فسخ نکاح با خیار موجب ابتدال زن می‌شود و این ضرر بر اوست. از این رو هنگام طلاق قبل از دخول، برای جبران ضرر زوجه، نصف مهر برای او واجب می‌شود. بلکه شاید منافات خیار شرط با عقد نکاح از ضروریات فقه باشد (صاحب جواهر، ۲۹/ ۱۴۹).

صاحب جواهر در پاسخ این ادریس که عقد را صحیح و شرط را باطل می‌دانست می‌گوید: «آنچه که این ادریس گفته است واضح الفساد است؛ به دلیل اینکه، چنین شرطی، با مقتضای عقد، منافی است. نه

به دلیل اینکه شرط، غیر مشروع است. در هر حال، این بحث تأمل برانگیز است (۱۰۶/۳۱).
 شیخ انصاری نیز گفته است: «به اجماع فقها در نکاح خیار داخل نمی‌شود، این اجماع از خلاف و مبسوط و سرائر و جامع المقاصد، نقل شده است و مسالک نیز نقل اجماع کرده است و شاید دلیل عدم دخول خیار در نکاح، این باشد که برطرف شدن نکاح شرعاً متوقف بر طلاق است و تقابیل در آن مشروع نیست.» (۱۵۱/۵).

ادله قائلان به منع خیار در نکاح

۱. ارتفاع نکاح شرعاً متوقف بر طلاق است و تقابیل در آن راه ندارد

این دلیل در عبارت شیخ انصاری پیش‌تر گذشت (۱۵۱/۵). در این باره همچنین گفته شده: از مواردی که اقاله در آن تشریع نشده است نکاح است؛ چرا که طلاق، به منظور جدایی زوجین تشریع شده و اختیار آن، به دست زوج قرار داده شده است. اینکه اختیار زن در انتخاب زوج، در روایات باطل اعلام شده و اینکه با رضایت زن، جدایی حاصل نمی‌شود، کاشف از عدم مشروعیت اقاله در نکاح است و در موثقه عیص ابن القاسم از ابی عبدالله (ع) آمده؛ از مردی سؤال کردم که همسرش را مختار کرد و همسرش نیز جدایی را اختیار کرد، امام (ع) فرمودند: این چیزی نیست (یعنی موجب جدایی نیست). افزون بر اینکه، تسالم وجود دارد بر عدم جواز شرط خیار در نکاح و نیز عموم یا اطلاقی در دلیل مشروعیت اقاله نیست به گونه‌ای که شامل نکاح هم بشود.

نقد: اولاً: زوال علقه نکاح از طریق فسخ به عیوب و مانند آن از اموری است که شکی در آن نیست. پس برطرف شدن نکاح منحصراً متوقف بر طلاق نیست.

ثانیاً: زوال علقه هر چند که عنوانی است مشترک میان طلاق و فسخ اما ظاهر این است که این دو ذاتاً با یکدیگر متفاوت‌اند. نه اینکه در اسباب و آثار متفاوت باشند و در ذات یکی باشند. و این بدین خاطر است که حقیقت طلاق، جدایی زوجه و فراق او از زوج، و لازمه آن، ارتفاع علقه زوجیت می‌باشد. در حالی که فسخ، نفس رفع علقه و بازگشت امر به ما قبل است. (عود الامر الی ما کان)، به همین خاطر، فسخ به علقه زوجیت، و طلاق به زوجه تعلق می‌گیرد. بنابراین توقف جدایی و فراق و وابستگی آن به طلاق، مقتضی این نیست که رفع علقه، مطلقاً بر طلاق متوقف باشد. (اصفهانی، ۴/۲۲۳) به عبارت دیگر: اثبات چیزی (طلاق) نفی ما عدا نمی‌کند. شاهد اینکه در مواردی به سبب‌های گوناگون (عیوب) در نکاح خیار راه می‌یابد (قمی طباطبایی، ۴/۱۶۹).

یکی از حاشیه نگاران مکاسب بر این گفته شیخ، پاسخ نقضی وارد کرده به اینکه نکاح با فسخ به عیوب

نیز مرتفع می‌شود و ممکن است این نقض را این‌گونه دفع کرد که مراد شیخ انصاری این است که ارتفاع نکاح بر طلاق متوقف است، مگر اینکه دلیل خاص دیگری بر انحلال، دلالت کند و در اینجا چنین دلیلی در کار نیست.

وی گوید: چنین توجیهی به دشواری قابل پذیرش است؛ زیرا استناد به اجماع با وجود احتمال مدرکی بودنش، صحیح نیست مگر بعد از استناد به مدرک آن و اینکه ارتفاع نکاح شرعاً بر طلاق متوقف باشد، به خودی خود، محتاج دلیل است و دلیل نیز چیزی جز اجماع، نیست و قدر متقین از این اجماع، صورت خالی بودن نکاح از شرط خیار است، بنابراین جواز ارتفاع نکاح به سبب خیار شرط در ضمن عقد نکاح که به عموم ادله شروط ثابت است، منافاتی با آن ندارد (شهیدی، ۴۵۲/۳).

تقایل، ملاک شیخ انصاری

دلیل دوم شیخ انصاری این است که چون تقایل در نکاح جاری نمی‌شود، خیار شرط نیز در آن جاری نمی‌گردد.

نقد: گویا برای این دلیل، این است که در هر آن چه تقایل راه نیابد، خیار نیز راه نمی‌یابد. لیکن این کبرا مخدوش است و دلیلی بر اختصاص خیار شرط به مواردی که تقابل دران مشروع است، موجود نیست (روحانی، المرتقی ۱/۲۷۳) و شرط خیار اگر متوقف بر چیزی باشد، آن چیز، مشروعیت فسخ است. و این گفته که هر جا تقایل ممکن باشد، خیار ممکن است، صرفاً ادعا است؛ چرا که خیار در نکاح به خاطر برخی عیوب جاری است. بنابراین ملازمه‌ای میان خیار و تقایل نیست. (قمی طباطبایی، ۱۷۰/۴).

این در حالی است که شیخ انصاری در مقام تمامیت قاعده از جهت اصل و عکس می‌گوید: «اظهر بر حسب قواعد منوط بودن ورود خیار شرط به صحت تقایل در عقد است (اصل) ... و اگر تقایل درست نباشد، اشتراط خیار نیز صحیح نیست (عکس).

تحلیل امام خمینی در مورد ملازمه شیخ انصاری

امام خمینی در صحت عکس قاعده اشکال کرده است. ایشان در مورد اصل قاعده، بر آن شده که هر عقدی که در آن اقاله صحیح است، خیار شرط نیز صحیح است، لیکن عکس قضیه صحیح نیست و ملازمه‌ای میان عدم صحت اقاله و عدم جریان شرط خیار در کار نیست. ایشان معتقد است، راز مسئله این است که از معامله‌ای که در آن تقایل جاری می‌شود، کشف می‌شود که معامله‌ای که بعد از تحقق و لزوم، تصرف طرفین معامله در آن درست است، بنا بر اولویت، اختیار امر معامله قبل از تحقق و لزوم نیز بدست متعاملین است. می‌توان چنین گفت که از صحت تقایل کشف می‌شود که لزوم، حق است، در نتیجه، آن دو می‌توانند بر برداشتن آن توافق یابند.

اما عکس این مسئله درست نیست؛ چون ممکن است عقد، موضوع برای حکم شرعی باشد بعد از تحقق عقد، نه قبل از آن پس. برای طرفین عقد تصرف در حال حدوث عقد جایز باشد، نه در حالت بقای آن و مانعی بر سر راه این احتمال نیست (امام خمینی، ۴/ ۲۶۴).

دیدگاه محقق یزدی در مورد ملازمه مذکور

صاحب عروه گفته است: «ممکن است به عدم جریان تقابل در بیع خیاری، تا زمانی که خیار باقی است قائل شد؛ چرا که ادله تقابل از این مورد قاصر است؛ و با وجود خیار، اقاله نادم ممکن نیست. به علاوه، اشکالی در جریان شرط خیار نیست هر چند که برای او خیار دیگری باشد و جریان اقاله با وجود عدم جریان خیار شرط در جایی که خیار شرط منافی مقتضی عقد باشد، امکان دارد. آنگونه که در عقد رهن است. بنابراین که شرط خیار در رهن منافی طلب وثیقه‌ای باشد که مقصود از رهن است. اشکالی در جریان اقاله در رهن نیست. و تحقیق این است که نسبت میان اقاله و خیار شرط، عموم و خصوص من وجه است و مورد افتراق اقاله، مسئله رهن و وقف است بنابراین که شرط خیار در وقف منافی دوام و در رهن منافی استیثاق باشد، بنابراین شرط خیار در این موارد جایز نیست اما بعد از انعقاد و اتمام آن‌ها اقاله جایز است. در صورتی که موقوف علیه معین باشد یا اینکه اقاله با ولی وقف انجام شود. مورد افتراق خیار شرط، ایقاعاتی است که خیار شرط در آن جاری می‌شود یا ممکن است که در آن جاری شود ولی موردی برای جریان اقاله در آن‌ها نیست؛ چون اقاله نیازمند دو طرف است اما ایقاع یک طرف دارد، با این وجود، اشتراط خیار برای کسی که طرف ایقاع نیست ممکن است. به طور مثال، در طلاق، برای زوجه یا برای خودش (زوج) خیار قرار دهد و زوجه به آن رضایت دهد همچنین در ابراء و مانند آن. حاصل این که تفکیک از هر دو سوی اقاله و خیار شرط ممکن است (یزدی، ۳۴).

بنابر این نمی‌توان به تقابل به عنوان ملاکی برای دخول خیار شرط در عقود از جمله نکاح قائل شد. در مورد گفته دیگر شیخ انصاری و توقف شرعی رفع نکاح بر طلاق، به دو صورت، می‌توان یاد کرد. صورت اول: اینکه به عدم ثبوت مشروعیت فسخ در نکاح تفسیر شود، آنگونه که برخی محشین مانند محقق اصفهانی تفسیر کرده‌اند و این به جهت صغروی مردود است؛ به خاطر اینکه، فسخ در نکاح بر اثر برخی عیوب، ثابت است.

وجه دوم: ممکن است مراد شیخ این باشد که علقه نکاح زائل نمی‌شود، مگر به واسطه طلاق و آنچه که دلالت بر زوال نکاح با فسخ در برخی موارد می‌کند مخصص آن خواهد بود. همین معنا معنا اقرب به عبارت و انسب به شیخ انصاری است؛ زیرا بعید است که شیخ انصاری مشروعیت فسخ در نکاح در برخی موارد (عیوب) را نفی کند.

سرانجام، از بررسی آنچه ذکر شد، به دست می‌آید که دلیلی بر عدم صحت خیار شرط در نکاح نیست به جز اجماع و تسالم اصحاب، چنانچه کسی بر چنین اجماعی تکیه کند، تکلیف روشن است و گرنه مقتضی قاعده جواز شرط خیار در نکاح است (روحانی، المرتقی، ۱/ ۲۷۳).

۲. نکاح مسبوق به تروی نام است

خیار برای درنگ و تروی در امر عقد است و نکاح مسبوق به تروی نام است پس موجبی برای تروی در نکاح، به طریق خیار شرط نیست (خویی، الشروط، ۲/ ۳۶).

نقد: اولاً اگر آن چه که گفتید، حکمت خیار شرط شرعیه باشد، اقتضای آن را ندارد که غایت در خیار شرط جعلیه، نیز همین باشد. (اصفهانی، ۴/ ۲۲۴) ثانیه این گفته علاوه بر اینکه استحسانی است و محلی در استدلال فقهی ندارد، مقتضی این است که خیار در عقود مهم دیگری که مسبوق به تروی اند جریان نداشته باشد، امری که احدی به آن ملتزم نمی‌گردد (خویی، الشروط، ۲/ ۳۶).

۳. نکاح شاکله عبادت دارد یا در آن شائبه عبادت است

گفته شده: در نکاح شائبه عبادت است و هر چیزی که شائبه عبادت داشته باشد، فسخ ناپذیر است؛ به دلیل «ماکان لله لا رجعة فيه». (سید یزدی، ۲/ ۳۲؛ قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۱).

نقد: صرف اینکه نکاح از اموری است که شارع آنرا ترغیب کرده است مقتضی این نیست که در زمره عبادات در آید. هم چنانکه روایاتی که در طلب معاش و تکسب وارد شده، مقتضی عبادت بودن آن‌ها نیست، با اینکه وارد شده (ان العبادۃ سبعون جزء افضلها طلب الحلال) (وسایل الشیعه باب تجارت) و وقوع نکاح به صورت واجب یا مستحب به قصد امثال امر و جویی یا ندبی، مانع از خیار نیست. همان طور که در بیعی که به قصد قربت انجام گیرد، مانعی از خیار شرط نیست (اصفهانی، ۴/ ۲۲۴) دیگر اینکه این گفته، به موارد رجوع در نکاح، به سبب‌های فسخ، نقض می‌شود. افزون بر اینکه، در نکاح قطعاً قصد قربت شرط نیست (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۱).

برخی نیز در نقد عبادی بودن نکاح چنین استدلال کرده‌اند: «اینکه گفته شد «نکاح شائبه عبادت دارد» نقض می‌شود به امثال بیع برای معاش و مزارعه و دیگر معاملات مستحب شرعی، که اشکالی در استعجاب شرعی آن‌ها نیست، با اینکه فقها اختلافی ندارند که خیار شرط در این موارد جریان می‌یابد.

می‌توان پی برد که مجرد ثبوت استحباب، بلکه وجوب چیزی، عبادت بودن آن چیز را اقتضا نمی‌کند. چون عبادت، مطلق عمل محبوب نزد شارع نیست، بلکه چیزی است که مقوم به قصد قربت باشد، به گونه‌ای که بدو آن تحقق نیابد و واضح است که نکاح از مصادیق عبادت نیست؛ چرا که هر چند نکاح نزد شارع محبوب است و ایقاع آن به قصد قربت صحیح است ولی قصد قربت مقوم آن نیست.» (خویی،

الشروط، ۲/۳۳).

از طرفی اشتراط خيار در عبادات عقلا ممتنع نیست، به گونه ای که رفع ید از عمومات و اطلاعات ادله شروط لازم گردد و برای اثبات امکان خيار شرط در عبادت کافی است رجوع شود به ادله ای که دلالت بر استحباب اشتراط خيار در احرام دارد. (حر عاملی، ج ۹، باب ۲۳ و ۲۴ از ابواب احرام). و نیز ادله اشتراط خيار در اعتكاف (همو، ج ۷، باب ۴ و ۹ از ابواب اعتكاف). (خویی، الشروط، ۲/۳۵) «منظور از اشتراط خيار در احرام این است که در حین احرام شرط کند (حلنی حیث ما منعته) چنانچه به مانعی برخورد کردم از احرام خارج می شوم. پس اگر در اثنای احرام بیمار شود، می تواند از احرام خارج شود و این از مصادیق خيار در عبادت است.» (مکارم شیرازی، ۱/۱۳۲).

۴. اشتراط خيار در نکاح موجب ابتدال زوجه می گردد

در جواهر الکلام (۱۴۹/۲۹) آمده است که اشتراط خيار در نکاح منجر به ابتدال زوجه می گردد و این ضرر بر زوجه است، بدین روی، برای جبران ضرر زوجه، در طلاق قبل از دخول، نصف مهر بر عهده زوج لازم می آید.

نقد: اگر فرض کنیم که چنین چیزی ضرر بر زوجه باشد، از آنجا که زوجه خود بر آن اقدام کرده است و مثل این موارد را نمی توان به دلیل نفی ضرر استناد کرد پس فرق میان خيار شرط و طلاق قبل از دخول دانسته می شود چونکه طلاق قبل از دخول ضرری است که متوجه زوجه است آن هم بدون رضایت وی اما خيار شرط با رضایت و اقدام خودش بوده است. (اصفهانی، ۴/۲۲۴).

برخی نیز با همین بیان به قاعده لاضرر استناد کرده و گفته اند: قرار دادن خيار فسخ در نکاح، موجب ابتدال زوجه، و ضرر برای او است، و طبق قاعده «لاضرر» منتفی است.

نقد: اولاً، دلیل اخص از مدعا است چرا که ممکن است قضیه بر عکس باشد (مکارم شیرازی، کتاب نکاح، ۱/۱۳۲) ثانیاً: زوجه خود، اقدام به این کار کرده است و با وجود اقدام، چگونه ممکن است که به دلیل نفی ضرر تمسک شود. به علاوه، از دلیل نفی ضرر فقط حکم تکلیفی حرمت مستفاد است و این منافی با صحت نیست (قمی طباطبایی، ۴/۱۷۲).

۵. خيار شرط منافی مقتضی عقد نکاح است:

در جواهر الکلام (۱۴۹/۲۹) آمده که در روایات، نکاح به معنی «تزویج مقام» و «نکاح بات» (وسایل الشیعه، ابواب المتعه) آمده است.

از این روی، صاحب جواهر معتقد گشته: «در صورت اشتراط خيار در نکاح، با لفظ عقد معنی نکاح

را اراده نکرده‌اند، چرا که قرار دادن شرط خیار، منافی مقتضی عقد (بات، مقام یا دائم) است نه اینکه مخالف کتاب و سنت باشد (۱۰۶/۳۱).

نقد: به عقیده برخی فقها، متعه در صورت ذکر نشدن مدت، به نکاح دائم تبدیل می‌شود و چنانچه مدت و اجل ذکر شود، نکاح موقت می‌گردد. گاهی از آن به «نکاح ثبات» و گاهی به «نکاح بات» و گاهی به «ترویج مقام» تعبیر می‌شود. این امر، مقتضی آن نیست که شرط خیار، منافی عقد باشد. چنان که عقد بیع نیز، مقتضی ملکیت مطلق و غیر موقت است و شرط انحلال عقد منافی آن نیست؛ چرا که شرط خیار، موجب بازگشت ملکیت است، نه اینکه توقیت (موقت کردن) بیع باشد. در نکاح دائم نیز آنچه ثابت است زوجیت غیر محدود و غیر موقت است و انحلال آن، انحلال زوجیت ثابت و غیر محدود است نه توقیت و تعیین وقت برای آن، همان طور که طلاق نیز توقیت نکاح نیست. و قصد طلاق یا خیار شرط، منافی با قصد ایجاد زوجیت غیر محدود نیست بلکه مؤکد آن است (یعنی اینکه نکاح دائمی است که با خیار منحل می‌شود و اگر دائمی نبود خیار نمی‌طلبید) (اصفهانی، ۴/۲۲۵).

ممکن است گفته شود: بنای نکاح بر دوام است پس شرط خیار منافی مقتضی عقد است. نقد: خیار شرط منافی دوام نیست بلکه مؤید آن است (یعنی نکاح دائمی است که نیازمند خیار است، و اگر دائمی نبود، خیار لازم نبود) و آنچه منافی دوام است، توقیت است نه جعل خیار. (قمی طباطبایی، ۴/۱۷۲).

ملاک محقق نائینی در تشخیص لزوم حکمی از لزوم حقی

محقق نائینی بر این نظر است که برای تشخیص اینکه آیا لزوم از احکام است یا از حقوق، باید دید لزوم، به چه دلیلی اثبات شده است. و برای امتیاز این دو از یکدیگر معیارهایی را مطرح کرده است بدین بیان:

اگر موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند «عقد» باشد مثل اینکه لزوم به واسطه اوفوا بالعقود اثبات شده باشد، لزوم، حق است، ولی چنانچه موضوع دلیل مثبت لزوم، عناوین خاصه بوده و لزوم بر روی خود بیع یا نکاح و امثال این‌ها بار شده باشد، در آن صورت منوط به اختیار طرفین نبوده و لزوم حکمی است. نقد: چنانچه موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند خود عناوین خاصه باشد احکامی که بر آن مترتب می‌شود الزامه یک سنخ نیست زیرا احکامی که مترتب بر یک شیء می‌شود دو صورت دارد: گاهی از احکامی است که بر آن شیء، بر حسب طبیعت آن، مترتب می‌گردد، و گاهی از احکام فعلی آن شیء است. به عنوان مثال: پایداری و دوام که از احکام شرعی زوجیت دائمه است، حکمی است که بر طبیعت زوجیت، بار می‌شود، ولی همین حکم ممکن است به وسیله طلاق مرتفع گردد لذا همانطور که عرض

کردیم منافات ندارد که شوهر آن را به صورت شرط مؤکد در خود عقد قرار دهد و شرط کند که امر طلاق در اختیار او باشد.

بنابراین حتی در صورتی که لزوم برای خود عناوین خاصه نیز اثبات شود این لزوم به طبع خود، از احکام شرعی آن عناوین است لذا با مرتفع ساختن آن به وسیله جعل خیار و غیر آن منافات نداشته و چنین چیزی، خلاف شرع به شمار نمی‌آید (زنجانی، ۱۰/۳۵۹۰).

در اینکه لزوم در نکاح از احکام است نه از حقوق، برخی بزرگان تشکیک کرده‌اند. حکیم گفته است: «گفته شده که لزوم در عقد نکاح از احکام است نه از حقوق و اگر از احکام باشد، خیار شرط منافی آن خواهد بود و شرط منافی مقتضای عقد، باطل است. این گفته مصادره به مطلوب است؛ چون در مرتکبات عرفی میان نکاح و دیگر عقود معاوضی فرقی نیست.» (۴۰۵/۱۴).

۶. خیار در معاوضات جریان می‌یابد درحالی که در نکاح قصد عوض نمی‌شود

دلیلی که چندین تن از فقها ذکر کرده‌اند این است که نکاح عقدی است که در آن قصد عوض نمی‌شود؛ زیرا بدون تعیین مهر نیز صحیح است؛ و در کلمات این دسته فقها معلوم نیست که چرا خیار را قصد بر معاوضه کرده‌اند؟ شاید با این ادعا که خیار حق رد و استرداد است و چنین چیزی فقط در معاوضه ممکن است و از آن جا که در نکاح، عوضی در کار نیست تا تسلطی بر استرداد آن شود، خیار نیز نیست. نقد: این گفته مردود است؛ چون خیار حق انحلال عقد است و آثار آن بر حسب موارد فرق می‌کند. یا بر این پایه باشد که چون نکاح متقوم به عوض نیست، به ایقاع، مانند است، که این نیز رد می‌گردد، به اینکه موجبی برای بخشیدن عنوان ایقاع به نکاح نیست نه عقلا و نه شرعاً. (اصفهانی، ۴/۲۲۵).

۷. نکاح بر احتیاط، مبتنی است، از این رو خیار در آن داخل نمی‌شود

ابتنای نکاح بر احتیاط تام، منافی ورود خیار در آن نیست، همچنان که در اموال نیز چنین است. اموال نیز شرعاً، مبتنی بر احتیاط تام است و با این وجود اشکالی در قرار دادن خیار شرط در اموال نیست. اما ادعای وجود اجماع بر عدم قبول فسخ در نکاح، قطعاً باطل است؛ چرا که موارد ثبوت حق فسخ به حکم شارع زیاد است، از قبیل عیوب زوجین که با نصوص ثابت‌اند و مانند خیار زن آزاد در عقد خویش، چنانچه شوهرش با کنیزی بدون اذن او ازدواج کند؛ البته بنابر قولی و همچنین خیار خاله و عمه اگر که همسرشان بدون اذن آن‌ها با دختر برادر یا خواهرش ازدواج کند. و خیار زوج و زوجه صغیر بعد از بلوغ، چنانچه ولی، آن‌ها را قبل از بلوغ، تزویج کرده باشد و مانند خیار کنیز هرگاه آزاد گردد و همسرش عبد باشد، حتی گفته شده اگر همسرش آزاد باشد، خیار دارد و موارد دیگری از این گونه (خویی، الشروط، ۲/۳۵).

۸. استدلال محقق خوئی بر عدم جریان خیار شرط در نکاح

محقق خوئی در تحلیلی نسبتاً طولانی با رویکردی منحصر به فرد و خاص، بر ممنوعیت خیار در نکاح استدلال کرده و گفته است: ظاهر آن است که خیار شرط در نکاح جاری نمی‌شود و بر فرض که چنین شرطی شود، مفسد است و مانند سایر شروطی که مفسد عقد نیست، نیست و دلیل این سخن (یعنی مفسد بودن شرط خیار در نکاح) این است که مرجع اشتراط در عقود تضییق دایره منشأ است و اگر در نکاح، اشتراط خیار شود، معنای آن این است که مشروط له حق فسخ نکاح را هر وقت که بخواهد، دارد. بنابراین معلوم نیست که او نکاح را فسخ می‌کند یا نمی‌کند و بنابراینکه فسخ کند معلوم نیست که چه موقعی آن را فسخ می‌کند بنابراین وقت فسخ مجهول است و از آنجا که نکاح در شریعت اسلامی بر دو نوع است دائمی و موقت، چنین عقدی (نکاح دارای خیار شرط) خارج از هر دو نوع است. چنین عقدی دائمی نیست؛ چون نکاح مقید به بعد از فسخ است و معنایی ندارد که بعد از فسخ هنوز نکاح باقی باشد (یعنی نکاح چون بعد از فسخ پایان می‌پذیرد، پس دائمی نیست) و دائمی نامیدن آن، تناقض آشکار و واضح است. چنین نکاحی، (نکاح خیاری) موقت هم نیست، چون در نکاح موقت شرط است که وقت معلوم و معین (مسمی) باشد، کما اینکه در روایات فراوان و در قرائت ابن عباس، نکاح موقت «الی اجل مسمی» آمده است و از آنجا که در چنین نکاحی (نکاح خیاری) وقت معلوم نیست پس باطل است. بنابراین نباید شرط خیار در نکاح را با بقیه شروط فاسد که مبطل عقد نیستند، مقایسه کرد، نتیجه اینکه، اشتراط خیار در نکاح فاسد و مفسد عقد است. بلکه اگر توقیت به آن چیزی باشد که شارع آنرا وقت قرارداد، مانند طلاق و عیوب پنج گانه، مانعی از چنین توقیتی در نکاح نیست؛ چون امری تعبدی است. (خوئی، مصباح الفقاهه، ۲۷۲/۶).

تحلیل کلام محقق خوئی

ایشان برای اثبات قول بطلان شرط خیار در عقد نکاح به دو وجه استدلال کرده‌اند:

وجه اول: قوام عقد دائم به عدم محدودیت و استمرار دائمی است در حالی که قرار دادن خیار به معنای اختیار داشتن در محدود کردن آن است و این دو با هم در تنافی هست‌اند. زیرا عقد به وسیله اشتراط خیار تا زمانی محدود می‌شود که ذو الخیار از حق خود برای فسخ عقد استفاده نکرده است. و این مانند آن است که گفته شود: «بعتک بشرط ان لا تملک ثمنه» و یا به قول حکیم مثل این است که گفته شود «بعتک بلا ثمن» یا «اجر تک بلا اجرة» که با مفهوم عقد منافات دارد.

وجه دوم: شرط خیار در صورتی صحیح است که لزوم مربوط به التزام متعاقدين (لزوم عقدی)، و به

تعبیر بهتر از حقوق متعاقدين باشد. اما اگر از احکام شرعی بوده و ارتباطی به تعهد و التزام طرفین نداشته باشد، در این صورت، اذن در اشتراط خيار نخواهد داشت زیرا اشتراط خيار از قبیل شرط مخالف شرع است و چنین شرطی مسلم باطل است.

آنگاه می‌فرمایند: لزوم در عقد نکاح از احکام شرعی است و زوجیت به جز در موارد خاص (موت، طلاق، انقضاء مدت و ابراء در عقد منقطع) استمرار می‌یابد و اگر از حقوق متعاقدين بود باید مانند باب بیع، قائل به صحت تقایل در نکاح می‌شدیم، در حالی که بی تردید، تقابل در نکاح جائز نیست.

نقد وجه اول: هنگام انشای عقد دائم، با جعل خيار، محدودیتی برای متعلق نکاح (زوجیت دائمی) به وجود نمی‌آید. آنچه که متعلق نکاح است زوجیت دائمی است. جعل خيار، حکم لزوم وفای به عقد نکاح را محدود می‌کند، نه متعلق آن را. قوام عقد دائم به این است که برای متعلق آن در انشاء عقد، محدودیتی حاصل نگردد و محدود شدن حکم نکاح با زوجیت دائمی تنافی ندارد. بر همین اساس است که اگر مرد، در عقد نکاح به صورت شرط مؤکد، برای خود حق طلاق قرار دهد و مثلاً به این صورت بگوید که با تو ازدواج می‌کنم به شرط اینکه هر وقت خواستم تو را طلاق دهم، بلا اشکال چنین عقدی را همه صحیح می‌دانند. اگر آن طور که آقای خویی ادعا می‌کنند، حق خيار به معنای محدودیت متعلق عقد باشد، باید شرط طلاق را نیز به معنای محدود کردن زوجیت دانسته و به عنوان شرط مباین، صحیح ندانند، در حالی که مسلم خود ایشان نیز چنین شرطی را شرط مباین به حساب نمی‌آورند. به طور خلاصه، شرط خيار، قید برای حکم است نه متعلق حکم، لذا منافاتی با دائمی بودن زوجیت ندارد (زنجان، ۱۰/۳۵۸۸).

نقد وجه دوم: آقای خویی از اینکه تقایل در نکاح جایز نیست خواسته‌اند نتیجه بگیرند که لزوم در عقد نکاح از حقوق متعاقدين نبوده و از احکام شرعی است و بنابراین، شرط خيار در عقد نکاح از مصادیق شرط خلاف شرع خواهد بود.

اما به نظر می‌رسد در اینجا بین دو مطلب خلط شده است. اگر بخواهیم از جواز تقایل در عقدی نتیجه بگیریم که لزوم در آن از حقوق متعاقدين است، البته این درست است و بنا بر او اولویت می‌توان نتیجه گرفت که شرط خيار نیز در موقع انشاء برای یک یا دو طرف بی‌مانع است. زیرا بین جواز تقایل و جواز شرط خيار ملازمه هست. اما در طرف نفی اگر پس از انجام معامله جایز نباشد که با توافق یکدیگر عقد را به هم بزنند، چه ملازمه‌ای دارد با اینکه در حین عقد نیز جایز نباشد که در مورد شرط خيار توافق نمایند؟ آیا از این که پس از انعقاد بیع نمی‌توانند ثمن یا مضمن را تغییر دهند، می‌توان نتیجه گرفت که قبل از انعقاد عقد هم چنین حقی برای آنان نیست؟ از عدم جواز تقایل نمی‌توان نتیجه گرفت که جعل خيار جایز نیست. زیرا بین عدم جواز تقایل و عدم جواز جعل خيار هیچ ملازمه‌ای نه عقلاً و نه عرفاً وجود ندارد. اثبات

ملازمه شرعی نیز نیازمند دلیل است (همان)

آیا در این مسأله اجماع محقق است؟

برخی از معاصران را نظر بر این است که دلیل اجماع قابل مناقشه است؛ چرا که نمی‌توان در این زمینه اجماع تبعیدی ارائه داد (قمی طباطبایی، ۱۶۷/۴). استناد به این اجماع بعد از احتمال مدرکی بودنش، صحیح نیست، مگر بعد از استناد به مدرک آن و اینکه رفع نکاح شرعاً بر طلاق متوقف باشد، خود نیازمند دلیل است و دلیل چیزی جز اجماع بر آن نیست و قدر متقین از این اجماع، صورت خالی بودن نکاح از شرط خیار است (شهیدی، ۴۵۲/۳).

بررسی و تحلیل اجماع

از زمان شیخ طوسی به بعد هر کدام از فقها که این مسأله را عنوان کرده‌اند همه فتوی به بطلان این شرط داده‌اند، علاوه بر این که در هفت یا هشت کتاب فقهی ادعای اجماع شده یا کلماتی شبیه به آن گفته شده است. شیخ در خلاف تعبیر به «لاخلاف» می‌کند (۲۹۲/۴) یکی از نکات مهم در مورد اجماع این است که شیخ در کتاب «الخلاف» در اکثر مسائل به اجماع استناد می‌کند، اما در مورد خیار شرط در نکاح از عبارت «لاخلاف» استفاده می‌کند و همین امر موجب تشکیک برخی نویسندگان در تحقق اجماع شده است: «در مورد مسأله نکاح خیاری و صحت یا بطلان شرط یا نکاح، هیچ بیان تبعیدی از قبیل آیه یا روایتی وجود ندارد حتی آیه ای که بشود با مفهوم موافق یا مخالف و دلالت تنبیهی و اشاره‌ای حکمی از آن نسبت به مسأله دریافت کرد و نیز در جوامع روایی اهل سنت و امامیه روایتی_حتی خبر واحد ضعیف_نسبت به این مسأله وارد نشده است و بنابراین از منصوصات شرعی نیست و از این جهت تا زمان شیخ طوسی هیچ اظهار نظری از محدثین و حتی از فقهای امامیه نسبت به این مسأله نشده است، به همین دلیل شیخ طوسی در این مسأله ادعای اجماع نکرده است» (عابدین مؤمنی، ص ۱۲۹) در پاسخ این اشکال باید گفت: اولاً از این که وی در بعضی مسائل به اجماع و اخبار استناد می‌کند (اما در این مسأله به اجماع استناد نمی‌کند) لازم نمی‌آید که در همه مسائل، به اجماع و اخبار استناد کند. (علامه حلی، ۳۹/۵) ثانیاً: مسأله‌ای که بین عامه و خاصه مطرح و مورد ابتلا باشد و ایشان از آن تعبیر به «لاخلاف» کند با اجماع چندان تفاوتی ندارد (زنجانی، ۱۰/۳۵۷۹) ثالثاً: بسیاری از بزرگان از جمله شیخ انصاری عبارت لاخلاف شیخ طوسی را به عنوان اجماع پذیرفته‌اند چرا که شیخ انصاری در مکاسب از دو کتاب خلاف و مبسوط شیخ طوسی نقل اجماع می‌کند. (شیخ انصاری، مکاسب، ۱۵۱/۵) در مبسوط نیز با «لاخلاف» تعبیر می‌کند (۱۹۴/۴) ابن براج در مهذب اجماع را حاصل می‌داند (۳۵۶/۱) ابن ادریس در سرائر فقط به اجماع استناد می‌کند

(۲/۲۴۶) شهید ثانی در مسالک، عدم خیار در نکاح را موضع وفاق می‌داند (۳/۲۱۲) و فاضل هندی در کشف اللثام خیار را به اتفاق باطل می‌داند (۷/۵۴) در واقع جملگی از عباراتی که همگی معنای اجماع و اتفاق نظر را می‌رساند یاد کرده‌اند. محقق کرکی هم در جامع المقاصد در باب بیع پس از اینکه شرط خیار را در بیع جایز دانسته، عدم جواز آن را در باب نکاح نیز متعرض شده و آن را اجماعی دانسته است؛ وی در باب نکاح نیز از قطعی بودن بطلان شرط خیار یاد کرده است. هر چند عبارت ایشان در اجماعی بودن مسئله صراحت ندارد، وی می‌فرماید: فان شرط (یعنی شرط الخیار فی النکاح) کان الشرط باطلا قطعاً و هل یبطل به العقد فیه قولان (۱۲/۶۸). شاید از اینکه در مورد این شرط می‌گوید، قطعاً باطل است ولی در مورد بطلان عقد به واسطه این شرط از دو قول یاد می‌کند، بتوان استظهار کرد که این شرط را بنا بر قول واحدی باطل می‌داند و این عبارة اخرای از اجماع است.

محقق عاملی نیز گفته است: «خیار شرط اصلاً در نکاح جاری نمی‌شود؛ به دلیل اجماع آن طور که در خلاف و مبسوط و سرائر و جامع المقاصد و مسالک آمده است و به دلیل شبیه عبادت بودن و ابتدای آن بر احتیاط تام و مبسوط بودن آن به تروی و متوقف بودن رفع آن به رافع خاص» (۴/۵۶۸).

در هر حال در مسأله‌ای که جزء مسائل تقریبی نیست بلکه از اصول مسائل و مورد ابتلای مردم است و فقها از قدیم آن را مطرح نموده‌اند و هیچ یک بر خلاف آن فتوی نداده، اجماع ثابت است. به علاوه، این مسأله در میان عامه هم از دوران امام صادق (ع) به بعد مطرح بوده و تمام فقه‌های آن‌ها فتوی به بطلان داده‌اند. آن هم در موضوعی که برای زوجین بسیار مهم است که اگر مدتی زندگی کردند و آن ازدواج موردپسندشان واقع نشد به ویژه در جایی که مهریه را سنگین گرفته‌اند با تکیه بر چنین شرطی بتوانند آن را فسخ و معدوم کنند، در چنین مسأله‌ای اگر حکم واقع غیر از آنچه که همه فتوی داده‌اند بود، ائمه علیهم السلام بیان می‌کردند و حتمه مخفی نمی‌ماند. نتیجه اینکه دلیل اجماع در این مسأله تمام است و جای هیچ تردیدی وجود ندارد. بلکه می‌توان آن را از مسلمات دانست (زنجانی، ۱۰/۳۵۷۹).

همچنین گفته شده: «این مطلب - یعنی عدم ورود خیار شرط در نکاح - از مسلمات فقهی است بلکه از مسلمات عرفی و فتوایی و عملی است که جمعی بر آن دعوای اجماع کرده‌اند؛ بنابراین این حکم از مسلمات است.» (سبزواری، ۲۴/۲۳۳).

بنابراین می‌توان گفت اجماع در این مسأله مسلم واقع شده است و نشانه بارز آن این است که اکثر مخالفین جریان خیار در نکاح قبل از ذکر دیگر ادله منع به ذکر اجماع پرداخته‌اند (انصاری، ۵/۱۵۱) با توجه به اینکه اولاً اجماع در زمان شیخ طوسی مسلم واقع بوده است و عبارت «لا خلاف» او بیانگر این اجماع است و ثانیاً سایر ادله بعد از ایشان ذکر شده، می‌توان نتیجه گرفت که وجوه ذکر شده دیگر، هر چند استحسانی و قابل رد بوده و ارزش علمی نداشته‌اند اما ناشی از اهتمام فقه‌های بزرگ و تیزبین در این مسئله

است؛ چرا که علاوه بر ذکر اجماع برای اهمیت و قطعیت بخشیدن به رأی خود به هر وجه عقلی که در خصوص این نهاد مقدس نکاح به ذهن خطور کند نیز استدلال کرده‌اند. البته ناقدان دیگری با تیزبینی افزون‌تر، این ادله را به نقد کشیده و نارسایی آن را عیان گردانده‌اند. تنها اشکال مدرکی بودن این اجماع مطرح است و آن اینکه این اجماع در بستر رویکرد فراگیر عقلایی در مسئله قامت افراشته است، بنابراین بازگشت آن به سیره و بنای فراگیر عقلاست. همچنانکه سیره متشرعه نیز در این باره مورد ادعاست.

سیره عقلا و متشرعه در مسئله

از جمله مباحثی که به فهم بهتر هر مساله فقهی حقوقی کمک می‌کند، کاوش حکم آن مساله در بستر سیره مسلمین یا در دید گسترده‌تر در پرتو سیره عقلا است. آنچه در لسان فقها به عنوان ادله منع خیار در نکاح ذکر شده گرچه استحسانی است اما می‌توان به آن در بستر سیره عقلا نگریست. در باب علت پیدایش چنین سیره‌ای می‌توان از مصلحت حفظ نظام یاد کرد. یکی از محققین در این باره می‌گوید: «برکاربردترین خاستگاه سیره در گفته‌های اصولیان، مصلحت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن است همان چیزی که به طور شایع در افواه اصولیان به عنوان مصلحت نظامیه تعبیر شده است. مقصود از آن مصالحی است که قوام و استقرار حیات بشر در گرو تأمین و رعایت آن است و عقلا همواره در پی آن بوده‌اند.» (فخلعی، ص ۱۰۳) در این باره می‌توان از این حقیقت یاد کرد که عقلا با بنای راسخ و مستحکم خود، مانع از جریان خیار در نکاح شدند؛ چرا که چنین چیزی، نهاد خانواده را که از مهم‌ترین و مستحکم‌ترین تأسیسات عقلایی است، در معرض تزلزل و تلاشی قرار می‌داد و ثبات را از نظام خانواده می‌ستاند، بنابراین سیره عقلا برای حفظ نظام خانواده بر عدم جریان خیار در نکاح استوار گشت. این سیره در مرئی و منظر معصوم نیز جریان یافت و مورد منع و ردع قرار نگرفت. برخی نیز خاستگاه سیره عقلا در این مساله را نگاه قدسی و خاص آنان به مساله نکاح و همچنین غیر رایج بودن خیار در آن می‌دانند: «عقلاء به نکاح به دیده قدسی می‌نگرند و در پرتو چنین دیدی است که علقه زوجیت را والاتر و رفیع‌تر از آن می‌دانند که قبول خیار و اقاله کند به همین خاطر چنین چیزی از آن‌ها مشاهده نشده است و ادله امضاییه نکاح شامل مواردی که نزد عقلا غیر معتبر است نمی‌شود. خلاصه کلام اینکه اگر که خیار، امری غیر رایج میان علماء باشد در این صورت ادله امضاییه شامل آن نمی‌شود.»^۱ (سبحانی، ۲/ ۲۵۷).

۱ «أن العقلاء ينظرون إلى النكاح، بنظر قدسی، فيرون علقه الزوجية أعلى و أنبل من قبول الخيار و الاقالة و لأجل ذلك لم ير منهم، والأدلة الإمضائية للنكاح، لا تشمل غير المعتبر عند العقلاء إذا كان هناك دال على التوسع و هو غير موجود. و خلاصة الكلام أنه إذا كان الخيار، أمراً غير رائج بين العقلاء فالأدلة الإمضائية، لا تشمل ما هو الخارج عنه» (سبحانی، نظام النكاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ۲/ ۲۵۷).

دیدگاه امام خمینی

امام خمینی به تسالم اصحاب و شان خاص نکاح اشاره می‌کند: «و أما النکاح، فلا یصح فیه؛ للتسالم بین الأصحاب، و دعوی الإجماع و عدم الخلاف فیه و لأن النکاح به ما أن له شأنه خاصه فی جمیع الملل و النحل و آدابه خاصه، و کذا الفراق منه - حتی أنه قد اعتبرت فیه شرعاً شروط و آداب خاصه، و سبب خاص؛ هی کلمه «هی طالق» لا غیر، حتی المجازات و کنایات و ما یفید صریحه الفراق و الطلاق، إلا فی بعض الموارد المستثنی منه شرعاً - یحدث الفقیه بأنه لیس مثل المعاملات القابله للفسخ به توافق المتعاملین، و لا قابلاً لجعل الخيار فیه، و أن لزومه حکمی؛ غیر قابل للانحلال إلا به ما جعله الشارع الأقدس موجباً له. و لا أقل من الاطمئنان و الوثوق، بأن جعل الخيار مخالف للشرع، مع أن الشک کاف فی ذلك.» (۳۸۹/۴)

«در نکاح خيار شرط داخل نمی‌شود به دلیل اجماع و به این دلیل که اگر خيار شرط در نکاح ثابت بود، قولاً و فعلاً میان مسلمانان مشهور و معروف می‌گشت.» (مجاهد طباطبائی، ۳۳۶) به هرحال «نکاح در میان عقلاً همواره بوده است و عقلاً در عقد نکاح حق فسخ قرار نداده‌اند، تنها طلاق وجود دارد که بعضی اقوام، آن را مخصوص مرد می‌دانند و بعضی دیگر به زن نیز حق می‌دهند ولی از خيار فسخ در نکاح در میان عقلاً اثری نیست، در مذاق متشرعه هم نیست و اگر شنیده شود، امر شگفتی به نظر می‌آید.» (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۳۵).

نتیجه‌گیری

آنچه به عنوان دلیل منع خيار شرط در نکاح در لسان فقها آمده است، عمدتاً ادله عقلیه‌ای است که قابل مناقشه و رد می‌باشد. در این میان اجماع منقول از شیخ طوسی قابل استناد است. سیر تاریخی مساله نیز این نظریه را تقویت می‌کند که نکاح در سیره مسلمین و حتی سیره عقلاء دارای ارزش قدسی و شان خاص است و هیچ موردی از نکاح خیاری یافت نمی‌شود و عموم فقها با اینکه در مقام نقد و رد ادله منع خيار در نکاح بر آمده‌اند، ولی همگی، اجماع را عمده دلیل بر منع دانسته و آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. با توجه به شائبه مدرکی بودن اجماع، بهتر آن است، که این اجماع در پرتو سیره فراگیر عقلاً و متشرعه مورد مطالعه قرار گیرد همان گونه که امام خمینی چنین مبنایی دارند. نگاه درست‌تر در مسئله این است که شرع اسلام در باره نکاح و حدود و شرایط آن، هیچ تأسیسی سوای تأسیسات عقلاییه ندارد. و امضای شارع اسلام به همان مرتکبات عرفی و عقلایی تعلق گرفته است. بنابراین مسلم است که خيار شرط در نکاح جریان پیدا نمی‌کند. اما اینکه آیا شرط خيار، مبطل نکاح است یا خیر، خود نیازمند مطالعه دیگری است.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، محقق عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۴۶.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب المحرمة و البیع و الخيارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، محقق محمد تقی ایروانی - سید عبد الرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک عروه الوثقی*، قم، دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، بی جا، بی تا.
- خویی، محمد تقی، *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المؤرخ العربی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- روحانی، محمد، *المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات*، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- سبحانی، جعفر، *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء*، بی جا، بی تا.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مذهب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الأحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- شبیری زنجانى، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- شهبازی، محمد حسین، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، تهران، نشر دادآفرین، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، محقق عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

- صفایی، حسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، نشر میزان، ۱۳۷۷.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
- طباطبایی، محمد حسین، *حاشیه الکفایه*، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، محقق سید محمد تقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- فخلعی، محمدتقی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، شماره ۸۴/۱، بهار و تابستان ۸۹، صص ۹۷-۱۲۶.
- فشارکی، محمد، *الرسائل الفشارکیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- قمی طباطبایی، تقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، مقرر علی مروجی قزوینی، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۵.
- مجاهد طباطبایی، محمد، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، محقق عبد الحسین محمد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب نکاح*، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- مؤمنی، عابدین، «شرط خیار در نکاح»، *مجله دانشکده علوم انسانی سمنان*، شماره ۱۲، ۱۳۸۴، صص ۱۲۵-۱۵۰.
- نائینی، محمد حسین، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، مقرر موسی بن محمد خوانساری، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۱۳۲-۱۱۳

تحلیل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن *

دکتر محمد عرب صالحی

دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email:salehnasrabad@yahoo.com

چکیده

در این مقاله پس از تبیین مفهوم و مبنای خطابات قانونیه، که از ابداعات فکری امام خمینی در اصول فقه است به چهار پرسش، پاسخ تفصیلی داده شده است: ادله و شواهد مبنا کدام است؟ آثار مترتب بر این مبنا در اصول فقه و به تبع آن در فقه چیست؟ چه ایراداتی بر این مبنا وارد شده است؟ چه پاسخ هایی به این اشکالات می توان داد؟ از آثار قول به خطابات قانونیه به هفت اثر مهم اشاره شده است و در بررسی ایرادات وارده هشت ایراد مهم تر مطرح و جمعا شانزده پاسخ داده شده است و در نهایت اصل مبنا با اندک تصرفی در برخی از تقریرات نظریه، تثبیت شده است.

کلیدواژه ها: خطابات قانونیه، اندیشه اصولی امام خمینی، انحلال خطابات

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۰۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹.

DOI: 10.22067/jfu.v0i0.30268

مقدمه

از مبانی مهم و تأثیرگذار در اصول و فقه، به خصوص در روش‌شناسی احکام، مبنای خطابات قانونیه از امام خمینی است که نتایج مهمی را در مباحث مختلف اصولی در پی دارد. به قول یکی از شاگردان ایشان، این نظریه از نظریات مترقی است که در فقه از اول تا آخر آن فوائد زیادی دارد و به واسطه این نظریه معضلات علمی و پیچیدگی‌های فقهی فراوانی حل خواهد شد (خمینی، مصطفی، ۳/۲۲۶).

نکات زیر در تبیین نظریه و تاریخچه آن حائز اهمیت است:

اساس این مبنا با همه تفصیلات آن متعلق به امام خمینی است البته ممکن است رگه‌هایی از این نظریه در کلمات و کتب دیگران هم قابل ردیابی باشد؛ چنانکه ادعا شده در کلمات آخوند خراسانی، فشارکی، حاج شیخ، بروجردی و خوئی رد پایی از این نظر دیده شده است (ر.ک: خطابات قانونیه، ۴۶، ۶۵، ۱۴۱، ۱۵۲، ۱۵۷، ۱۸۲، ۱۸۴-۱۸۵)؛ و چه بسا برخی از همین موارد باعث شده که مبدع نظریه آن را تحت عنوان یک نظریه و قاعده کلی در موارد مختلف از مباحث اصول فقه بکار گیرد؛ مبدع نظریه کسی است که اصول آن را پیروراند و در موارد مربوطه آن را بکار گیرد و در مبانی خود مطابق آن مشی کند و این جز در آثار امام دیده نمی‌شود. این یک امر طبیعی است که پایه‌های بسیاری از نظریات نو در تحقیقات پیشین بنیان نهاده شده باشد. چنان‌که مبدع نظریه «حق الطاعه» شهید صدر است اما رگه‌هایی از این نظریه در کلمات متقدمین بر ایشان از جمله محقق داماد و عبدالحسین لاری نیز دیده شده است (ر.ک: عرب صالحی، صص ۱۱۹-۱۲۰، پاورقی).

مطابق این مبنا تکالیفی که شخصی نیستند و مخاطب شخصی ندارند در ابتدا به نحو قانون مثل همه قوانین عرفی به جامعه ابلاغ می‌شود بدون این که خصوصیات و قیود و حالات مکلفین در آن قید شده باشد. خطاب واحدی متعلق به عامه مکلفین است بدون این که تکرر و تعددی در ناحیه خطاب باشد؛ اراده تشریعی شارع در این مرحله بعث و زجر نیست بلکه وضع قانون به نحو عام است تا در طی زمان هر کس خود را مخاطب آن دانست به آن عمل کند. در اینجا همین که برخی از مصادیق موضوع امکان داعویت برای آن‌ها موجود بود کافی است و لازم نیست همه آن‌ها شرایط خطاب و تکلیف را داشته باشند زیرا تکلیف منحل به تعداد افراد نمی‌شود. قیود مربوط به مرحله اجرا و فعلیت است (ر.ک: امام خمینی، مناهج الوصول، ۲/۲۸؛ سبحانی، ۱/۲۴۱).

به عبارت دیگر نظریه خطابات قانونیه دیدگاهی است درباره چگونگی تشریع احکام در شریعت اسلام. این نظریه در پاسخ به این پرسش اصلی شکل می‌گیرد که آیا خطابات شرعیه‌ای که از طریق آن‌ها احکام شرعی اثبات می‌شود، اصالتاً متوجه افراد است یا جامعه؟ صاحب نظریه بر این عقیده است که

خطابات شرعی بالاصاله متوجه جامعه است و اگر افراد نیز خود را مخاطب شارع می‌بینند، از آن رو است که افراد جامعه مخاطب شارع می‌باشند. خطابی که بالاصاله متوجه جامعه است، خطاب قانونی نامیده می‌شود.^۱

رقیب این نظریه قول به قضایای حقیقیه در همه خطابات غیر شخصی است که از سوی آقاضیاء، نائینی، محقق خونی و دیگران مطرح شده است (ر.ک: خطابات قانونیه، ۳۸). نقطه کانونی تمایز دو مبنا در انحلال خطابات بنا بر قول به قضیه حقیقیه دانستن خطابات شارع و عدم انحلال خطابات بنا بر نظریه خطابات قانونیه است و نوع اشکالات و ثمرات نیز بر همین کانون تمایز متمرکز است.

نکته دیگری که در مقدمه ذکر آن لازم است این که موضوع بحث کل گزاره‌های حکمی است اعم از این که به لسان خطاب و امر و نهی باشد یا به نحو گزاره انشائی در لسان خبری باشد؛ در هر دو نظریه فرقی بین خطاب «صلوا» و «الصلوة واجبة» و «يجب الصلوة» نیست. در نظر امام هر سه قضیه در مقام وضع قانون عام برای جامعه انسانی است و در نظر نائینی و دیگران هر سه گزاره به یک قضیه حقیقیه بر می‌گردد که به تعداد مکلفین منحل به خطابات ضمنی می‌گردد. به عبارت دیگر موضوع بحث مطلق تکالیف است؛ به این معنا که شارع در مقام وضع و جعل تکالیف چگونه آن‌ها را وضع کرده است؛ آیا مجعول به نحو قضایای حقیقیه دیده شده است یا به نحو خطابات قانونیه؛ حال به هر زبانی که ابلاغ شده باشند به شرطی که شخصی نباشند؛ یعنی مخاطب آن صرف مشافهین نباشند. به تعبیر دیگر مراد از خطاب در این نظریه همان معنایی است که از این کلمه در تعریف حکم شرعی اراده شده است؛^۲ همان گونه که در آنجا مطلق حکم مراد است به هر لسانی که بیان شده باشد و در تعریف مطلق حکم کلمه «خطاب» اخذ شده در این

۱ خطابات قانونیه، (ص ۸-۹)، البته آن چه در کلمات مقرران آمده عنوان جامعه نیست بلکه تعبیر به عموم مکلفین، عناوین عامه یا کل مردم است؛ سبحانی، تهذیب الأصول، ۴۳۷/۱ (کل حکم کلی قانونی فهو خطاب واحد متعلق لعامة المكلفين، بلا تعدد و لا تكثر فی ناحية الخطاب، بل التعدد و الکثرة فی ناحية المتعلق) و مصطفی خمینی، ۳۱/۲-۳۳، (آن من شرائط الخطاب الشخصی، احتمال تأثیر الأمر فی المخاطب و المأمور، و إلا فلا تصدر الإرادة الجدية مع فقد الاحتمال، و لعل لذلك قال الله تعالى: فقولا له قولاً ليناً لعدم إمكان أمره تعالى جدا، لعلمه بعدم انبعائه مثلاً؛ و من شرائط الخطاب القانوني، احتمال تأثیر القانون فی المجتمع البشري، من غير ملاحظة الأفراد و الأشخاص، و من غير انحلال الخطاب إلى الخطابات، فإذا كان جميع المجتمع و الأمة، كافرين و متمردين و عاصين، فلا يعقل الخطاب القانوني الجدي أيضاً، إلا من الغافل غير الملثفت. و تحريرات فی الأصول، ۴۳۸/۳).

الخطاب الشخصی: هو الخطاب إلى ألفرد الخاص، كالأوامر الصادرة من الموالی إلى العبيد. و الخطاب القانوني: هو الخطاب إلى العناوین العامة و الموضوعات الكلية، كقوله تعالى: یا أيها الذین آمنوا أوفوا بالعقود و هكذا، فإن ما هو مورد الخطاب عنوان واحد و هو الفاس* أو الذین آمنوا* بمعنى أن خطاب الكثير لا يتكرر، و لا يتعدد، و لا ينحل إلى الخطابات الشخصیة، بل الخطاب معنی جزئی صادر من المخاطب- بالكسر- إلى معنی وحدانی فی حال الخطاب، و ذلك المعنی الوحدانی متكرر بلحاظ ذات العنوان، و قابل للصدق علی الكثير، و لا يستلزم هذه الكثرة كثرة واقعية إجمالية فی الخطاب، علی ما توهمه القوم- رضی الله عنهم-، و الانحلال الحكمی غير انحلال الخطاب، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

۲ «الحکم الشرعی خطاب الله تعالى او مدلول خطابه المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء او التخيیر» (شهید ثانی، تمهید القواعد الاصولية و العربية، ۲۹)

جا هم مراد مطلق تکالیف شرعی است. بنا بر این ولو نظریه به عنوان خطابات قانونیه مطرح است اما مراد نه خصوص گزاره‌هایی که لسان خطاب و امر و نهی دارد است و نه خصوص گزاره‌هایی که به لسان خطاب صادر نشده باشند (ر.ک: خطابات قانونیه، ۱۱۹، متن مصاحبه با آیت الله سید احمد مددی).

نکته دیگری که در تبیین این نظریه حائز اهمیت است و عدم توجه به آن منشأ اشکالاتی به نظریه شده است این است که در خطابات قانونیه کثرت در ناحیه موضوع نیست؛ یعنی خطابات به تعداد موضوع‌ها و مکلفین انحلال و تکثر پیدا نمی‌کنند اما در ناحیه متعلق کثرات همچنان ملحوظ هستند. به عبارت دیگر در خطابات حالات مختلف مکلفین لحاظ نمی‌شود اما کثرات در ناحیه متعلق لحاظ شده است و در این ناحیه ابهام و اجمالی وجود ندارد. «هر حکم کلی قانونی خطاب واحدی است که متعلق به عموم مکلفین است بدون این که تکثر و تعددی در ناحیه خطاب وجود داشته باشد. بلکه تعدد و کثرت در ناحیه متعلق است.» (سبحانی، ۱/ ۴۳۷).

در این زمینه علاوه بر تقریراتی که از مبدع نظریه خطابات قانونیه در دست است یک مجلد مجموعه مصاحبه با صاحب نظران نیز در تأیید یا نقد این نظریه به چاپ رسیده و مقاله‌های تکی‌نگاری نیز در برخی مجلات به رشته تحریر در آمده است؛ مقاله حاضر با تبیین صحیح نظریه در پی اثبات این نکته است که بیشتر اشکالاتی که به این نظریه وارد شده ناشی از عدم تلقی صحیح نظریه با همه وجوه و ابعاد آن است؛ چنانچه نظریه بخوبی تلقی شود هیچ‌یک از ایراداتی که تا کنون مطرح شده وارد نیست و همه قابل پاسخ خواهد بود. گر چه تبیینی که از نظریه در تقریرات مختلف شده یکسان نیست و بعضی قابل خدشه است. نحوه تبیین مسئله، طبقه بندی اشکالات و تعیین منشأ آن و نوع پاسخ‌هایی که به این اشکالات داده شده می‌تواند از جمله تازه‌های این مقاله باشد.

ادله و شواهد قول به خطابات قانونیه

نوع تخاطب‌های حکمی و انشایی در آن جا که خطاب به عام باشد بالوجدان این‌گونه است که برای همه یک خطاب به کار می‌برد و خطاب یک‌یک آنان نه قصد شده و نه واقع گردیده است؛ و اصلاً اگر غیر از این باشد لغو است؛ زیرا اگر امکان داشته باشد که در یک خطاب کلی همه را مخاطب قرار داد دیگر نیازی به خطاب‌های مکرر شخصی نیست.

این عدم انحلال در گزاره‌های اخباری هم هست؛ وقتی کسی می‌گوید آب مایع است یک گزاره است که بر هر چه آب است صادق است بدون این که نیاز به انحلال این گزاره باشد. همان‌گونه که در گزاره‌های اخباری اگر کسی به دروغ بگوید که آتش سرد است فقط یک دروغ گفته است نه این که به خاطر انحلال به

تعداد آتش‌های عالم دروغ گفته باشد در مورد گزاره‌های انشائی هم به همین‌گونه انحلالی صورت نمی‌گیرد.

همان‌گونه که قائلین به انحلال در باب علم می‌گویند تکلیف مقید به علم نیست در باب قدرت هم همین‌گونه است به علاوه اگر تکالیف مقید به قدرت باشند در زمان شک در قدرت بر تکلیف باید برائت جاری کرد در حالی که قائلین به انحلال این را نمی‌پذیرد بلکه رعایت احتیاط را لازم شمرده‌اند و از سوی دیگر در صورت تقیید تکالیف به قدرت، مکلف می‌توانست خود را از قدرت ساقط کند تا هیچ تکلیفی متوجه او نشود، همان‌گونه که می‌توانست سفر کند تا وجوب روزه در حضر از او ساقط شود؛ در حالی که این مورد قبول رقیب نیست.

اگر خطابات را انحلالی بدانیم لازمه‌اش قیح تکلیف به موارد خروج از محل ابتلاست و این در مطلق احکام وضعی هم می‌آید؛ زیرا احکام وضعی یا منتزع از تکلیف‌اند که مسأله روشن است و اگر جعل استقلال هم داشته باشند چون جعل حکم وضعی با فرض عدم ترتب حکم تکلیفی لغو است و در مانحن فیه فرض این است که آثار تکلیفی در موارد خروج از ابتلا برداشته شده است در نتیجه باید بگوییم سگی که برای کسی خارج از ابتلاست نجس نیست و «اجتنب» هم ندارد. زیرا دلیل عقلی استهجان خطاب شامل احکام وضعی هم می‌شود و قابل تخصیص نیست. از طرفی باید بگوییم اگر یک طرف علم اجمالی از ابتلا خارج شد طرف دیگر هم از طرف علم اجمالی خارج و ارتکاب آن در صورت حرمت و انجام آن در صورت شبهه وجوبیه اشکال ندارد و فساد این نظر واضح است و احتمال نمی‌رود که قائلین، به آن التزام پیدا کنند زیرا اساس فقه مختل می‌شود (ر.ک: سبحانی، ۱/ ۲۴۲-۲۴۴).

اگر قائل به خطابات قانونی نباشیم، باید بگوییم اراده الهی به انجام تکلیف توسط مکلف تعلق گرفته است؛ با توجه به اینکه اراده الهی تخلف‌پذیر نیست، پس باید عصیان اوامر و نواهی شارع مقدس امکان‌پذیر نباشد؛ درحالی‌که عصیان بالضروره وجود دارد. بنابراین، در خطابات شرعی، اراده خداوند به انجام تکلیف توسط مکلف تعلق نگرفته، بلکه به قانون‌گذاری و جعل کلی تعلق گرفته است. به علاوه با تغییر حالات افراد باید حکم هم تغییر کند و تغییر حکم مستلزم تغییر در اراده خداوند است (ر.ک: امام خمینی، مناهج الوصول، ۲/ ۲۷).

اشکال و پاسخ

از قسمت اخیر این اشکال پاسخ داده شده که خطابات اگر به نحو قضایای حقیقه هم باشد به عناوین کلی تعلق گرفته، نه به افراد و مصادیق جزئی؛ در نتیجه تغییر در مصادیق تأثیری در عناوین کلی نمی‌گذارد و موجب تغییر در اراده خداوند نمی‌گردد؛ مثلاً در اکرم العلماء العدول» عنوان کلی عالم عادل متعلق

حکم است و مادام که زید عالم عادل بود اکرامش واجب است و اگر فاسق شد حکم آن عوض می‌شود؛ اما این تغییر در موضوعات خارجی موجب نمی‌شود که اراده خداوند به اکرام عادل تغییر پیدا کند؛ یا مثلاً وجوب حج بر مستطیع قادر فعلی است و بر مستطیع ناتوان شأنی است حال اگر از ناتوانی به درآمد این موجب تغییر در اراده خداوند نیست چون هنوز هم اراده خداوند این است که حج بر مستطیع قادر واجب فعلی است و بر غیر قادر واجب شأنی (خمینی، مصطفی، ۳/ ۳۴۳).

پاسخ: آنچه این مستشکل بزرگوار از آن غفلت نموده‌اند مسأله انحلال خطابات در قضایای حقیقه است؛ و نتیجه آن وجود خطابات بالفعل ولو در ضمن خطابات کلی، نسبت به یکایک مصادیق است؛ وقتی زید عالم عادل بود اکرامش واجب بود؛ یعنی اراده خداوند به اکرام زید تعلق گرفته بود و زمانی که زید عالم به جرگه فساق وارد شد اراده خداوند به اکرام زید سلب می‌شود و این چیزی جز تغییر در اراده خداوند نیست.

یکسانی حکم در عرف عقلا با عرف شرع: آن چه از خصوصیات قانون‌گذاری در عرف مردم شایع و جاری است این است که همه احکام غیر شخصی آنان به نحو خطابات قانونی و کلی وضع می‌شود و شارع نیز در این زمینه روش جدیدی غیر از آن چه عرف عقلا پیموده، اتخاذ نکرده است (سبحانی، ۱/ ۲۴۱).

آثار مترتب بر قول به خطابات قانونیه

با پذیرفتن خطابات قانونیه بسیاری از مشکلاتی که قول به حقیقه بودن گزاره‌های حکمی و در نتیجه انحلال خطابات با آن روبرو بود و برخی از آن‌ها قابل رفع نبود و از برخی دیگر به سختی می‌توان عبور نمود، به آسانی برطرف می‌شود که به برخی اشاره می‌شود:

۱- موارد خروج از ابتلا و اصل برائت: بنا بر قول به انحلال خطابات تکلیف به موارد خارج از ابتلا لغو است، مثلاً به کسی که در ایران است تکلیف شود که خمری که در هند است نخورد! و فرض این است که او به هند نمی‌رود. بنا بر این نباید خمری که در هند است بر وی حرام باشد؛ این مسئله در تکالیف وضعی هم که منتزع از تکلیف‌اند می‌آید و طبق آن باید سگی نجس باشد که حکم اجتناب دارد و بنا بر این سگی که در هند است نباید برای کسی که در ایران است نجس باشد، بلکه چون طهارت هم از احکام وضعی جعلی است، نه می‌تواند نجس باشد و نه طاهر و الا دچار محذور لغویت می‌شود؛ بلکه در تکالیف وضعی که جعل مستقل دارند هم اشکال می‌آید زیرا تکلیف وضعی بدون اثر شرعی لغو است؛ در نتیجه باید در نوع احکام الهی قائل به تفکیک شد و یک نحو نسبیتی در همه احکام پیش می‌آید؛ و این خلاف ضرورت فقه است و کسی آن را نپذیرفته است؛ این در حالی است که بنا بر قول به خطابات قانونیه

چنین محذوری در بین نیست زیرا تکالیف منحل نمی‌شوند؛ سگ همه جا نجس است و تکالیف عامه مردم را شامل می‌شوند.

۲- تکلیف عاجز: بنا بر قول به انحلال خطابات تکلیف عاجز قبیح است و از ابتدا همه تکالیف مقید به قید قدرت و مخصوص به قادرین‌اند؛ و اگر خطاب عاجز ممکن نباشد حدیث رفع مالا یطیقون لغو است. در حالی که مطابق خطابات قانونیه تکلیف عام است و برانت شرعی و عقلی استحقاق عقاب را در مورد عاجز برمی‌دارند.

۳- تراحم اهم و مهم و مسئله ترتب: بنا بر قول به انحلال خطابات دو خطاب همزمان به متزاحمین قبیح است و اگر مکلف اهم را ترک کرد و مهم را انجام داد، فقط بنا بر قول به ترتب، مهم امر دارد و انجام آن مسقط تکلیف و در غیر این صورت او فقط مکلف به اهم است و در صورت ترک اهم، چه مهم را انجام بدهد و چه انجام ندهد او به خاطر ترک اهم مستحق عقاب است. اما بنا بر قول به خطابات قانونیه مهم در هر صورت امر دارد و در صورت ترک هر دو به خاطر هر دو مستحق عذاب است و در صورت انجام مهم و ترک اهم، مهم امر دارد و صحیح واقع شده و نیازی به قول به ترتب نیست و فقط به خاطر ترک اهم مستحق عقاب خواهد بود و در صورت ترک هر دو و اشتغال به محرم سه عقاب در انتظار او خواهد بود.

۴- تکلیف عاصی و کافر: بنا بر قول به قضایای حقیقیه در ماهیت خطابات شرعی و انحلال آن‌ها کسی را که بنای بر عصیان دارد نمی‌توان خطاب کرد زیرا در حق او حتی امکان داعویت هم نیست؛ همچنین کافری که هیچ اعتقادی به دین ندارد چگونه می‌توان او را به انجام فروع خطاب کرد. در حالی که بنا بر قول به خطابات قانونیه نه تنها داعویت فعلی که حتی امکان داعویت در یک‌یک مکلفین هم شرط نیست؛ بلکه برای رفع لزوم لغویت فی الجمله باید در بین افراد جامعه کسانی باشند که امکان داعویت برای آن‌ها وجود داشته باشد.^۱

۵- تکلیف جاهل: بنا بر انحلال خطابات تکلیف جاهل قبیح است و در نتیجه اجرای حدیث رفع در حق او لغو است و این در حالی است که در حدیث رفع از باب امتنان، تکلیف یا استحقاق عقاب از جاهل برداشته شده است. اما بنا بر قول به خطابات قانونی تکلیف عام است و عالم و جاهل و قادر و عاجز نمی‌شناسد و شامل همه اقشار می‌شود و حدیث رفع می‌تواند از باب امتنان آن حکم عام را تخصیص و یا

^۱ به نظر می‌رسد امکان داعویت از شرایط تکلیف کردن نیست؛ زیرا چنین اشتراطی به خاطر پرهیز از لزوم لغویت مطرح شده در حالی که فرار از لزوم لغویت منحصر به امکان داعویت نیست؛ شارع مقدس می‌تواند عاصی و کافر را به خاطر اتمام حجت به آن‌ها مورد تکلیف قرار دهد تا مبادا روز قیامت ادعا کنند که بر ما تکلیفی فرستاده نشده است؛ برخی آیات قرآن نیز می‌تواند مشعر به این نکته باشد؛ «و اذ قالت امة منهم لم تعظون قوما الله مهلكهم او معذبهم عذابا شديدا قالوا معذرة الي ربكم و لعلهم يتقون» (اعراف/۱۶۴). ر.ک: شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ۱۴/۵، و «ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا و ان كنا عن دراستهم غافلين» (انعام/۱۵۴)، ر.ک: طبری، جامع البیان، ۸/۶۹.

استحقاق عقاب را بر دارد. از سوی دیگر وقتی تقیید تکلیف به جاهل ممکن نبود تقیید آن به عالم هم بخاطر لزوم دور ممکن نیست؛ در نتیجه اصل امکان تکلیف زیر سؤال می‌رود؛ در حالی که مطابق قول به خطابات قانونیه این اشکالات رخت برمی‌بندد.

۶- تکلیف ساهی و غافل و نائم: بنا بر قول به انحلال، تکلیف این گروه نیز ممکن نیست و بنا بر این ایجاب قضا در خارج وقت نیز دلیلی ندارد؛ در حالی که قائلین به انحلال قضا را لازم می‌دانند اما این محذور بنابر قول به عدم انحلال وارد نیست.

۷- تکلیف کسی که خودش داعی طبعی بر فعل یا ترک دارد بنا بر انحلال لغو است زیرا کسی که شرافت ذاتی و طیب باطنی اش مقتضی رد مال غیر است یا مانع از غیبت کردن است، یا مانع از دروغ‌گویی است درست نیست مخاطب «دروغ‌نگو، غیبت نکن، مال مردم را به صاحبش برگردان و...» قرار داد بلکه چه بسا چنین خطابی موجب تنفر و اشمناز او از مولا گردد. در این صورت باید گفت چنین کسانی مکلف به تکالیف الهی نیستند. و این لغویت و محذور اختصاص تکالیف به عده‌ای خاص بنا بر قول به عدم انحلال پیش نمی‌آید. (ر.ک: امام خمینی، مناهج الوصول، ۲/ ۲۵-۲۸؛ سبحانی، ۱/ ۲۴۱-۲۴۶؛ خمینی، مصطفی، ۳/ ۴۳۹-۴۴۹ و ۶/ ۲۵۰-۲۵۱)

اشکالات وارده بر قول به خطابات قانونیه

اشکال اول: مخالفت خطابات قانونی با کیفیت تخاطب مردم حجاز در زمان نزول قرآن

اگر بگوییم مراد امام از خطابات قانونی تفسیر حقوقی است، این مسئله با توجه به نظام عبید و موالی - که در زمان نزول قرآن حاکم بود- با نظام‌های فعلی، تفاوت می‌کند. در نظام عبید و موالی عبد، جزء شخصیت مولا است. در این صورت حق با محقق نائینی و امثال ایشان است. به جهت اینکه اگر مولا به عبدش بگوید فلان کار را انجام بده، قطعاً قانونی نیست، حالا اگر به جای یک عبد، صد عبد در نظر بگیریم در این صورت هم به نحو خطاب قانونی نیست، چون وقتی مولا به صدتا عبد می‌گوید این زمین را درو کنید، گویی به تک تک افراد گفته تو باید زمین را درو کنی؛ و این یعنی انحلال؛ بلکه اگر نظام‌های فعلی حاکم بر جوامع بشری را در نظر بگیریم، دیگر اطاعت نکردن، اهانت به کسی نیست، اساساً آنجا اهانت مطرح نیست.

۱ به نظر می‌رسد تکلیف کسی که بدون خطاب هم عامل است و خود داعی بر عمل دارد، حتی اگر تکلیف انحلالی هم باشد لغو نیست؛ زیرا اولاً در بسیاری از موارد می‌تواند تأکید باشد و انگیزه مکلف را بر انجام عمل دو چندان کند و ثانیاً فواید تکلیف کردن منحصر به ایجاد داعی نیست بلکه پس از انشای تکلیف، مکلف می‌تواند فعل خود را به قصد امر مولا بیاورد و عمل خود را ولو توصیلی باشد در زمره عبادات بیاورد و از ثواب و پاداش اخروی آن بهره‌مند گردد؛ اما این که چه بسا عبد منقاد از خطاب «دروغ‌نگو» منجر شود و از مولا بدش بیاید، شاید در موالی و عبید عرفی چنین باشد اما کسی که دل در گرو مولای حقیقی دارد از نفس خطاب لذت می‌برد.

در این نظام‌ها به خصوص نظام‌های پارلمانی آن چیزی که مطرح می‌باشد جامعه است. در هرجا خطاب، جعل، تکلیف و ... اگر به شخصیت مولا برگردد، این نظام عبید و موالی است؛ جزیره العرب قانون نداشت و اساساً مفهوم قانون برای آن‌ها بی‌معنا بود. در میان عرب‌ها قانون یعنی مولا. مولا هرچه می‌گفت، می‌شد قانون. شاهد دوم اینکه در آن جامعه قانون طبیعتاً مدون نیست؛ قانون ملوک، به اصطلاح قانون نانوشته است؛ سومین شاهد اینکه در آن سامان، مسئله حکم وضعی که می‌خواهد بیان شود لسان، لسان آمرانه است؛ این کار را انجام بده. مثلاً به جای اینکه بگوید: زن مالک صداق است می‌گوید: صداقش را به او بدهید. در تعبیر یک نوع حالت آمرانه وجود دارد. همچنین در مثال‌های: زن مالک است، بول نجس است، «اغسل ثوبک» با اینکه قطعه آن شستن واجب نیست، یا در مواردی که امر در توهّم حظر است «و إذا حللتم فاصطادوا» اگر از احرام در آمدید صید بکنید. در نظام عبید و موالی، قانون منحل می‌شود و همان برداشت عبد و مولا در ذهنش می‌آید؛ پس خطابات قرآنی، مانند خطاب مولا به عبد است که در این صورت، خواهی نخواهی انحلالی می‌شود یعنی روابط را در تعبیر، در خصوصیات، مثل عبد و مولا می‌بیند (مددی، ۱۲۶-۱۳۶).

پاسخ:

آن چه در پاسخ این اشکال می‌توان گفت این است که اولاً انحصار مخاطب مردم حجاز به مخاطب عبید و موالی درست نیست و ثانیه نمی‌توان لسان خطابات‌های قرآنی را به اوامر موالی به عبید خود تشبیه نمود؟! به نظر می‌رسد تفاوت‌های فراوانی در بین باشد:

اول آنکه این نگاه توقف دارد بر این که شارع به خاطر این امر که در زمان نزول وحی شیوه مخاطب به نحو موالی و عبید بوده، در همه خطابات خود از روش موالی و عبید استفاده کرده باشد؛ در حالی که دلیلی بر لزوم تبعیت شارع از عرف رایج در سرزمین خاص حجاز وجود ندارد؛ خصوصاً با توجه به این نکته که اولاً سرزمین حجاز و مکه چهار راه‌گذر کاروان‌های تجاری از همه بلاد بود و ثانیه مخاطب بالفعل وحی در زمان نزول هم تنها اهل حجاز نبود و به زودی همین پیامبر پیام‌های خود را به همه بلاد در دسترس ابلاغ می‌نماید و ثالثاً قرار است این دین به عنوان دین خاتم با همین الفاظ و کلمات و با همین شیوه مخاطب همه مردمان را تا روز قیامت مورد خطاب و هدایت قرار دهد؛ آیا رواست که خداوند که عالم مطلق است در شیوه مخاطب خود به نحوی عمل کند که مختص مخاطبین زمان نزول باشد و مورد پسند آیندگان واقع نشود.^۱

۱. مستشکل معظم ناخودآگاه در دام مسأله‌ای بغرنج در هرمنوتیک و تاریخی‌نگری فلسفی غرب افتاده‌اند؛ که مطابق با آن قرآن متأثر از فرهنگ عرب زمان نزول و آغشته به آن است و خود پیامبر هم ذاتاً محصول فرهنگ زمانه خود و به نحو انفکاک‌ناپذیر از فرهنگ عربی است و این همداتی آثار خود را در قرآن نهاده است و بنا براین بسیاری از آموزه‌های دینی که متأثر از این فرهنگ شده است را باید کنار گذارد.

دوم اینکه به اعتراف نویسندگان عرب حجاز اصولاً زبان قانون نمی‌دانست و هر آن چه موالی می‌خواستند و حکم می‌کردند همان قانون بود؛ در نتیجه نوع خطابات آن زمان بنا بر این نظر خطابات شخصیه بوده‌اند در حالی که دین اسلام با آمدنش نمی‌خواهد فقط حاضران را مخاطب قرار دهد؛ بلکه برای هدایت کل انسان‌ها تا روز قیامت آمده و در این صورت اصولاً نمی‌تواند خطابات خود را مطابق با نحوه مخاطب زمان نزول قرار دهد و بناچار باید آن را به نحو قضایای حقیقیه و یا خطابات قانونی ابلاغ کند.

سوم اینکه از آن جا که شارع به عنوان مولای حقیقی انسان در تمام خطابات خود قصد هدایت‌گری داشته و همواره مصالح عباد را مد نظر قرار می‌دهد و هیچ نفعی از آن به خود او باز نمی‌گردد، چگونه می‌تواند در خطابات خود از شیوه موالی عرفی که جز منفعت خود چیزی مورد نظر آنان نیست تبعیت کند. آیا اگر خطابات موالی عرفی مشحون به ناسزاگویی و اهانت و... باشد شارع هم می‌تواند به عنوان مولای واقعی از این روش تبعیت کند.

چهارم اینکه نوع خطابات موالی عرفی از نوع خطابات شخصیه است؛ حتی آنجا که تعداد عیید او فراوان باشند و مبدع نظریه خطابات قانونیه، انحلال این نوع از خطابات را می‌پذیرد؛ در حالی که نوع خطابات قرآنی و الهی خطابات کلی است و همه آن را از نوع قضایای حقیقیه می‌دانند و امام این نوع از قضایا را به نحو خطاب قانونی می‌داند. خطابات شرعی اگر بعضاً به نحو خطابات شخصیه باشد، می‌تواند از قبیل خطابات موالی و عیید و قابل انحلال باشد؛ چون تنها مولای حقیقی اوست و بالطبع چنین خطابات قابل انحلال‌اند؛ اما سخن در نوع خطابات شرعی است که شخصی نیست.

پنجم اینکه نگاهی به خطابات کلی قرآنی، خصوصاً آن جا که مؤمنین را مخاطب قرار می‌دهد یا در صدد وضع تکلیفی جدید است، به وضوح نشانگر این نکته است که شارع مقدس در این خطابات طریق موالی عرفی را نرفته است؛ گاهی با مهربانی امر و نهی می‌کند، گاهی عتاب همراه با خیرخواهی دارد؛ مثل آیات «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم الصیام کما کتب علی الذین من قبلکم لعلکم تتقون» * آیات معدودات فمن کان منکم مریضاً أو علی سفر فعدة من ایام أخر... یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر...» (بقره/۱۸۳-۱۸۵) و آیه «یا ایها الذین آمنوا ما لکم اذا قیل لکم انفروا فی سبیل الله اثاقلتم الی الاوض ارضیتکم بالحیوة الدنیا ...». (توبه/۳۸) همچنین در موارد فراوانی بر خلاف مشی موالی عرفی نسبت به عیید خود به علت، حکمت یا مصلحت حکم اشاره کرده و سعی بر توجیه عقلائی عبد دارد؛ آیاتی از قبیل: «یا ایها الناس اعبدوا و بکم الذی خلقکم و الذین من قبلکم لعلکم تتقون» (بقره/۲۱)، «کتب علیکم القتال و هو کره لکم و عسی أن تکرهوا شیناً و هو خیر لکم ...» (بقره/۲۱۶) «و لا تتکفوا المشرکات حتی یؤمنن و لا امة مؤمنة خیر من مشرکة و لو أعجبتکم و لا تتکفوا المشرکین حتی یؤمنوا و لعلکم مؤمنین خیر من مشرک

و لو أعجبکم...» (بقره/۲۲۱) «و لا تهنوا و لاتحزنوا و انتم الاعلون ان کنتم مومنین * ان یمسسکم قوح فقد مس القوم قوح مثله و تلك الايام نداولها بین الناس...» (آل عمران/ ۱۳۹-۱۴۰)، «وأتوا الیتامی أموالهم ولا تبدلوا الخبیث بالطیب...» (نساء/۲) از این قبیل است. چنین اموری در خطابات و اوامر و نواهی موالی عرفی نسبت به عبید خود دیده نمی شود.

ششم اینکه در مقابل آن چه ادعا شد که بسیاری از امور محلل به زبان امر ابلاغ شده می توان گفت، بسیاری از احکام به لسان گزاره های اخباری جعل شده اند که همان زبان جعل قانون است. برای مثال آیاتی چون: «و الوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن أراد أن یتیم الرضاعة و علی المولود له روقهن و کسوتهن بالمعروف...» (و الذین یتوفون منکم و یذرون أولواجله یتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشره فإذا بلغن أجلهن فلا جناح علیکم فیما فعلن فی أنفسهن بالمعروف ...» (نساء/۲۳۳-۲۳۴)؛ «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فریضة فنصف ما فرضتم...» (بقره/۲۳۷) همچنین آیات دربردارنده احکام ارث نوعاً این چنین است و لسان امر و نهی ندارد بلکه به نحو توصیه است «یوصیکم الله فی أولادکم للذکر مثل حظ الأنثیین...». (نساء/۱۱-۱۲ و ۱۷۶)

هفتم اینکه در خطابات موالی عرفی هرگز برای عبید حق اختیار در انجام و عدم انجام فعل در نظر گرفته نمی شود؛ اما در خطابات الهی حق عصیان برای عباد وجود دارد؛ یعنی اکراه و جبری وجود ندارد. تعبیری از قبیل لا اکراه فی الدین، لکم دینکم و لی دین، ما علی الرسول الا البلاغ، ما انت علیهم بمسیطر، در قرآن فراوان هست در حالی که در موالی عرفی این گونه نیست و عبید عرفی راهی جز اطاعت ندارند.

اشکال دوم: استحاله اهمال در احکام الهی

این اشکال از سوی عده زیادی از اصولیان معاصر مطرح شده است و به عنوان یک مبنا در سایر مباحث اصولی هم کاربرد دارد؛ چکیده اشکال این است:

الف: احکام شرعیه تابع اغراض است و اغراض هم مترتب بر واقع است و در واقع هم اهمال محال است.

ب: حکم از افعال اختیاریه است و فعل اختیاری محال است از شخص مختار بدون التفات صادر شود.

ج: موضوع و متعلق به اقسامی منقسم می شود که این اقسام دو قسم اند، انقسامات در رتبه قبل از خطاب مثل قدرت و عجز، و انقسامات بعد از خطاب مثل علم و جهل.

د: حاکم یا التفات به این انقسامات دارد یا ندارد و قسم ثالث ندارد.

حال با توجه به این مقدمات، وقتی حاکم ملاحظه کرد اگر بخواهد حکمش نسبت به قدرت مهممل

باشد، هم استحاله در غرض لازم می‌آید و هم استحاله در فعل اختیاری، که هر دو باطل است و اگر بخواهد مطلق باشد؛ لازمه‌اش: «بعث من لا یقبل الانبعث و زجر من لا یتمکن من الانزجار» است، که بر حکیم محال است؛ پس چاره‌ای نیست الا اینکه حکم مقید به قدرت باشد که قهرا این مبنا باطل می‌شود (مددی، ۱۵۲-۱۵۳)

پاسخ:

حاصل اشکال این است که بر فرض پذیرش اینکه خطاب انحلال پیدا نمی‌کند، اما جعل ملاک دارد و جعل شارع تابع همان ملاکات است. مقتضای این ملاکات این است که جعل هم محدود شود، زیرا وقتی «زجر من لا ینزجر و بعث من لا ینبعث» ممکن نبود، جعل هم محدود می‌شود به «من ینبعث». به عبارت دیگر ملاک جعل مثل یک قرینه عقلیه متصله می‌ماند، شبیه یک قرینه ارتکازی است و همچون یک قید متصل لبی عمل کرده و جعل را مقید می‌کند. پاسخ این است که این زجر، اصلاً نظر به فرد ندارد، تا «زجر من لا ینزجر» بشود. اینجا اهمال در واقع اشکالی ندارد چون الآن موضوع شهروند است، موضوع زید و بکر نیست. به عبارت دیگر درست است که جعل ملاک دارد اما در خطاب قانونی دایره ملاک از دایره خطاب وسیع‌تر است. برای صحت خطاب قانونی کافی است که اکثریت افراد جامعه مخاطب امکان امثال داشته باشند و البته اینجا هم اگر فقط اقلیتی توان امثال دارند خطاب حتی اگر به نحو قانون هم باشد قبیح است؛ اما اگر فقط عده خاص عاجز باشند چون انحلالی در آن نیست قبحی در آن نیست (مددی، ۱۵۳-۱۵۴).

به عبارت دیگر خطابات، به نحو قضایای حقیقیه نیستند، اصلاً حکم آن‌ها بر افراد نیست، بلکه بر طبیعت است. بنابراین، خطابات اصلاً از نوع قضایای محصوره نیستند تا بگوییم خارجیه‌اند یا حقیقیه، بلکه از نوع طبیعیه‌اند؛ حکم آن‌ها علی‌الطبیعه است، نه علی‌الافراد.

از این‌رو است که -مثلاً- خطیب وقتی سخنرانی می‌کند، بعضی از مردم پای منبر او خوابند، ولی این مانع خطاب او نیست. در خطابات کتبی قانونیه هم حکم به همین صورت، بر همه ثابت است، اگرچه لازم نیست تمام افراد شرایط خطاب را داشته باشند؛ همین که جمعی که «یصح التکلیف و الخطاب إلیهم» در بین این جمع باشند، کافی است که جمع مورد خطاب قانونی واقع بشوند. در حقیقت، حکم در حق کل فرد نافذ است، ولی اراده متعلق به قانون، مقوم این حکم است. به تعبیر دیگر، می‌توان گفت: اراده، که به قانون عام و طبیعت تعلق گرفته است، انحلال حکمی پیدا می‌کند، نه انحلال حقیقی؛ در حکم انحلال است؛ یعنی حکم این قانون برای همه افراد ثابت است، ولی خطاب به کل فرد فرد تعلق نگرفته است و این عقلایی است (خطابات قانونیه، مصاحبه با محمدعلی گرامی، ۴۳-۴۴).

به عبارت سوم مولا در مقام جعل -چه موالی عادی، چه قانون‌گذاران عادی و چه شارع متعال- وقتی

که خطابی را روی یک عنوان قرار دادند، آن خطاب را باید در حد قدرت آن عنوان لحاظ کنند و الا لغو است و از این جهت، بر ایشان قبیح است.

اما نسبت به خصوصیات فردیه، قدرت و عدم قدرت بعضی از اشخاص، مشخصات فی الجملة برای هر فرد جزء لوازم است، «و الا لا یتشخص»، در نتیجه، «الشیء ما لم یتشخص لا یوجد»، اما این مشخصات لحاظ نشده است، و بر این قول هم که، در قوانین عقلایی ممکن است این جهات را نبینند، ولی در قوانین الهی، خدا با احاطه و قیومیت و علم مطلق که دارد، باید تمام ریزه‌کاری‌های مکلف را ببیند و لحاظ بکند، دلیل متقنی در بین نیست (محقق داماد، ۱۰۵).

اشکال سوم: عویصه انحلال ضمنی خطابات قانونیه

خلاصه اشکال این است که در این که هر کسی خطاب مستقل ندارد سخنی نیست و کسی هم نگفته خطابات کلی به تعداد مکلفین به خطاب شخصی مستقل انحلال پیدا می‌کند، اما چه دلیلی دارد که انحلال ضمنی خطابات را منکر شویم؟ امری که صریح کلام محقق اصفهانی و دیگران است؛ مقصود از انحلال ضمنی این است که این خطاب کلی به لحاظ عقلی تطبیق بر موارد متعدد می‌شود، و مصداق این حکم واقع می‌شود؛ آیا امام خمینی می‌تواند منکر این شود؟ با قبول انحلال ضمنی امکان ندارد عقلا و شارع حکیم در خطابات خود عاجز و ناسی و ساهی و... را مخاطب قرار دهد و بر فرض عقلا از باب غفلت چنین کاری کنند و بطور مطلق حکم کنند اما از شارع علیم حکیم ممکن نیست. زیرا تحریک اینان در هر صورت نامعقول است؛ نمی‌شود مولا طبیعتی را تحریک کند که لازمه‌اش تحریک غیر قادر باشد (لاریجانی، ۱۹۰ و ۱۹۳ و ۱۹۸).

قانونیت به این شکل ظاهر^۱ حل شدنی نیست، مگر اینکه مقصود نهایی این باشد که مولی می‌خواهد انشائی کند که عده‌ای را تحریک کند، برای این منظور، هم می‌تواند خطاب را مقید آورد و هم مطلق؛ حال مولی مطلق آورد؛ این سخن به لحاظ ثبوتی درست است، اما به لحاظ مقام اثبات مشکل است؛ آیا ظهور خطابات این نیست که به داعی بعث بالفعل است؟ در عصیان کاران و کافران و جاهلان به حکم قرینه بیرونی عقلی هست، اما در مورد قادر، آن قرینه وجود ندارد، باید گفت که مقید است. به نظر من نفس قانونیت به این معنی مادام که انحلال حکمی صورت نگیرد و اشخاص خودشان را داخل در موضوع خطاب نبینند، امکان بعث ندارد، و اگر فرمایش ایشان به همان حرف اول برگردد، مشکل ثبوتی حل می‌شود، اما ظهور اثباتی باقی می‌ماند (لاریجانی، جلسه ۲۱۵).

پاسخ:

پاسخ این اشکال همان پاسخ قبلی است و خود ایشان هم در ذیل بحث به آن اعتراف نموده‌اند؛ و اشکال را در جهت اثباتی برده‌اند؛ به این معنا که این امر خلاف ظاهر خطابات است که از آن‌ها بعث و

تحریک بر می آید. لکن باید گفت اگر اصل خطابات قانونیه را بپذیریم دیگر ظهوری برای خطابات در بعث و زجر نمی ماند. به علاوه آن چه استاد محترم به شدت روی آن تأکید دارند این است که خطاب به هر نحوی باشد چه شخصی و چه قانونی نمی تواند از داعی تحریک مخاطب خالی باشد؛ در حالی که نقطه قانونی خطابات قانونیه این است که خطابات در این مرحله هرگز به قصد تحریک کسی جعل نشده اند بلکه هدف اصلی و قریب، بلکه تنها هدف آن جعل قانون است. بعلاوه عده قلیلی دعویت تحریک را جزء ماهیت حکم می دانند و در بحث بررسی انظار در تبیین ماهیت و حقیقت حکم از قضا استاد محترم روی هم رفته نظریه آغاضیا را ترجیح می دهند که ایشان حقیقت حکم را اراده مبرزه دانسته و دعویت را در جوهره حکم دخیل نمی دانند.

اشکال چهارم: لزوم فرق بین مطلق با عام و عدم افتراق بین عام مجموعی با عام افرادی

لازمه عدم انحلال خطابات تفصیل بین احکام قانونی مطلق با احکام قانونی عام است؛ زیرا شکی در انحلال خطابات است که به نحو عام افرادی صادر شده اند نیست؛ در حالی که تفصیل بین احکام الهی مطلق و عام از این حیث درست نیست. اگر قابل انحلال اند هر دو این گونه اند. بله انحلال یکی به دلالت مطابقی است و انحلال دیگری به دلالت التزامی. لازم دیگر انحلال این است که نباید فرقی بین عام مجموعی و عام افرادی گذاشته شود؛ زیرا تنها فرق این دو انحلال عام افرادی و عدم انحلال عام مجموعی است و بنا بر قول به قانونی بودن همه خطابات هیچکدام قابل انحلال نیستند. پس فرق آن دو به چیست (قدسی، ۱/ ۴۵۱).

پاسخ:

امام خمینی در باب موضوع بین عام و مطلق فرقی نمی گذارند، فقط در باب متعلق بین عام و مطلق فرق گذاشتند. مطابق نظر ایشان اگر مولا گفت «احل الله کل بیع» اینجا انحلال هست، برای اینکه لفظ «کل» برای دلالت بر افراد وضع شده است و اگر مولا گفت «احل الله البیع»، اینجا انحلال ندارد؛ «احل الله البیع» به تعداد بیع ها در عالم خارج انحلال پیدا نمی کند، اما «احل الله کل بیع» به تعداد بیع ها در عالم خارج انحلال پیدا می کند. این سخن امام در باب متعلق است. اما در باب موضوع می فرمایند موضوع در خطابات قانونیه عام است اعم از اینکه با الفاظ عموم باشد یا نباشد! در نظر امام بین «یجب علی المكلف» که مطلق است، با «یجب علی کل مکلف» فرقی وجود ندارد. این یک نکته مهمی است، در برخی از مقالاتی هم که راجع به خطابات قانونیه نوشته شده، به این جهت توجه نشده است؛ مدعای امام در خطابات قانونیه مربوط به موضوع تکالیف است، اصلاً اینجا راجع به متعلق حرفی ندارند، راجع به متعلق ایشان می فرمایند متعلق کلی به افراد اشاره ندارد مگر آن عام استغراقی باشد، آنجا انحلال وجود دارد. مطابق دیدگاه امام در خطابات قانونیه همین که متکلم در مقام جعل قانون است قرینه است که حتی

اگر کلمه «کل» هم بیاید باید در آن تصرف کرد (فاضل لنکرانی، جلسه ۱۱۱).

اشکال پنجم: مخالفت قول به خطابات قانونیه با ظاهر برخی از آیات

ادعای امام این بود که دلیلی عقلی یا نقلی نداریم که احکام شرعی مقید به قدرت شده است. اشکال این است که آیه شریفه «لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسَهُ إِلَّا وَسْعَهَا» به صراحت دلالت بر تقيید دارد آیه ظهور در مولویت دارد و دلالتی بر ارشادیت ندارد. آیه اولاً ظهور در این دارد که مسئله را روی تکلیف می آورد نه روی امتثال خارجی؛ و به خودش هم اسناد داده، ثانیاً بعد از این که مسئله را روی «نفسه» آورده، استفاده می شود که شارع در تمام تکالیف نفوس را در نظر می گیرد. مطابق این آیه برای عاجز تکلیفی جعل نشده، آن کسی که قدرت ندارد، برایش تکلیفی جعل نشده است و اثبات آن بوسیله خطابات قانونی نیاز به یک دلیل محکمی دارد. این آیه ظهور روشنی دارد که تکالیف متعلق به نفوس است و شارع اشخاص را در نظر می گیرد و الآن می فرماید در تمام تکالیفی که ما در شریعت بیان کردیم، عاجزین را در نظر نگرفتیم. عاجزین از دایره تکلیف خارج هستند و آن اشخاصی که در نظر گرفته شدند، این ها اشخاص قادر هستند (فاضل لنکرانی، جلسه ۱۱۲).

پاسخ:

اولین اشکالی که بر این نظر وارد است این است که بنا بر انحلال تکالیف، تکلیف عاجز و جاهل و ساهی و نائم و غافل ممکن نیست؛ التزام به این امر توالی فاسدی دارد که در بخش ثمرات قول به خطابات قانونیه آن را بر شمردیم؛ مثل این که در این صورت حدیث رفع در بسیاری از موارد خود لغو است و مثل این که دلیلی بر وجوب قضا بر نائم و ساهی پیدا نخواهد شد و...

پاسخ دیگر این است که به خاطر همین لوازم فاسد، آیه بر معنای دیگری حمل شود؛ مثلاً گفته شود مراد از آیه تکلیف فعلی است نه تکلیف انشائی؛ به این معنا که تکلیف در حق عاجز به فعلیت نمی رسد. در خود آیه هم قرینه بر این هست که اصل تکلیف به نحوی در حق همه ثابت است و آن ذیل آیه است: «وَبِنَا لَا تَوَاضَعُونَ إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا وَبِنَا وَلَا تَحْمِلُنَا عَلَيْنَا إِصْوَا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا...» (بقره/۲۸۲) ذیل آیه از خداوند درخواست رفع مؤاخذه بر خطا و نسیان دارد و رفع عقاب در جایی است که استحقاق آن باشد و استحقاق جایی است که حکمی وجود داشته باشد و به هر دلیلی امتثال نشود. در واقع به نوعی می توان گفت درخواست عدم فعلیت آن دسته از احکام انشائی است که به خاطر نسیان و خطا مورد غفلت واقع شده اند تا در نتیجه از تبعات مخالفت با قانون در امان باشند.

اشکال ششم: انکار وقوع خطاب قانونی در عرف

گفته شده که حتی در قوانین عرفی هم چنین نیست که قانونی را جعل کنند و بعد تخصیصات و

تقییدات و تبصره‌های آن را بیاورند؟ در اکثر قوانین این گونه نیست و اگر احیاناً در قوانین بشری چنین امری اتفاق بیفتد، در بسیاری از اوقات، دلیلش جهل و عدم توجه از سوی قانون‌گذار است. زمانی هم که تخصیص نیاورده انشاء صرف نیست بلکه اجرا می‌شود و منتظر تخصیصات و تقییدات نمی‌مانند. دلیلش هم این است که قانون‌گذار اصلاً قانون را برای اجرا، جعل می‌کند. ما قانونی نداریم که به نحو قانون انشائی باشد و بماند تا تخصیصات و تقییدات آن بیاید. البته ممکن است برای اجرای قانونی، یک زمان خاصی را وضع کنند، اما این غیر از این است که قوانین یک مرتبه داشته باشند که به نحو اهمال باشد و بعد تخصیصات و تقییدات آن بیاید. پس تبصره‌های قانونی معمولاً ناشی از جهل در شناخت مصالح و مفاسد است که این نحوه از مشکلات در بحث اوامر و نواهی مولوی شرعی قابل طرح نیست (لاریجانی، جلسه ۴۵۷).

پاسخ:

انکار خطابات قانونی در عرف قانون‌گذاری دنیای امروز انکار بدیهی است؛ البته ممکن است برخی از تعبیراتی که در برخی از تفریقات از خطابان قانونی شده مورد قبول نباشد اما اصل جعل قوانین به نحو مذکور رویه‌ای معمول در مجامع قانون‌گذاری دنیاست؛ این امر هم در قوانین جهانی هست، هم در قوانین کشوری و هم در قوانین شهری. در هیچ‌یک از این قوانین بحث و زجری نیست؛ نظری هم به حالات و شرایط مخاطبین قانون ندارند و به نحو کلی برای عموم جوامع و مخاطبین وضع می‌کنند؛ آن‌گاه اگر در مقام اجرا با مشکلی روبرو شدند یا این که بعضاً قانون قابل اجرا نبود؛ در همان موارد اجرای آن را متوقف می‌کنند اما قانون همچنان پابرجا و غیر قابل نقض باقی می‌ماند.

مثلاً در امور شهری برای بهبود وضعیت بهداشت فضاهای عمومی و ایجاد فضای سبز قانون مالیاتی خاصی را تصویب می‌کنند؛ این قانون به نحو انشائی در مورد عنوان شهروند وضع می‌شود بدون این که خصوصیات و حالات شهروندان مد نظر قرار گرفته باشد؛ پس از آن در مقام اجرا وقتی دیده می‌شود برخی از این شهروندان مجانین ساکن در آسایشگاه‌ها هستند، در حق آنان به مرحله اجرا در نخواهد آمد. اما بر فرض اگر مجنونی پیدا شد و خواست چنین مالیاتی بپردازد شکی نیست که همان ملاک و مصلحتی که قانون در حق دیگران داشته در حق او هم دارد و وجهی که او به عنوان مالیات می‌دهد همان قدر در آبادانی شهر دخیل است که افراد سالم همان وجه را می‌پردازند. همین گونه است عبادات بچه نابالغ؛ او هم فعلش ملاک دارد گر چه خود را مخاطب «اقم الصلوة» نمی‌بیند. نکته مهم این است که اگر صبی و مجنون خود را مخاطب این تکالیف نمی‌بینند بخاطر تخصص ذاتی این تکالیف نیست چون در خطابات قانونیه اصولاً لحاظ احوالات مکلفین نگردیده است؛ بلکه بخاطر ادله دیگری است که تکلیف را از آنان برداشته است.

به همین نحو آن جا که سازمان ملل قانونی برای کشورهای عضو وضع نماید اگر کشوری به هر دلیل امکان اجرای آن قانون را نداشت و آن دلیل مورد قبول سازمان ملل قرار گرفت، آیا گفته می‌شود که قانون از اول در مورد این کشور قید خورده یا این که قانون هنوز هم به اطلاقش باقی است و در این کشور خاص قابل اجرا نیست و لذا مورد مؤاخذه هم قرار نمی‌گیرد.

اشکال هفتم: اشکال نقض غرض

اشکال دیگر لزوم نقض غرض حکم مولا است که غیر از اشکال لغویت خطاب است. توضیح این که گاهی معقول نبودن حکم از باب لغویت است در این صورت قابل پاسخ است زیرا هم امام و هم دیگران که متعلق حکم را جامع بین مقدور و غیر مقدور می‌دانند در این جا هم می‌توانند پاسخ دهند که چون حکم به جامع بین عاجز و غیر عاجز خطاب شده؛ نه به خصوص قادر و نه به خصوص عاجز، لغویتی پیش نمی‌آید؛ مولا هیچ‌یک از دو خصوصیت را مد نظر نگرفته است بلکه آن مفهومی که بتواند جامع بین دو حصه باشد را، بدون لحاظ دو صفت متضاد آن مورد خطاب قرار داده است و در بسیاری از موارد، مطلق گذاشتن امری نمونه زایدی هم نمی‌طلبند.

اما اشکال نقض غرض وجود دارد. اگر موضوع، طبیعت مکلف است و فرض این است که هر فردی خودش را مصداق این طبیعت می‌داند، و مولا هم با حکم خود می‌خواهد جعل داعی برای همه کند. اگر برای حصه‌ای جعل داعی معنا نداشته باشد، جعل داعی برای آن‌ها نه فقط لغو است که نقض غرض است. اگر غرض، جعل داعی ولو امکانی باشد، عاجز نمی‌تواند حرکت کند، پس خطاب به او، نقض غرض است. اصلاً معنا ندارد به عاجز ولو به نحو انحلالی بگویند حج بر تو واجب است. اگر قانون‌گذار، قانونی وضع کند که به اطلاقش بگوید: فلج‌ها هم باید بدوند، این ارتکازاً نادرست است. چون اگر مقصودش از اینکه هر کسی باید بدود، جعل داعی برای همه مکلفین باشد به طوری که فلج‌ها هم خود را مصداق این خطاب ببینند، این جعل داعی نسبت به مکلف نقض غرض است چون مکلف عاجز نمی‌تواند حرکت کند (لاریجانی، جلسه ۳۸۴).

پاسخ:

جواب از این اشکال با اندک تأمل در محتوای نظریه خطابات قانونیه روشن می‌شود؛ زیرا اساس این نظریه بر این امر استوار بود که غرض اولیه از جعل احکام انشائی جعل قانون است نه بعث و زجر؛ و پس از آن که مکلف خود را مصداق این حکم انشائی دانست حکم برای او فعلی خواهد شد و خود به خود اقتضای داعیوت امکانی برای او را دارد. به علاوه مطابق نظریه خطابات قانونیه مخاطب شارع جامعه است نه یک‌یک افراد و در این صورت زمانی نقض غرض لازم می‌آید که در کل جامعه امکان انبعاث نباشد و این

در صورتی است که هیچ کس در جامعه منبعث نشود و با تنزل، نقض غرض در صورتی است که تعداد معتنابه منبعث نشوند.

اشکال دوم این است که فرقی بین این اشکال و اشکال لغویت نیست و در واقع نقض غرضی انجام نشده است؛ زیرا نقض غرض در آن جاست که غرضی باشد و سپس به خاطر کاری از سوی صاحب غرض، غرض او از بین برود؛ در حالی که در اینجا غرض علی الفرض غرض هست اما در عاجز تحصیل غرض امکان پذیر نیست؛ غرض داشتن از کاری که آن غرض در آن کار محقق نمی شود، کاری لغو است و نه نقض غرض.

اشکال هشتم: اشکال در کیفیت تصویر خطابات قانونیه

تنها اشکالی که می توان به نظریه خطابات قانونیه وارد دانست اشکال در تعریف و مبانی تصویری خطابات قانونی است و الا اصل وجود خطابات قانونی در عرف و شرع قابل خدشه نیست و اتقان اصل مبنا و دقت آن به علاوه فواید فراوانی که در سرتاسر فقه و اصول فقه بر آن بار می شود قابل تحسین است و بر روان پاک مبدع آن باید درود فرستاد. بنا براین اشکال اخیر در واقع به نحوی زدودن گرد و غبار از آینه نظریه است که شاید بر قلم برخی از مقررین نشسته باشد. در واقع بازگشت این اشکال در درجه اول به تقسیم مراتب حکم به انشائی و فعلی است به آن معنایی که صاحب نظریه خطابات قانونی قائل به آن است و در درجه دوم به جای دادن خطابات قانونی در معنای خاص احکام انشائی مورد نظر ایشان متوجه می شود.

توضیح این که توصیف خطابات قانونیه به اینکه نسبت به مقیدات و مخصصات ابهام دارد و در مرحله انشا لحاظ قیود و تخصیصات نشده، اگر به طور مطلق، حتی در قیود متعلق هم مراد باشد قابل پذیرش نمی باشد؛ اما اگر اختصاص به قیود موضوع حکم باشد درست است و این تفکیک به نحوی گویا و صریح در هیچ یک از نوشته ها و تقریرات دیده نشد. در حکم انشائی به معنای جعل و وضع قانون گر چه لحاظ خصوصیات موضوع نمی شود اما نسبت به متعلق حکم همه خصوصیات و ویژگی ها لحاظ می شود؛ به خصوص اگر جاعل حکم شارع علیم و حکیم باشد. مثلاً آن گاه که به نماز امر می شود نمی توان گفت مولای حکیم هیچ تصور واضحی از نماز ندارد و فقط حکم را بر عنوان مبهم نماز وضع می کند؛ او از اول که حکم می کند، حتی اگر به معنای جعل قانون باشد، همه اجزا و شرایط و خصوصیات و قیود نماز را مد نظر قرار می دهد و سپس حکم را بر آن وضع می کند اما این که مکلف به این حکم کیست و چه خصوصیتی باید داشته باشد، لحاظش در حکم انشائی به معنای جعل قانون لازم نیست و نوعاً هم لحاظ نمی شود و به احتمال زیاد صاحب نظریه خطابات قانونیه آنجا که می نویسد: «مراد از احکام انشائی احکامی است که در مورد موضوعات خود انشا شده اما هنوز به مقام اجرا نرسیده است؛ مثل احکام کلی

قبل از ورود مخصصات و مقیدات و با قطع نظر از آن‌ها؛ یا احکامی که هنوز زمان اجرای آن نرسیده است؛ مثل احکامی که هنوز نزد حضرت امام زمان به ودیعه سپرده شده و زمان اجرای آن‌ها به دلیل مصالحی که عنایات الهی مقتضی آن است، به بعد از ظهور موکول شده است.»، امام خمینی، لمحات الاصول، ۴۱۲؛ سبحانی، ۲۴۱/۱) مراد قیود و مخصصات نسبت به موضوع باشد؛ به همین خاطر همه ثمراتی که بر قول به خطابات قانونیه بار شده است در تقسیمات موضوع تکلیف است. و ممکن است این گونه توجیه شود که اینجا در مقام تبیین حکم انشائی است و این گونه نیست که احکام قانونی که خود از اقسام حکم انشائی‌اند همه خصوصیات حکم انشائی را داشته باشند؛ به نظر می‌رسد ایشان در این عبارات در پی شمارش انواع حکم انشائی است که مقسمی است برای احکام قانونیه و احکامی که هنوز مقیدات و مخصصات آن از سوی قانونگذار نیامده است.

نتیجه‌گیری

مطابق مباحثی که گذشت نتایج زیر قابل حصول است:

خطابات قانونی، آن دسته از خطابات است که به داعی جعل قانون و نه به داعی تحریک و بعث یا زجر انشا شده‌اند گر چه در ظرف خود قابلیت تحریک یا انزجار مکلف را دارند.

مخاطب خطابات قانونی جامعه است و نه یکایک افراد؛ در نتیجه خطاب قانونی هرگز منحل به خطابات شخصی نمی‌گردد؛ عدم انحلال اختصاص به گزاره‌های انشائی ندارد بلکه در گزاره‌های خبری هم جاری است.

نمونه خطابات قانونی به وفور در جعل قوانین عرفی شهری، استانی، کشوری و جهانی در بین عرف عقلای عالم در همه قرون بشری، از زمانی که بشر با قانون و جعل آن آشنا شده، رواج داشته است.

قول به خطابات قانونیه در مجعولات شرعی از ادله و شواهد قوی‌ای برخوردار است.

بسیاری از معضلات در ابواب مختلف فقه و اصول فقه که معرکه آراء شده با قبول این مبنا به راحتی قابل حل است؛ موارد مهم آن در مقاله آمده است.

اشکالات و ایراداتی که به این مبنا شده قابل پاسخ است و بیشتر آن از عدم رسیدگی دقیق به اصل مبنا ناشی می‌شود.

برخی از تقریرات این نظریه اندک ابهامی دارد که با دقت در سایر تقریرات قابل حل است و در مجموع اصل مبنا قابل پذیرش خواهد بود.

منابع

- خمینی، امام روح الله، *لمحات الاصول*، تقریرات درس آیت الله سیدحسین بروجردی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- _____، *مناهج الوصول الى علم الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، تقریرات درس امام خمینی، قم، دار الفکر، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *تمهید القواعد الاصولیه و العربیه لتفريع قواعد الاحکام الشرعیه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- طبری، محمدبن جریر، *جامع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار المعرفة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- عرب صالحی، محمد، «کارکردهای عقل عملی در اصول فقه شیعه»، بهار ۱۳۹۱، *قبسات*، شماره ۶۳، صص ۱۱۱-۱۳۶.
- قدسی، احمد، *انوار الاصول*، تقریرات درس ناصر مکارم شیرازی، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- لاریجانی، صادق، *تقریرات درس خارج اصول*، نسخه تایپی (چاپ نشده).
- مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، *خطابات قانونیه* [مجموعه مصاحبه: مصاحبه با محمدعلی گرامی، صص ۳۷-۶۵؛ مصاحبه با صادق لاریجانی، صص ۱۸۳-۲۰۰؛ مصاحبه با سید مصطفی محقق داماد، صص ۹۹-۱۱۷؛ مصاحبه با سید احمد مددی، صص ۱۱۷-۱۵۷]، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- فاضل لنکرانی، جواد، درس خارج، جلسه ۱۱۱ و ۱۱۲، سال ۱۳۹۰، موجود در پایگاه اطلاع رسانی ایشان به آدرس: fazellankarani.com

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۱۵۲-۱۳۳

بررسی فقهی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين در حقوق بين الملل خصوصى*

حسین قافی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم و عضو هیئت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

Email: hghafi@rihu.ac.ir

دکتر سید حسن وحدتی شبیری

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

Email: vahdati11@gmail.com

چکیده

از جمله مباحثی که در حوزه حقوق بین الملل خصوصی مطرح است و درباره آن اختلاف نظرهایی وجود دارد، مسأله تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. امروزه از منظر حقوقی بسیاری بر این باورند که براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله عمدتاً بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، به صورت شرط ضمن عقد، مورد بررسی قرار گرفته و به این پرسش توجه شده که آیا چنین شرطی صحیح و معتبر است یا خلاف شرع و فاقد اعتبار؟ به نظر می رسد احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از احکام شرعی قابل تغییری به شمار می آید که طرفین می توانند به کمک شرط ضمن عقد و یا عقد صلح آن را تغییر دهند؛ از این رو در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود. اما در مورد احکام غیر قابل تغییر یعنی قواعد آمره شرعی مانند اهلیت و قصد و رضا، انتخاب قانون حاکم توسط متعاقدين معتبر نیست و نمی توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.

کلید واژه ها: قانون حاکم بر قرارداد، حاکمیت اراده، شرط ضمن عقد، شرط غیر مشروع، قواعد

امری، قواعد تکمیلی

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۷/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۴/۰۵.

مقدمه

یکی از مباحثی که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود، مسأله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی است. در قراردادهایی که یک عنصر خارجی در آن وجود دارد، مثلاً یکی از طرفین عقد یا هر دو، از اتباع خارجی هستند یا محل انعقاد قرارداد و یا محل اجرای آن خارج از کشور است این موضوع مطرح می‌شود که قانون چه کشوری بر این قرارداد حاکم است. صحت، بطلان، شرایط، احکام، تعهدات و آثار عقد چه در مرحله انعقاد، چه در مرحله اجرا یا حتی در صورت عدم اجرا و ورود خسارات ناشی از نقض تعهد با توجه به کدام قانون بررسی می‌شود و مورد حکم قرار می‌گیرد؟ قانون ملی متعاقدين یا قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرای تعهد و یا قانون انسب و یا اینکه براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله در ضمن دو بخش ابتدا کلیاتی در مورد روش‌های تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مطرح می‌شود و سپس به بررسی میزان اعتبار اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد از دیدگاه فقهی می‌پردازیم:

کلیاتی در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد از منظر حقوقی

شیوه تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای بین‌المللی که در زمینه مسائل مالی و تجاری افراد منعقد شده است، با توجه به قواعد حل تعارض سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است متفاوت باشد، منظور از قواعد حل تعارض، قانون داخلی یک کشور است که راه‌حل مسأله و قانون حاکم بر دعاوی بین‌المللی که یک عنصر خارجی در آن دخیل است، را مشخص می‌کند؛ اعم از اینکه قانون ماهوی همان کشور را صالح بدانند یا به قانون کشور خارجی ارجاع دهد.

بطور کلی در مورد تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی عمدتاً دو روش وجود دارد و قواعد حل تعارض کشورهای مختلف معمولاً به یکی از دو روش زیر قانون صالح را تعیین می‌کنند:

۱. بطور مستقیم و با روش عینی و جزئی بدون در نظر گرفتن اراده طرفین قرارداد.
۲. بطور غیرمستقیم و با روش ذهنی و شخصی و براساس اصل حاکمیت اراده (نیکبخت، ۱۳).

۱. روش عینی یا جزئی

در روش و ضابطه عینی یا جزئی، قانونگذار مستقیماً قانون حاکم بر قرارداد را معین می‌کند و در این رابطه به خواست و اراده طرفینی توجهی نمی‌شود، مثلاً ممکن است، قانون کشور محل انعقاد قرارداد به عنوان قانون صالح تعیین گردد؛ چنانکه اغلب سیستم‌های حقوقی کشورهای جهان تا اواسط قرن نوزدهم

این شیوه را پذیرفته بودند و در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است» یا ممکن است قانون محل اجرای تعهدات و یا قانون متبوع طرفین، توسط قانونگذار، بر قرارداد حاکم گردد.

۲. روش ذهنی و شخصی

در روش ذهنی یا ضابطه شخصی، این اراده و خواست طرفین عقد است که می‌تواند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کند. قاعده حل تعارض به طرفین اجازه می‌دهد که فرد، قانون مورد نظر خویش را مشخص کنند و قرارداد منعقد را تابع آن اعلام کنند. این نظریه که مبتنی بر اصل آزادی و حاکمیت اراده است، برای اولین بار توسط «شارل دومولن» فرانسوی در قرن شانزدهم میلادی مطرح شد (الماسی، ۲۳۶؛ شیخ الاسلامی، ۱۷۵؛ شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۲۹۰). البته هرگاه طرفین صریحاً اراده خود را اظهار نکرده باشند و قانون حاکم را مشخص ننموده باشند باید به دنبال کشف اراده ضمنی آن‌ها بود و قانون حاکم را از طریق استنباط اراده ضمنی آن‌ها تعیین نمود (الماسی، همان). مثلاً در فرض عدم تعیین قانون حاکم، ممکن است محل وقوع عقد، قرینه‌ای بر اراده طرفین مبنی بر پذیرش قانون محل وقوع عقد تلقی شود یا امارات دیگری مانند اقامتگاه مشترک طرفین، تابعیت طرفین، زبان قرارداد و یا تعیین واحد پول کشور معین جهت پرداخت ثمن، دادگاه را در تشخیص اراده ضمنی طرفین یاری کند.

از نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد ضابطه شخصی که مبتنی بر «اصل حاکمیت اراده» است در میان حقوقدانان و سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف بیشتر مورد اقبال و پذیرش قرار گرفت به گونه‌ای که امروزه در اکثر کشورها این روش برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مورد توجه قرار می‌گیرد. البته بدیهی است این روش بصورت مطلق و بدون محدودیت پذیرفته نشده است بلکه استثنائات و محدودیت‌هایی هم برای آن در نظر گرفته شده است؛ از جمله می‌توان به مسائل مربوط به آئین دادرسی، موضوعات شکلی قرارداد، اهلیت طرفین، مسائل مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره مقرر دادگاه، فرض تقلب نسبت به قانون و فرض انتخاب قانون کاملاً بدون ارتباط با سوء نیت اشاره کرد (نیکبخت، ۸ و ۴۷). شایان ذکر است که هریک از دو روش عینی و شخصی دارای معایب و مزایایی هستند که پرداختن به آن از حوصله این نوشتار خارج است.

۳. روش‌های دیگر

علاوه بر دو روش عینی و شخصی ممکن است شیوه ترکیبی میان این دو روش نیز مطرح شود؛ به عنوان مثال اصل بر شیوه شخصی و «اصل حاکمیت اراده» طرفین قرار گیرد اما شیوه عینی و جزئی هم به صورت استثناء بر این اصل پذیرفته شود، مثلاً گفته شود که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خویش

را تعیین کرده‌اند همان قانون اعتبار دارد اما در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرای عقد، حاکم خواهد بود.

یا برعکس، اصل را بر شیوه عینی و جزئی قرار دهند و شیوه شخصی را در موارد استثنایی بپذیرند، چنانکه ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمنی تابع قانون دیگری قرار داده باشند». روش دیگری که درباره تعیین قانون حاکم بر قرارداد می‌توان مطرح ساخت، روش حاکمیت قانون مناسب یا «قانون انسب» است. یعنی نه بر اساس روش جزئی، قانونگذار مشخصه یک قانون مثلاً قانون محل انعقاد عقد را معین می‌کند و نه بر مبنای روش شخصی و براساس احترام به حاکمیت اراده طرفین، قانون منتخب آنان، به عنوان قانون صالح تلقی می‌شود بلکه قانونگذار مقرر می‌دارد که در هر پرونده قضایی بررسی کند که مناسب‌ترین قانون نسبت به این قرارداد چه قانونی است یعنی نزدیک‌ترین و بیشترین ارتباط این قرارداد با قانون چه کشوری است (شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۳۰۱)؛ مثلاً اگر موضوع قراردادی در مورد اموال غیر منقول باشد طبعاً قانون محل وقوع ملک، ارتباط بیشتری با موضوع دارد و مناسب‌تر خواهد بود ولی در فرضی که طرفین به صورت تصادفی در نمایشگاهی در کشور دیگری با هم قرارداد منعقد کرده‌اند اما اجرای همه یا بخش عمده تعهدات ناشی از این قرارداد در کشور ثالث است بدیهی است که قانون محل وقوع عقد چندان ارتباط عمیق و معناداری با قرارداد ندارد بلکه در این فرض قانون محل اجرای عقد مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

قانون داورى تجارى بين‌المللى ايران مصوب سال ۷۶، اصل را بر حاکمیت اراده قرار داده و در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، روش تعیین قانون انسب را مطرح کرده است. ماده ۲۷ این قانون مقرر می‌دارد:

«۱. داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد...»

۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد...».

البته این قانون در مورد دعاوی تجاری است که طرفین با تنظیم توافقنامه داورى رسیدگی به آن را به داورى موکول کرده‌اند نه اینکه رسیدگی در دادگاه صورت بگیرد، ولی با این وجود ممکن است با کمک تنقیح مناط بتوان حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد در فرض داورى را به فرض رسیدگی قضائی و دادگاه هم تسوی داد.

بررسی فقهی اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم

در بررسی بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، موضوع را می‌توان از این منظر نگریست که آیا متعاقدين حق دارند و می‌توانند در ضمن قرارداد، شرط کنند که چه قانونی حاکم بر قرارداد باشد و به عبارت دیگر آیا چنین شرطی صحیح و معتبر خواهد بود یا باطل و بلااثر تلقی می‌شود. آیا عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» شامل این شرط هم خواهد بود و طرفین را بدان ملزم خواهد کرد و حتی داور یا قاضی نیز باید بدان ترتیب اثر دهند یا اینکه این شرط خلاف شرع بوده و اعتباری ندارد.

در کتب فقهی برای صحت شروط ضمن عقد شرایطی مطرح شده است. مرحوم شیخ انصاری در کتاب شریف مکاسب در این زمینه هشت شرط را مطرح کرده است (انصاری، ۱۵/۶ به بعد). از میان شرایط مذکور آنچه که می‌تواند در بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد دارای تأثیر باشد بحث مشروع بودن شرط و عدم مخالفت شرط با کتاب است که در ضمن بند اول به بررسی آن می‌پردازیم.

همچنین از موضوعات دیگری که مطالعه و بررسی آن در این رابطه می‌تواند مفید و مؤثر باشد، بحث حق و حکم و تفاوت آن‌ها و نیز بحث تقسیم احکام شرع به تأسیسی و امضائی است که این دو موضوع در ضمن بند دوم و سوم مورد بررسی قرار می‌گیرد و در پایان هر قسمت از نتایج به دست آمده، برای موضوع تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین قرارداد استفاده خواهد شد.

بند اول: شرط نامشروع و شرط خلاف کتاب

برای لزوم مشروع بودن و عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به روایات بسیاری که در حد استفاضه‌اند بلکه می‌توان ادعای تواتر معنوی را درباره آن‌ها مطرح کرد استدلال شده است (انصاری، ۲۲/۶؛ نراقی، ۱۲۹ به بعد) که از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: «کل شرط خالف کتاب الله فهو رد» (حر عاملی، ۴۴/۱۳). «المؤمنون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عز وجل فلا یجوز» (همان، ۳۵۳/۱۲) «من اشترط شرطه مخالف لکتاب الله عز وجل فلا یجوز علی الذی اشترط علیه والمسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله» (کلینی، ۱۶۹/۵؛ حر عاملی، ۳۵۳/۱۲) «فان المسلمین عند شروطهم الا شرطه حرم حلالاً او احل حراماً» (شیخ طوسی، تهذیب، ۴۶۷/۷؛ حر عاملی، ۵۰/۱۵).

البته در برخی از این روایات علاوه بر عدم مخالفت، موافقت شرط با کتاب خداوند هم لازم دانسته شده است، اما می‌توان گفت در صورتی که شرطی به صورت خاص مخالف با آیات قرآن نباشد طبعاً مشمول عمومات قرآنی که مطلق تصرفات مباح را تجویز نموده است خواهد بود و با این بیان، موافق با قرآن به شمار می‌آید مثلاً شرط ساختن بنا یا دوختن لباس برای فروشنده یا خریدار چون مخالف آیات

قرآنی نیست، موافق آن محسوب می‌شود (انصاری، ۶/۲۵؛ محمد حسین اصفهانی، ۵/۱۲۶).

مخالفت شرط با کتاب هم به چند صورت قابل تصور است: گاه انجام عملی که ذاتاً از جهت تکلیفی حرام است در ضمن عقد شرط می‌شود مانند قتل یا ضرب دیگری و شرب خمر؛ اما گاه ثبوت وضعیت و یا حصول نتیجه‌ای که شارع آن را نمی‌پذیرد، شرط می‌شود مثل اینکه در ضمن قرارداد بیع شرط کنند که شخص بیگانه‌ای که هیچ‌گونه قرابتی با متعاملین ندارد، از آنان ارث ببرد یا شرط کنند انسان آزادی برده دیگری باشد که این شروط با احکام وضعی شرعی مخالف هستند.

فرض دیگر آنست که در ضمن عقد التزام به انجام عملی یا ترک عملی صورت گیرد که هرچند این عمل یا ترک فعل فی نفسه حرام نیست و از این جهت مخالفت با شرع ندارد اما التزام و پابندی به آن حرام و مخالف شرع است. در حقیقت این التزام، مصداق تحریم حلال و تحلیل حرام محسوب می‌شود و گویا به نوعی بدعت و تشریع بشمار می‌آید و لذا اینگونه شرط و التزام نیز باطل و حرام است (محقق داماد، قواعد فقه مدنی، ۲/۶۸). مثلاً اگر به وسیله قسم یا شرط ملتزم شود که تا پایان عمر یک عمل مباح مانند خوردن گوشت را ترک می‌کند این امر عرفی، تحریم حلال محسوب شده و قسم یا شرط مزبور باطل خواهد بود (بجنوردی، ۳/۲۳۲).

شیخ انصاری معتقد است احکام شرعی ممکن است به دو گونه برای موضوعات جعل شود: برخی از احکام برای ذات موضوع من حیث هو و صرف نظر از اینکه عنوان دیگری بر آن عارض شود یا نه، ثابت شده است که در این صورت منافاتی ندارد به واسطه عناوین دیگری که بر آن موضوع عارض می‌شود، حکم جدیدی هم برای موضوع ثابت شود. در این باره می‌توان مباحات، مستحبات و مکروهات را مثال زد که اگر متعلق نذر یا قسم یا دستور پدر واقع شوند انجام یا ترک آن ممکن است حرام یا واجب شود.

اما برخی از احکام که برای موضوعات جعل شده، فقط برای ذات موضوع در نظر گرفته نشده بلکه این موضوع با لحاظ همه عوارض و عنوان‌های خارجی که ممکن است بر آن عارض شود متعلق حکم قرار گرفته است مانند اکثر واجبات و محرمات؛ که در این صورت ثبوت حکم دیگری برای این موضوع با حکم قبلی منافات دارد. البته عناوینی مانند ضرر و جرح مستثنا هستند و قطعاً می‌توانند حکم پیشین را تغییر دهند. سپس می‌فرماید: شرطی که متعاقبین در ضمن عقد مطرح می‌کنند اگر مخالف با دسته اول از احکام باشد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی‌شود چون ادله وجوب و فایده شرط منافاتی با حکم پیشین این موضوعات ندارد اما اگر شرط، مخالف با یکی از احکام دسته دوم باشد التزام به چنین شرطی مخالف کتاب بشمار می‌آید و باطل است (انصاری، ۶/۲۶ - ۲۷).

تقسیم احکام شرعی به دو قسم مذکور، شبیه تقسیمی است که در علم حقوق مطرح می‌شود و در آن

قوانین را به دو بخش قوانین امری یا قواعد آمره و قوانین تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌کنند. قوانین امری احکامی است که مرتبط با نظم عمومی بوده و نمی‌توان برخلاف آن توافق نمود. این دسته از قوانین مشابه دسته دوم از احکام شرعی است که با شرط و توافق قابل تغییر نیستند. اما قوانین تکمیلی مقرراتی هستند که مادامی که توافقی برخلاف آن‌ها صورت نگرفته لازم الاجرا هستند ولی می‌توان برخلاف آن توافق کرد. این قسم از قوانین مشابه دسته اول احکام شرعی هستند که می‌توان با کمک شرط مخالف، آن را تغییر داد.

شیخ در ادامه تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، مشکل و دشوار است و لذا مجتهد باید با دقت و تأمل در آیات و روایاتی که حکم موضوعات را بیان می‌کنند تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست در نتیجه شرط، باطل و بلااثر می‌شود (انصاری، ۳۱/۶).

سؤال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود اینست که آیا طرفین قرارداد می‌توانند به وسیله شرط ضمن عقد، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند و آیا چنین شرطی صحیح است یا خلاف شرع و باطل تلقی می‌شود؟ به بیان دیگر احکام و آثاری که در فقه و شریعت برای قراردادهای مطرح شده است جزء کدامیک از این دو دسته احکام شرعی است، احکامی که توافق بر خلاف آن جائز است یا احکام و قواعد آمره شرعی که نمی‌توان آنرا با شرط تغییر داد؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت که توافق بر خلاف احکام و آثار قراردادهای نوعاً جائز است زیرا خود شارع مقدس اجازه خروج از تحت احکام و آثار مربوط به معاملات را داده است. شاهد مهمی که در این باره می‌توان مطرح کرد تشریع عقد صلح توسط شارع است. برخی از فقهای متأخر در تعریف عقد صلح گفته‌اند: «صلح عبارتست از تسالم و تراضی بر امری از قبیل تملیک عین یا منفعت، یا اسقاط حق یا دین و غیر این‌ها» (خوانساری، ۳/۳۹۲؛ ابوالحسن اصفهانی، ۲/۸۲) این تعریف هم شامل صلح دعوا می‌شود و هم صلح بدوی و ابتدائی را در بر می‌گیرد. هرچند فقهای پیشین تعریف خاص‌تری را برای عقد صلح مطرح کرده‌اند که تنها شامل صلح دعوا می‌شود، و بنا به تعبیر آنان «صلح عقدی است که برای فیصله دادن و قطع نزاع و مخاصمه تشریع شده است.» (عاملی، ۵/۴۵۴؛ محقق کرکی، ۵/۴۰۷؛ نجفی، ۲۶/۲۱۰؛ محدث بحرانی، ۲۱/۸۳) اما تصریح کرده‌اند که صلح ابتدائی نیز مشروع و معتبر است و برای مشروعیت همه اقسام صلح به ادله‌ای از آیات و روایات و اجماع استدلال شده است. (عاملی، همان؛ نجفی، همان؛ بحرانی، همان، ۸۴؛ نعمت‌اللهی، ۱۲۷).

بهر تقدیر متعاقدين می‌توانند با تمسک به عقد صلح به همان نتایج مطلوب در سایر عقود برسند بدون آنکه به احکام، آثار، تشریفات و شرایط خاص آن قراردادهای پایبند باشند، مثلاً می‌توانند با کمک عقد صلح

در عوض پرداخت مبلغی، مالک عینی شوند بدون آنکه به احکام و آثار عقد بیع ملتزم گردند. چنانکه ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز به این مطلب تصریح می‌کند. از آنجا که عقد صلح موضوع معینی ندارد و به جای همه عقود بجز عقد نکاح، می‌تواند مورد استفاده قرارگیرد بدین سبب برخی از فقها و حقوقدانان تعبیر «سید العقود و الاحکام» و «سرور قراردادهای» را درباره آن بکار برده‌اند (قزوینی زنجانی، ۱۰۶؛ جعفری لنگرودی، رهن و صلح، ۱۳۵؛ نعمت‌اللهی، ۱۵۰).

بنابراین از تشریح عقد صلح توسط شارع می‌توان دریافت که اکثر احکام و آثار مربوط به عقود معین از آن دسته احکامی است که می‌توان بر خلاف آن توافق نمود و به کمک شرط مخالف، از اجرای آن سرباز زد چنانکه می‌توان با تمسک به عقد صلح از آن فرار کرد و به تعبیر حقوقدانان از قواعد تکمیلی بشمار می‌آید نه قواعد امری. در نتیجه می‌توان پذیرفت که طرفین قرارداد هم حق تعیین قانون حاکم بر قرارداد خویش را بصورت توافقی و به عنوان شرط ضمن عقد دارند و این شرط، شرط مخالف با کتاب و سنت محسوب نمی‌شود. طبیعی است از نظر شرعی در این رابطه تفاوتی میان متعاقدين خارجی و اتباع داخلی وجود ندارد و لذا این حکم شامل قراردادهای بین‌المللی و داخلی هر دو می‌شود.

شایان ذکر است که مسائل مربوط به شرائط اساسی صحت قراردادها مانند اهلیت، مشروعیت جهت و قصد و رضا از این مسئله مستثنا هستند و از قواعد آمره شرعی و حقوقی بشمار می‌آیند و توافق بر خلاف آن صحیح نیست در نتیجه طرفین نمی‌توانند قانون حاکم در این زمینه را با توافق تعیین کنند. شاهد بر این امر آنست که حتی در عقد صلح هم که رعایت تشریفات و شرائط خاص سایر عقود در آن لازم نیست، وجود این شرائط اساسی، ضروری و لازم دانسته شده است، چنانکه فقها تصریح می‌کنند طرفین عقد صلح باید قصد تحقق صلح و رضایت نسبت به آنرا داشته و دارای اهلیت باشند همچنین مورد صلح باید مشروع باشد (کرکی، ۴۱۰/۵؛ محدث بحرانی، ۹۷/۲۱ - ۹۸). قانون مدنی ایران نیز در باب صلح در ضمن مواد متعدد اهلیت طرفین، مشروعیت مورد صلح، وجود موضوع صلح، وعدم وقوع اشتباه، اکراه و تدلیس را برای صحت و نفوذ عقد صلح لازم دانسته است (مواد ۷۵۳، ۷۵۴، ۷۶۲، ۷۶۳، ۷۶۴ و ۷۶۷ ق.م.).

البته تذکر این نکته خالی از فائده نیست که اگر در باب اهلیت یا دیگر شرائط اساسی معاملات، قانون منتخب طرفین، شرائطی بیش از شرائط مذکور در احکام شرعی و قانون داخلی ایران را مطرح ساخته باشد، طبیعی است که در این صورت پذیرش قانون منتخب، مخالفتی با شرع و قواعد آمره نخواهد داشت و لذا صحیح و معتبر تلقی می‌شود. به عنوان مثال بر اساس موازین فقهی و قانونی ایران، ممکن است دختر ۱۴ ساله، رشید بوده و دارای اهلیت باشد و طبعاً قراردادی که منعقد می‌کند صحیح و نافذ باشد. حال اگر قانون منتخب طرفین، سن ۱۸ سال را برای اهلیت لازم بداند و افراد کمتر از ۱۸ سال را محجور و فاقد اهلیت

تلقى کند و معاملات آنان را بدون اجازه ولی باطل محسوب دارد، در این فرض، پذیرش قانون منتخب، قواعد آمره شرعی و حقوقی را نقض نمی‌کند بلکه شروط حداقلی را که در فقه و حقوق داخلی مطرح شده به رسمیت می‌شناسد و شرط دیگری را به آن شرائط اضافه می‌کند، پس مخالفتی با قواعد آمره ندارد.

در مورد مشروعیت جهت، می‌توان گفت اگر جهت و انگیزه شرط، مشروع نباشد یعنی مثلاً انتخاب قانون حاکم به انگیزه فرار از قواعد آمره شرعی باشد؛ طبیعی است که چنین شرط و انتخابی معتبر نخواهد بود چون این امر فی نفسه مخالف با قواعد امری است، هرچند بنا به اعتقاد برخی حقوقدانان مشروعیت جهت که از شرائط اساسی صحت همه قراردادهاست، برای صحت شروط ضمن عقد، ضروری نیست (امامی، ۱/ ۲۷۲؛ شهیدی، شروط ضمن عقد، ۹۲ - ۹۳) البته اگر انگیزه انتخاب قانون، فرار از سایر احکام قراردادها باشد در اینصورت انگیزه و جهت، نامشروع تلقی نمی‌شود.

موضوع دیگری که در اینجا مناسب است مورد بررسی قرارگیرد، فرض وجود شک و تردید در نوع حکم شرعی یا قانون موضوعه است. شیخ انصاری در ادامه مباحث خود تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، دشوار است اما بهر تقدیر اگر در مسئله‌ای مجتهد پس از تحقیق در ادله احکام، در این زمینه به نتیجه‌ای دست نیافت و نتوانست تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست و در نتیجه شرط باطل می‌شود؛ در اینصورت باید اصل را بر عدم مخالفت بگذارد و شرط مشکوک را مخالف با کتاب و سنت به حساب نیاورد بلکه با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم» شرط مشکوک را صحیح و معتبر تلقی کند زیرا آنچه که از این عموم استثناء شده تنها شرطی است که مخالف کتاب باشد و در موارد مشکوک با اجرای «اصل عدم»، عدم مخالفت شرط احرار می‌شود. به عبارت دیگر در هر مورد که شک داشتیم که حکم به گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر با شرط است یا نه، اصل آن است که بصورت غیرقابل تغییر جعل نشده است (انصاری، ۶/ ۳۱). جمعی دیگر از فقها نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند و در این زمینه تعبیر مشابهی دارند (مقدس اردبیلی، ۸/ ۱۵۰؛ نجفی، ۲۳/ ۲۰۳؛ عاملی، ۴/ ۷۳۱).

البته شیخ انصاری در جای دیگری از کتاب خود موضع دیگری در این باره اتخاذ کرده که مورد انتقاد محققین قرار گرفته است. وی در پایان بحث خیار شرط می‌نویسد: هرچند این خیار مختص به بیع نیست، اما اجماعی است که خیار شرط در ایقاعات جاری نمی‌شود سپس علت این امر را اینگونه بیان می‌کند که اشتراط خیار تنها در موردی جائز است که فسخ کردن آن از نظر شرعی جائز و ثابت باشد مانند عقود که درباره آن‌ها امکان فسخ طرفینی به وسیله اقامه و فسخ یکجانبه به وسیله خیار مجلس و غیره از جهت

شرعی ثابت است اما در مورد ایقاعات که مشروعیت فسخ آن معلوم نیست، خيار شرط هم نمی‌تواند فسخ آن را تجویز کند چون شرط قدرت ندارد چیزی که از نظر شرع سبب برای امری نیست، سبب قرار دهد و به عبارت دیگر شرط مشوع نیست. بنابراین در مورد شرط خيار فسخ در ایقاعات، چون مشروعیت فسخ مشکوک است، شرط خيار هم صحیح و نافذ نخواهد بود (انصاری، ۱۴۸/۵ به بعد).

این سخن شیخ انصاری مورد ایراد برخی از شارحان مکاسب قرار گرفته است. مرحوم آخوند خراسانی در حاشیه خود بر مکاسب می‌نویسد می‌توان گفت که در صحت و نفوذ شرط ضمن عقد، مشروعیت شرط، معتبر نیست بلکه همین مقدار که شرط از اموری باشد که از جهت عقلی اعتبار آن قابل پذیرش باشد و عرف نیز اشتراط آن را نافذ بداند کافی است زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن خواهد شد و بالجمله این روایت و امثال آن دلیلی بر آنست که شارع مقدس شروطی را که عرف می‌پذیرد به صورت عمومی امضاء کرده است، هرچند در هر مورد به صورت خاص و ویژه امضائی از شرع به دست ما نرسیده باشد. البته ممکن است گفته شود در مورد ایقاعات، عرف هم شرط فسخ را نپذیرفته است که در این صورت خيار شرط در ایقاعات جاری نخواهد بود (خراسانی، حاشیه مکاسب، ۱۸۱ - ۱۸۲).

طباطبایی یزدی نیز در حاشیه خود بر کتاب مکاسب در این باره می‌نویسد: «اولاً عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات ثابت نیست بلکه فی الجمله فسخ مشروع است؛ ثانیه اینکه شیخ علم به مشروعیت را از شرایط صحت شرط دانسته‌اند مورد پذیرش نیست. زیرا اگر موضوعی با قطع نظر از شرط، فی نفسه غیر مشروع باشد منافاتی ندارد که به واسطه شرط کردن، مشروع و مجاز تلقی شود. نهایت امر این است که نیاز به دلیل دارد و در این راستا عمومات «المؤمنون عند شروطهم» می‌تواند به عنوان دلیل بر مشروعیت آن موضوع قرار گیرد البته مادامی که ثابت نشود که حکم از قبیل احکامی است که غیر قابل تغییر با شرط است. به عبارت دیگر هرگاه یقین کردیم که حکم، قابل تغییر با شرط نیست، شرط مخالف با آن باطل است اما تا زمانی که این امر مشکوک باشد و احتمال تغییر حکم به واسطه شرط وجود داشته باشد، می‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرد و شرط مزبور را صحیح دانست. در مورد شرط خيار فسخ در ضمن ایقاع نیز مسأله همین‌طور است پس مقتضای قاعده این است که خيار فسخ در ایقاعات هم جاری باشد، هرچند اجماع مانع از جریان خيار فسخ در ایقاعات است (طباطبایی یزدی، ۳۲/۲). محقق همدانی نیز مشابه استدلال مرحوم سید را با بیانی دیگر مطرح می‌کند (همدانی، ۴۸۴).

البته اشکالی که بر کلام طباطبایی یزدی وجود دارد این است که با توجه به روایاتی که به صورت عام وفای به همه شروط را لازم دانسته و سپس شرط نامشروع یا خلاف کتاب و سنت را استثناء کرده است، اگر در موردی درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت شرطی شک وجود داشته باشد، در حقیقت با یک شبهه

مصادقی مواجه هستیم زیرا نمی‌دانیم این شرط از مصادیق شرط مشروع است یا نامشروع، و بنا به نظر مشهور اصولین متأخر، در شبهات مصادقی، تمسک به عام، جائز نیست (خراسانی، کفایه، ۲۵۸؛ نانینی، ۵۲۵/۲؛ مظفر، ۱۳۹/۱؛ سبحانی، ۲۱۱/۱). پس در اینجا نمی‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک نمود؛ در نتیجه شرط مشکوک باطل خواهد بود مشابه این اشکال در تعبیر محقق ايروانی هم آمده است (ايروانی، ۲۷/۲).

ممکن است در پاسخ به این اشکال گفته شود که هرگاه شبهه مصادقی در مورد افراد عام وجود داشته باشد یعنی شک داشته باشیم که این فرد اساساً از مصادیق عام هست یا خیر، در اینجا تمسک به عام صحیح نخواهد بود زیرا دلیل بیانگر حکم عام، موضوع خود را ثابت نمی‌کند. اما اگر دخول فردی در تحت عام ثابت و یقینی باشد ولی دخول آن در تحت مخصص مشکوک باشد، در اینگونه موارد می‌توان به عام استناد کرد و حکم عام شامل این مصادق مشکوک هم خواهد شد.

مثلاً هرگاه گفته شود که «دانشمندان را گرامی بدارید» و سپس مخصصی برای آن ذکر شود مثلاً بگویند «دانشمندان فاسق را احترام نکنید» در اینصورت اگر شک داشته باشیم که آقای «الف» دانشمند هست یا خیر، طبعاً مشمول حکم عام نخواهد بود و تمسک به عام در این شبهه مصادقی صحیح نیست، اما اگر بدانیم که وی قطعاً دانشمندست ولی در فسق او شک داشته باشیم، در اینصورت چون دخول او تحت حکم عام قطعی است و تخصیص خوردن و خروج وی از حکم عام مشکوک است، می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

در بحث ما نیز هرگاه در صدق عنوان شرط بر مصادقی، شک وجود داشته باشد، نمی‌توان به عموم «المؤمنون» استناد کرد و آن را صحیح و نافذ تلقی نمود اما اگر عنوان عام شرطیت بر آن صادق بود و تنها در مشروع یا نامشروع بودن شرط، شک داشته باشیم یعنی خروج این شرط از تحت حکم عام و اندراج آن در تحت مخصص مشکوک باشد می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

البته این پاسخ نیز قابل خدشه است زیرا در مواردی که با شبهه مصادقی در مورد مخصص مواجه هستیم مانند فرضی که در فاسق بودن شخص دانشمندی تردید وجود دارد، در اینگونه موارد هرچند این شخص قطعاً تحت عموم دانشمندان داخل است اما با توجه به اینکه دلیل عام «لزوم احترام دانشمندان» تخصیص خورده، حجیت این عام تنها در مورد دانشمندان غیر فاسق ثابت است یعنی عام تنها در باقیمانده افراد (غیر از مصادیق خاص) حجیت و اعتبار دارد و دخول فرد مذکور در عام دارای حجیت، مشکوک است همچنانکه دخول او در تحت عنوان خاص هم مشکوک است پس در مورد او نه به دلیل خاص می‌توان تمسک نمود و نه به دلیل عام.

به بیان دیگر با توجه به اینکه عام تخصیص خورده است، به ویژه در فرض متصل بودن مخصص، گویا موضوع حکم عام از دو جزء تشکیل می‌شود: یکی دانشمند بودن و دیگری عدم فسق؛ و برای تمسک به عام باید هر دو جزء موضوع احراز شود. در مورد فرد مزبور هرچند عالم بودن او قطعی است اما عدم فسق او مشکوک است پس مشمول حکم عام نخواهد بود (نائینی، ۵۲۵/۲). شایان ذکر است در اینجا می‌توان با کمک اصل عدم، فاسق نبودن شخص را احراز کرد یا در بحث شرط، عدم مخالفت شرط با کتاب را احراز نمود، و در اینصورت تمسک به عام صحیح خواهد بود البته مرجع این اصل به «اصل عدم ازلی» است که برخی از اصولیین آن را نپذیرفته‌اند (بجنوردی، ۲۲۸/۳).

بهر تقدیر بنا به نظر کسانی که تمسک به عام در شبهات مصداقی را جائز می‌دانند و یا اصل عدم ازلی را معتبر می‌دانند، هرگاه شک شود که حکم شرعی که خلاف آن شرط شده از احکام قابل تغییر است یا از احکام غیر قابل تغییر، اصل بر آنست که حکم، قابل تغییر بوده و لذا شرط مخالف با آن، شرط خلاف شرع محسوب نمی‌شود و معتبر خواهد بود. نتیجه اینکه در اینگونه موارد مشکوک، تعیین قانون حاکم بر موضوع توسط طرفین قرارداد نیز جائز و معتبر خواهد بود.

در بعد حقوقی نیز به نوشته حقوقدانان در مواردی که در تکمیلی یا امری بودن قانونی تردید وجود داشته باشد هرگاه موضوع قانون مربوط به احکام و آثار مالی قراردادها باشد بر اساس استقراء و غلبه می‌توان گفت اصل بر آنست که آن قانون از قواعد آمره نبوده، بلکه از قوانین تکمیلی است و لذا توافق بر خلاف آن صحیح تلقی می‌شود، اما قوانینی که شرائط اصلی صحت و نفوذ عقد، مانند اهلیت و توافق اراده را بیان می‌کنند همچنین قواعد مربوط به احوال شخصیه و آثار نکاح اصولاً از قواعد آمره بشمار می‌روند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۱۵۴ - ۱۵۵؛ جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ۳۸/۵) بنابراین در مورد احکام و آثار مالی قراردادها می‌توان اختیار تعیین قانون حاکم را بدست طرفین داد هرچند امری یا تکمیلی بودن قانون داخلی در مورد خاصی مشکوک باشد. به عنوان مثال هرگاه شک شود که حکم ماده ۳۸۷ ق.م. مبنی بر وقوع تلف مبیع قبل از تسلیم و قبض، از مال بایع و انفساخ بیع، از قوانین امری است یا تکمیلی، (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۰۵؛ امامی، ۱/ ۴۶۳) اگر قانون منتخب، خلاف این حکم را مقرر داشته باشد، پذیرش آن مانعی ندارد.

بند دوم: حق و حکم

موضوع دیگری که در بررسی حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین عقد، می‌تواند دارای تأثیر باشد بررسی مسأله حق و حکم و تفاوت میان آنهاست. واژه حق در لغت کاربردی‌های مختلفی دارد

از جمله: امر ثابت، نقیض باطل، سزاوار، اسلام، قرآن، نام خداوند (ابن منظور، ۴۹/۱۰ به بعد؛ زبیدی، ۷۹/۱۳ به بعد؛ جوهری، ۴/۱۴۶۰ به بعد)

در اصطلاح فقها حق عبارتست از سلطنت اعتباری و توانایی که از طرف شارع برای انسان نسبت به شیء یا شخص دیگری جعل شده است مانند حق تحجیر، حق رهن، حق قصاص و حق خیار و در واقع حق مرتبه ضعیف و نازله ملک است (بحرالعلوم، ۱۳/۱ - ۱۴؛ طباطبایی یزدی، ۵۵/۱؛ محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۸ به بعد).

اما در تعریف حکم گفته شده که حکم عبارتست از قانونی است که از جانب خداوند برای تنظیم و ساماندهی زندگی انسان صادر شده است. این قانون گاه مستقیمه مربوط به اعمال انسان‌ها می‌شود مانند وجوب نماز و روزه و حرمت قتل و سرقت و گاهی مربوط به امور دیگری است که در زندگی انسان‌ها دخالت دارد مانند حکم به ملکیت اموال و زوجیت اشخاص (شهید صدر، ۱۲۳؛ قافی و شریعتی، ۲۹/۱). برخی از فقها نیز حکم را اینگونه تعریف کرده‌اند: حکم عبارتست از وضع و جعل تکلیف یا جعل وضعیتی از سوی شارع که به فعل انسان‌ها از جهت ترخیص و منع یا از جهت ترتیب آثار، تعلق می‌گیرد، در نتیجه قابل اسقاط و قابل انتقال نیست (بحرالعلوم، همان؛ طباطبایی یزدی، همان). با توجه به تعاریف فوق، تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی کاملاً واضح است.

تفاوت اساسی میان حق و حکم در اینست که حکم شرعی چون به دست شارع است، قابل اسقاط و انتقال نیست اما حق بطور معمول قابل اسقاط توسط ذی حق است و همچنین قابلیت نقل و انتقال به دیگری را دارد مانند حق خیار که هم در ضمن عقد و هم قبل از عقد قابل اسقاط است و هم در صورت فوت صاحب خیار در غالب موارد به ورثه منتقل می‌شود. البته مرحوم بحرالعلوم و سید طباطبایی برای حق اقسام گوناگونی مطرح کرده‌اند و حتی معتقدند که برخی از این اقسام قابل نقل و انتقال یا قابل اسقاط هم نمی‌باشد مانند حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت و حق استمتاع از زوجه، هرچند ممکن است گفته شود که این موارد از مصادیق احکام شرعی است نه از مصادیق حقوق (طباطبایی یزدی، ۵۶/۱؛ بحرالعلوم، ۱۷؛ برای دیدن سایر تقسیمات حقوق ر. ک: حسینی، ۱۲۳ به بعد).

سید طباطبایی در ادامه متذکر می‌شود که در پاره‌ای از موارد تشخیص حق از حکم دشوار می‌شود و هرگاه در مورد موضوعی شک داشته باشیم که حکم است یا حق، اسقاط و نقل آن جائز نیست اما اگر بدانیم که از مصادیق حق است ولی شک کنیم که این حق شرعاً قابل اسقاط و انتقال هست یا نه، در صورتیکه عرفاً این قابلیت را داشته باشد با توجه به عموماتی مانند «اوفوا بالعقود»، «احل الله البيع»، «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، باید آن را قابل اسقاط و قابل

انتقال فرض کنیم (طباطبایی، ۵۶/۱).

در پایان این قسمت، مطالب مطرح شده را می‌توان بر بحث انتخاب قانون حاکم اینگونه تطبیق نموده و جمع‌بندی کرد:

۱. طبیعت اولیه حقوق اینست که قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال است بنابراین با کمک شرط ضمن عقد نیز می‌توان آن را ساقط کرد یا برخلاف آن توافق کرد و این شرط، خلاف کتاب نبوده بلکه معتبر و نافذ است. همچنین در این زمینه می‌توان با توافق طرفین قانون دیگری را انتخاب نمود که برخی از این حقوق را نپذیرفته یا با آن متفاوت است.

۲. هرگاه در موردی شک داشته باشیم که از مصادیق احکام است یا از مصادیق حقوق، نمی‌توان آن را از حقوق فرض نمود اما اگر ثابت شود که از حقوق است و عرفه قابلیت اسقاط دارد ولی در قابلیت شرعی برای اسقاط این حق تردید وجود داشته باشد، با عنایت به عمومات آیات و روایات، آن حق، شرعاً نیز قابل اسقاط تلقی می‌شود. طبعاً در این موارد مشکوک تعیین قانون حاکم که احیاناً موجب اسقاط این حقوق می‌شود نیز جائز خواهد بود.

۳. در مواردی که ثابت شد مصداق حق نیست بلکه حکم شرعی است، چنانکه گذشت احکام شرعی خود دوگونه‌اند و تنها در مواردی که حکم قابل تغییر باشد، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد جائز، صحیح و معتبر خواهد بود. اما در مورد قواعد آمره شرعی، قانون منتخب طرفین معتبر تلقی نمی‌شود.

بند سوم: احکام امضائی و تأسیسی

یکی از تقسیماتی که درباره احکام شرعی مطرح می‌شود، تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی است. بخشی از احکام دین مبین اسلام از تأسیسات شرعی بشمار می‌آید مانند بسیاری از احکام مربوط به واجبات عبادی مثل نماز و روزه و حج و زکات. در باب عبادات معمولاً تعیین مفاد، ارکان، شرایط، توابع و آثار یک عمل عبادی از سوی شارع صورت می‌گیرد و سیره و رویه عرف در آن مداخلیتی ندارد؛ هرچند ممکن است اصل این عبادت در میان ادیان الهی پیشین هم وجود داشته باشد و در میان پیروان آن ادیان رایج بوده باشد؛ چنانچه واجباتی مانند نماز و روزه و زکات این چنین است و در آیات متعددی از قرآن کریم اشاره شده که در شریعت‌های سابق هم این عبادات وجود داشته است (مریم: ۳۲؛ ابراهیم: ۴۱؛ بقره: ۱۸۳) البته کیفیت و خصوصیات این اعمال در ادیان سابق، با کیفیت این واجبات در دین اسلام متفاوت است.

اما بخش عظیم دیگری از احکام شرعی احکامی است که پیش از این در میان عرف جامعه متداول بوده و شارع مقدس آن را تأسیس نکرده بلکه همان رویه عرفی پسندیده و مناسب را امضاء و تقریر فرموده

است. اکثر احکام در باب معاملات از این دسته‌اند زیرا پیش از تشریع دین اسلام نیز انواع تجارت و دادوستد، بیع، اجاره، قرض، وکالت، ضمان و نکاح وجود داشته است و اسلام همان معاملات را امضا و تأیید نموده است «اوفوا بالعقود». البته ممکن است پاره‌ای از احکام و آثار آن را نپذیرد یا تغییر دهد و یا از آن نهی کند چنانکه قرآن می‌فرماید: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزُّبْنَ» (بقره: ۲۷۵). در حالیکه بیع و ربا هر دو میان مردم آن زمان مرسوم بوده است یا در روایات صحیح آمده است «نهی رسول الله عن بیع المضطر وعن بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۲/ ۳۳۰) یعنی شارع مقدس معامله ربوی و بیع غرری را نپذیرفته است. قابل ذکر است که احکام امضائی شرع منحصر در بحث معاملات نیست بلکه پاره‌ای از احکام مربوط به حدود و قصاص و دیات هم با تغییراتی از احکام امضائی محسوب می‌شود (عمید زنجانی، ۲/ ۲۲۰).

در تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی عمدتاً این ثمره عملی مورد توجه قرار می‌گیرد که در باب احکام امضائی و به‌ویژه باب معاملات اصولاً سیره و روش عرف و عقلاً بسیار حائز اهمیت و دارای اعتبار است و اراده و اختیار افراد در باب معاملات از سوی شارع به صورت جدی به رسمیت شناخته می‌شود و درواقع رکن اصلی معاملات تلقی می‌شود اما در باب عبادات تنها اراده شارع مقدس است که باید مورد اطاعت و امتثال قرار گیرد و مکلفین در این رابطه اختیاری از خود ندارند. از این‌رو می‌توان گفت اصلی که در تعبیر حقوقی به «اصل آزادی قراردادی» موسوم است، در تعالیم شریعت اسلامی نیز مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است و لذا افراد، در انعقاد انواع قراردادهای خصوصی، عمومی، سیاسی و بین‌المللی آزاد هستند و در این راستا می‌توان به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و حدیث مشهور «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» استناد کرد (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۶؛ قنوتی، وحدتی شبیری و عبدی‌پور، ۱/ ۲۰۱).

علاوه بر ادله مذکور، برای صحت و اعتبار توافق و تراضی میان افراد که در قالب عقد یا شرط حاصل می‌شود به آیات و روایات دیگری نیز استدلال شده است؛ از جمله آیات شریفه: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم» (نساء: ۲۹)، «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزُّبْنَ» (بقره: ۲۷۵) «وإن كنتم علی سفر ولم تجدوا کتاباً فرهان مقبوضة» (بقره: ۲۸۳) همچنین برخی از ادله‌ای که برای صحت و مشروعیت صلح مطرح شده‌اند، صحت هر نوع تراضی را اثبات می‌کند هرچند مربوط به صلح دعاوی نباشد مانند آیه شریفه «والصلح خیر» (نساء: ۱۲۸) و روایت «الصلح جائز بین المسلمین الا ما حرم حلالاً او احل حراماً» (نوری، ۱۳/ ۴۴۳؛ برای مطالعه تفصیلی این ادله و سایر مستندات ر. ک: نعمت‌اللهی، ۵۱ به بعد).

شایان ذکر است هرچند درباره لزوم وفای به شروط ابتدائی یا عقود غیرمعین شرعی میان فقها

اختلاف نظر وجود دارد و بسیاری از متقدمین آن را انکار نموده‌اند، به گونه‌ای که حتی برخی از علما ادعای اجماع بر عدم لزوم وفای به شرط ابتدائی را مطرح کرده‌اند (بجنوردی، ۵/ ۲۲۴) اما در میان فقهای متأخر بزرگانی مانند ملا احمد نراقی و طباطبایی یزدی و ابوالقاسم خوئی شروط ابتدائی را نیز لازم الاجرا می‌دانند (نراقی، ۱۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۲/ ۴ و ۱۰۶، ۱۱۷؛ خوئی، ۷/ ۲۹۷ - ۲۹۸؛ محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۷). امام خمینی هم معتقدند هرچند متبادر از واژه شرط در عبارت «المؤمنون عند شروطهم»، شرط ضمن عقد است اما عرفاً می‌توان با الغای خصوصیت، حکم آن را به مطلق قراردادهای و شروط ابتدائی نیز تسری داد (امام خمینی، ۱/ ۸۹؛ نعمت‌اللهی، ۶۳).

در رابطه با بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، از نتایج به دست آمده در مباحث پیشین می‌توان اینگونه استفاده کرد که از آنجا که باب قراردادهای و معاملات نوعاً از احکام امضائی شرع است و شارع مقدس نیز در این باب تراضی و توافق حاصل از اراده آزاد طرفین قرارداد را به رسمیت شناخته است و با توجه به اینکه تعیین هر شرطی در ضمن عقد و یا حتی خارج از عقد و بصورت شرط ابتدائی، صحیح و نافذ است مگر شرایطی که بدانیم خلاف احکام و قواعد آمره شرعی هست، و از سوی دیگر مادامی که شک وجود داشته باشد که یک حکم شرعی به گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر است یا نه، می‌توان آن را به کمک شرط و توافق تغییر داد یا اسقاط نمود، با عنایت به مطالب فوق می‌توان گفت که از منظر فقهی، اصل بر این است که انتخاب قانون حاکم بر آثار قرارداد توسط متعاقدين، در ضمن همان قرارداد و یا به صورت جداگانه، نوعاً صحیح و نافذ بوده و برای طرفین قرارداد، داور و حتی قاضی دادگاه اسلامی نیز لازم الرعایه خواهد بود.

البته این قاعده استثنائاتی هم دارد از جمله موردی که قانون منتخب، خلاف قاعده شرعی آمره و حکم غیرقابل تغییری مانند احکام مربوط به اهلیت طرفین و قصد و رضا باشد یا اینکه قانون منتخب موضوع غیر مشروعی از قبیل دادن یا گرفتن ربا یا ایجاد مرکز فحشاء یا اضرار ظالمانه عمدی و با سوءنیت نسبت به دیگری را تجویز کرده باشد که در اینگونه موارد قانون منتخب اثری ندارد. اما در مواردی که در این رابطه شکی وجود داشته باشد طبعاً باید انتخاب قانون را صحیح دانست.

در پایان مقاله مناسب است برخی از اشکالاتی که در این زمینه ممکن است مطرح شود، مورد بررسی قرار گیرد. یکی از این ایرادات این است که چگونه می‌توان پذیرفت که قاضی دادگاه اسلامی یا داور مسلمان، براساس قانونی غیر از قوانین شرعی به موضوع، رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند در حالی که خداوند در آیات بسیاری از قرآن کریم دستور داده که براساس «ما انزل الله» و احکام شرع حکم صادر شود: «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون» «هم الظالمون...» «هم الفاسقون...» (مانده:

۴۴ - ۴۵ و ۴۷) «فاحکم بینهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم» (مأنده: ۴۸ - ۴۹).

از سوی دیگر اگر طرفین قرارداد یا لاقلاً یکی از آن‌ها، مسلمان باشند و قانون منتخب آنان، قانون کشور غیر اسلامی باشد، آیا این امر مستلزم تسلط کفار بر مسلمین نمی‌گردد، در حالیکه قاعده نفی سبیل از قواعد مسلم فقهی و مورد اجماع علماست و برای حجیت آن به آیه شریفه «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (نساء: ۱۴۱) و حدیث نبوی «الاسلام يعلو ولا يعلو عليه» و ادله دیگر استناد شده است. (بجنوردی/۱/۱۵۷ به بعد)

در پاسخ می‌توان گفت: اولاً اینگونه نیست که هرگونه توافقی برخلاف احکام اولیه شرع، باطل و حرام باشد و همه احکام شرع غیرقابل تغییر باشد بلکه چنانکه بیان شد پاره‌ای از احکام با صرف نظر از عناوین و عوارض خارجی برای موضوعات وضع شده‌اند که با عروض عناوینی همچون نذر و شرط می‌توان آن را تغییر داد. تمسک به عقد صلح نیز راهی برای گریز از بسیاری از احکام قراردادهاست و تشریع این عقد نشان می‌دهد که شارع، خود مجوز مخالفت با برخی احکام خویش را صادر کرده است.

ثانیاً خود شارع مقدس در موارد متعددی اجازه اجرای قوانینی غیر از قانون اسلام را داده است من جمله اگر طرفین دعوا غیرمسلمان باشند و به دادگاه اسلامی مراجعه کنند قاضی مسلمان مخیر است که بر طبق قانون اسلام میان آن‌ها حکم کند یا آن‌ها را به علما و محاکم خودشان ارجاع دهد که طبعه طبق آئین خودشان حکم کنند و در این باره به آیه شریفه سوره مأنده و برخی روایات استدلال شده است (شیخ طوسی، مبسوط، ۲/ ۶۰؛ علامه حلی، تذکره، ۹/ ۳۸۵). «فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضئوك شيئاً وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين» (مأنده: ۴۲). حتی بنا به نظر برخی فقها در مورد پاره‌ای از جرائم مانند زنا که از نظر شرع اسلامی مستوجب حد است، اگر مجرم غیرمسلمان باشد ممکن است از اجرای حد شرعی صرف نظر کرد و او را به قضات و علمای هم‌کیش خودش سپرد که درباره او حکم کنند (علامه حلی، قواعد، ۳/ ۵۳۲) چنانکه از حضرت علی (ع) نقل شده در پاسخ سؤال در مورد مرد مسلمانی که با زنی از اهل کتاب زنا کرده بود، فرمود: حدود اسلامی بر مرد مسلمان جاری می‌شود و زن اهل کتاب را به دانشمندان خودشان بسپارید تا آن‌گونه که صلاح می‌دانند درباره او عمل کنند (حر عاملی، ۱۸/ ۴۱۵ - ۴۱۶؛ دانش‌پژوه، ۶۲).

همچنین بنا به تصریح اصل سیزدهم قانون اسلامی جمهوری اسلامی که مورد پذیرش فقهای مجلس خبرگان قانون اساسی واقع شده، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آئین خود عمل می‌کنند. طبعه دادگاه‌ها نیز در دعاوی مربوط به احوال شخصیه باید بر اساس احکام شریعت آنان حکم کنند.

ثالثاً انتخاب قانون کشور غیر اسلامی به معنی تسلط کفار بر مسلمین نیست بلکه متعاقدين همچنانکه می توانند بصورت تفصیلی، امور مخالف با احکام و آثار مالی قرارداد را در ضمن عقد شرط کنند، می توانند بطور اجمالی مجموعه مقررات یک کشور یا کنوانسیون های بین المللی را که احیاناً در برخی از موارد با این دسته احکام شرعی مخالفت دارد، تعیین کنند و عرفاً این امر تسلط کفار بر مسلمین تلقی نمی شود. البته بدیهی است اگر طرف کافر به تنهایی، قانون حاکم را انتخاب کند و به طرف مسلمان قرارداد تحمیل کند قطعه از مصادیق این قاعده محسوب می گردد اما اگر انتخاب با توافق و رضایت طرفین صورت گیرد، تسلطی مطرح نخواهد بود.

بدین ترتیب انتخاب قانون حاکم بر احکام و آثار قرارداد توسط طرفین، نه مخالف شرع است و نه موجب تسلط کفار می شود و لذا صحیح و معتبر خواهد بود. قاضی دادگاه یا داور نیز باید بر اساس آن به موضوع رسیدگی کند و رأی صادره در این زمینه نیز خلاف مانزل الله نیست چون خود شارع این اجازه را داده است. موید این مطلب اینکه صدر ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى (مصوب سال ۷۶) که به تأیید فقهای شورای نگهبان نیز رسیده این موضوع را پذیرفته و تصریح می کند که «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد....»

نتیجه گیری

از جمع بندی مطالب مطرح شده در این نوشتار می توان نکات زیر را نتیجه گرفت:

۱. احکام شرعی دو دسته اند برخی غیر قابل تغییرند (قواعد آمره شرعی) و برخی دیگر قابلیت تغییر توسط افراد را دارند و لذا می توان بوسیله نذر، قسم و شرط ضمن عقد آنها را تغییر داد. در اینگونه موارد شرط ضمن عقد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی شود و اعتبار دارد.
۲. احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از دسته دوم احکام شرعی و نیز از احکام امضائی شرع بشمار می آید که طرفین می توانند به کمک شرط ضمن عقد بر خلاف آن توافق کنند.
۳. در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد. قاضی و داور نیز باید بر اساس آن میان طرفین حکم کنند.
۴. انتخاب قانون حاکم در مواردی که مربوط به قواعد آمره شرعی می شود، معتبر نیست لذا در مورد مسائلی همچون اهلیت و قصد و رضا، نمی توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.
۵. در مواردی که شک وجود دارد که حکم، قابل تغییر است یا از قواعد آمره و غیرقابل تغییر می باشد، انتخاب قانون حاکم توسط طرفین صحیح است.

منابع

قرآن کریم

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۹۵۵ م.
- اصفهانى، ابوالحسن، *وسيله النجاه*، قم، مهر استوار، ۱۳۹۴ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، مشهد، نشر محقق، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مکاسب*، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیه مکاسب*، بیروت، دار ذوی القربی، ۱۴۲۱ ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *کفایه الاصول*، قم، جامعه مدرسین قم، ۱۴۱۲ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، *بلغه الفقیه*، قم، مکتبه الصادق (ع)، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *حدائق الناضره*، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۲.
- _____، *رهن و صلح*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *صحاح اللغة*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۷۰ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
- حسینی، عبدالرحیم، *رساله ای در باب حق و حکم*، تهران، چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۷.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه سیدالشهدا، بی تا.
- دانش پژوه، مصطفی، «تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام از انکار تا اثبات»، تهران، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی ها)*، سال چهل و ششم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۵۵-۷۱.
- سبحانی، جعفر، *الموجز فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۶.
- شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی»، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۱۲.
- _____، *شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- شیخ الاسلامی، محسن، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۵ ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.

شماره ۱۱۰	فقه و اصول	۱۵۲
	طوسی، محمد بن حسن، التهدیب ، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.	
	_____، المبسوط ، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.	
	عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق.	
	علامه حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.	
	_____، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام ، قم، جامعه مدرّسین، ۱۴۱۳ ق.	
	عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی ، تهران، امیر کبیر، ۱۳۸۰.	
	قافی، حسین و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی (مباحث الفاظ) ، قم و تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان سمت، چاپ یازدهم، ۱۳۹۳.	
	قزوینی زنجانی، ملا علی، صیغ العقود ، قم، انتشارات شکوری، ۱۴۱۴ ق.	
	قنواتی، جلیل؛ حسن وحدتی و ابراهیم عبدی‌پور، حقوق قراردادها در فقه امامیه ، تهران، سمت، ۱۳۷۹.	
	کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی ، تهران، میزان، ۱۳۸۶.	
	_____، قواعد عمومی قراردادها ، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۷۶.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی ، تحقیق علی اکبر غفاری، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.	
	الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین ، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.	
	محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه مدنی ، تهران، سازمان سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.	
	_____، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی ، تهران، دفتر نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.	
	محقق کرکی، علی بن حسن، جامع المقاصد ، قم، آل البيت، ۱۴۱۱ ق.	
	مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس ، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱۴۱۷ ق.	
	مظفر، محمدرضا، اصول الفقه ، قم، دفتر تبلیغات چاپ چهارم، ۱۳۷۰.	
	مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده والبرهان ، قم، دفتر انتشارات اسلامی قم، ۱۴۰۳ ق.	
	موسوی خوانساری، احمد، جامع المدارک ، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴.	
	نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول ، مقور محمدعلی کاظمی، قم، جامعه مدرّسین، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.	
	نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام ، قم، دفتر تبلیغات قم، ۱۳۷۵.	
	نعمت‌اللهی، اسماعیل، موضوع عقد و مورد معامله ، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.	
	نوری، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل ، قم، آل البيت، ۱۴۰۸ ق.	
	نیکبخت، حمیدرضا، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، تهران، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ، شماره ۳۲، سال ۱۳۸۴، صص ۷-۵۱.	
	همدانی، رضا بن محمد هادی، حاشیه المکاسب ، تصحیح انصاری قمی، قم، ۱۴۲۰ ق.	

within the contract, has been reviewed and it is noted whether such a condition is sound and valid or illegal and invalid. It seems that the financial rulings and outcomes of the contracts are typically regarded as among the changeable legal rulings that the two parties can change them by means of condition within the contract or contract by compromise. Thus, in such instances choosing and determining the law governing the contract is permissible and valid. As for the unchangeable rulings, i.e., legal mandatory rules such as eligibility, intention, and consent, however, choosing the governing law by the cosignatories is not valid and they cannot be allowed the option of determining the law.

Keywords: the law governing the contracts, sovereignty of will, condition within contract, illicit condition, mandatory rules, complementary rules.

objections? From among the impressions about belief in lawful commands, seven significant impressions are pointed out and in examining the objections raised, eight important objections have been brought up and totally sixteen answers have been given and finally, the basic principle has been proved with a little alteration in some of the stipulations of the theory.

Keywords: lawful commands, Imam Khomeini's doctrinal (*uṣūlī*) thought, dissolution of commands.

Legal Examination of Choosing the Law Governing the Contracts by Cosignatories in International Private Law

Husayn Qafi, Ph.D. Student of Private Law, Qum University and
Faculty Member of Hawza and University Research Institute

Dr. Sayyid Hasan Vahdati Shobayri, Associate Professor, Faculty of
Law, Qum University

Among the controversial discourses brought up in the field of international private law is the issue of determining the law governing the contracts. Today, from the legal perspective, many believe that, based on sovereignty of will, the signatories of contracts can choose their own ruling law.

In this article, mainly the legal (*fiqhī*) dimension of choosing the law governing the contract by the cosignatories, in the form of condition

various arguments have been mentioned to disprove it. It should be said that these evidences are preferential, criticizable, and rejectable. Meanwhile, only the Muslims' consensus and practical *sīra* can be relied on; however, this consensus and *sīra* is to be studied in light of general intellectuals' stipulation. This article undertakes to study, critique, and analyze the arguments for the rejection of option of condition in marriage and has taken a step toward expurgation of the discourse and purifying it from not-much-accurate statements.

Keywords: marriage contract, option of condition, option of condition in marriage, requirement of marriage contract.

An Analysis of Lawful Commands, their Effects, Objections, and Response

Dr. Muhammad Arabsalehi, Assistant Professor, Islamic Research Institute for Culture and Thought

In this article, after elucidation of the concept and principle of lawful commands (*khiṭābāt-i qānūniyya*), which are among Imam Khomeini's intellectual innovations, four questions are answered in detail: What are the arguments and evidences of the principle? What are the impressions resulting from this principle in principles of jurisprudence and, following that, in jurisprudence? What objections are lodged against this principle? What answers can be given to these

jurisdiction of the Islamic state, as the grantor of invention right, in determining its limits. Non-exploitation of the invention needed for public use can, under certain circumstances, be regarded as hoarding. Actions resulting in the issuance of this license are, in many instances, an evidence of misusing the right and causes inflicting loss on the society, the prevention of which can be justified by the principle of no harm (*lā ḍarar*).

Keywords: invention right, compulsory license, jurisdictions of Islamic state, hoarding, misusing a right.

A Critique on the Arguments of Executing Option of Condition in Marriage

Dr. Abd Allah Bahmanpouri, Assistant professor, Yasuj University

Dr. Muhammad Hasan Haeri (Writer in Charge), Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

One of the important issues of the family jurisprudence in the jurisprudential school of Islam is the possibility or impossibility of inclusion of option of condition in marriage; an issue that has been examined in most of the main books of jurisprudence, although

theory has not been accepted by a group of the earlier and later jurists and they have opined for the permissibility and even the obligation of *ijtihad* upon the qualified, while the later jurists have made the most attempts to prove the opening. The present article has undertaken to explore the course of opinions in this respect and has concluded through comparative study and by critique, analysis, and examining that from among the above-mentioned theories what seems to be more logical and appropriate is the opening of the door of *ijtihad*.

Keywords: *ijtihad*, Sunni jurisprudence, closure, opening.

Legal-Judicial Study of Compulsory Licenses for Exploitation of Invention Right

Dr. Mostafa Bakhtiarvand, Assistant Professor

Qum University

The compulsory license for invention right is a working procedure for maintaining interaction between the exclusive rights of the owner and the people's public rights in enjoying social welfare that is foreseen in the international documents and internal rights of many countries. This article is intended to study the definition, instances of issuance, and the rulings for this type of license. In the Iranian law, the compulsory licenses of invention right can be justified by the

Keywords: surety for standing property, surety for pledged standing property, surety for non-pledged standing property, responsibility surety, contract of insurance.

**A Critique and Analysis of the Arguments over the Closure and
Opening of the Doors of Legal Reasoning (*Ijtihād*)**

Abd al-Salam Emami, Ph.D. Graduate of Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Husayn Saberi, (Writer in Charge) Professor of Ferdowsi
University of Mashhad

Dr. Sayyid Muhammad Mahdi Qabuli Durafshan, Assistant
Professor, Ferdowsi University of Mashhad

The issue of opening (*infitāḥ*) or closure (*insidād*) of the doors of legal reasoning (*ijthād*) has been one of the age-old and wide-ranging questions with the Sunnis that has been prevalent through history with each one of the opening and closure having found their own advocates and each having brought up their arguments to prove their claim. A group of the earlier and later Sunni jurists have inclined toward closure and most of the contemporaries have accepted this perspective too and have come to believe in closure of the door of *ijtihād*, especially the absolute independent *ijtihād*. In contrast, this

Department, Isfahan University

Reza Qasemi, M.A. Graduate in Private law, Isfahan University

Following jurisprudence, civil law has considered contract of surety (*ḍamān*) as conveyor of obligation and has limited surety to general properties or debts. Although this definition results in an incorrect surety of external objects, this very law has not abided by this conclusion in article 679 and along with most of jurists has passed a judgment on the correctness of responsibility surety (*ḍamān-i uhda*), which is a part of surety for pledged standing property (*ḍamān-i a'yān-i maḍmūna*). With the use of the proposition of *uhda*, which contrary to *dhimma* contains external objects, many of the contemporary jurists have considered the surety of standing property as an independent contract from surety of debts and with reliance on generalities have passed a judgment on the correctness of surety for standing property including both pledged and non-pledged as well as the correctness of insurance of the property that is in possession of its owner. On the basis of this analysis, the result of validation of external object on *uhda* is that the surety (guarantor) is first obliged to give back the property and in case of loss, will guarantee to give back a substitute to the owner. Given the generalities of law, such as article 10 of civil law, judgment on correctness of pledged standing property in statutory law is not encountered with a specific obstacle.

subject to answering two questions: 1. Is *arsh al-bakāra* within *mahr al-mithl* or does it have a separate nature in itself? 2. In compliance adultery, is the woman entitled to demand *arsh al-bakāra*? To answer these two questions we notice many contradictions in jurisprudential texts. This difference has permeated to the laws too and the country's laws, including the Islamic penal law [Ratified in] 1392 sh/2013 have encountered with many ambiguities and contradictions, to the extent that it has resulted in issuance of contradictory verdicts in the country's courts of justice. By examining the legal-judicial reasoning, it is concluded in this article that *mahr al-mithl* is within *arsh al-bakāra* and, according to the viewpoint presented and strengthened in this article, in case of defloration, neither *mahr al-mithl* nor *arsh al-bakāra* are demandable. As for the possibility of demanding damage for moral loss in addition to *mahr al-mithl* and *arsh al-bakāra*, given the jurisprudential principles, it is concluded that demanding moral damage is not legally justifiable.

Keywords: *arsh al-bakāra*, *mahr al-mithl*, compliance adultery, Islamic penal law 92.

Analysis of the Nature and Effects of Surety for Standing Property in Jurisprudence and Iranian Law

Dr. Muhammad Mahdi al-Sharif, Associate Professor, Law

ABSTRACT

The Status of Compensation for Virginity, Stipulated Dower, and
Moral Damage in Compliant Adultery from the Perspective of
Jurisprudence with an Approach to the Critique of Islamic Penal Law
[Ratified in] 1392

Reza Avan, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of
Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, International Pardis
(Writer in Charge)

Dr. Abbasali Soltani, Associate Professor, Ferdowsi University of
Mashhad

Compensation for virginity (*arsh al-bakāra*) and stipulated dower (*mahr al-mithl*) is one way for compensating damage for victimized women in jurisprudence and the country's Islamic laws. In this regard, the contradiction of legal judgments has caused many perplexities in the society including contradiction in laws and creation of grounds for misusing adulterous women. An accurate look at the jurisprudential texts reveals that the main root of all contradictions is

Table of Contents

The Status of Compensation for Virginity, Stipulated Dower, and Moral Damage in Compliant Adultery from the Perspective of Jurisprudence with an Approach to the Critique of Islamic Penal Law [Ratified in] 1392	9
Reza Avan - Dr. Abbasali Soltani	
Analysis of the Nature and Effects of Surety for Standing Property in Jurisprudence and Iranian Law	31
Dr. Muhammad Mahdi al-Sharif -Reza Qasemi	
A Critique and Analysis of the Arguments over the Closure and Opening of the Doors of Legal Reasoning (Ijtihād)	51
Abd al-Salam Emami -Dr. Husayn Saberi -Dr. Sayyid Muhammad Mahdi Qabuli Durafshan	
Legal-Judicial Study of Compulsory Licenses for Exploitation of Invention Right	79
Dr. Mostafa Bakhtiarvand	
A Critique on the Arguments of Executing Option of Condition in Marriage	95
Dr. Abd Allah Bahmanpouri - Dr. Muhammad Hasan Haeri -Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei	
An Analysis of Lawful Commands, their Effects, Objections, and Response	113
Dr. Muhammad Arabsalehi	
Legal Examination of Choosing the Law Governing the Contracts by Cosignatories in International Private Law	133
Husayn Qafi- Dr. Sayyid Hasan Vahdati Shobayri	
Abstracts of the Papers in English Language	162

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 49, No. 3: Issue 110, Autumn 2017

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

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

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Ahmad Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology

University Campus

Azadi Sq.

Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD

Journal of Fiqh and Usul

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

The Research Journal
of the faculty of Theology and Islamic Studies

Vol. 49, No. 3: Issue 110, Autumn 2017