

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

گفتمان فقه و اصول

دو فصلنامه دانشجویی در عرصه فقه و مبانی حقوق اسلامی

سال دوم - شماره ۲ - پاییز و زمستان ۱۳۹۶

صاحب امتیاز: گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مدیرمسئول: حمیدرضا مهاجر

سر دبیر: امید عادل

مدیر اجرایی: امیرحسین خوشرفطار

ویراستار: مهدی عادل

طراح جلد: سیدهادی موسوی

صفحه آرای: حجت گوهری

گفتمان فقه و اصول نشریه‌ای دانشجویی - تخصصی در عرصه فقه و مبانی حقوق اسلامی است.

گفتمان فقه و اصول از مقاله‌های علمی اساتید و دانشجویان عزیز استقبال می‌کند.

مقاله‌های دریافت‌شده پس از ارزیابی علمی چاپ خواهند شد.

گفتمان فقه و اصول در تصحیح، تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.

آرای نویسندگان مقاله‌ها لزوماً بیانگر دیدگاه گفتمان فقه و اصول نیست.

نشانی: مشهد، حرم مطهر، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ساختمان شماره ۲، دفتر نشریات دانشجویی

تلفن: ۰۵۱-۳۲۲۱۸۹۹۰ داخلی ۲۲۰

رایانامه: Jw.razavi@gmail.com

پایگاه اینترنتی: Jw-razavi.blog.ir

این مجله در پایگاه مجلات تخصصی نورمگز نمایه می‌شود.

www.noormags.ir

مقاله‌ها بایستی دارای ساختار زیر باشند:

۱. عنوان مقاله، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، مطالب اصلی مقاله، نتیجه‌گیری، پی‌نوشت‌ها (در صورت وجود یادداشت توضیحی)، فهرست منابع.

۲. ارجاع منابع و مآخذ در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده، داخل پرانتز و به شکل زیر آورده شود:

منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، شماره جلد، صفحه)؛ مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۳).

منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف).

۳. در تکرار ارجاع یا اسناد، مانند بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و Ibid خودداری گردد.

۴. توضیحات اضافی و نیز معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات، با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود.

۵. در پایان مقاله، کتاب‌نامه به صورت زیر و به گونه فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین، جداگانه قید شود:

کتاب: نام خانوادگی و نام نویسنده، عنوان کتاب، شماره چاپ، نام مترجم، محل انتشار، ناشر، تاریخ نشر.

مقاله: نام خانوادگی و نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، سال انتشار.

مقالات مغایر با شیوه‌نامه فوق پذیرفته نخواهند شد.

نکات مهم:

۱. حجم مقاله از ۲۰ صفحه حروف‌چینی شده (صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای) بیشتر نباشد.

۲. مقاله ارسالی در هیچ نشریه‌ای چاپ یا ارائه نشده باشد.

۳. نشانی کامل نویسنده یا نویسندگان شامل شماره تماس، نشانی پستی و رایانامه، رتبه دانشگاهی و دانشگاه محل تحصیل، حتماً در زیرنویس صفحه اول نوشته شود.

۴. مقاله‌ها باید در نرم‌افزار Microsoft Office Word با قلم B Zar و اندازه ۱۴ تایپ

شوند و به رایانامه jw.razavi@gmail.com ارسال گردند.

فهرست مقاله‌ها

- اول سخن ۷
- گستره «مصلحت امنیت» در تعارض با حریم خصوصی ۹
- انحلال قرارداد به واسطه تعذر ایفاء با تکیه بر عدم انتساب آن به متعهد ... ۲۷
- مطالعه تطبیقی قاعده الزعیم غارم ۵۱
- مفهوم شناسی علم قاضی ۷۳
- حمایت از بزه دیدگی جنسی کودکان در فقه و حقوق موضوعه ۸۷
- منابع مصلحت در فقه شیعه ۱۱۷

مقاله

اول سخن

بدون شك یکی از رسالت های انقلاب اسلامی تحقق بخشیدن به تمدن نوین اسلامی و ایجاد زمینه برای به وجود آمدن چنین تمدنی می باشد. علوم اسلامی در ایجاد زمینه برای تحقق بخشیدن به تمدن اسلامی نقش به سزایی دارد و یا به عبارتی بدون توجه به این علوم، تشکیل تمدن اسلامی غیر ممکن می باشد زیرا این علوم وظیفه ساخت پایه های فکری جامعه مسلمان و کنار زدن علوم انسانی بیگانه را بر عهده دارند.

در میان علوم اسلامی، علم فقه مانند گوهری جلوه نمایی میکند، به گونه ای که میتوان گفت اساس و ساختار جامعه متمدن مسلمان و ارائه مدل تشکیل آن، بدون توجه به این علم قابل تصور نیست زیرا بنابر دلائل متعدد علمی و اعتقادی در راس جامعه متمدن اسلامی باید شخصی که مسلط به علم فقه و دارای توانایی استنباط احکام الهی است، حضور داشته باشد.

حال با توجه به اهمیت این علم و نقش اساسی پژوهش، در پرورش و توان مندی سازی دانشجویان و علاقه مندان به این رشته تمدن ساز، خداوند متعال را شاکریم که بار دیگر توفیق ارائه نوشتارها و بیان مباحث اساسی و جدید در حوزه فقه و مبانی حقوق اسلامی را در دومین شماره نشریه گفتمان فقه و اصول به ما عطا نمود.

از این رو بر خود لازم میدانم از حمایت ها و زحمات جناب آقایان حجج اسلام دکتر سید مهدی احمدی نیک مدیر محترم گروه علمی فقه و اصول و حسین شریعتی نژاد معاونت فرهنگی و مسئول کمیته ناظر بر نشریات و دکتر سیدحامد حسین هاشمی و دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی و همچنین ابوالفضل فرح بخش که با حمایت ها و راهنمایی های خود همواره نشریه گفتمان فقه و اصول را مورد عنایت قرار دادند، تشکر نمایم.

امید عادل

پاییز ۹۶

دوفصلنامه

گفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان

۱۳۹۶

گستره «مصلحت امنیت» در تعارض با حریم خصوصی

سید حامد حسین هاشمی^۱

چکیده

نوشتار حاضر به بررسی گستره بهره‌گیری از عنصر مصلحت در تعارض میان امنیت و حریم خصوصی اشخاص از منظر فقه شیعی پرداخته است. تامین امنیت و اهمیت آن از یک سو و حق داشتن حریم خصوصی و صیانت از آن از سوی دیگر و نیز حل تقابل این دو، از دیرباز در کانون توجه حکومت‌ها و مدافعان حقوق انسان بوده است؛ آن‌سان که این مسئله تا به اکنون، به صورت معمایی حل نشده باقی مانده است. بررسی مفهوم و مستندات و نیز آراء و نظریات مرتبط، به منظور دست‌یابی به ادله‌ای متناسب پیرامون قلمرو این مفهوم، بخش‌های اصلی این جستار را سامان داده است. ممنوعیت نقض حریم خصوصی اشخاص، به عنوان یک اصل کلی و تخصیص آن در مواردی که منجر به خدشه دار شدن امنیت در شکل خرد یا کلان آن می‌شود، نتیجه‌ای است که نوشتار حاضر بدان دست یافته است. خروج از این اصل، مشروط به نظارت یک فرد آگاه به احکام اسلامی و عادل یعنی حاکم شرع است که باید بر اساس موازین شرعی و به مقدار لازم برای تامین امنیت باشد.

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

مقدمه

«امنیت» و «حریم خصوصی» دو مفهوم بسیار دلنشین و جذاب اما با گستره و مصادیقی رازآلود، همواره مورد توجه انسان بوده است. شاید از همان زمان که بشر خود را شناخت و اندکی با همسانان و محیط اطرافش آشنا گردید، سخن و تفکر درباره امنیت و حریم خصوصی با او همراه بوده است.

تلاش بشر در طول قرن ها و سالیان متمادی، برای دست یابی به این دو عنصر حیاتی بشر که هر عقل سلیمی داشتن آن ها را توصیه می کند، هیچ گاه به سرانجام نرسیده است چه این که عوامل تهدید کننده این دو، بسان خود انسان ها، پیوسته در حال پیشرفت و ترقی بوده و هر روز با شکل و ترکیب جدیدی، امنیت و آزادی انسان ها را تهدید می کند. اما مشکل مهمتر از جایی شروع می شود که این دو مفهوم با یکدیگر به تعارض می نشینند و هر یک قصد کوتاه نمودن دست دیگری را می نماید. تاریخ حیات انسان، صحنه های گوناگونی از تعارض میان امنیت و حریم خصوصی را به خود دیده است. در بسیاری از این موارد، مشخص نبودن مرز میان امنیت و آزادی و نبود تصویری شفاف و صحیح از این دو مفهوم باعث گشته است تا در بسیاری جوامع بشری، به بهانه امنیت، حقوق انسان ها زیر پا گذاشته شود و یا با دستاویز قرار دادن آزادی و حفظ حریم خصوصی، امنیت شماری دیگر، تهدید گردد.

این مسئله باعث گردید تا تلاش هایی از سوی پژوهش گران حوزه فقه و حقوق برای یافتن و برقراری توازن میان این دو مفهوم شکل گیرد. (احمدی میانجی، ۱۳۶۴: ۱۳) یکی از مهمترین دلایلی که در این پژوهش ها به عنوان ادله جواز نقض حریم خصوصی اشخاص از سوی حکومت ها و دولت ها بیان می شود، عنصر «مصلحت امنیت» است که ایجاب می کند تا برای برقراری امنیت در مواردی حریم خصوصی اشخاص نقض گردد. سوالی که در این بحث مطرح می گردد این است که مصلحت امنیت در چه مقیاسی توان نقض حریم خصوصی را داراست.

پاسخ به این سوال، نیازمند این است تا نخست درک روشنی از مفهوم امنیت، حریم خصوصی و در نهایت، مصلحت و جایگاه آن در فقه و قانونگذاری اسلامی داشته باشیم و در ادامه به شمول و گستره آن در مقابل دیگر عناصر تاثیر گذار در فرآیند استنباط حکم پردازیم. در گام پایانی، عوامل تاثیر گذار بر قبض و بسط نقش مصلحت در این مسئله

می‌تواند به کامل شدن پاسخ ما کمک شایانی نماید.

۱- امنیت

امنیت به معنای «حالت فراغت نسبی از تهدید یا حمله و یا آمادگی برای رویارویی با هر تهدید و حمله» است. (آشوری، ۱۳۶۶: ۳۸)

همان گونه که از تعریف امنیت بر می‌آید، این مفهوم، علاوه بر داشتن یک ما به ازاء خارجی، حالتی درونی و یک احساس فردی یا گروهی است اما با این تفاوت که این دو همواره ملازم یک دیگر نبوده و به صورت منفک و جدا از یک دیگر نیز تصور می‌گردند. این بدان معناست که ممکن است در مواردی امنیت در واقع وجود نداشته باشد اما شخص این احساس را داشته باشد.

همین مطلب و نیز تفاوت انسان‌ها در میزان ادراک، علم و باورها و ارزش‌های معتبر نزد آن‌ها باعث می‌شود تا امنیت تبدیل به مفهومی نسبی گردد بدین شکل فردی در یک شرایط خاص، احساس امنیت داشته باشد اما فرد دیگری با همان شرایط، هیچ‌گاه احساس امنیت نکرده و همواره با دغدغه‌های امنیتی زندگی نماید.

ضرورت تامین امنیت در یک جامعه بر کسی پوشیده نبوده و نیست و این مسئله اختصاصی به جامعه اسلامی و غیر آن نیز ندارد. به همین خاطر است که در شریعت اسلام در کنار دیگر مسائل به عنصر امنیت نیز تذکر داده و بر لزوم هوشیاری و مراقبت تاکید شده است آن چنان که برخی نوشته‌اند:

«روشن است آنجا که {امنیت} ارتباطی با سرنوشت دیگران و کیان جامعه پیدا می‌کند مسئله شکل دیگری به خود می‌گیرد، لذا شخص پیغمبر ﷺ مأمورانی برای جمع‌آوری اطلاعات قرار داده بود که از آنها بعنوان «عیون» تعبیر می‌شود، تا آنچه را ارتباط با سرنوشت جامعه اسلامی در داخل و خارج داشت برای او گردآوری کنند.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۸۴/۲۲)

از سوی دیگر، مفهوم امنیت، ارتباط تنگاتنگی با مفهوم حریم و حریم خصوصی دارد چه این که در بسیاری موارد، مواردی همچون تهدید یا حمله با نقض حریم یا احتمال نقض آن محقق می‌گردد. از این رو در پاسخ به روایی یا ناروایی تامین امنیت با نقض حریم خصوصی نمی‌توان به سهولت حکم نمود.

۲- حریم خصوصی

حریم در لغت به معنای «پیرامون و گرداگرد خانه» و نیز به معنای «مکانی که حمایت و دفاع از آن واجب باشد»، است. (معین، بی تا)
 برخی دیگر حریم را به معنای «آن چه حرام شده و مس آن جایز نباشد» دانسته اند. (عمید، ۱۳۴۶)

حریم در فقه گاه به معنای لباس شخص محرم که قصد طواف خانه خدا را دارد، می آید. (محمود، بی تا: ۵۶۶/۱) اما آن چه بیشتر در علم فقه، به عنوان حریم معرفی گشته است، فضایی است پیرامون اموال و مکان ها که اشخاص مالکیت فردی یا جمعی آن را در اختیار دارند و دیگر افراد از ورود و هرگونه تصرف در آن بدون اذن مالک منع شده اند. (مشکینی، ۱۴۱۹: ۴۹؛ بروجردی، ۱۴۱۶: ۱۶۹/۱؛ بحرانی، بی تا: ۱۶۹/۱۱) در برخی موارد نیز، مالکیت از آن شخص یا اشخاص خاص نبوده بلکه به خاطر عام المنفعه بودن آن و یا حق داشتن تمامی افراد جامعه در آن، برای آن مکان، حریم تعریف می شود. (حلی، ۱۴۱۴: ۴۱۴) نمونه ای از این موارد حریم مسجد است که نسبت به مقدار آن، روایاتی (کلینی، ۱۴۰۷: ۷۳۶/۴؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۰۲/۳) نیز وجود دارد که پشتوانه ی استدلال فقها برای بیان محدوده حریم آن به شمار می رود.

شماری دیگر از فقه پژوهان، حریم را امری عرفی دانسته اند که اگر چه مفهوم آن نزد عرف روشن است اما فقها حدود آن را در مورد مصادیقی خاص بیان نموده اند. (مشکینی، ۱۴۱۹: ۴۹) جستجو در کلمات و آثار به جا مانده از فقیهان متقدم و متاخر امامیه، این مطلب را به خوبی تأیید می کند. (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۹/۱۹-۷۰؛ حلی، ۱۴۱۴: ۴۱۴؛ حلی، ۱۳۸۷: ۲۳۲/۲؛ خمینی، بی تا: ۲۰۰/۲)

چنان چه روشن است این تعاریف بیشتر در مورد اموال غیر منقول معنا پیدا می کند و اگر چه برخی عالمان فقه، جنبه های اخلاقی نیز برای حریم قائل شدند اما در اغلب موارد ناظر به حریم فیزیکی و خارجی اموال و مکان های غیر منقول است. (صدر، ۱۴۱۹: ۹۹/۵) به نظر می رسد که اختلاف ها پیرامون تعریف حریم خصوصی بیش از همه به اختلاف در تعیین و شناسایی مصادیق آن باز می گردد. این بدان معناست که اشتباه و شبهه در این بحث، از قبیل شبهات مصادیقی است و نه مفهومی.

بر این اساس، تعریف اصطلاحی حریم خصوصی نیز همان معنای لغوی آن است

که شامل تمامی مواردی که ممنوع و غیر قابل دسترس است می شود و از همین رو می توان ادعا نمود که تفاوتی میان معانی لغوی و معانی اصطلاحی آن وجود ندارد. بر این پایه، اصطلاح «حریم خصوصی» به معنای تمامی اشیا، مکان ها، محیط ها، ارتباط ها و دیگر مواردی است که مخصوص به فرد یا افراد خاصی بوده و دسترسی به آن ها برای دیگران ممنوع تلقی می گردد، است.

صرف نظر از تعریف حریم خصوصی، آن چه در رابطه با حریم خصوصی اشخاص مهم است، حکم آن است که در قاموس فقه اسلامی و شیعی همواره بر آن تاکید می شود. این حکم که برگرفته از آیات قرآن و سنت معصومان است، بیان گر عدم جواز نقض حریم خصوصی اشخاص است.

برخی فقه پژوهان معاصر در این رابطه چنین نوشته اند:

«قرآن با صراحت تمام تجسس را منع نموده، و از آنجا که هیچگونه قید و شرطی برای آن قائل نشده نشان می دهد که جستجوگری در کار دیگران و تلاش برای افشای اسرار آنها گناه است، ولی البته قرائنی که در داخل و خارج آیه است نشان می دهد که این حکم مربوط به زندگی شخصی و خصوصی افراد است، و در زندگی اجتماعی تا آنجا که تاثیری در سرنوشت جامعه نداشته باشد نیز این حکم صادق است» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۸۴/۲۲).

۳- مصلحت

مصلحت در لغت به معنای چیزی که در مقابل مفسده و فساد قرار می گیرد، معنا شده است (احمد بن فارس، ۱۴۰۴: ۳۰۳/۳؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۳۸۳/۱). معنا و مفهوم عرفی این لغت که امروزه مورد استعمال قرار می گیرد، فاصله ی چندانی با این معنای لغوی ندارد. از سوی دیگر، در متون مقدس مسلمانان، اثری از این واژه به همین شکل در قرآن کریم، یافت نگردید. اگر چه کلماتی هم خانواده ی با این لفظ، نظیر «اصلح»، «اصلاح» و «صالح» در موارد زیادی به کار رفته است (بقره/۱۱ و ۶۲ و ۸۲ و ۱۸۲ و ۲۲۰). در شماری از این موارد، این کلمات در مقابل لفظ «فساد» قرار گرفته اند. (اعراف/۵۶)

از این رو به نظر می رسد، برای فهم معنای مصلحت در لسان شارع بایستی به همان معنای متفاهم عرفی مراجعه نمود که قدر متیقن آن «ضد فساد» است.

۱. محیط، مفهومی اعم از مکان فیزیکی است چه این که بر فضاهای مجازی نیز محیط اطلاق می گردد.

۱-۳. قلمرو مصلحت در فقه و قانونگذاری

همچون بسیاری از مفاهیم دیگر، از آن رو که مصلحت و فساد، اموری هستند که با آموزه ها و باورهای اعتقادی و کلامی هر شخص در آمیخته اند. این آموزه ها می تواند نوع نگاه به دنیا و موجودات موجود در آن، هدف از خلقت و ارتباط این دنیا با آخرت باشد.

بنا بر این، دیدگاه دین مبین اسلام و شارع مقدس نیز در این زمینه با دیگر نحله ها و مکاتب فکری ممکن است متفاوت باشد. به تعبیر دیگر، مصلحت از زوایه ی نگاه قانونگذار فقه اسلامی با دیدگاه مصلحت از منظر یک انسان بی دین، در مواردی ممکن است، متفاوت و یا در تضاد باشد.

نکته ی دیگری که از اهمیت بالایی در این بحث برخوردار است این است که در میان پیروان دین اسلام و کسانی که به امر استنباط احکام شرعی اسلامی از منابع آن مشغول هستند نیز ممکن است در تعریف، مصادیق و گستری مصلحت مورد نظر شارع اسلام اختلاف نظر وجود داشته باشد. این مطلب با توجه به اختلاف در سلاقی و نیز خصوصیات و ویژگی های فردی هر یک از اشخاص حاضر در این صحنه، امری بدیهی خواهد بود.

این کلمه، واژه ای با گستره ی معنایی و مصداقی فراخ است که با این همه بر اصل توجه به مصلحت و تاثیر آن بر اجرای احکام اتفاق نظر وجود دارد.

۲-۳. کلام فقها پیرامون مصلحت

شیخ انصاری رحمته الله علیه که یکی از بزرگترین فقهای شیعه است در بحث غیبت در کتاب مکاسب خود می نویسد:

«فإذا فرض هناك مصلحة.... دلّ العقل أو الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن..... ووجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين، كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس، و قد نبّه عليه غير واحد.» (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴۲/۱)

«اگر فرض شود که مصلحتی در این جا وجود دارد...عقل و شرع حکم کنند بر این که این مصلحت بالاتر از مصلحت احترام مومنین است...واجب است که بر اساس مصلحت قوی تر حکم گردد. همان گونه که این مطلب در تمامی معاصی دیگر چه قسمت حق الهی و چه حق الناسی

آن مطرح می‌گردد و بسیاری از روایات نیز بدین مطلب اشاره کرده‌اند.»

این فرمایش شیخ اعظم انصاری رحمته الله علیه در مورد مصلحت دار بودن یک فعل به ظاهر حرام که در حالت عادی معصیت تلقی می‌گردد و جواز انجام آن مطلب مهمی است که در بسیاری از بن بست‌ها و چالش‌های امروزی جوامع مسلمان می‌تواند گره‌گشا و راه‌حل مطلوب باشد.

نکته‌ی قابل‌تأمل در این بحث، تعمیمی است که شیخ انصاری رحمته الله علیه داده و این نکته را به تمامی معاصی دیگر گسترش می‌دهند و شامل تمامی حقوق الهی و حقوق مردمی می‌نمایند. این بدان معناست که حتی در مواردی همچون بحث حاضر که سخن از حریم خصوصی اشخاص است و پای حقی از حقوق اشخاص در میان است، باز هم اگر مصلحت قوی تری در میان باشد می‌توان بر خلاف آن حق عمل نمود و مرتکب آن معصیت گردید تا به مصلحت قوی‌تر دست پیدا کرد.

مطلب دیگری که در این کلام وجود دارد تاییدی است که شیخ انصاری رحمته الله علیه بر کلام خویش از روایات ائمه علیهم السلام می‌آورند و آن را نه مستند به یک یا دو روایت که به تعداد زیادی روایت می‌نمایند. این برداشت با توجه به تعبیر «غیر واحد» که در کلمات ایشان آمده است، به روشنی قابل‌شناسایی است.

به هر روی، این مطلب اثرات فروانی در فقه و قوانین اسلامی و کارکرد آن‌ها و نحوه‌ی تعامل و اجرای این احکام در جامعه دارد. تحلیل فقهی و اصولی این مطلب بدین گونه است که این مورد و امثال آن از آن قبیل مواردی هستند که فقها و دانشیان فقه، نام «متزاحمین» بر آن می‌گذارند.

این همان مطلبی است که برخی دیگر از فقهای امامیه نیز بدان اشاره کرده‌اند و مقدم داشتن مصلحت قوی‌تر را در برابر انجام برخی معاصی بیان نموده‌اند. (قزوینی، ۱۴۲۴: ۲/۲۷۸؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۴/۳۶۲) نمونه‌ای دیگر از این موارد، جرح یکی از شهود حاضر در دادگاه است که بیان عدم صلاحیت او برای شهادت مصلحتی مقدم و اقوی از پوشاندن عیوب و فقدان شایستگی او برای شهادت دارد. (سبحانی، ۱۴۲۴: ۶۱۹) شاهدی دیگر، حکم به جواز ورود به املاک و خانه‌های اشخاص برای نجات جان آن‌ها در مواقع خطر است که اگر چه این عمل تحت عنوان غصب قرار گرفته و عملی حرام محسوب می‌شود اما به خاطر اهمیت حفظ جان افراد، حکم حرمت زیر پا گذارده می‌شود و حکم به جواز ورود به

حریم شخص آنان می شود.

بر اساس این قانون، و تعمیم آن به تمام موارد، به استناد به مصلحت قوی تری که در نقض این حریم وجود دارد - به خاطر حساسیت و موارد امنیتی و نظامی - می توان حکم به جواز این حریم کرد، هر چند این یکی از نخستین حقوق هر شخصی است تا حریمی امن و مختص به خود داشته باشد.

بر همین اساس است که برخی نویسندگان در این باره نوشته اند:

«عقل سلیم و شرع مقدس هر دو حکم می کنند بر اینکه لازم است مصالح عمومی کشور و

مردم بر آزادی های فردی ترجیح داده شود» (منتظری، ۱۴۰۹: ۴/۳۰۰)

مسئله ی حائز اهمیتی که در این بین وجود دارد و از کلام فقهای چون شیخ انصاری (ره) نیز به روشنی دریافت می شود این است که قوی تر بودن و بیشتر بودن مصلحت نقض حریم بایستی از ناحیه ی یکی از دو منبع عقل و شرع تایید گردد که خود فرایندی مهم و مشکل است. به تعبیر دیگر، تعیین مهم و مهمتر برای قربانی کردن مهم نزد اهم، موضوعی است پیچیده که نیازمند مقدمات و پیش زمینه های لازم است. در ادامه و مباحث مرتبط با مصلحت به این مطلب بیشتر خواهیم پرداخت.

۴- جواز نقض حریم خصوصی اشخاص با تکیه بر عنصر مصلحت امنیت

بر آیند ادله در دو طرف جواز و منع ورود به حریم خصوصی اشخاص در حوزه ی مرتبط با مسائل امنیت در شکل های خرد و کلان آن، جواز و اباحه در شماری از موارد ورود به حریم خصوصی، است. (احمدی میانجی، ۱۳۶۴: شماره ۱۳؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۲/۱۸۴) هر چند این حکم منافاتی با اولویت حق حریم خصوصی اشخاص ندارد و آن را همچون یک قاعده و اصل کلی می پذیرد اما در مواردی به خاطر یک مصلحت مهم تر، حکم به تخصیص آن می نماید. بنا بر این، حکم جواز نقض حریم خصوصی اشخاص در هنگامی که مصلحت امنیت چنین چیزی را اقتضا نماید، یک امر خلاف اصل محسوب می شود.

نکته ی دیگری که در این زمینه وجود دارد، تاثیر قصد و هدف از نقض حریم خصوصی اشخاص است. همان گونه که می دانیم، ورود به حریم خصوصی اشخاص بر اساس اغراض و اهداف از این نقض و ورود قابل تقسیم هستند. بر این اساس، این سوال

مطرح می‌گردد که در مواردی که نقض حریم به خاطر حفظ مصلحتی قوی تر و اعظم صورت گرفته است، آیا می‌توان تعبیر «نقض» حریم اشخاص بر این عمل نهاد؟ و آیا می‌توان آن را نقض دانست؟

روشن است که منظور از این سوال جنبه خارجی و تکوینی نیست چه این که مشخص است در خارج ورودی به حریم اشخاص صورت گرفته است بلکه مراد جنبه حقوقی و عرفی و شرعی آن است به این بیان که آیا از منظر دانشیان دین و حقوق، این عمل، ورود به حریم خصوصی محسوب می‌گردد؟

این سوال از آن روست که برخی در مواردی نظیر این بحث، احتمال حرام نبودن و یا معصیت نداشتن عمل را مطرح نموده‌اند. (احمدی میانجی، ۱۳۶۶: شماره ۱۳) به عنوان نمونه اگر کسی به خاطر وجود مصلحتی قوی تر مجبور شود غیبت شخصی را نماید، در این جا به خاطر وجود آن مصلحت، شاید بتوان گفت که اصلاً غیبتی صورت نگرفته است.

تطبیق این سخن با بحث حریم خصوصی این گونه ممکن است که بگوییم در مواردی که به خاطر مصلحتی، به حریم خصوصی اشخاص تعرض می‌گردد، وجود این مصلحت باعث می‌گردد تا این ورود را از دیگر ورودها متمایز ساخته و اطلاق عنوان نقض حریم خصوصی را نیز بر آن مسامحی و مجازی بدانیم.

هر چند بر اساس این مبنا، سخن پیرامون این موضوع، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود اما به نظر می‌رسد، این فرض بهره‌چندانی از واقعیت نبرده باشد و تعرض به حریم دیگران حتی در فرض وجود مصلحت، نقض آن به شمار رود. این امر مبتنی بر این مطلب است که غرض از نقض حریم خصوصی اشخاص، تأثیری در ماهیت خارجی و واقعی آن ندارد به خصوص آن که امری چون نقض حریم خصوصی همانند برخی دیگر از جرائم و معاصی نیست که منوط به نیت و قصد شخص فاعل داشته باشد.

۵- شرایط و ضوابط حکم ثانوی نقض حریم خصوصی

روشن است که حاکمیت و دولتمردان در هر نظام سیاسی، می‌توانند بزرگترین مدافعان حریم خصوصی اشخاص حاضر در آن اجتماع باشند. اما از سوی دیگر، عمده‌ترین نهاد تهدیدکننده ی حریم خصوصی نیز، همین دولت‌ها و حکومت‌ها هستند (غلامی، ۱۳۹۳: شماره ۱).

مواردی از قوانین خارجی همچون قانون موسوم به «میهن پرستی» در آمریکا از جمله مواردی هستند که یکی از بزرگترین نقض حریم ها را نسبت به شهروندان این کشور و حتی دیگر کشورها رقم زده است.

به باور برخی محققین، امنیت محوری دولت ها می تواند زمینه ساز نقض حریم خصوصی شهروندان باشد. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۲۴) و این مسئله در مورد مراکز و نهادهای نظامی نمود بیشتری پیدا می کند چه این که آنان در برخورد مستقیم با عوامل تهدید کننده ی امنیت هستند.

بر این اساس، امنیت، مصلحت و مفاهیمی نظیر آن، از جمله مواردی هستند که همچون شمشیر دو لبه عمل نموده و اگر در دست حکومت ها و اشخاص پابند به برخی باورهای درست الهی و بشری نباشد، می تواند باعث و عامل بیشترین و عظیم ترین اجحاف ها در حقوق شهروندان جامعه از جمله حق داشتن حریم خصوصی آن ها گردد.

شاید به همین خاطر است که در مکتب و نظام حکومتی شیعی، تنها کسی که می تواند بر جایگاه حاکم شرع تکیه زند شخصی است که از خصوصیات ویژه ای همچون تقوا، عدالت، درایت و تدبیر، دوری از هوی و هوس و ... برخوردار باشد. این خصوصیات باعث می گردد تا ولی فقیه که مرجع تصمیم گیری در تمامی موارد مهم حکومت است، در هنگام صدور حکمی مبنی بر ورود به حریم خصوصی یک شخص تا حد امکان از صدور حکم اشتباه مصون بماند و دنبال او، تمامی مدیران و نمایندگان او نیز در قلمرو چتر تقوا و عدالت او داخل گردند.

نکته ای که وجود دارد این است که در هنگام تعارض حق حریم خصوصی اشخاص و مصلحتی دیگر، بایستی تا حد امکان در راستای جمع میان این دو کوشید تا بتوان هر دو را در کنار هم قرار داد. به عنوان نمونه، اگر شخصی را در نظر بگیریم که خود را نامزد نشستن بر کرسی نمایندگی مجلس نموده است، حق داشتن حریم خصوصی برای این شخص همچون دیگر آحاد ملت محفوظ است. از سوی دیگر، آگاهی یافتن مردم از این نامزد نمایندگی نیز حقی است که آنان برای خود محفوظ می دانند. از این رو در تعارض این دو حق و مصلحت بایستی میان هر دو جمع نمود به این شکل که آگاهی مردم نسبت به این شخص را صرفاً در مورد خصوصیات و ویژگی های مجاز بدانیم که با کار و پیشه نمایندگی مجلس در ارتباط و تاثیر گذار است. و ورود به دیگر حریم های خصوصی آن

شخص را غیر مجاز تلقی نمایم.

از سوی دیگر به نظر می‌رسد قانون، خود نیز در مواردی که حکم استثنایی برای نقض حریم خصوصی صادر نموده است، شرایطی را برای آن معین کرده است. برای نمونه ماده چهار قانون آئین دادرسی کیفری این گونه است:

«اصل، برائت است. هرگونه اقدام محدودکننده، سلب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضائی مجاز نیست و در هر صورت این اقدامات نباید به گونه‌ای اعمال شود که به کرامت و حیثیت اشخاص آسیب وارد کند.» (قانون آئین دادرسی کیفری / ماده ۴)

همان گونه که پیداست جواز ورود به حریم خصوصی اشخاص در این ماده ی قانونی در صورتی مجاز شمرده شده است که موارد زیر در آن رعایت شده باشد:

الف- با حکم قانون باشد.

ب- در ورود به حریم خصوصی اشخاص، مقررات رعایت گردد.

ج- تحت نظارت مقام قضایی باشد.

د- با رعایت تمام این موارد، به گونه‌ای عمل شود که به کرامت و حیثیت اشخاص آسیبی وارد نگردد.

نمونه‌ای دیگر از شرایط مشخص شده توسط قانون برای نقض حریم خصوصی اشخاص، ماده ۶۷۱ قانون آئین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی است که در آن آمده است:

«تفتیش و توقیف داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی به موجب دستور قضایی در مواردی

به عمل می‌آید که ظن قوی به کشف جرم یا شناسایی متهم یا ادله جرم وجود دارد.» (قانون

آئین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی، ماده ۶۷۱).

قید «ظن قوی» در این ماده قانونی، باعث می‌شود تا تفتیش و بازرسی و ورود به حریم خصوصی اشخاص تنها مستند به ادله‌ی احتمالی و موهوم نگاشته بلکه به پشتوانه‌ی گمان و ادله‌ی قوی انجام گیرد.

برخی فقهای معاصر در این باره می‌نویسند:

«اسلام می‌خواهد مردم در زندگی خصوصی خود از هر نظر در امنیت باشند. بدیهی است اگر

اجازه داده شود هر کس به جستجوگری درباره دیگران برخیزد حیثیت و آبروی مردم بر باد می

رود، و جهنمی به وجود می آید که همه افراد اجتماع در آن معذب خواهند بود. البته این دستور منافاتی با وجود دستگاههای اطلاعاتی در حکومت اسلامی برای مبارزه با توطئه ها نخواهد داشت ولی این بدان معنی نیست که این دستگاهها حق دارند در زندگی خصوصی مردم جستجوگری کنند.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۸۴/۲۲)

۱-۵. لزوم پایبندی به موازین شرعی در بهره گیری از عنصر مصلحت امنیت

یکی از فرامین حکومتی که در رابطه با موضوع حقوق مردم به صورت عام و حریم خصوصی به صورت خاص، صادر شده است، فرمانی است از جانب بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، حضرت امام خمینی رحمته الله علیه که به فرمان هشت ماده ای معروف است. مخاطب اصلی و ابتدایی این فرمان، قوه قضائیه و نهادهای زیرمجموعه آن است، اما در بندهای میانی، امام خمینی رحمته الله علیه به صراحت بیان می کنند که مفاد این فرمان شامل تمامی نهادها و مراکز حکومتی می شود.

آن چه در رابطه با این فرمان بیش از هر چیز دیگری تبلور دارد، حساسیت و اهمیتی است که رهبری انقلاب اسلامی نسبت به حقوق شهروندی ساکنان در جغرافیای ایران اسلامی داشته اند. سر تا سر این قانون مملو از عباراتی است که کارگزاران و متولیان امر را از تعرض به حریم خصوصی اشخاص نهی می کند.

اما این همه بدان معنا نیست که حکومت اسلامی چشم خویش را بر تمام آن چه در جامعه می گذرد ببندد و بی توجه به اعمال و رفتار اشخاص باشد چه این که این خود ظلمی بزرگتر در حق همان افراد ساکن در جامعه است. دلیل این مطلب نیز روشن است که تامین امنیت یک نظام و جامعه، نیازمند توجه و مشاهده ی جامعه با چشمانی باز و با بصیرت است.

از همین روست که در بند چهارم از این فرمان این گونه آمده است:

«هیچ کس حق ندارد کسی را بدون حکم قاضی که از روی موازین شرعیه باید باشد توقیف کند یا احضار نماید، هر چند مدت توقیف کم باشد. توقیف یا احضار به عنف، جرم است و موجب تعزیر شرعی است.»

بر اساس این بند اگر چه حکم اولیه، عدم جواز توقیف افراد و احضار آن هاست اما در مواردی که قانون چنین تشخیصی را ثواب بداند و قاضی بدان حکم کند، این امر،

رنگ جواز و اباحه به خود خواهد گرفت.

بند پنجم از این فرمان نیز، تصرف در اموال اشخاص را منوط به نظر حاکم شرع می‌نماید اما با توجه به اهمیت موضوع به این هم بسنده نکرده و حتی نظر حاکم شرع را پس از بررسی دقیق و ثبوت حکم از نظر شرعی، لازم الاجرا می‌داند. در ادامه ی این فرمان و پس از توجه و تاکید هر چه بیشتر امام خمینی رحمته بر لزوم توجه به حریم خصوصی اشخاص می‌خوانیم:

«آنچه ذکر شد و ممنوع اعلام شد، در غیر مواردی است که در رابطه با توطئه‌ها و گروهک‌های مخالف اسلام و نظام جمهوری اسلامی است که در خانه‌های امن و تیمی برای براندازی نظام جمهوری اسلامی و ترور شخصیت‌های مجاهد و مردم بیگناه کوچه و بازار و برای نقشه‌های خرابکاری و افساد فی الأرض اجتماع می‌کنند و محارب خدا و رسول می‌باشند، که با آنان در هر نقطه که باشند، و همچنین در جمیع ارگان‌های دولتی و دستگاه‌های قضایی و دانشگاه‌ها و دانشکده‌ها و دیگر مراکز با قاطعیت و شدت عمل، ولی با احتیاط کامل باید عمل شود، لکن تحت ضوابط شرعی و موافق دستور دادستان‌ها و دادگاه‌ها، چرا که تعدی از حدود شرعیه حتی نسبت به آنان نیز جایز نیست، چنانچه مسامحه و سهل‌انگاری نیز نباید شود.»

این فراز به صراحت مطلب فوق دال بر لزوم توجه به موازین شرعی را اثبات می‌نماید و اهمیت حفظ امنیت را باعث زیر پا گذاردن احکام شرع نمی‌داند.

۲-۵. نیازسنجی در نقض حریم خصوصی

یکی دیگر از موارد نیازمند توجه در این موضوع این است که هر گاه حریم خصوصی و یک مصلحت دیگر با هم تعارض نمایند و بدین نتیجه دست یافتیم که بایستی برای رعایت مصالحی، در امور خصوصی او ورود پیدا کرد، این مسئله لزوماً بایستی به مقدار نیاز و به کیفیتی باشد که تنها شبهات و مسائل امنیتی و مصالح پیش گفته را پاسخ گو باشد نه به گونه ای که هیچ ضابطه و معیار مشخصی برای آن وجود نداشته باشد.

نگارنده این مسئله را بر اساس قاعده ای فقهی بیان می‌کند که مفاد آن این است:

«الضرورات تقدر بقدرها» (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۵۳)

«احکام ضروری به اندازه ی ضرورت انجام می‌گیرند.»

این قاعده این مطلب را بیان می‌کند که هر گاه به خاطر وجود ضرورت و مصلحتی

مجبور شدیم، حکمی شرعی و قانونی را زیر پا بگذاریم این تجاوز از شرع و قانون صرفاً باید در حیطه و دامنه‌ی همین مصلحت و ضرورت باشد و نه بیش از آن. برخی محققین در این باره نوشته‌اند:

«فقه‌ها برای این حکم، دلیلی اقامه نکرده‌اند. سبب آن نیز وضوح مطلب است؛ زیرا به حکم بدیهی عقل، هر گاه به سبب اضطرار بنده اش، به او، در مخالفت برخی از احکام الزامی خود، رخصت داد، این ترخیص تا وقتی است که عذر باقی باشد و با ارتفاع عذر، رخصت نیز برداشته می‌شود.» (کلانتری، ۱۳۸۷: ۳۳۳)

رعایت این مسئله باعث می‌گردد تا در بسیاری از موارد از تجسس و تفتیش‌های بی‌مورد جلوگیری شده و حقوق اشخاص در زمینه‌ی حریم خصوصی آن‌ها حفظ گردد.

۳-۵. مقتضای اصل اولی در هنگام شک

سوالی که در این زمینه مطرح و نیازمند تذکر است این است که هر گاه در تعارض میان رعایت حریم خصوصی و یک مصلحت دیگر، به راه حل روشنی و دلیل محکمی دست نیافتیم تا مشخص کند که این مورد شامل موارد خارج شده از حکم عدم جواز نقض حریم است، چه باید کرد؟ به بیان دیگر در هنگامی که شک کردیم که آیا مصلحت مورد نظر ما از جمله مصالحی است که توان نقض حریم خصوصی اشخاص را داشته باشد یا خیر، چه راه حل دیگری وجود دارد.

در پاسخ به این سوال می‌توان گفت که در هر موردی که حریم خصوصی و یک امر مصلحت‌دار دیگر با هم تعارض نمایند، اصل اولی رعایت حریم خصوصی اشخاص است که تقدم دارد چه این که حکم اولی و اصلی در این موضوع حرمت و ممنوعیت ورود به حریم خصوصی اشخاص است.

نتیجه گیری

از مجموع آن چه ذکر شد چنین بر می آید که مفاهیم مصلحت امنیت و حریم خصوصی از ارکان نخست هر جامعه ای به شمار می رود که توجه به آن ها و نیز تلاش در جهت فراهم نمودن آن ها، از جمله مهمترین فعالیت های حکومت ها و دولت مردان به شمار می رود. اما هنگامی که این دو عنصر در مقابل یکدیگر قرار گیرند، با توجه به اهم بودن مصلحت امنیت، حکم خلاف اصلی همچون نقض حریم خصوصی، روا و مجاز شمرده می شود. این خروج از اصل اما، منوط و مشروط به این است که اولاً زیر نظر فقیهی عادل و مدبر انجام شود تا مطابقت آن با موازین شرعی را تایید نماید و در گام بعدی، باید به اندازه و مقدار ضرورت اکتفا شود.

دوفصلنامه

کفتمان

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

منابع:

۱. قرآن کریم
۲. احمدبن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، **معجم مقاییس اللغه**، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم.
۳. احمدی میانجی، علی، دی ماه ۱۳۶۴، **اطلاعات و اخبار در اسلام**، مجله نور علم، شماره ۱۳.
۴. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵هـ.ق، **کتاب المکاسب**، چاپ اول، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری رحمته، قم.
۵. آشوری، داریوش، ۱۳۶۶هـ.ش، **دانشنامه سیاسی**، چاپ دوم، انتشارات سهروردی، تهران.
۶. بحرانی، حسین بن محمد، بی تا، **أنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، چاپ اول، مجمع البحوث العلمیه، قم.
۷. بروجردی، آقاحسین طباطبایی، ۱۴۱۶هـ.ق، **تقریر بحث السید البروجردی**، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰هـ.ق، **المصاحح**، چاپ اول، دار العلم للملایین، بیروت.
۹. حلی، حسن بن یوسف؛ ۱۴۱۴هـ.ق، **تذکره الفقهاء**، چاپ اول، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم.
۱۰. حلی، فخر المحققین، ۱۳۸۷هـ.ق، **ایضاح الفوائد**، چاپ اول، انتشارات اسماعیلیان، قم.
۱۱. خمینی، سید روح الله الموسوی، ۱۳۶۱هـ.ش، فرمان هشت ماده ای امام خمینی رحمته.
۱۲. روحانی، سیدصادق، ۱۴۱۲هـ.ق، **فقه الصادق علیه السلام**، چاپ اول، قم، دار الکتاب- مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۳. سبجانی، جعفر، ۱۴۲۴هـ.ق، **المواهب فی تحریر احکام المکاسب**، چاپ اول، موسسه امام صادق علیه السلام، قم.
۱۴. صدر، سیدمحمدصادق، ۱۴۱۹هـ.ق، **ماوراء الفقه**، بی نوبت چاپ، دار الاضواء للطباعه و النشر و التوزیع، بیروت.
۱۵. صدوق، محمدبن علی، ۱۴۱۳هـ.ق، **من لا یحضره الفقیه**، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۱۶. عاملی، سیدجواد، ۱۴۱۹هـ.ق، **مفتاح الکرامه**، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

۱۷. عمید، حسن، ۱۳۴۶هـ.ش، **فرهنگ عمید**، بی نوبت چاپ، انتشارات جاویدان، تهران.
۱۸. غلامی، علی، بهار ۱۳۹۳، اطلاق یا تقييد حریم خصوصی و الزامات تحديد یا نقض آن، مجله دانش انتظامی، شماره ۱.
۱۹. قانون آئين دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی
۲۰. قانون آئين دادرسی کیفری.
۲۱. قزوینی، سیدعلی موسوی، ۱۴۲۴هـ.ق، **ینابیع الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲۲. کلانتری، علی اکبر، ۱۳۸۷هـ.ق، **حکم ثانوی در تشریح اسلامی**، چاپ اول، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم.
۲۳. کلینی، محمدبن یعقوب، ۱۴۰۷هـ.ق، **الکافی**، چاپ هفتم، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
۲۴. محمود، عبدالرحمن، بی تا، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيّه**، بی نوبت چاپ، بی جا.
۲۵. مشکینی، علی، ۱۴۱۹هـ.ق، **مصطلحات الفقه**، چاپ اول، انتشارات الهادی، قم.
۲۶. مصطفوی، محمدکاظم، ۱۴۲۱هـ.ق، القواعد: **مئه قاعده فقهیه**، چاپ چهارم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۱هـ.ق.
۲۷. معین، محمد، بی تا، **فرهنگ معین**، بی نوبت چاپ، انتشارات امیر کبیر، تهران.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۴هـ.ش، **تفسیر نمونه**، چاپ اول، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۲۹. منتظری، حسین علی، ۱۴۰۹هـ.ق، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، چاپ اول، نشر موسسه کیهان، قم.
۳۰. میرمحمدصادقی، حسین، ۱۳۹۲هـ.ش، **جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چاپ دوم، انتشارات میزان، تهران.

دوفصلنامه

گفتان

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

انحلال قرارداد به واسطه تعذر ایفاء با تکیه بر عدم انتساب آن به متعهد

ابوالفضل فرح بخش^۱

امیرحسین خوشرفنار^۲

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

چکیده

در این جستار آن چه که ثابت خواهد شد این است که تلف مبیع قبل از قبض به ادله چهار گانه موجب انفساخ عقد خواهد شد و تلف بعض مبیع نیز به همان نسبت موجب انفساخ خواهد شد و برای مشتری حق فسخ قرارداد را ایجاد خواهد کرد البته این قاعده شامل تلف منافع نخواهد بود ولی در شمول قاعده نسبت به ابواب دیگر معاملات و سایر معاوضات میان فقها قول واحدی یافت نمی شود و البته مسئله مبنایی خواهد بود. اما مطابق ماده ۶۶ کنوانسیون بین المللی پس از انتقال ضمان به مشتری، تلف یا زیان وارده به کالا موجب براءت او از تادیه ثمن نمی شود، مگر اینکه تلف یا زیان وارده، ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد.

همچنین انتفاء موضوع تعهد و یا هدف تعهد موجب انفساخ عقد خواهد شد و متعهد ملزم به جبران خسارت متعهد له و یا اعاده وضعیت سابق او خواهد بود.

واژگان کلیدی: انحلال قرارداد، تعذر ایفاء، تلف قبل قبض، اعاده وضعیت، انفساخ.

۱. دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی.

۲. دانشجوی مقطع کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی.

مقدمه

تعهد پدیده‌ای حقوقی است که اجرای مفاد آن مدتی ادامه می‌یابد و به طور معمول با انجام تعهد خاتمه می‌یابد. دوران اجرای تعهد و چگونگی خاتمه آن به نوع، موضوع تعهد و علل متعددی وابسته است. شناخت هر یک از این عوامل به نحو قابل توجهی به اجرای آن کمک می‌کند. بی تردید ایفای به تعهد ساده ترین راه برای انجام هر قرار داد است. اما این امر همیشه به آسانی ممکن نیست، گاهی به دلالتی که خارج از اراده متعاملین است، امکان اجرا برای مدت زمان کوتاه و یا دائمی وجود ندارد و متعذر می‌شود و چنین تعذری می‌تواند انحلال قرارداد را به دنبال داشته باشد. این تعذر ایفای قرار داد که منتسب به عمل متعهد نیز نیست به دو صورت قابل تصور است. صورت اول: تلف عین معین موضوع عقد بدون اهمال و تفریط از ناحیه متعهد. صورت دوم: انتفاء موضوع تعهد یا هدف عقد. از صورت اول در فقه تعبیر به قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» می‌شود، مفاد این قاعده که در ماده ۳۸۷ قانون مدنی وجود دارد، این است که اگر بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به دست مشتری برسد، بدون تعدی و تفریط تلف شود، بایع خود باید متحمل خسارت شود.

در این مقاله ابتدا قاعده تلف مبیع قبل از قبض در فقه و حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران و کنوانسیون بین المللی و متفرعات آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و بعد از بررسی آن، به آثار و متفرعات انتفاء موضوع تعهد یا هدف از ایجاد آن پرداخته می‌شود.

۱. تلف عین موضوع عقد بدون اهمال و تفریط از ناحیه متعهد

۱-۱. کلیات و مفهوم شناسی

۱-۱-۱. تعریف و مفاد قاعده

این قاعده از قواعد مشهوری است که در ابواب معاملات بیان شده است و در قانون مدنی ایران نیز به آن اشاره شده است.

ماده ۳۸۷ ق.م مقرر می‌دارد:

«اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری است»

چنانچه ملاحظه می‌شود ماده فوق صریحاً به قاعده مزبور اشاره دارد که لازم است تعریف آن را بیان کنیم:

«هرگاه بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به مشتری تسلیم شود بدون هیچگونه تعدی و تفریطی از طرف بایع تلف شود خود بایع متضرر و متحمل خسارت خواهد شد و لازم است ثمن را به مشتری برگرداند»

از ماده مزبور چهار شرط برای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، استفاده می‌شود.

۱. مبیع عین معین و خارجی باشد؛ چون کلی در ذمه به دلیل عدم تعیین خارجی آن با قبض توسط مشتری به ملکیت درمی‌آید.
 ۲. تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری باشد.
 ۳. مبیع بدون تقصیر (افراط و تفریط) بایع تلف شود ولی اگر بایع و شخص ثالث، سبب تلف آن شده باشند در مبحث جداگانه بحث و بررسی خواهد شد.
 ۴. بایع برای تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم و قائم مقام او مراجعه نکرده باشد.
- سبب نامگذاری قاعده مزبور، مأخوذ از روایتی است که در کتب فقهی و روایی فقها که با عبارت «کل مبیع تلف قبل قبض فهو من مال بایعه»، ذکر شده است.

۱-۱-۲. مفردات قاعده

تلف: نویسنده ترمینولوژی حقوق می‌نویسد: «تلف از بین رفتن مال بدون دخالت مستقیم است» (لنگرودی: ۱۳۷۸، ۱۷۷) بعضی دیگر تلف را «عبارت از فنای شیئی هم به حسب تکوین و هیئت و هم به حسب مالیت و بطور خلاصه؛ هر دگرگونی شیئی به طوری که عرف تلف را بر آن صادق بدانند» می‌دانند (بجنوردی: ۱۳۸۰، ۲۹۴) پس آنچه که با عوامل طبیعی از بین می‌رود یا مالیت خود را از دست می‌دهد، تلف صدق نمی‌کند. استاد امامی مواردی را که در حکم تلف هستند مشمول قاعده مزبور می‌داند مانند: غرق شدن و سرقت در صورتیکه احتمال یافت شدن آن داده نشود (امامی: ۱۳۶۳، ۴۶۱/۱) بعضی دیگر با استناد به اینکه پشتوانه و ارزش هر چیزی بستگی به اعتبار مالیت در نزد عقلا دارد بطوری که اوصاف و عوارض عین نیز از بین برود تلف صدق می‌کند (بجنوردی: ۱۳۸۰، ۲۹۴) ولی این سخن صحیح به نظر نمی‌رسد، چون در صورتیکه عین باقی باشد ولی بعضی از اوصاف آن از بین برود تلف صدق نمی‌کند بلکه از اصلاحاتی مثل عیب و نقص و غیره

باید استفاده کرد که باب مربوط به خودش را می‌طلبد.

مبیع: این واژه از دید لغت و مفهوم عرفی هیچگونه ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی می‌باشد اما باید روشن شود که شمول قاعده فقط نسبت به مبیع (مثنی) است یا مثنی را نیز شامل می‌گردد که بعداً تحت عنوان «تلف مثنی» بحث خواهیم کرد.

قبل از قبض: مراد از عبارت مزبور ظاهراً همانی است که فقها می‌گویند: قبض یعنی استیلاء بایع بر مثنی و استیلاء مشتری بر مثنی، که به هر صورتی که این استیلاء صورت گرفته باشد کافی است. البته روشن است که قبض هر چیزی به حسب مورد آن فرق می‌کند، مال منقول به یک نحو است و غیر منقول به نحو دیگر. مثلاً در مال منقول باید عین مال را تحویل مشتری دهد چنانکه قانون مدنی به این نکته اشاره دارد^۱ بنابراین اگر کسی از طرف هر متعامل و کیل باشد و مال در اختیار او باشد قبض به محض انجام گرفتن معامله صورت گرفته و تلف مبیع قبل از قبض مطرح نمی‌گردد یا در صورتی که محموله خریداری شده برای او ارسال می‌شود، از زمان ارسال قبض صورت گرفته است گرچه بدست مشتری نرسیده است (بجنوردی: حسن، ۸۷) یا در اصطلاح حقوق تجارت، اگر معامله به صورت ۲ freight و ۳ cost و یا ۴ free on board انجام شود قبض در هر یک متفاوت است در صورت اول که کالا به مقصد نرسیده قبض حاصل نشده و در صورت دوم با وصول کالا به عرصه کشتی قبض انجام گرفته است.

من مال بایعه: در عبارت مزبور دو احتمال وجود دارد

الف: اینکه بگوئیم تلف در مال بایع واقع شده است و کلمه هو به تلف برمی‌گردد بنابراین به مجرد عقد که مبیع به ملکیت مشتری درمی‌آید طبق این احتمال فوری، قبل از تلف و یا به گفته صاحب حدائق (بحرانی: ۱۴۰۵، ۸۷/۱۹) همزمان با تلف، عقد نیز خود به خود منفسخ می‌شود و اگر قائل به انفساخ نشویم، باید بگوئیم قبض شرط صحت است که خلاف اجماع فقها است.

ب: احتمال دیگر این که مبیع در ملک مشتری است ولی خسارت و ضمان آن به عهده بایع می‌باشد. این احتمال خلاف ظاهر کلام است؛ بلکه در صورتیکه «علی بایعه، در حدیث مذکور موجود می‌بود، ممکن بود که بگوئیم فرض مزبور صحیح است، بنابراین معنی صحیح آن این است که در مال بایع تلف صورت گرفته و سبب انفساخ عقد نشده است

۱. مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ و ۳۶۹ از قانون مدنی به این نکته اشاره دارند.

و دلیل دال بر انفساخ عقد، عبارت مزبور «من مال بایعه» می باشد.

۱-۲. مدارک و مستندات قاعده

قاعده مزبور مستند به روایات رسیده و اجماع و بناء عقلا می باشد که ذیلاً به بررسی آنها می پردازیم:

۱-۲-۱. روایات:

روایاتی در این زمینه وجود دارد که به بررسی آنها پرداخته می شود.

الف: از جمله این روایات، حدیث نبوی مشهور «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال یایع» که به دلالت مطابقی، بر قاعده تلف مبیع قبل از قبض دلالت دارد. هرچند این حدیث مرسله است و از حیث سند، معتبر نبوده و ضعیف محسوب میشود و در اکثر کتب شیعه و عامه نقل نشده است اما صاحب مستدرک از کتاب حدیث «غوالی اللؤلؤی» نقل نموده است (نوری: ۱۴۰۸، ۳۴۷) که اکثر؛ بلکه تمام فقها به مضمون این حدیث عمل کرده و فتوی داده اند. خصوصاً بر مبنای کسانی که در خبر واحد موثوق الصدور بودن روایت را کافی می دانند، روایت مزبور معتبر خواهد بود. چرا که وناقتی که از عمل اصحاب بدست می آید به مراتب قوی تر از توثیق کتب رجالی است؛ پس در مورد سند حدیث علی رغم اینکه بعضی از فقها فرموده اند این قاعده مستندی از نصوص ندارد (بحرانی: ۱۴۰۵، ۸۷/۱۹) جای هیچ نگرانی نیست و دلالت حدیث هم روشن است بر اساس این حدیث، قبض شرط صحت معامله است و تا زمانی که مبیع به خریدار تسلیم نشده، مسئولیت ناشی از تلف یا خسارت، بر عهده فروشنده است.

ب: روایت عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام: از حضرت در مورد شخصی که کالایی را میخرد ولی آن را تحویل نمیگیرد، بلکه نزد فروشنده گذارده و میگوید فردا میآیم و ان شاء الله آن را میبرم، و در این فاصله هم کالای خریداری شده به سرقت میرود، سؤال شد که اکنون آنچه را که دزد برده از مال چه کسی محسوب میشود؟ امام در پاسخ میفرماید: مال مسروقه از اموال فروشنده به سرقت رفته و خسارت آن بر او تحمیل میشود؛ زیرا تا هنگامی که آن را به خریدار تحویل نداده و از خانه خود خارج نموده، تسلیم صورت پذیرفته است ولی هرگاه فروشنده پس از معامله، مبیع را تسلیم خریدار نماید، مسئولیت به او

منتقل میشود و در صورت تلف یا سرقت و مانند آن، باید ثمن را به فروشنده بپردازد (حر
 عاملی: ۳۸۵/۱۳۸۳)

سند حدیث به واسطه وجود دو نفر بنام محمد بن عبدالله بن هلال و خود راوی حدیث
 عقبه بن خالد، ضعیف است چون هر دو مجهول الحال هستند (مکارم: ۳۵۶/۲) اما این ضعف
 به عمل اصحاب جبران شده است و مشهور فقهاء آن را مؤید حدیث نبوی دانسته و بدان
 عمل کرده‌اند (طباطبائی: ۱۴۱۲، ۵۲۸)

۱-۲-۲. اجماع:

بسیاری از فقهاء علاوه بر روایات مذکور، اجماع را نیز مستند این قاعده دانسته‌اند،
 از جمله مرحوم صاحب جواهر (نجفی: ۱۴۰۰، ۱۵/۲۳)، علامه در تذکره (علامه حلی: بی تا، ۴۳۷/۱) و
 شیخ انصاری (انصاری: ۱۴۳۴، ۳۰۵) در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند.
 علامه حلی در این زمینه می‌گوید:

« اختلافی در نزد ما شیعه نیست که ضمان کالا مطلقاً قبل از قبض به عهده فروشنده است
 بنابراین چنانچه قبل از تسلیم مبیع تلف گردد عقد منفسخ شده و تعهد پرداخت ثمن هم منتفی
 می‌شود»^۱

اما ظن قوی وجود دارد که این اجماع مدرکی باشد. بنابراین چنین اجماعی ارزش
 فقهی ندارد (خوئی: بی تا، ۶۰۰/۷) لکن چنین اجماعی مؤید نظر است.

۱-۲-۳. بنای عقلا:

عقلا وقتی معامله و معاوضه می‌نمایند قصدشان بر این است که در قبال مالی که
 می‌دهند مالی را بدست آورند و وقتی یکی از عوضین قابلیت برای قبض شدن را از دست
 بدهد عقد به خودی خود منفسخ می‌شود و علت انفساخ را هم تلف می‌دانند هر چند
 لازمه چنین سخنی، تلف شدن مال در ملک مشتری است و این خلاف قاعده و اصول
 است اما مثبت قاعده مزبور می‌باشد. (بجنوردی: حسن، ۶۵)

بعضی دیگر از فقهاء چنین مبنایی را قبول ندارند و استدلال فوق را غیر ثابت و غیر کافی
 می‌دانند و چنین می‌گویند: که فرض کنید مشتری ثمن را تسلیم نموده و مبیع را به دلیل

۱. « لا خلاف عندنا فی الضمان علی البایع قبل القبض مطلقاً فلو تلف حیثئذ انفسخ العقد و سقط الثمن » .

تأخیر بایع دریافت نکرده است و بعد از مدتی قیمت متاع بالا می‌رود و مبیع نزد بایع تلف می‌گردد. در این صورت آیا باید گفت بایع فقط ضامن ثمن است و ضامن متاعی که قیمت آن ترقی کرده نیست اگر چنین بگوئیم « که ضامن ترقی قیمت نیست » حرف صحیحی نیست (شیرازی: ۳۵۹/۳)

۱-۲-۴. سیره مسلمین:

سیره مسلمین و متشرعه در معاملات و معاوضات مؤید قاعده است و چون سیره مزبور به زمان معصوم متصل می‌گردد، حجیت شرعی دارد خصوصاً که منعی از جانب معصوم (علیه السلام) در این مورد نیز نرسیده است بلکه حدیث نبوی مشهور و روایت عقبه بن خالد، دلیل بر عمل سیره می‌باشد. بنابراین از مجموع ادله و کلمات فقها شیعه و عامه اطمینان حاصل می‌شود که چنین قاعده ای صحیح است و تردیدی در آن وجود ندارد گرچه در اینکه آیا این قاعده مطابق اصول معاملات است یا قاعده مزبور برخلاف قواعد معاملات است و نیز آیا قاعده مزبور شامل تلف ثمن نیز می‌شود، اختلاف شده است اما در حجیت و شرعی بودن قاعده در میان اکثر علما بلکه قریب به اتفاق علما خلافی نیست.

نظریه مختار:

مهمترین دلیل برای حکم موجود در قاعده تلف مبیع قبل از قبض، بنای عقلاء است؛ چرا که بنای عقلاء در معاوضات این است که هر یک از متعاقدین، چیزی بدهد که در ازای آن چیزی بگیرد، یعنی هیچ یک تملیک به طور مجانی نمی‌کنند، بلکه علی نحو العوض است. همچنین در بنای عقلاء، قابلیت نقل و انتقال خارجی با آن خصوصیات و شرایطی که بیع بر آن واقع شده است هم در نظر گرفته میشود. می‌توان گفت بناء عقلاء همان عقل عملی است؛ یعنی آنچه که عقلاء عالم در عمل انجام می‌دهند. بناء عقلاء در معاوضات آن است که باید عوض و معوض باشد، پس بنای آنها در معاوضه بر مجانی بودن نیست؛ بلکه هر عوضی، معوضی دارد. همچنین از نظر عقلاء همه آنچه که در معامله تأثیر گذار است؛ نظیر خصوصیات و شرایطی که عوض و معوض بر آن واقع شده‌اند، مد نظر است و مورد تأیید میباشد. بنابراین در صورت تلف، معامله منفسخ می‌شود.

۳-۱. متفرعات قاعده

۱-۳-۱. غصب مبیع قبل از قبض

اگر قبل از قبض مبیع، مبیع غصب گردد. آیا می‌توان آن را در حکم تلف و مشمول قاعده مزبور دانست؟ فقها در مورد غصب می‌فرمایند اگر موردی از غصب، عین مغضوب باقی باشد و بدون فوت منافع، بایع قدرت بر استرداد عین مغضوب دارد، برای مشتری، سببی برای وجود خیار پیدا نمی‌شود. اما اگر تحصیل مبیع مغضوب، به سرعت و بدون فوت منافع عرفی آن ممکن نباشد؛ چون ضرر بر مشتری وارد می‌شود برای مشتری خیار بوجود می‌آید، یعنی می‌تواند فسخ کند یا خود به غاصب رجوع کند و از او مغضوب را استرداد نماید (نجفی: ۱۴۰۰، ۱۵۸/۲۳). بنابراین فقها غصب را در حکم تلف نگرفته‌اند تا موجب انفساخ بیع گردد. لیکن با توجه به روایت عقبه بن خالد، که سرقت را در حکم تلف گرفته‌اند صورت دوم فوق را بعید نیست در حکم تلف بدانیم.

۱-۳-۲. امول قاعده نسبت به تلف ثمن

آیا این قاعده شامل تلف ثمن هم میشود یا نه؟ «به عبارت دیگر؛ اگر ثمن قبل از آنکه تحویل بایع گردد، در دست مشتری تلف شود؛ آیا تلف از مال مشتری محسوب میشود یا از مال بایع؟»

هر چند مبیع از حیث لغت و مفهوم عرفی، هیچ ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی است؛ اما اینکه قاعده مزبور شامل تلف ثمن نیز می‌گردد. در این زمینه کلام برخی از فقها بررسی می‌شود و در آخر نظر مختار بیان می‌شود.

نویسنده کتاب مفتاح الکرامه قائل است که مقتضای اصل و ظاهر حدیث نبوی این است که تلف ثمن اگر معین باشد از مال بایع محسوب است؛ زیرا با وقوع عقد، ثمن به ملکیت بایع درآمده است. سپس می‌فرمایند: لکن ظاهر مجمع الفائدة و البرهان این است که تلف ثمن نیز مثل تلف مبیع است و فرقی میان آن دو نیست و می‌فرمایند صاحب مجمع البرهان معتقد است که در روایت عقبه بن خالد، اشاره ای موجود است که فهمیده می‌شود تلف قبل از قبض مختص به مبیع نیست (حسینی عاملی: ۵۹۷/۱۳۲۷).

مرحوم صاحب روضه نیز از عده ای از اصحاب نقل می‌کند که قائل به نظر مجمع الفائدة و البرهان هستند و آنها می‌گویند که ملاک در این دو، یکی است و گرنه مبیع

بودن خصوصیتی ندارد چه اینکه میباید می توان بر ثمن نیز اطلاق کرد و از بایع می توان مشتری اراده کرد. چنانچه در مجمع البرهان هم به این مطلب تصریح شده است و در لغت هم اینچنین استعمال صحیح است (طباطبائی: ۱۴۱۲، ۱/۵۲۷)

نظر مختار

می توان گفت پاسخ پرسش فوق بستگی به آن دارد که ما مدرک قاعده را چه بدانیم. بنابراین اگر مدرک قاعده، روایات باشد؛ نظیر حدیث نبوی، قطعاً لفظ میباید شامل ثمن نمی شود مگر اینکه بگوییم که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از مثن، ثمن و از بایع، مشتری را هم اراده نموده است.

همچنین اگر مدرک قاعده، اجماع باشد، لفظ میباید شامل ثمن نمیشود؛ زیرا همانطور که بیان شد، مدرک و منشاء این اجماع، همین روایات است. بنابراین با اجماع نمی توان شمول قاعده نسبت به ثمن را اثبات کرد. « البته از آن جهت که اجماع یک دلیل لبی است (یعنی غیر لفظی)، نمی توان آن را به غیر معقد اجماع تسری داد. بنابراین اگر معقد اجماع بر انفساخ عقد، در خصوص تلف میباید قبض از قبض باشد، باید به همان مورد یعنی تلف میباید و مثن اکتفاء نمود؛ اما اگر در معقد اجماع، فرقی میان تلف میباید یا ثمن نباشد، و فقهاء هم در هر دو صورت، حکم به انفساخ عقد نموده باشند؛ همچنان که شیخ اعظم انصاری در این خصوص ادعای نفی خلاف میکنند، قاعده مزبور شامل تلف ثمن نیز می گردد.»

اما اگر مدرک قاعده، بنای عقلاء باشد، در نزد عقلاء بین ثمن و مثن فرقی نیست؛ چرا که ملاک و مناط در این دو، یکی است. به عبارت دیگر، میباید بودن در قاعده هیچ خصوصیتی ندارد؛ بلکه همچنان که بیان شد، بنای عقلاء در معاوضات این است که هر یک از متعاقدین چیزی میدهد که در ازای آن چیزی بگیرد. بنابراین هیچ یک تملیک به طور مجانی نمیکنند، بلکه علی نحو العوض است. حال این بنای عقلاء، اختصاصی به مثن ندارد و این ملاک به عینه در ثمن هم موجود است. بنابراین همان طوری که قبل از قبض، عقد بیع با تلف میباید از بین رفته و منفسخ می شود، در تلف ثمن قبل از قبض هم، عقد بیع منفسخ می شود.

۱-۳-۳. تلف بعض مبیع قبل از قبض

بدون تردید شمول قاعده نسبت به آنجا که تمامی کالا قبل از قبض تلف گردد، مسلم است؛ اما اگر جزء مبیع تلف گردد آن تلف آیا بیع را منفسخ می‌کند و کل عقد از بین می‌رود یا اینکه تلف کل مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع می‌شود؟ و یا اینکه به همان نسبت تلف از بیع انفساخ صورت می‌گیرد و باقی دیگر عقد صحیح است؟ عده ای از فقها معتقدند به نسبت تلف مبیع از بیع انفساخ صورت می‌پذیرد و معادل مقدار تلف شده مبیع، از ثمن به مشتری مسترد می‌شود هر چند در این فرض مشتری خیار تبعض صفقه پیدا می‌کند (خمینی: ۱۳۹۰، ۵۲۴/۲)

مرحوم شهید اول و شهید ثانی معتقدند که در فرض مذکور مشتری مختار است که اصل معامله را فسخ می‌کند یا ارش بگیرد. البته تلف بعض مبیع و یا معیوب شدن آن قبل از قبض را یک جا آورده اند و حکم هر دو را یکی می‌دانند (شهید ثانی: بی تا، ۵۲۴/۳) نکته: اگر تلف جزء مبیع موجب شود کل مبیع از حیازت انتفاع خارج شود مثل یک لنگه کفش، در این صورت تلف جزء مثل تلف کل محسوب می‌شود و عقد را منفسخ می‌کند.

نظر قانون مدنی ایران

در صورتی که مضمن، قبل از تسلیم، ناقص شود، بر طبق ماده ۳۸۸ قانون مدنی، بیع منفسخ نخواهد شد بلکه مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند. ماده ۳۸۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.» در معنی نقص باید گفت که نقص عبارت است از تلف شدن جزء، مانند اینکه من ماشینی را مورد معامله قرار داده ام ولی قبل از تسلیم متوجه می‌شوم که چراغ های ماشین مفقود شده و یا سیستم ترمز خودرو دچار خرابی شود در این صورت مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند زیرا طبق قاعده، ضمان تلف کل مبیع به عهده بایع می‌باشد و کل غیر از مجموع اجزاء چیز دیگری نیست، بنابراین ضمان تلف جزء به عهده بایع خواهد بود لذا مشتری می‌تواند بیع را فسخ نماید یا به همان ثمن قبول کند.

۱-۳-۴. بررسی عیب مبیع قبل از قبض

ممکن است گفته شود که عیب همان نقص است، ولی بین این دو تفاوت‌هایی

وجود دارد، نقص یعنی تلف جزء و عیب یعنی تغییر وضعیت در تمام یا قسمتی از مبیع بدون اینکه جزئی از آن از بین رفته باشد.

مرحوم صاحب جواهر از عیب موجب نقص قیمت مبیع، سخن به میان آورده اند و صریحاً گفته‌اند که مشتری می‌تواند معامله را رد کند و مبیع معیوب را نپذیرد و سپس می‌فرماید: خلافی در مسئله نیست و اجماعی را از کشف الرموز به نقل از شرح لمعه بیان می‌دارد و نیز می‌گوید اصل بر صحت عقد و عدم انحلال بیع می‌باشد؛ و این که تلف قبل از قبض به عهده بایع گذاشته شده است، ارفاقی است که شارع برای مشتری قرار داده است اما در فرض جبران ضرر مشتری با جعل خیار به سبب رد مبیع یا اخذ ارزش ممکن است (نجفی: ۲۳، ۱۴۰۰/۱۵۸)

در صورتی که مشتری بخواهد ارزش بگیرد اگر تلف بوسیله آفات سماوی و قهری باشد شهید در مسالک و علامه حلی در شرایع از گرفتن ارزش توسط مشتری تردید نموده‌اند و منشأ تردید آنها هم این است که اولاً: بواسطه خیار ضرر وارده به مشتری جبران می‌گردد ثانیاً: عیب از جانب احدی بر مال وارد نشده است تا بتوانیم آنها را مسئول بدانیم بنابراین مشتری می‌تواند معامله را رد کند و ثمن را مسترد دارد.

اگر عیب ناشی از فعل مشتری و بدون اضرار بایع باشد مشتری حق ندارد و مفاد ماده ۳۸۹ ق.م.همین مطلب را بیان می‌دارد اما اگر با اضرار بایع باشد بایع ضامن است و از او می‌توان مطالبه ارزش نمود. اگر عیب ایجاد شده در اثر فعل بایع باشد بایع ضامن است و ید او هم امانی نیست و اگر عیب بواسطه اجنبی ایجاد شده باشد او ضامن است؛ بنابراین در صورتهای فوق مشتری خیار دارد و این برخلاف قواعد باب معاملات است و ماده ۴۲۵ ق.م. که مقرر می‌دارد: «عیبی که بعد از مبیع و قبل از قبض در مبیع حادث می‌شود در حکم عیب سابق است» که در واقع موضوع ماده ۴۴۲ ق.م. است یعنی اختیار بین فسخ و ارزش (خمینی: ۳۷۸/۵؛ شهیداول: بی تا، ۱۵۱/۱) مؤید مطلب بالاست.

۱-۳-۵. وضعیت نماءات و تلف آن

نمئات به دو دسته متصل و منفصل تقسیم میشوند. متصل، نمایی است که از عین غیر قابل تفکیک میباشد نظیر گوشت گوسفند؛ اما منفصل بالعکس متصل، قابل تفکیک بوده و مستقل از خود عین است نظیر پشم، شیر و بچه گوسفند. حال سؤال اینجاست نمای

حاصل در فاصله میان عقد و تلف مبیع قبل از قبض (چه نمای متصل و چه نمای منفصل) از آن کیست؟

از آنجائی که از زمان وقوع عقد، مبیع به ملکیت مشتری درمی آید و در مدت بیع عقد و تلف ملکیت مشتری قطعی است، نماءات مبیع پس از عقد تا زمان قبض نزد بایع امانت است و تلف مبیع قبل از قبض نسبت به آن جاری نمی شود؛ بنابراین چنانچه نماءات مبیع بدون تعدی و تفریط بایع تلف شود بایع ضامن نخواهد بود. در همین فرض مشتری هم ضامن ثمن نخواهد بود و اگر بایع ثمن را گرفت باید مسترد دارد. مثلاً اگر مشتری ده عدد گاو خرید ولی هنوز تحویل نگرفته باشد و در این مدت که مشتری قبض نکرده است پنج گوساله به دنیا بیاید؛ لکن گاوها به سبب آفات سماوی تلف شوند گوساله ها در ملکیت مشتری خواهند بود و بایع در صورتیکه ثمن را دریافت کرده باشد باید مسترد دارد زیرا معامله با تلف گاوها منفسخ شده است اما چون گوساله ها در ملکیت مشتری بدینا آمده اند متعلق به مشتری می باشند.

۱-۳-۶. شمول قاعده نسبت به ابواب دیگر معاملات

آیا این قاعده اختصاص به بیع دارد یا شامل سایر معاوضات نظیر اجاره و حتی شبه آن نظیر مهر و صداق نیز میشود؟

به طور مثال، اگر زوج مالی را به عنوان مهر زوجه تعیین کند و این مال قبل از قبض، تلف گردد، آیا تلف به حساب زوج محسوب میشود یا به حساب زوجه؟، همچنین اگر زوجه مالی را به عنوان خلع معین نماید و این مال قبل از قبض زوج تلف شود، آیا تلف به حساب زوجه محسوب میشود یا به حساب زوج؟

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: فقیهی را نیافتم که نفیاً یا اثباتاً بطور صحیح در این زمینه سخنی گفته باشد. سپس می فرماید: بله در باب اجاره و صداق و عوض خلع گفته اند ضمان آنها به حساب طرف می آید. اما اینکه عموماً در تمام معاوضات جاری شود در کلام فقها مسکوت عنه گذاشته شده است. البته از بعضی از قسمتهای کتاب تذکره این عمومیت فهمیده می شود یعنی قائل شده که در بیع انفساخ صورت می گیرد. اما در نکاح و عوض خلع ... ضمان به عهده طرف می آید نه اینکه نکاح منفسخ گردد (انصاری: ۱۴۳۴، ۳۱۴). مرحوم خوئی نیز به این نکته اشاره کرده اند و می فرمایند: گرچه مرحوم شیخ این

گونه نظر دارد ولی فرق بین بیع و سایر معاوضات وجود ندارد چون در همه اینها سیره جاری می‌گردد و غرض هم در معاوضات داد و ستد می‌باشد و در عرف گفته می‌شود تو چیزی به من اعطا نکردی تا در مقابل چیزی بدهم و این نکته در همه معاوضات وجود دارد (خوئی: بی تا، ۶۰۵/۷)

مرحوم بجنوردی می‌گوید:

این بحث مبنی بر این است که مدرک قاعده را چه بدانیم اگر مدرک قاعده روایت باشد مختص به بیع می‌باشد، زیرا عنوان بیع در روایت موضوع قرار گرفته است و شامل سایر معاوضات نمی‌گردد. زیرا دلیل دیگر نداریم و تنقیح مناط نیز در این مورد جاری نمی‌شود و اگر مدرک قاعده اجماع باشد؛ مرحوم شیخ طوسی از تذکره نقل کردند که در عموم معاوضات جاری است لکن مرحوم بجنوردی استفاده اجمالی را در نهایت دشواری می‌دانند؛ زیرا اجماع؛ دلیل است که به قدر متیقن آن باید اکتفا کرد؛ و اگر مدرک قاعده را سیره بدانیم در همه معاوضات جاری است و شاید صاحب تذکره به همین جهت فرموده اند که قاعده عمومیت دارد. (بجنوردی: حسن، ۸۲ و ۸۱/۲)

دوفصلنامه

گفتار
فقه و اصول

۱-۳-۷. تعارض قاعده مزبور با قاعده التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له

اگر موردی پیدا شود که هم مجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض و هم مجرای قاعده تلف در زمان خيار باشد؛ نظیر آنجایی که بایع ذوالخيار باشد و مثنی هم قبل از قبض مشتری تلف گردد، حکم آن مورد چیست؟

اگر به مقتضای قاعده التلف فی زمن الخيار ... عمل کنیم تلف به حساب مشتری است و اگر به مقتضای قاعده «تلف المبیع قبل قبضه» عمل کنیم تلف به حساب بایع است. بنابراین به کدام قاعده باید عمل کرد و چگونه باید حل تعارض نمود؟ آنچه به نظر می‌رسد این است که چون مرجحی در بین نیست بر مبنای طریقت و کاشفیت، هر دو قاعده تساقط می‌کنند و به اصول عملیه باید رجوع کرد؛ مگر اینکه دلیل و اماره خاصی وجود داشته باشد.

مرحوم بجنوردی معتقد است که این نظر پذیرفته نیست؛ زیرا:

اولاً نسبت میان مجرای این دو قاعده با هم، نسبت عموم و خصوص من وجه نیست؛ بلکه با هم فرق دارند. مجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، همچنان که پیداست، قبل از قبض است؛ ولی مجرای قاعده تلف در زمان خيار، تلف بعد از قبض است. بنابراین

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

با هم تعارضی ندارند. پس این دو قاعده، دو مجرا دارند و وقتی دو مجرای داشته باشند، دو موضوع هم خواهند داشت. پس موضوع قاعده کل مبیع، تلف قبل از قبض خریدار است و لو اینکه فروشنده، ذو الخیار هم باشد؛ زیرا بر اساس بنای عقلاء، در عقود معاوضی قبل از قبض، چنانچه موضوع معاوضه (چه ثمن و چه مثن) از بین برود، دیگر این عقد معاوضی نخواهد بود تا فروشنده بتواند از حق خیار استفاده نماید؛ لذا عقلاء حکم به انحلال عقد میدهند و عقل منفسخ می‌شود.

ثانیاً اگر به حسب ظاهر هم این دو قاعده با هم تعارض داشته باشند، قاعده کل مبیع، جلوی جریان قاعده تلف در زمان خیار را یا به نحو حکومت یا ورود و یا تخصص میگیرد.

لازم به ذکر است که بر منای مرحوم بجنوردی که دلیل قاعده را بناء عقلا بدانیم فرموده ایشان صحیح است و قاعده «تلف المبیع فی زمن الخیار...» مختص به جایی می‌شود که بیعی مستحکم و ثابت شده باشد و بیع هم بعد از قبض استحکام پیدا می‌کند.

۴-۱. حکم تلف کالا قبل از قبض در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰

۱-۴-۱. راه حل کنوانسیون در انتقال ضمان معاوضی

حالتی را تصور کنید که بایع کالایی را فروخته و کالا یا مثن را به خریدار که در کشوری دیگر اقامت دارد، باید تحویل دهد، در حین ارسال کالا، کالا ممکن است با خطراتی روبرو شود که موجب از بین رفتن آن شود. مثلاً در زمان ارسال، کالا در دریا غرق شود یا مثن و محموله فروخته شده در مسیر دچار سرقت قرار گرفته و یا حتی دولت بنا بر شرایطی کالا را مصادره نماید، حال سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا این خسارت از آن بایع است یا مشتری؟ جواب این سوال دارای شرایطی است و بر حسب این که تاریخ انتقال ضمان کالا به مشتری را چه زمانی بدانیم، جواب هایی متفاوتی خواهیم داشت در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ هم طبق مادتين ۳۶ و ۶۶ این کنوانسیون تلف باید بدون تقصیر بایع رخ دهد والا در صورتی که نقص یا تلف در اثر نقص تعهد از طرف بایع باشد، بایع ضامن تلف خواهد بود. ماده ۶۶ کنوانسیون مقرر می‌دارد: پس از انتقال ضمان به مشتری، تلف یا زیان وارده به کالا موجب برائت او از تادیه ثمن نمی‌شود، مگر اینکه تلف یا زیان وارده، ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد.

پس طبق این ماده اگر بایع بعد از انتقال ضمان نقض تعهدی داشته باشد باز هم مسوول خواهد بود.

اما مهمترین سوال در ارتباط با انتقال ضمان معاوضی، این است که زمان انتقال ضمان از کی است؟ در حقوق داخلی در این ارتباط سه نظریه وجود دارد:

۱- تاریخ انعقاد قرارداد؛ راه حل موجود در حقوق سوئیس و در ماده ۱۸۵ قانون تعهدات این کشور مورد قبول قرار گرفته است.

۲- تاریخ انتقال مالکیت؛ این روش هم در ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه پذیرفته شده است.

۳- زمان تسلیم مبیع؛ این روش در واقع در ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران پذیرفته شده است.

حال سوال مهمتر اینکه از بین سه نظر طرح شده کنوانسیون کدام روش را پذیرفته است؟ با مطالعه مواد کنوانسیون پی می‌بریم که در این کنوانسیون روش دوم که مورد قبول حقوق فرانسه است پذیرفته نشده، دلیل این امر هم روشن است چون که در بین

۱۰۱ مواد کنوانسیون هیچ قاعده‌ای در ارتباط با انتقال مالکیت وجود ندارد البته ماده ۴ کنوانسیون در این ارتباط صریح است، این ماده مقرر می‌دارد؛ مقررات این کنوانسیون

صرفاً ناظر بر انعقاد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود، بوده و ارتباطی خاصاً با امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصریح شده

باشد (الف) اعتبار قرارداد، یا هر یک از شرایط آن یا اعتبار هر گونه عرف مربوط؛ (ب) اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد. بنابراین کنوانسیون بدلیل

اختلاف موجود در حقوق کشورها و سیستمهای حقوقی این موضوع را با سکوت خاتمه داده است. اما با مراجعه به مواد کنوانسیون می‌بینیم که کنوانسیون زمان تسلیم کالا را به

عنوان قاعده اصلی در انتقال ضمان پذیرفته است در (ماده ۶۷) اما با مراجعه به ماده ۶۸ این کنوانسیون می‌بینیم که کنوانسیون روش سوم یعنی زمان انعقاد عقد را هم به صورت

فرعی و در بعضی از حالات پذیرفته است، ماده ۶۷ کنوانسیون ((در مبحث چهارم، انتقال ضمان)) مقرر می‌دارد؛

۱- هرگاه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و بایع ملزم به تسلیم آنها در محل معینی

نباشد، از زمانی که کالا مطابق قرارداد بیع، جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می‌شود، ضمان به مشتری منتقل می‌گردد. هرگاه بایع ملزم به تسلیم کالا به

متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد، تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشده است، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد. این امر که بایع مجاز باشد اسناد کالاها را نزد خود نگه دارد، اثری در انتقال ضمان نخواهد داشت.

۲- با این وصف، تا زمانی که کالاهای موضوع قرارداد، خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه بوسیله بارنامه ها و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگری، کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد.

ماده ۶۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد؛ در مورد میبعی که در راه فروخته می‌شود، ضمان از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود. معهذا اگر از اوضاع و احوال چنین بر آید، از تاریخ تسلیم کالا به موسسه حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند، ضمان بر ذمه مشتری مستقر خواهد شد. با این وصف، چنانچه بایع در زمان انعقاد قرارداد نسبت به تلف کالا یا زیان دیدن آن اطلاع داشته یا می‌باید اطلاع می‌داشت و این امر را به آگاهی مشتری نرسانده باشد، ضامن تلف یا زیان خواهد بود. بنابراین کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ در مورد انتقال ضمان معاوضی دو روش را برگزیده؛ ۱- قاعده اصلی (انتقال ضمان با تسلیم میبع طبق ماده ۶۷ کنوانسیون)، ۲- قاعده فرعی (انقال ضمان با انعقاد قرارداد طبق ماده ۶۸ کنوانسیون)

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۱-۴-۲. قاعده اصلی - انتقال ضمان با تسلیم:

در این قاعده با توجه به اینکه قرارداد بیع متضمن حمل باشد یا نه دو حالت متصور می‌شود.

الف) تسلیم غیر مستقیم میبع:

در خرید و فروش بین المللی معمولاً قرارداد بیع متضمن حمل است لذا در این موارد کالا باید توسط افراد ثالثی حمل شود. پس در این روش ید واسطه ای هم موجود است، همانطوری که در ماده ۶۷ کنوانسیون ذکر شد دو شرط در این روش حادث می‌شود

۱- تسلیم کالا به متصدی حمل ۲- مشخص شدن کالا

۱- تسلیم کالا به متصدی حمل

در این روش اگر بایع متعهد به تسلیم میبع در محل معینی نباشد، یا ملتزم باشد که کالا را در محل معین و معلومی تسلیم خریدار کند شرایط فرق خواهد کرد که ماده ۶۷

کنوانسیون این تمایز را به خوبی نشان داده است.

اگر تعهد بایع بر تسلیم معین نباشد ماده ۳۱ کنوانسیون حکمفرما خواهد شد، بند الف ماده ۳۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد؛ در صورتی که بایع مکلف به تسلیم کالا در محل معین نباشد، تعهد او به تسلیم، به شرح زیر است:

الف) - چنانچه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد، تعهد به تسلیم عبارت است از تحویل کالا به اولین موسسه حمل و نقل جهت ارسال به مشتری در حالت دوم که بایع متعهد است کالا را در محل معینی به متصدی حمل دهد، قسمت دوم بند ۱ ماده ۶۷ کنوانسیون حاکم خواهد بود، لذا در این صورت با تحویل کالا در آن محل و به همان متصدی معین ضمان میباید به خریدار منتقل خواهد شد.

۲- مشخص شدن کالا:

طبق بند ۲ ماده ۶۷ کنوانسیون، صرف تسلیم کالا به متصدی حمل موجب انتقال ضمان به مشتری نیست، لذا شرط دیگری که در این بند به آن اشاره شده است مشخص بودن کالا است.

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

بند ۲ ماده ۶۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: با این وصف تا زمانی که موضوع قرارداد، خواه از طریق علامت گذاری روی آنها، خواه بوسیله بار نامه‌ها و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد.

علت اینکه این بند اشاره به مشخص بودن کالا دارد می‌توان گفت که گاهی وقتها کالاهای ارسال شده به صورت فله‌ای و برای چند خریدار فرستاده می‌شود، و تا زمانی که کالاهای خریداری شده مشخص نشود ضمان هم منتقل نخواهد شد لذا ضمان تلف مضمن و کالا برعهده بایع یا فروشنده خواهد بود.

ب) تسلیم مستقیم مضمن به خریدار:

حکم این مبحث در ماده ۶۹ کنوانسیون آمده و این ماده فرضی را پیش بینی کرده است که کالا به طور مستقیم به خود خریدار تسلیم می‌شود در حالی که مادتين ۶۷ و ۶۸ کنوانسیون در این ارتباط چیزی را نگفته بود.

ماده ۶۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

۱- در غیر موارد مندرج در مواد ۶۷ و ۶۸ و از تاریخی که مشتری کالا را قبض می‌کند، یا چنانچه در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از تاریخی که کالا در اختیار وی قرار داده

شده است و به لحاظ قصور در قبض، مرتکب نقص قرارداد می‌گردد، ضمان به ذمه او منتقل می‌شود.

۲- معهذنا چنانچه مشتری ملزم به قبض کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع باشد، با فرارسیدن موعد تسلیم و اطلاع مشتری از این که کالا در محل مزبور در اختیار او قرار داده شده است، ضمان به وی منتقل می‌شود.

۳- چنانچه قرارداد راجع به کالایی باشد که در زمان انعقاد قرارداد مشخص نگردیده است، تا زمانی که مشخص نشده که کالای تحویلی مربوط به قرارداد می‌باشد، فرض بر این است که آن کالا در اختیار مشتری قرار نگرفته است.

همانطور مبحث بالا، در این قسمت هم با دو حالت مواجه خواهیم شد: ۱- تسلیم مبیع به خریدار ۲- مشخص نمودن کالا

۱- تسلیم کالا یا مبیع به خریدار

تسلیم و دادن مبیع به خریدار اگر، فروشنده کالا را در محل تجارت خود به مشتری تحویل دهد، مشتری ملزم به تحویل مثنی یا کالا در آن محل خواهد بود، بدیهی است با تسلیم کالا توسط فروشنده ضمان از وی به خریدار منتقل خواهد شد، بنابراین اگر فروشنده کالا را به خریدار تسلیم کند ولی خریدار از دریافت کالا امتناع جوید و خودداری نماید، اگر ثابت شود که مشتری یا خریدار در تحویل کالا دچار قصور شده، و این قصور قرارداد را نقض کند، لذا اگر وی خود داری از تحویل کالا نماید ضمان باز به خریدار از لحظه ای که کالا در اختیار وی قرار گرفته شده منتقل می‌شود اما فرضی را در نظر بگیرد که در آن تحویل کالا طی یک مدتی مثلاً دو ماهه است، در این صورت خریدار حق دارد تا آخر ۶۰ روز از تحویل کالا خودداری کند، بدیهی است در این فرض ضمان همچنان از آن فروشنده خواهد بود.

حال اگر فروشنده متعهد است که کالا را در محل غیر از محل تجارت خود تسلیم و تحویل خریدار دهد، در اینجا مشتری زمانی که کالا را در آن محل تعهد شده توسط فروشنده تحویل گیرد ضمان منتقل خواهد شد، در این جا هم اگر خریدار از تحویل کالا خودداری نماید، از زمانی که فروشنده کالا را در آن محل تعهد شده در اختیار خریدار قرار داده باشد و خریدار هم عالم به این تحویل باشد، ضمان به خریدار منتقل می‌شود.

۲- مشخص بودن کالا

بحث مربوط به مشخص بودن کالا در بند سوم ماده ۶۷ اشاره شد، اما باید دانست که تا زمانی که کالا مشخص نشده و معین نشده، اصل را بر عدم انتقال کالا به خریدار باید دانست، لذا تا زمانی که کالای فروخته شده مشخص نشده است ضمان نیز به خریدار منتقل نمی‌شود بلکه کماکان بایع ضامن کالا خواهد بود.

۱- ۳-۴. انتقال ضمان با انعقاد قرارداد

در ابتدای بحث در مورد اینکه کنوانسیون در مورد انتقال ضمان از کدام راه حل (راه حل سه گانه) بهره جسته، گفتیم که کنوانسیون طبق ماده ۶۷ قاعده اصلی را روش سوم که همان زمان تسلیم مبیع است برگزیده ولی با این حال کنوانسیون در ماده ۶۸ هم راه حل تاریخ انعقاد قرارداد را پذیرفته است که در ماده ۶۸ کنوانسیون بدان اشاره شد، در واقع کنوانسیون به صورت فرعی قاعده انتقال ضمان با انعقاد قرارداد را پذیرفته است، و آن در موردی است که کالا در حال حمل فروخته می‌شود.

گاهی کالا در زمانی که در حال حمل به خریدار است و قبل از تحویل کالا به وی، به شخص دیگری فروخته می‌شود. بنابراین در این مورد قاعده اصلی انتقال ضمان در زمان تسلیم قابل اعمال نخواهد بود دلیل این امر هم روشن است، زیرا وقتی کالا به متصدی حمل تحویل شده، به منظور ارسال به خریدار دوم نبوده است چون که در آن زمان هنوز قرارداد دوم منعقد نشده تا انتقال ضمان صورت گیرد، در اینجا کنوانسیون در ماده ۶۸، به عنوان قاعده اولیه مقرر می‌دارد: ضمان از لحظه انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود. اما این روش با اشکالاتی مواجه است، اگر کالا در حین حمل خسارت ببیند و مشخص نباشد که حادثه قبل از انعقاد قرارداد بیع دوم بوده یا بعد از آن نمی‌توان راه حلی را ارائه نمود البته ماده ۶۸ کنوانسیون در اواسط ماده مقرر می‌دارد که: معهذاً اگر از اوضاع و احوال چنین بر آید از تاریخ تسلیم کالا به موسسه حمل و نقلی که اسناد مربوطه به قرارداد حمل را صادر می‌کند، ضمان بر ذمه مشتری مستقر خواهد شد.

مثلاً (الف) بعد از انعقاد قرارداد اسناد حمل و مدارک مربوطه را به (ب) که خریدار است تحویل دهد، از اوضاع احوال این قرارداد متوجه قبول و توافق ضمنی طرفین می‌شویم

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

(توافق بر انتقال ضمان بر مشتری) دلیل هم این است که اسناد داده شده به نام مشتری بوده و وی حق اقامه دعوی و در صورت خسارت دیدن، مراجعه به بیمه گر را خواهد داشت (در صورتی که بیمه نامه را هم به مشتری منتقل کرده باشد) برای اینکه قسمت اول ماده ۶۸ حاکم بر این قضیه شود، باید از نقص و عیب و یا تلف کالا در زمان انعقاد قرارداد مطلع و آگاه نباشد، در غیر این صورت باید ضامن نقص و تلف کالا است پس به طریق اولی ضمان هم به مشتری منتقل نخواهد شد. پس با مطالعه کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ می بینیم که احکام مزبور در کنوانسیون با حقوق ایران مطابقت دارد، در حقوق ایران انتقال ضمان با تسلیم مثن حاصل می شود، در حالی که مالکیت با انعقاد قرارداد منتقل می شود.

۲. انتفاء موضوع تعهد یا هدف عقد

آنچه که در کنار بحث (تلف قهری مورد معامله) شایان بررسی می باشد بحث وضعیت حقوقی ناممکن شدن عمل مورد تعهد به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات می باشد. ناممکن شدن عمل مورد تعهد می تواند به علت قانون باشد یعنی قانون عمل مورد تعهد را ممنوع کند یا به خاطر منتفی شدن موضوع تعهد یا هدف آن باشد مثل این که مورد تعهد نقاشی ساختمان باشد و ساختمان مزبور در اثر زلزله ویران شود. احتمال دارد عدم امکان به خاطر فوت متعهد و یا حدوث عجز و ناتوانی او باشد مثل این که هنر مندی تعهد به کشیدن تابلوی نقاشی کند ولی در اثر تصادف دست او ناقص شود و از کار بیفتد در فرض اخیر در صورتی تعهد متعهد ساقط می شود که عمل مورد تعهد از جمله اعمالی باشد که شخصیت متعهد در آن علت عمده و اصلی عقد باشد در غیر این صورت متعهد باید تعهد خود را به وسیله دیگری انجام دهد. (بهرامی: ۱۳۹۰، ۶۹۹)

ناممکن شدن مورد تعهد در صورتی موجب سقوط تعهد خواهد بود که عدم امکان ابدی باشد، در غیر این صورت هر زمان اجرای تعهد موقتاً غیر ممکن شد تعهد باقی می ماند و متعهد موظف است پس از ممکن شدن ایفای به تعهد آن را انجام دهد مگر این که زمان انجام تعهد محدود باشد و در این زمان ایفای به تعهد غیر ممکن شود در این صورت چون انجام آن تعهد در خارج از آن زمان مورد نظر نبوده است، مانند این است که برای همیشه غیر ممکن شده باشد، مثل این که مورد تعهد حمل ورزشکاران

جهت شرکت در یک مسابقه مهم ورزشی بوده باشد که ظرف سه روز در برزیل برگزار می شده است ولی در این مدت به علت بسته شدن خطوط هوایی، اجرای تعهد غیر ممکن گردد.

در هر صورت ناممکن شدن انجام تعهد موجب انفساخ تعهد و قرارداد شده و در صورتی که ناممکن شدن انجام تعهد مستند به عمل متعهد باشد، متعهد نسبت به جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و یا اعاده وضعیت سابق برای متعهد له مسئولیت خواهد داشت، همچنانکه اگر موانعی در راه اجرای تعهد پیش آید که دفع یا رفع آن در توان متعهد باشد مسئولیت او منتفی نخواهد بود (شهیدی: ۱۳۹۰، ۲۲۲)

اما در خصوص انتفای هدف تعهد و یا قرار داد می توان گفت در شرایط استثنائی که هدفهای مورد نظر در قرار داد به علت اوضاع و احوالی که بعد از عقد به وجود آمده است، به کلی از بین می رود متعهد از اجرای تعهد معاف می شود حتی اگر هیچ مانعی برای اجرای واقعی قرارداد وجود نداشته باشد ذکر یکی از دعاوی مطروحه در حقوق انگلیس (از باب مثال) مقصود ما را بیشتر روشن می کند

در دعوی کری علیه هنری خواننده اتاقی را در مسیر تاجگذاری پادشاه اجاره کرد، تا بتواند مراسم تاجگذاری را به خوبی تماشا کند ادوارد هفتم که در آن زمان شصت سال داشت در اثر ابتلا به بیماری قادر به حضور در آن مراسم نشد و بدین ترتیب مراسم تاجگذاری لغو شد. قرار داد اجاره به علت بیماری پادشاه لغو گردید و این در حالی بود که اجرای قرارداد یعنی تسلیم مورد اجاره به مستاجر عملاً غیر ممکن نشده بود و وی می توانست در روزهای مورد بحث از مورد اجاره استفاده کند. انتفای قرارداد تنها به غیر ممکن شدن فیزیکی محدود نمی شود. نکته قابل توجه در دعوی مذکور این است که مستاجر مکان مذکور را برای تماشای مراسم تاجگذاری اجاره کرده است و هدف مذکور با مریضی پادشاه و لغو مراسم تاجگذاری منتفی شده است و مکان مذکور دیگر فایده مورد نظر را برای وی نداشت. اجاره بهایی که مستاجر برای مکان مذکور قرار بود پردازد، خیلی بیشتر از میزان معمول بوده است. رای صادره بر اساس نظریه انتفای هدف قرار داد در حقوق انگلیس صادر شد. (TREITEL.OP. CIT. P.784)

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

نتیجه گیری:

- از بررسی مطالب فوق نتایج ذیل حاصل می شود
۱. تلف مبیع قبل از قبض به ادله چهار گانه موجب انفساخ عقد خواهد شد و تلف بعض مبیع نیز به همان نسبت موجب انفساخ خواهد شد و برای مشتری حق فسخ قرارداد را ایجاد خواهد کرد البته این قاعده شامل تلف منافع نخواهد بود
 ۲. در شمول قاعده نسبت به ابواب دیگر معاملات و سایر معاوضات در میان فقها قول واحدی یافت نمی شود و البته مسئله مبنایی خواهد بود
 ۳. اما مطابق ماده ۶۶ کنوانسیون بیع بین المللی پس از انتقال ضمان به مشتری ، تلف یا زیان وارده به کالا موجب براءت او از تادیه ثمن نمی شود ، مگر اینکه تلف یا زیان وارده ، ناشی از فعل یا ترک فعل بایع باشد
 ۴. همچنین انتفاء موضوع تعهد و یا هدف تعهد موجب انفساخ عقد خواهد شد و متعهد ملزم به جبران خسارت متعهد له و یا اعاده وضعیت سابق او خواهد بود

دوفصلنامه

کتابخانه
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

منابع:

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، چاپ چهارم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۳هـ.ش.
۲. انصاری، مرتضی، **مکاسب**، چاپ پانزدهم، مجمع فکر اسلامی، قم، ۱۴۳۴هـ.ق
۳. بجنوردی، سید محمد، **قواعد فقه**، چاپ دوم، موسسه عروج، تهران، ۱۴۰۱
۴. مرحوم میرزا حسن بجنوردی، **القواعد فقیهه**، ج م، ص ۸۷
۵. بحرانی، یوسف ابن احمد، **الحدائق الناضرة**، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ ق.
۶. بهرامی، حمید، **حقوق تعهدات و قرار دادها**، چاپ اول، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ۱۳۹۰ ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، چاپ اول، مکتبه اسلامی، تهران، ۱۳۸۳ هـ.ق
۸. حلّی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، چاپ سنگی، دوره دو جلدی، قم، بی تا
۹. خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، چاپ دوم، مطبعه الآداب، نجف، ۱۳۹۰ ق.
۱۰. خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، چاپ اول، مطبعه الآداب، نجف، ۱۳۹۷ هـ.ق
۱۱. خوئی، ابوالقاسم، **مصباح الفقهاء**، چاپ اول، نشر حیدری، نجف، بی تا
۱۲. شهید اول، محمد ابن مکی، **القواعد والفوائد**، چاپ اول، کتابفروشی مفید، قم، بی تا.
۱۳. شهید ثانی، زین الدین، **الروضه البهیة**، دوره ده جلدی با تعلیقه مرحوم کلانتر، چاپ اول، انتشارات مکتبه دآوری، قم، بی تا
۱۴. آیت ... مکارم شیرازی، **قواعد فقیهیه**، چاپ دوم، ص ۳۵۶
۱۵. طباطبائی، سید علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ.ق
۱۶. عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، چاپ اول، موسسه آل البیت، الاحیاء التراث، قاهره، ۱۳۲۷ هـ.ق
۱۷. لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیمولوژی حقوق**، چاپ هفتم، چاپ احمدی، تهران،
۱۸. میرزای نوری، حسین، **مستدرک الوسائل**، چاپ اول، موسسه آل البیت، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، چاپ نهم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۰ هـ.ق
۲۰. G.H.TREITEL, (1991), THE LAW OF CONTRACT, IONDON, SWEET & MAXWELL

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

مطالعه تطبیقی قاعده الزعیم غارم

سیدمصطفی فیروزه‌ئی^۱

چکیده

یکی از قواعد مستنبط از آیات و روایات قاعده الزعیم غارم است که بر سه مبحث فقهی ضمان، حواله و کفالت منطبق است زیرا زعیم یا متعهد مال میشود که ضامن یا محال علیه است و یا متعهد به احضار نفس میشود که کفیل است. در حقوق اسلامی مشهور فقهای عامه، در عقد ضمان، قائل به ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در دین هستند هرچند در میان خودشان در کیفیت ضمیمه که آیا به صورت ضمیمه در مطالبه یا ضمیمه در اصل دین است؟ اختلاف دارند ولی مشهور فقهای امامیه قائل به نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن هستند. قانون مدنی ایران که متأثر از فقه امامیه میباشد نظریه نقل را پذیرفته ولی در حقوق اکثر کشورهای جهان، نظریه ضمّ پذیرفته شده است. راقم این سطور بر آن است تا با بررسی مبانی فقهی قاعده مذکور در فقه امامیه و فقه اهل سنت و تحلیل آن، نظریه دیگری که بیشتر با منطق قضایی و عرف اقتصادی و اجتماعی منطبق باشد را به عنوان نظریه سوم انتخاب کند. به موجب این نظریه مقتضای ذات عقد ضمان، نه نقل ذمه است و نه ضم آن، بلکه آنچه مهم و مؤثر است اراده طرفین و مفاد ترازی و توافق آنان است که آیا این توافق به نحو انضمام دو ذمه صورت گرفته است یا به شکل انتقال ذمه‌ای به ذمه دیگر.

دوفصلنامه

گفتار

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

مقدمه

نظام حقوقی اسلام دربردارنده تمامی عناصری است که برای یک نظام حقوقی لازم دانسته شده است و یکی از عناصر مهم یک نظام حقوقی وجود تعداد زیادی از قواعد و اصول کلی در آن نظام می‌باشد. قواعد جمع قاعده است و در لغت به معنی اصل و اساس و پایه چیزی است و در اصطلاح، عبارت است از حکمی کلی که منطبق بر جزئیات خود باشد.

قاعده الزعیم غارم از قواعد مشهور فقهی است که در کتب فقهی شیعه و سنی در زمینه مبنای مسئولیت ضامن (به معنای اعم) مورد بررسی قرار گرفته است. در این قاعده ضامن اعم از ضامن به معنای اخص، محال‌علیه و کفیل می‌باشد. زعیم در لغت به معنای ضامن، کفیل و رئیس آمده است و در اینجا به معنای ضامن و متعهد است. غارم نیز اسم فاعل از ریشه غرم و به معنای کسی است که ملتزم به مفاد تعهد خود است. مراد از قاعده الزعیم غارم این است که هر ضامن و متعهدی به انجام موضوع تعهد خود ملزم است. زمینه اصلی این پژوهش قانون مدنی ایران هست و با توجه به نقش مؤثر فقه امامیه در تدوین قانون مدنی می‌نوان به ریشه‌های فقهی عقد ضمان به معنای اعم و استثنائات قاعده مذکور رسید و در کنار این مطالعات بحث را به صورت تطبیقی در مذاهب اربعه اهل سنت دنبال کرد.

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

۱. مبانی فقهی قاعده در فقه امامیه

۱-۱. ادله قاعده

مبانی فقهی قاعده الزعیم غارم در فقه امامیه اموری است:

۱-۱-۱. کتاب

الف) قوله تعالی: «نَفَقْدُ ضَوَاعِ الْمَلِكِ وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ»: (یوسف/۷۲)

خداوند در قرآن کریم در بیان زندگی حضرت یوسف (علیه السلام) و چگونگی مراجعه برادران وی به او و داستان قرار دادن ظرف حاکم در وسایل برادر کوچک‌تر آنها و متوقف کردن قافله آنان به بهانه جستن آن ظرف، می‌فرماید: قافله برادران یوسف از مأموران حکومت می‌پرسند چه گم کرده‌اید؟ و آنها در جواب پاسخ می‌دهند: «نَفَقْدُ ضَوَاعِ الْمَلِكِ وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (یوسف/۷۲)، یعنی ظرف مربوط به ملک را گم کرده‌ایم و

یک بار شتر، جایزه کسی است که آن را بیاورد و من خود نسبت به آن ضامن هستم؛ و احتمال دارد گوینده «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»، خود حضرت یوسف (علیه السلام) باشد زیرا رئیس و سرپرست مردم خود او بوده و او بوده که اعطاء و منع و ضمانت و کفالت و حکم شأن او بوده است (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱۱، ص ۲۲۳). و لذا این آیه علاوه بر اینکه می‌رساند عقد ضمان از جمله اعمال حقوقی رایج در امت‌های سلف و ادیان قبل از اسلام بوده و مورد امضا و تأیید اسلام قرار گرفته است، ظهور در این دارد که ضامن و متعهد به مال، ملتزم به انجام دادن تعهد خود است. خبری بودن عبارت این آیه نیز از اعتبار تشریحی آن نمی‌کاهد؛ زیرا هرگاه جمله خبری در مقام انشا به کار رود، در صورتی که موجه باشد، ظهور در وجوب و بیان حکم تکلیفی الزامی دارد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۰).

ب) قوله تعالی: «سَلِّمُوا إِلَيْهِمْ بِالَّذِي رَزَقْتُمْ» (قلم/۴۰).

مشرکین مدعی بودند که بفرض صحت ادعای پیامبر ﷺ مبنی بر برانگیخته شدن همه انسان‌ها در قیامت، حال ما و حال مسلمانان در قیامت مانند حال ما و حال آنان در دنیاست یعنی همان‌گونه که مشرکان در دنیا جزء اعزاء و مسلمانان جزء اذلاء بودند در قیامت هم وضعیت به همین گونه است. ظاهراً در این آیه خطاب متوجه رسول خدا ﷺ است تا بفهماند مشرکان از این که لایق خطاب باشند ساقط‌اند و به همین جهت ایشان را غایب فرض کرده و فرمود از ایشان پیرس کدامیک از آن‌ها، ملتزم و ضامن این ادعا (تسویه حال مشرکین و مسلمین در دنیا و آخرت) می‌شوند؟ در این آیه زعیم به معنای کسی است که قائم به امری و متصدی انجام آن باشد هر چند این آیه در قالب جمله استفهامی است، لکن به دلالت التزامی دلالت بر التزام ضامن به تعهد خود و نیز لزوم وفا به آنچه ملتزم شده دارد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱۹، ص ۳۸۴).

۲-۱-۱. احادیث

الف) حدیث پیامبر ﷺ:

قوله ﷺ: «الزعیم غارم» در خطبه روز فتح مکه جایی که می‌فرماید: «العاریة مؤذاة و المنحة مردودة و الدین مقضی و الزعیم غارم» (ابن سوره، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۸؛ سجستانی آزدی، بی تا، ج ۳، ص ۲۹۷؛ قزوینی، بی تا، ج ۲، ص ۸۰۲؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۷، ج ۱۳، ص ۴۳۵). یعنی: عاریه دوستی است و هدیه باید جبران شود و دین باید پرداخت گردد و ضامن باید به تعهدش عمل کند.

که عین عبارت قاعده «الزعیم غارم» در متن این روایت مندرج است و روایت دلالت بر اشتغال ذمه ضامن و مسئولیت او دارد.

در اینجا ممکن است کسی اشکال بگیرد که این روایت با روایت امام کاظم علیه السلام منافات دارد که در پاسخ به سوال حسین بن خالد از حضرت مبنی بر این که مردم می گویند ضامن غارم است می فرماید خسارتی بر ضامن نیست و خسارت بر عهده کسی است که اکل مال کرده است (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۱۴۰؛ قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۹۶؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۴۹).

در پاسخ می گوئیم منافاتی بین این دو روایت وجود ندارد به دلیل این که مراد از غرم و خسارت در این روایت این است که خسارت واقعی بالاخره بر عهده کسی است که اکل مال کرده است و ضامن به او منتهی می شود. به دلیل این که ضامن اگر چه ذمه اش به آنچه تعهد کرده است مشغول می شود و لکن این اشتغال ذمه بلاعوض و مجانی نیست بلکه به عوض اشتغال ذمه مدیون به ضامن به مقدار تعهد است پس غرم و خسارت واقعی بر عهده مدیون است که امام علیه السلام در روایت از آن به کسی که اکل مال کرده تعبیر فرموده اند. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۹۸).

ب) حدیث امام صادق علیه السلام

حضرت صادق علیه السلام فرمودند: هنگامی که محمد بن اسامه در بستر مرگ بود، بنی هاشم بر او وارد شدند. پس خطاب به آن ها گفت: قرابت و منزلت من نسبت به شما روشن است؛ اما من دینی دارم که دوست دارم دین مرا ادا کنید. علی بن الحسین علیه السلام فرمود: ثلث دینت بر عهده من. سپس ساکت شد و حاضران نیز ساکت ماندند. پس حضرت سجاد علیه السلام فرمود همه دین تو بر عهده من و اضافه کرد، تنها چیزی که مانع شد بار اول همه دین او را ضمانت کنم، کراهت از این موضوع بود که بگویند بر دیگران سبقت گرفتم (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۸، ص ۳۳۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵۱).

در این روایت نیز به صراحت ضمانت به معنی پرداخت دین مضمون عنه آمده است؛ چون اسامه تقاضا می کند که دین او را بپردازند و حضرت دین را به عهده می گیرد و روایت بیانگر این است که کسی که دین شخصی را بر عهده میگیرد باید به مفاد تعهدش ملتزم باشد که همان معنای قاعده الزعیم غارم می باشد. روایات دیگری نیز از

ائمہ (علیہ السلام) نقل شده که مبنای فقهی این قاعده قرار گرفته است و ما به لحاظ آنکه در جای دیگر در مقام تنقیح نظریات فقهای امامیه و مذاهب عامه، در مورد نقل یا ضم ذمه، به طور مشروح بدانها استناد کرده‌ایم، در اینجا از ذکر مجدد آن‌ها خودداری می‌کنیم.

۳-۱-۱. اجماع

اجماع داریم بر این که هر ضامن و متعهدی، به انجام دادن موضوع تعهد خود ملتزم است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۹۹). یعنی اگر مورد تعهد نفس و تن دیگری است، کفیل ملتزم است در زمان و مکانی که تعهد کرده، تن مکفول عنه را تسلیم کند و در صورتی که موضوع تعهد مال است، مال موضوع ضمان خود را به مضمون له تقدیم کند.

لکن علاوه بر این که در مسئله مخالف (سید محمد کاظم طباطبایی) نیز وجود دارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۳۵ و ۲۳۶)، اشکال در این است که آیا این اجماع همان اجماع مصطلح اصولی است که ما به قائل به حجیت آن و استکشاف آن از رأی معصوم هستیم یا این که این اجماع مدرکی است و مستند به آیات و روایاتی است که قبلاً ذکر کردیم و از معلومات است که چنین اجماعی (اجماع محتمل المدرکی) برای اثبات این قاعده مفید نیست.

۴-۱-۱. بنای عقلا

بنای عقلا بر این است که کسی را که با تعهد و التزامش مخالفت می‌کند را مورد سرزنش و کسی را که به تعهدش عمل نمی‌کند را توبیخ می‌کنند و شارع نیز بر لزوم عمل و وجوب وفا به تعهدات حکم فرموده است.

و شکی نیست که زعامت و کفالت با تعهد و التزام به مال یا نفس حاصل می‌شود. پس هنگامی که مثل این تعهد و التزام حاصل شد مشمول ادله وجوب وفا می‌شود؛ بنابراین شرع و عقل باهم به لزوم عمل بر طبق تعهد و التزام شخص، حکم می‌کنند. نهایت امر این است که باید آنچه را که شارع معتبر دانسته در هر موردی از التزامات و تعهدات شخص مراعات شود تا از التزامات باطل مانند التزام به فعل حرام یا ترک واجب نباشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۹۹).

۲-۱. ادله قائلین به نقل و بررسی آن‌ها

فقه‌های امامیه برای ادعای خود ادله‌ای ذکر کرده‌اند که به بیان آن‌ها می‌پردازیم:

۱-۲-۱. دلیل لغوی و اشکال وارد بر آن:

به عقیده فقه‌های امامیه، لغت ضمان مشتق از «ضمن» است و وجود حرف «نون» در کلیه مشتقات آن، مانند ضامن، ضمین، مضمون، تضامن و تضمین مؤید این ادعاست و چون ضمن به معنی طی و خلال چیزی است، ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. محقق عاملی در این باره می‌گوید: ضمان در نزد ما، همان‌طور که علامه در تذکره و شهیدین و دیگران گفته‌اند، مشتق از «ضمن» است؛ زیرا مالی را که در ذمه قرار دارد، ضمن و خلال ذمه دیگری قرار می‌دهد، یا به این علت که ذمه ضامن متضمن حق می‌شود. پس «نون» در این کلمه اصلی و جزء کلمه است. بنابراین، ضمان موجب انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۴۸).

اشکال: در پاسخ باید بگوییم نظری که فقه‌های شیعه در مورد مبدأ اشتقاق واژه ضمان بیان کرده‌اند از لحاظ ادبی به خوبی نشان می‌دهد که ضمان از ریشه ضم اشتقاق نیافته اما قادر به اثبات این معنا نیست که نتیجه قطعی عقد ضمان انتقال ذمه است چرا که قرار گرفتن دین در ضمن و در خلال ذمه ضامن و یا متضمن حق بودن ذمه ضامن اعم از انتقال یا انضمام است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۶).

ب: ادله نقلی و اشکالات وارد بر آن:

در ابتدا روایات را با دلالت آن بر ناقله بودن ضمان ذکر می‌کنیم و سپس به بیان اشکال بر دلالت احادیث می‌پردازیم:

۱. روایت ابی سعید خدری:

روایت ابی سعید خدری از رسول خدا ﷺ که ترجمه آن چنین است: محمد بن حسن در خلاف از ابی سعید خدری نقل می‌کند که گفت با رسول خدا ﷺ در برابر جنازه‌ای بودیم، حضرت فرمود آیا متوفی دینی دارد؟ گفتند: بله دو درهم مدیون است. حضرت فرمود: خودتان بر جسد نماز بگذارید. علی (علیه السلام) فرمود یا رسول الله آن دو درهم به عهده من و من برای آن دو

درهم ضامن هستم. پس رسول خدا برخاست و بر جنازه نماز گزارد و سپس رو به علی علیه السلام کرد و فرمود: خدا تو را جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، همان‌طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۷۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵۱).

۲. روایت جابر بن عبدالله انصاری:

جابر بن عبدالله انصاری نقل می‌کند که پیامبر صلی الله علیه و آله هیچ‌گاه بر شخصی که در حال مدیون بودن وفات می‌کرد، نماز نمی‌گزارد. زمانی جنازه‌ای را نزد ایشان آوردند. آن حضرت پرسید آیا بر عهده دوست شما دینی وجود دارد؟ پاسخ دادند آری، او دو دینار بدهکار است. حضرت فرمود خودتان بر او نماز بگزارید. ابو قتاده گفت آن دو دینار را من ضامن می‌شوم؛ حضرت آنگاه نماز گزارد (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۸۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵۱).

موضوع این روایت شبیه روایت خدري است. فقط به جای حضرت علی، ابو قتاده ضامن شده است و معلوم نیست که این دو واقعه جدا اتفاق افتاده بوده یا آنکه یک واقعه است که به زعم یکی از راویان، ضامن حضرت علی بوده و دیگری ابو قتاده را ضامن معرفی کرده است؛ فقهای امامیه این دو روایت را دلیل ناقل بودن ضمان می‌دانند و می‌گویند، اشتغال ذمه متوفی مانع نماز گزاردن حضرت رسول صلی الله علیه و آله بر میت شد؛ یعنی با اشتغال ذمه، پیامبر حاضر نبود بر میت نماز گزارد؛ ولی با ضمان که موجب شد ذمه میت فارغ و بری شود پیغمبر بر جسد نماز گزارد و به حضرت علی فرمود که خداوند ذمه‌ات را آزاد سازد چنان‌که تو ذمه برادرت را آزاد کردی. این گفته، صراحت دارد که با ضمان، ذمه مضمون عنه به ضامن منتقل شده و مدیون اصلی بری می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۸) و اگر در هر دو حالت ذمه میت به دین مشغول باشد چه فرقی بین قبل از ضمانت امیر المؤمنین علیه السلام و امتناع رسول خدا صلی الله علیه و آله از نماز خواندن بر میت و بعد از ضمانت امیر المؤمنین علیه السلام و نماز خواندن رسول خدا صلی الله علیه و آله بر میت متصور است؟

۳. روایت عبید:

عبید از امام صادق علیه السلام که در آن حضرت صادق علیه السلام فرمودند: هنگامی که محمد بن اسامه در بستر مرگ بود، بنی‌هاشم بر او وارد شدند. پس خطاب به آنها گفت: قرابت و منزلت من نسبت به شما روشن است؛ اما من دینی دارم که دوست دارم دین مرا ادا کنید. علی بن الحسین

فرمود: عليه السلام ثلث دینت بر عهده من. سپس ساکت شد و حاضران نیز ساکت ماندند. پس حضرت سجاد عليه السلام فرمود همه دین تو بر عهده من و اضافه کرد، تنها چیزی که مانع شد بار اول همه دین او را ضمانت کنم، کراهت از این موضوع بود که بگویند بر دیگران سبقت گرفتم (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵۱).

در این روایت نیز به صراحت افاده انتقال ذمه از مدیون به ضامن می کند؛ چون اسامه تقاضا می کند که دین او را پردازند و حضرت دین را به عهده می گیرد و این عمل را با کلمه «اضمنه» که افاده انتقال ذمه می کند، انجام می دهد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۸).

۴. روایت محمد بن علی بن حسین:

روایت محمد بن علی بن حسین که در آن گفت که روایت شده عبدالله بن حسن در حالت احتضار بود که طلبکارانش دور او را گرفتند و در همان حالت، دین خود را مطالبه کردند. او پاسخ داد که من چیزی ندارم که به شما بدهم؛ راضی شوید به ضمانت هر یک از دو نفر که مایل باشید، پسرعمویم علی بن حسین یا عبدالله بن جعفر. طلبکاران گفتند: عبدالله بن جعفر هر چند مالدار است، در ادای بدهی سهل انگار است و آن را طول می دهد و علی بن حسین نیز مالی ندارد، ولی صادق و درست کردار است و نزد ما محبوب تر است. آنگاه عبدالله بن حسن شخصی را نزد ایشان روانه ساخت تا جریان را با ایشان در میان گذارد. آن حضرت فرمود: من ضامن تمام طلب های شما می شوم؛ در حالی که آن زمان هیچ غله ای نداشت. ولی در فصل رسیدن غله، خداوند برای او آن را فراهم ساخت و آنگاه آن را ادا کرد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵۳؛ قمی صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۵).

در این روایت نیز برای نقل ذمه بودن ضمان چنین استدلال شده است که چون در احتضار عبدالله بن حسن، طلبکاران دورش جمع می شوند و مطالبه دین می کنند و به علت عجز و اعسار او از پرداخت دین، حضرت علی بن حسین عليه السلام پرداخت آن را تعهد می کند و ضامن می شود؛ یعنی با عجز عبدالله مسئولیتی برای او باقی نمی ماند تا حضرت در مسئولیت، ضمیمه او شود، بلکه ضمان در اینجا به مفهوم تقبل مسئولیت به تنهایی است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۹).

۵- روایت پیامبر صلی الله علیه و آله در روز فتح مکه:

منقول است که حضرت رسول صلی الله علیه و آله در روز فتح مکه فرمود: «عاریه باید ادا شود و هدیه پاسخ

داده شود و دین اجرا شود و زعیم (ضامن) مسئول است» (نوری طبرسی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۸۹).

این حدیث دلالت بر اشتغال ذمه ضامن و مسئولیت او دارد.

اشکال: به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از احادیث فوق بر انتقال ذمه مدیون به ضامن دلالت ندارد به دلیل آن‌که:

اولاً: در مورد ضمانت حضرت علی (علیه السلام) و ابو قتاده، به لحاظ فوت مدیون اصلی و نداشتن مال برای تأدیه دین، تعهد پرداخت دین به‌طور قهری متوجه ضامن می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که ضامن، مفید ضمّ ذمه باشد یا مفید نقل آن؛ چرا که در مورد ضمان تضامنی نیز اگر مدیون قادر به پرداخت نباشد، خود به‌خود پرداخت دین متوجه ضامن خواهد بود. در مورد این دو حدیث نیز ضامن به طلبکاران می‌گوید چون پرداخت دین از طرف متوفی به لحاظ فوت او متعذر است، من ملتزم به پرداخت آن هستم. بنابراین، حدیث بر اقتضای ضمان به‌صورت نقل ذمه دلالتی ندارد، بلکه مورد از مواردی است که به علت تعذر دریافت دین از مضمون عنه (مدیون) به ضامن رجوع می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۹).

دوفصلنامه

گفتار
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

ثانیاً: در هیچ‌یک از سه روایت اول اشاره‌ای به وقوع عقد ضمان نشده است؛ یعنی به این مطلب که طلبکاران هنگام ضمان حضور داشته‌اند یا خیر و در صورت حضور آن‌ها، با ضمانت موافقت کرده‌اند یا نه. به نظر می‌رسد که ضمانت در روایات مزبور در یکی از معانی لغوی خود، یعنی التزام و تعهد پرداخت دین و به عبارت دیگر، ایفای مجانی دین از جانب غیر مدیون به کار رفته است، نه ضمانت در اصطلاح حقوقی (ضمان عقدی) که از عقود رضایی است و به قبول طلبکار نیاز دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۹).

ثالثاً: در مورد ضمانت از عبدالله حسن، از روایت می‌توان استنباط کرد که با بیماری عبدالله حسن، طلبکاران نسبت به طلب خود احساس خطر کرده، وثیقه‌ای از او طلب کرده‌اند و او هم حضرت سجاد (علیه السلام) را به‌عنوان ضامن معرفی کرده و مورد قبول طلبکاران قرار گرفته است. بنابراین، روایت به‌هیچ‌وجه بر نقل ذمه دلالت نمی‌کند. باید اضافه کرد که وضع خاص در این حدیث و حدیث اسامه به‌هیچ‌وجه قابل تسری به همه موارد نیست و نمی‌توان از آن‌ها اقتضای نقل یا ضمّ ذمه را در ضمان استنباط کرد، بلکه می‌توان گفت که حدیث درباره صحت ضمان از معسر - که یکی از مصادیق ضمان است - دلالت دارد و در این گونه موارد که ضامن با علم به عسرت مدیون از او ضمانت

می‌کند، مضمون له حق دارد بدون مراجعه به مضمون عنه به ضامن مراجعه کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۰).

رابعاً: حدیث «الزعیم غارم» اگرچه بر اشتغال ذمه دلالت دارد، ولی بر انتقال ذمه دلالت نمی‌کند؛ بلکه می‌تواند مفید ضم ذمه نیز باشد چون شک نیست ضامن مسئول است، ولی مسئولیت او در حدی است که پذیرفته است. برای مثال، اگر ضامن مسئولیت را بدین نحو پذیرفته باشد که اگر مدیون اصلی به تعهد خود عمل نکرد، من مسئول پرداخت آن خواهم بود، این یک نوع مسئولیت است و ضامن در حدود تعهد، متعهد به اجرا و تنفیذ آن است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۰).

ج: دلیل عقلی و اشکال وارد بر آن

تمسک فقهای امامیه به دلیل عقلی، در اثبات ناقل بودن ضمان این است که عقلاً نمی‌توان تصور کرد که ذمه دو نفر در آن واحد نسبت به یک دین مشغول باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۵). و همان‌گونه که شیء واحد در دو محل استقرار نمی‌یابد، برای یک دین نیز دو ذمه یا بیشتر نمی‌تواند مشغول شود. این استدلال مورد قبول قداما و متأخرین از فقها قرار گرفته و ابن ابی لیلی و ابن شبرمه و داوود از علمای عامه نیز به آن استناد کرده‌اند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۴).

اشکال: اشتباه این استدلال این است که در آن امور اعتباری بر امور حقیقی حمل شده گرچه در امور حقیقی، وجود شیء واحد در مکان‌های متعدد محال است، ولی در امور اعتباری نه تنها منع عقلی ندارد، بلکه وقوع آن در موارد زیر بهترین دلیل بر محال نبودن آن است:

۱. تعاقب ایدی: اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند یا بخرد، آن شخص هم غاصب است و صاحب مال می‌تواند عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از آن را از غاصب اولی یا غاصب و یا غاصبان بعدی مطالبه کند. بنابراین، ذمه همه غاصبان در برابر حق مالک مشغول است و همه فقها اشتغال این ذمه‌ها را قبول کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۵).

۲. ضمان عهده: عده‌ای از فقها که به جواز ضمان اعیان و ضمان عهده قائل‌اند، حق رجوع به ضامن و مضمون عنه را برای مضمون له به رسمیت شناخته‌اند؛ یعنی در این دو

مورد ضمان را مقتضی ضم ذمه می دانند. می دانیم که در عقد بیع مشتری ضامن درک ثمن و بایع ضامن درک مبیع است؛ حال ممکن است کسی در حین عقد بیع مشتری ضامن شود که اگر مبیع یا ثمن مستحق للغیر در آمد از عهده تدارک آن برآید، این تعهد را ضمان عهده گویند. اشکال این ضمان آن است که اگر مبیع یا ثمن ضمانت شده در ید بایع یا مشتری باشد، مشخص نیست که مضمون له باید به چه کسی رجوع کند؛ به بایع یا مشتری که ثمن یا مبیع در ید اوست و یا به ضامن که عهده مشتری یا بایع را ضمانت کرده است؟ (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۵). علامه در تذکره الفقهاء می گوید: «در ضمان عهده (در صورتی که مبیع مستحق للغیر در آید)، اگر مشتری بخواهد می تواند از بایع و یا از ضامن مطالبه کند؛ چون قصد از ضمان در اینجا وثیقه گرفتن است، نه غیر آن و فرقی نیست بین آنکه مبیع مغضوب باشد یا حصه ای که به علت بیع سابق، شفعه در آن پدید آمده و شفیع اخذ به شفعه کرده است» (حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۹۲). ملاحظه می شود که علامه در ضمان عهده به صراحت ضم ذمه را پذیرفته و آن که این گونه ضمان را تأمین و وثیقه شناخته است؛ حال آنکه بین این ضمان و سایر ضمان ها از حیث ماهیت و طبیعت عقد تفاوتی به نظر نمی رسد.

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۳. ضمان اعیان. در مورد ضمان اعیان نیز برخی فقهای امامیه از جمله نویسنده کتاب عروة الوثقی ضم ذمه را قبول کرده و معتقدند که این ضمان، از نوع ضمان های معمولی نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۷۶ و ۷۷۷).

۴. علاوه بر موارد مذکور، امروزه در قوانین بسیاری از کشورها ضم ذمه و به عبارت دیگر، مسئولیت های تضامنی در موارد مختلف پذیرفته شده است و در عمل نه تنها اشکالی به وجود نیامده، بلکه این امر از نظر تجاری و اجتماعی نوعی پیشرفت محسوب شده است. در ذیل به برخی از موارد آن اشاره می کنیم (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۶):

۱. ماده ۱۱۶ قانون تجارت ایران: «شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوصی برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می شود. اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است...».

۲. ماده ۲۴۹ قانون تجارت: «برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و

اعتراض می‌تواند به هر کدام از آن‌ها که بخواهد منفردا یا به چند نفر یا به تمام آن‌ها مجتمعا رجوع نماید».

۳. ماده ۲۴ قانون امور حسبی: «در صورتی که قیم متعدد بوده و با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند هر یک از آن‌ها مسئولیت تضامنی دارند...».

۴. ماده ۱۹ قانون چک: «در صورتی که چک به وکالت یا نمایندگی از طرف صاحب حساب اعم از شخص حقیقی یا حقوقی صادر شده باشد، صادرکننده چک و صاحب حساب متضامنا مسئول پرداخت وجه چک بوده و اجراییه و حکم ضرر و زیان بر اساس تضامن علیه هر دو صادر می‌شود...».

۵. ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه: «کسی که تعهدی را تضمین می‌کند، در صورتی که بدهکار شخصاً آن را انجام ندهد، در مقابل بستانکار، مسئول اجرای آن تعهد است».

۶. ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفی بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه».

۷. ماده ۱۰۰۸ قانون مدنی عراق: «الكفالة ضمّ ذمة الى ذمة في المطالبة به تنفيذ التزام...».

دوفصلنامه

کتابخانه
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۲. مبانی فقهی قاعده در فقه اهل سنت

۱-۲. ادله قاعده

مبانی فقهی قاعده الزعیم غارم در فقه اهل سنت اموری است:

۱-۱-۲. دلیل لغوی و اشکال وارد بر آن

ضمان در لغت به معنای التزام دینی که در ذمه غیر است، می‌باشد. و آن مشتق از ضمن است به دلیل این که ذمه کسی که بدن را ضمانت می‌کند در معنای کفالت است و کفالت به معنای ضمیمه شدن کفیل به مدیون است؛ و از همین قبیل است قوله تعالی: «و کفلها زکریا» (آل عمران/۳۷) یعنی زکریا مریم را به خودش ضمیمه کرد تا او را رشد دهد و تربیتش کند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۶۵)؛

اما عده‌ای از فقهای اهل سنت می‌گویند:

«ضمان مشتق از ضمّ است و «الف» و «نون» آن زائد است؛ همان طور که در دوران و جریان

(واژه‌هایی که حاوی مفهوم حرکت و دگرگونی است) الف و نون زائد است و بنابراین، معنی

ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی است.» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۶). بعضی حقوقدانان این استدلال را بازی با الفاظ می‌دانند و اعتباری برای آن قائل نیستند، به این دلیل که عده‌ای از فقیهان اهل سنت، علی‌رغم دیگران، اشتقاق ضمان را از ضمن پذیرفته‌اند؛ هر چند در عقیده خود نسبت به ناقل نبودن ضمان، پافشاری می‌کنند. بنابراین در میان فقهای اهل سنت نیز از نظر ریشه اشتقاق ضمان، اتفاق عقیده وجود ندارد. به علاوه، ایشان اشتقاق ضمان را از «ضمن» مانع از افاده ضم ذمه نمی‌دانند. در نتیجه دلیل لغوی در بیان ماهیت ضمان قابل استناد نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۸۶).

۲-۱-۲. ادله نقلی و اشکالات وارد بر آن

علمای اهل سنت در اثبات صحت نظریه خود به احادیثی استناد می‌کنند، از جمله:

۱. روایت جابر

بدین شرح که: «امام احمد در مسند از جابر روایت کرده است که گفت: دوست و مصاحبی از ما فوت شد؛ پیغمبر - صلی الله علیه و آله - را برای نماز گزاردن بر میت آوردیم. حضرت رسول - صلی الله علیه و آله - قدمی برداشت. پس از آن پرسید آیا او دینی بر عهده دارد؟ گفتیم دو دینار وام دارد. پس پیغمبر از نماز خواندن منصرف شد تا آنکه ابوقتاده آن را قبول کرد و گفت دو دینار به عهده من است. پیغمبر سؤال فرمود آیا حق طلبکاران از میت بری شد؟ ابوقتاده گفت بله یا رسول الله. پس پیغمبر بر میت نماز گزارد و گفت، راجع به دینارها چه اقدامی شد؟ ابوقتاده پاسخ داد یا رسول الله همین دیروز متوفی در گذشته است و فردا بازگشت و گفت من پرداختم. پس رسول خدا فرمود الآن آتش بر او سرد شد.» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۱).

علمای اهل سنت در استناد به حدیث می‌گویند: وقتی ابوقتاده گفت من دین را پرداختم، پیغمبر ﷺ فرمود الآن آتش بر او سرد شد؛ یعنی پس از پرداخت دین. پس برائت مدیون پس از پرداخت دین حاصل شد و صرف ضمانت، موجب برائت نشد.

اشکال: اگر صرف ضمانت موجب برائت نشد چرا پیغمبر ﷺ با ضمانت، بر میت نماز گزارد؟

در پاسخ می‌گویند: این حالت نظیر حالتی است که متوفی مدیون باشد و ترکه کافی هم به جا گذاشته باشد و اگر چه دین هنوز پرداخت نشده، اما مال کافی برای پرداخت آن باقی است؛ یا آنکه متوفی دین داشته باشد و این دین، مال معینی به عنوان رهن یا

و ثبته داشته باشد. در این فرض نیز می‌توان گفت چون متوفی مدیون بوده، پیغمبر صلی الله علیه و آله بر چنین میتی نماز نمی‌گزارد و علت اجتناب پیغمبر صلی الله علیه و آله، نبودن محلی برای پرداخت دین متوفی بوده است و همین که چنین محلی پیدا شد، پیغمبر صلی الله علیه و آله بر میت نماز گزارد؛ یعنی ضمانت، موجب پیدایش وثیقه برای دین شد و چون پیغمبر صلی الله علیه و آله از ملائت ضامن مطلع بود، دین را با وثیقه معتبر می‌شناخت؛ یعنی دین را سرانجام پرداخت شده تلقی می‌کرد، بر جنازه نماز گزارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۱).

باید گفت این استدلال و پاسخ به هیچ وجه قانع کننده نیست؛ چنان که بر اساس همین حدیث ابن ابی لیلی و ابن شبرمه و داوود به ناقل بودن ضمان اعتقاد پیدا کرده‌اند؛ چون پیغمبر با وقوع ضمان فرمود «وَجِبَ حَقُّ الْغَرِيمِ وَ بَرَاءُ الْمَيْتِ مِنْهَا» و براءت ذمه میت را با نفس ضمان پذیرفت، در نتیجه ضمان را موجب براءت ذمه میت و انتقال ذمه دانست. بنابراین پاسخ علمای عامه در این مورد نمی‌تواند پذیرفته شود؛ بلکه، ضمان از میت به علت عدم قابلیت رجوع به میت و به منظور پرداخت دین واقع می‌شود و به علت تعذر مراجعه به میت، فقط موجب اشتغال ذمه ضامن می‌شود و بی‌شک در این حالت، ضامن مسئول خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۱).

۲. حدیث نبوی:

حدیث نبوی دیگری نیز مورد استناد فقهای عامه است که حضرت رسول - صلی الله علیه و آله - فرمودند: «نفس مؤمن تا زمانی که دین او پرداخت نشده به دینش متعلق است» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۱).

این حدیث نیز وافی به مقصود نیست؛ چون به عقیده شیعه، با تحقق ضمان دین مدیون از ذمه او منتقل می‌شود و در نتیجه دین مدیون از نظر او پرداخت شده محسوب است. به علاوه، منظور قضای دین است و در صورتی که انتقال ذمه در ضمان قبول شود، باز نفس مدیون در مقابل ضامن متعلق به دین خواهد بود و حدیث در امر انتقال ذمه یا انضمام دو ذمه قابل تمسک و توسل نیست. بنابر آنچه گفته شد احادیث مذکور به طور قاطع، دلیل بر اقتضای ضم ذمه در ضمان نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۱).

۳-۱-۲. دلیل عقلی و اشکال وارد بر آن

علمای عامه معتقدند در عقد ضمان بنای عقلا ایجاد وثیقه برای دین مضمون عنه است

و قصد هیچ‌یک از ضامن و مضمون له در عقد ضمان عقلا و عرفا ابراء ذمه مدیون اصلی نیست؛ بلکه مضمون له می‌خواهد برای دین علاوه بر دارایی مدیون اصلی وثیقه‌ای تحصیل کند، نه آنکه ذمه او را بری سازد. ضامن نیز می‌خواهد با عقد ضمان موجب اطمینان خاطر طلبکار شود، نه آنکه خود را بدهکار کند. ضامن در نزد طلبکار از اعتبار خود برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند. به عبارت دیگر، هدف و غرض طلبکار و ضامن تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر؛ حال آنکه اگر ضمان، مقتضی نقل ذمه باشد، در حقیقت منظور ضامن و مضمون له از این عقد حاصل نمی‌شود. از طرفی طلبکار می‌خواهد دو دارایی را در قبال دین، وثیقه داشته باشد که این منظور با انضمام دو ذمه حاصل خواهد شد؛ ولی اگر با عقد ضمان فقط یک دارایی (دارایی ضامن) وثیقه طلب باشد، در حقیقت وثیقه‌ای به دست نیامده است؛ چون همان‌گونه که احتمال عسرت مضمون عنه وجود داشته است، این احتمال در مورد ضامن نیز وجود دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۲ و ۱۹۳).

به نظر می‌رسد این استدلال مخدوش است؛ زیرا به فرض که عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه و تأمین بدانیم، با انتقال ذمه نیز این منظور حاصل می‌شود؛ چون به طور معمول ضمانت کسی پذیرفته می‌شود که ملائت و اعتبار او از مضمون عنه بیشتر باشد و تفاوت ملائت و اعتبار ضامن و مضمون عنه خود نوعی وثیقه و تأمین است که با عقد ضمان حاصل می‌شود. گذشته از این، اگر با ضمانتی که مفید نقل ذمه به ذمه است، دین به علت خطر عسرت ضامن، به طور کامل مصون از خطر نمی‌شود، در ضمانت ضم ذمه نیز چنین است؛ چرا که امکان عسرت ضامن و مضمون عنه هر دو وجود دارد. بنابراین در حالت انضمام دو ذمه هم، تأمین مورد نظر تحصیل نمی‌شود. به علاوه ادعای اینکه با انعقاد عقد ضمان عقلا و عرفا ضامن خود را مدیون مضمون له نمی‌داند و مضمون له نیز مضمون عنه را بری الذمه تصور نمی‌کند، پذیرفتنی نیست؛ زیرا منع عقلی بر آن وجود ندارد و دیگر آنکه هر محلی عرف مخصوص به خود دارد و نمی‌توان به استناد آن، حکم کلی صادر کرد. چه بسیار محل‌هایی که در آن‌ها ضمان را ناقل می‌شناسند و عرف نیز به تبعیت آن اقتضا می‌کند که ضامن خود را مدیون مضمون له بداند و مضمون له نیز با قبول عقد ضمان مضمون عنه را بری محسوب کند. همچنین استناد به اینکه طلبکار می‌خواهد علاوه بر مدیون اصلی، ضامن را منضم به او کند، در همه جا و در همه

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

موارد صادق نیست؛ چون در موارد بسیاری طلبکار با اتکا به شخصیت، اعتبار و ملائت ضامن اقدام به معامله می‌کند، بی‌آنکه مدیون را بشناسد یا به اعتبار و ملائت او توجه کند؛ به نحوی که اگر همین ضامن خود طرف معامله او باشد، طلبکار نیاز به تأمین یا وثیقه دیگر نمی‌بیند. پس طرفداران انضمام ذمه در عقد ضمان، از این دلیل راه به جایی نمی‌برند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ۱۹۳).

ممکن است در تأیید نظریه علمای عامه دلیل دیگری نیز اقامه شود؛ بدین شرح که اگر ضمان را مفید نقل ذمه بدانیم، عقد ضمان حالت تحصیل تأمین و وثیقه برای دین نخواهد داشت، بلکه یک تبدیل تعهد خواهد بود که به سبب آن ضامن در برابر طلبکار، جانشین بدهکار و در قبال بدهکار، جانشین طلبکار می‌شود. اگر عقد ضمان چنین نتیجه‌ای در برداشته باشد، باید در انعقاد آن رضایت مضمون له و مضمون عنه هر دو شرط باشد؛ چون تبدیل تعهد، به اعتبار تبدیل مدیون، محتاج به رضایت دائن است و به اعتبار تبدیل دائن، مستلزم رضایت مدیون است و ضمانتی که سبب انتقال تعهد می‌شود، واجد عنوان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و تبدیل مدیون است و محتاج رضای هر دوست. ولی چنان که می‌بینیم فقهای امامیه رضایت مضمون عنه را در وقوع ضمان لازم نمی‌دانند و رجوع ضامن را به مضمون عنه در صورتی که ضمان بی‌اجازه او واقع شده باشد، مجاز نمی‌شناسند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۴).

این استدلال نیز صحیح نیست؛ زیرا اگر ضمان ناقل، تبدیل تعهد باشد، تبدیل تعهد نوعی قبول پرداخت دین متعهد است که در این صورت نه تنها رضای مدیون لازم نیست، بلکه مراجعه ضامن به مدیون در صورتی رواست که پرداخت دین با اجازه او صورت گرفته باشد و فقهای امامیه ضمان ناقل را دارای ماهیت و طبیعتی در ردیف چنین تبدیل تعهدی می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۹۴).

۳. وجوه اشتراک و افتراق در مذاهب خمسسه

از وجوه اشتراک میان مذاهب خمسسه این است که فقهای امامیه و اهل سنت شرط بر خلاف مبنای خود در ضمان را جایز دانسته‌اند فقهای حنفی پذیرفته‌اند که ضامن می‌تواند در ضمانت، برائت مدیون اصلی را شرط کند و می‌گویند:

«اگر ضامن به دائن بگوید: من طلب تو را ضمانت می‌کنم به شرط آنکه مدیون برائت یابد

و چنین کنند، ذمه مدیون آزاد و ذمه ضامن مشغول می‌شود زیرا در این حالت، عقد، حواله است، نه ضمانت» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۸۸).

بنابراین به عقیده فقهای حنفی ضم ذمه، اقتضای اطلاق ضمان است نه اقتضای ذات آن. به همین دلیل ایشان شرط خلاف مقتضای اطلاق، یعنی شرط نقل ذمه را بلا اشکال دانسته‌اند. از بین فقهای شیعه مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی صاحب عروه الوثقی نیز بر پایه عمومات، امکان صحت شرط ضم ذمه به ذمه را پذیرفته و در این باره گفته است: «همین که ضمان با رعایت شرایط صحت، تحقق یافت، به دلیل اجماع و روایاتی که در این باب وجود دارد، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه بری می‌شود، بر خلاف اهل سنت و جماعت که ضمان در نزد آن‌ها ضم ذمه به ذمه است؛ و... ظاهر کلمات فقهای امامیه عدم صحت اظهارات اهل سنت است، حتی اگر در عقد نیز تصریح به ضم ذمه به ذمه شود؛ ولی بر طبق عمومات ممکن است در صورت اخیر یعنی تصریح به ضم ذمه به صحت چنین ضمانی حکم داد» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۳۵ و ۲۳۶). اظهارات مرحوم سید در این باره کاشف از این است که به عقیده ایشان اقتضای ذات ضمان، انتقال ذمه نیست. به همین دلیل، طرفین می‌توانند ضمان را به نحو ضم ذمه منعقد کنند. البته تفاوت نمی‌کند که شرط ضم ذمه کنند و یا اینکه عقد متبانی بر آن باشد نکته قابل توجه اینکه فقهای امامیه گاهی بدون توجه به مبنای خود در موضوع - مبنی بر اینکه مفاد ضمان نقل است نه ضم - به مطلبی فتوا داده‌اند که لازمه آن ضم ذمه است نه نقل آن. شیخ طوسی در کتاب مبسوط گفته است: هرگاه شخصی هزار دینار از دو نفر طلبکار باشد (هر یک پانصد دینار به او بدهکار باشند) و طلبکار به فردی دیگر هزار دینار بدهکار باشد، می‌تواند بر روی آن دو نفر حواله صادر کند، ولی چنانچه هر یک از بدهکاران، ضامن دیگری باشد، این حواله صحیح نیست. شیخ در تعلیل بطلان گفته است: «زیرا از این حواله استفاده می‌شود که او می‌تواند از هر یک از دو نفر هزار دینار خود را مطالبه کند و همین زیادی در حق مطالبه است که جایز نیست» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۱۸). توضیح این که شیخ در مورد حواله معتقد است که محال به، باید از نظر جنس و وصف و قدر با بدهی محال علیه برابری داشته باشد و در مورد مسئله‌ای که مطرح کرده‌اند، این دو مورد از نظر وصف برابری ندارند؛ زیرا محال قبل از حواله فقط می‌توانست حق خود (محال به) را از یک نفر اخذ کند، در حالی که بعد از حواله

دوفصلنامه

گفتار
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

می‌تواند آن را از دو نفر مطالبه کند و این زیادی ارفاقی است و بنابراین باطل است. با امعان نظر در کلام شیخ، روشن می‌شود که تعلیل و تحلیل ایشان منطبق با نظریه‌ی ضم ذمه است نه نقل؛ زیرا به موجب نظریه‌ی نقل هر کدام از دو نفر بعد از ضمانت نیز، فقط پانصد دینار بدهکار هستند، نه هزار دینار و بنابراین هیچ‌گونه زیادی ارفاقی به وجود نخواهد آمد و با همین استدلال نظریه‌ی شیخ مورد خدشه‌ی فقیهان بعد از او قرار گرفته است. (عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۴۳۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۰۸).

از وجوه افتراق میان مذاهب خمس‌ه این است که مشهور فقهای امامیه عقیده دارند که ضمان نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است و مشهور فقهای اهل سنت (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۹، ص ۱۶۱) قائل به ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه هستند اگرچه در میان خودشان در کیفیت ضمیمه که آیا به صورت ضمیمه در مطالبه یا ضمیمه در اصل دین است؟ اختلاف دارند که حنفی‌ها قائل به ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در مطالبه و دیگر مذاهب اهل سنت قائل به ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در اصل دین می‌باشند.

بر اختلاف نظر یادشده میان فقهای امامیه و اهل سنت ثمراتی نیز مترتب می‌گردد از جمله این که اگر مضمون له، ضامن را ابراء نماید، از نظر فقهای شیعه، هم ضامن و هم مدیون اصلی بری الذمه می‌شوند (قانون مدنی ماده ۷۰۷) و حال این که از نظر فقهای عامه در چنین فرضی، مضمون عنه بری الذمه نمی‌گردد ولی بر خلاف فرض مذکور یعنی چنانچه مضمون له، مضمون عنه را ابراء نماید از نظر فقهای عامه هم ضامن و هم مضمون عنه بری الذمه می‌گردند ولی از نظر فقهای شیعه، ضامن بری نمی‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳). ثمره دیگر این که مطابق فقه امامیه، دور در عقد ضمان صحیح است ولی از نظر فقهای عامه دور در عقد ضمان صحیح نیست.

دوفصلنامه

کتابخانه
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

نتایج بحث و پیشنهادات

با توجه به مطالبی که تا کنون ذکر کردیم از بررسی دلایل دو طرف روشن می‌شود که هیچ‌یک دلایل کافی و قاطع برای اثبات نظریه خود ارائه نداده‌اند و بنابراین، می‌توان نظریه دیگری که بیشتر با منطق قضایی و عرف اقتصادی و اجتماعی منطبق باشد، انتخاب کرد و به عنوان نظریه سوم مطرح ساخت. به موجب این نظریه مقتضای ذات عقد ضمان، نه نقل ذمه است و نه ضم آن، بلکه آنچه مهم و مؤثر است اراده طرفین و مفاد تراضی و توافق آنان است که آیا این توافق به نحو انضمام دو ذمه صورت گرفته است یا به شکل انتقال ذمه‌ای به ذمه دیگر؟ حقیقت این است که ضمان از معاملات و عقود عرفی است؛ چنان که قبل از اسلام هم مردم ضامن یکدیگر می‌شده‌اند و شارع در کیفیت انعقاد آن از حیث انضمام دو ذمه یا انتقال ذمه به ذمه، دخالت تأسیسی نکرده است. دخالت شارع در معاملات، در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال به باطل است، نه آنکه مانع ضم ذمه یا نقل ذمه شود. بدیهی است، بحث در اینکه اقتضای اطلاق ضمان، نقل ذمه است یا ضم آن امری لازم است، ولی اظهار عقیده مبنی بر اینکه اقتضای ذات ضمان نقل یا ضم است و شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد است یا خلاف سنت و کتاب، نمی‌تواند قابل قبول باشد، بلکه ضمان عقدی است که می‌تواند به اقتضای عرف محل وقوع عقد یا به موجب شرط یا تبانی طرفین، مفید ضم ذمه یا نقل ذمه باشد.

لذا حق این بود که قانون‌گذاران قانون مدنی نیز مراتب مذکور را مورد توجه قرار می‌دادند و در روابط حقوقی اشخاص تسهیل بیشتری قائل می‌شدند چنانچه بسیاری از علمای عامه نیز با آن که ضمان را ضم ذمه به ذمه تلقی می‌کنند ضمانی را که در آن برائت مضمون عنه شرط شده باشد صحیح و نافذ می‌دانند. امروز در جامعه ما جز کسانی که متبحر در امور حقوقی هستند کلیه اشخاصی که ضمانت دیگری را می‌نمایند به هیچ وجه متوجه نیستند که خود مستقیماً و مستقلاً مدیون مضمون له می‌شوند و چه بسا حقوقی که از این راه از بین می‌روند و چه بسا دعاوی پوچی که از این منبع سرچشمه می‌گیرد و بیهوده دستگاه قضایی را معطل می‌کند.

ممکن است در این جا اشکالی مطرح شود و آن این است که هر چند ذات عقد ضمان اقتضای نقل و ضم ندارد، ولی اگر انضمام یا انتقال ذمه شرط نشود و در محل وقوع عقد عرف مسلمی مبنی بر نقل و ضم وجود نداشته باشد و مشخص نباشد که بنای

متعاملین بر نقل است یا ضم، تکلیف مشخص نیست. در این هنگام این سؤال مطرح می‌شود که اقتضای اطلاق ضمان چیست و اگر مقتضای اطلاق ضم ذمه است کیفیت انضمام چگونه خواهد بود؟

در پاسخ باید بگوییم به نظر می‌رسد در صورتی که قرینه‌های حالی یا مقالی بر نقل یا ضم ذمه نباشد، با توسل به اصول و ادله دیگر باید به حل موضوع پرداخت؛ یعنی با ثبوت دین مضمون عنه و شک در بقا یا سقوط آن، بقای دین مضمون عنه استصحاب می‌شود و با بقای دین، تعهد ضامن تعهدی اضافه بر تعهد مدیون اصلی است که ماهیت آن از این نظر با ماهیت وثیقه تطبیق می‌کند. به همین دلیل، ضمان در این موارد مفید ضم ذمه خواهد بود؛ به نحوی که ذمه ضامن، وثیقه دین مضمون عنه تلقی می‌شود و مفاد وثیقه این است که مراجعه به ضامن منوط به مراجعه به مدیون اصلی و عدم ایفای تعهد از جانب اوست.

منابع:

۱. قرآن کریم
۲. ابن سوره، محمد بن عیسی، سنن الترمذی، چاپ اول، بیروت، نشر دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴. جزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب الأربعة، چاپ اول، بیروت، انتشارات دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۶. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۸. سجستانی زدی، سلیمان بن أشعث، سنن أبی داود، چاپ اول، بیروت، نشر دارالفکر، بی تا.
۹. سرخسی حنفی، ابی بکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، چاپ اول، بیروت، انتشارات دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ ق.
۱۰. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
۱۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۱۶. عاملی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه*، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ق.
۱۷. عاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. *قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران*.
۱۹. قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، چاپ اول، بیروت، نشر دارالفکر، بی تا.
۲۰. قمی، محمد بن علی بن بابویه، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ اول، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ ق.
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه بخش مدنی*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۳. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، نشر دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه آل البیت (علیهم السلام)، ۱۴۰۷ ق.

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

مفهوم شناسی علم قاضی

احمد ابراهیمی زاده^۱

چکیده

واژه ها و مفاهیم آنها در بستر تاریخ دستخوش تغییر میشوند. مفهوم علم نیز مستثنا نیست. توجه به دگرگونی مفاهیم بویژه در حقوق و فقه از اهمیت زیادی برخوردار است از حیث که چه قوانین و احکام بر مفاهیم جعل میشوند؟ علم قاضی نیز از جمله مفاهیم فقهی و حقوقی است و ادله اثبات دعوی به شمار میرود. اما مفهوم علم در گذر تاریخ دچار تحول گشته و آنچه مصطلح است با مفهوم لغوی علم و آنچه در آیات مد نظر بوده متفاوت است. مساله جستار پیش رو کشف این مطلب است که علم قاضی دارای چه مفومی است و به احکامی بر آن جعل می‌شود و آیا آن را باید تنها در یقین محصور دانست یا خیر؟ این پژوهش به روش تحقیقی تحلیلی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌های فراهم آمده است و دستاوردهای آن به فشردگی عبارتند از ۱- مفهوم لغوی علم در مقابل جهل است، در مقابل آن مفومی است که علم را در مقابل ظن میدانند و مفهوم دوم متأثر از شرایط یونان باستان شکل گرفته است. ۲- علم در لسان شارع نیز به معنای لغوی آن به کار رفته است خصوصاً طرف راجح احتمال نیز در قرآن علم خوانده شده است. ۳- نمیتوان علم قاضی را در اعتقاد یقینی محصور دانست، جتی تعریفی که علم را یقین میدانند و احتمال خلاف را از آن نفی میکند اصطلاحی منطقی است و بر خلاف مفهوم لغوی و معنایی است که مد نظر شارع بوده است.

واژگان کلیدی: علم، یقین، مفاهیم، ادله، دعوی.

۱. کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی.

مقدمه

مفهوم شناسی در علوم مختلف از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این اهمیت در حقوق و فقه دوچندان است. چه اینکه قوانین و احکام بر مفاهیم حمل می‌شوند. از جمله این مفاهیم علم است. می‌دانید که علم قاضی در قانون با استناد به شرع به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی پذیرفته شده است. لذا شناخت مفهوم علم ضروری می‌نماید. اگرچه در باب علم قاضی و حجیت آن در شرع و حقوق ایران، پژوهشهای ارزنده‌ای صورت پذیرفته است اما هنوز جای خالی بررسی مفهوم شناسانه خالی است. لذا بررسی تحول مفهوم علم در طول تاریخ و شناخت مفهوم اصیل این واژه همچنین مفهومی که علم در قرآن دارد مهم جلوه می‌کند. این پژوهش در پاسخ به این پرسش بنیادین تالیف شده که آیا مفهوم علم قاضی را باید در یقین محصور دانست؟ یا انواع دیگر شناخت مانند احتمال مستند و مستدلی که هرچند قابل مناقشه ولی قابل انکار نباشد نیز علم به شمار می‌آید و آیا قاضی می‌تواند با استناد به آنها حکم کند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ محدوده علم قاضی افزون گشته و در مقام قضاوت قاضی خواهد توانست با تکیه بیشتر بر شناخت خود که حاصل ذکاوت و اندوخته تجربه اوست حکم کند. این نوشتار به شش بخش تقسیم شده است. که بخش اول به معرفی علم قاضی در قانون و شرع می‌پردازد. بخش دوم به بررسی مفهوم علم در لغت و تغییر آن پرداخته است. بخش سوم مربوط به مفهوم شناسی ظن است چه علم در اصطلاح در مقابل ظن است. بخش چهارم به مفهوم ظن آیات و روایات و به کار رفت ظن به معنای علم و یقین پرداخته است. در بخش پنجم مفهوم جدید علو و ظن و ارتباط آنان با مفاهیم یونانی مورد بحث قرار گرفته است. در بخش ششم به شکلگیری ادله عدم حجیت ظن به جهت ارتباط آن با برخی از آنچه در لغت علم خوانده می‌شود و در اصطلاح ظن پرداخته شده است. در پایان نیز جمع‌بندی مسائل به صورت نتیجه مطرح گردیده است.

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۱-۱. علم قاضی در قانون و شرع

ماده ۲۱۱ ق.م.ا. به بیان تعریف علم قاضی می‌پردازد و بیان می‌دارد: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات یقین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود» قانونگذار پس از بیان تعریف علم قاضی در این ماده به بیان وظیفه قاضی در صورتی که به علم قاضی

عمل کرد میپردازد و بیان میکند: «در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند خود را به طور صریح در حکم قید کند»
 و در ماده ۲۱۲ ق.م.ا می‌فرماید: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد اگر علم بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر رای صادر میکند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و بر اساس آنها رای صادر میشود»
 در خصوص قلمرو اعتبار علم قاضی در حقوق کیفری ایران آمده است: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری کند. و لازم است مستند علم را ذکر کند. اجرای حد در حق الله متوقف به درخواست کسی نیست ولی در حق الناس اجرای حد متوقف به درخواست صاحب حق می‌باشد». (میر محمد صادقی، ۱۳۸۶، ص ۳۹۷)

همانطور که می‌دانید قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ مقتبس از تحریر الوسیله حضرت امام خمینی رحمته است؛ این فقیه بزرگوار در خصوص جواز استناد قاضی به علم خود می‌فرماید: «قاضی می‌تواند در صورت عدم وجود بینة یا اقرار یا قسم چه در حق الله و چه در حق الناس به علم خود حکم کند. فراتر از این قاضی نمی‌تواند به بینة‌ای که با علمش مخالف است یا قسمی که در نظر دروغ است حکم کند. (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۰۸) حجیت علم قاضی در صدور حکم مستند به ادله فقهی است. که معرفی آن مجال خود را می‌طلبد.

۱-۱. مفهوم علم

آمد که علم قاضی از ادله اثبات دعوا است و در قانون با استناد به شرع به این مطلب تصریح شده است. از این روی شناخت مفهوم علم اهمیت دارد. چه اینکه لغات و مفاهیم در گذر تاریخ دچار تحول می‌شوند و مفهوم علم نیز مستثنا نبوده و دچار تغییر گشته است. لذا شناخت مفهوم لغوی علم همچنین شناخت مفهومی که مد نظر شرع است اهمیت دارد. چنانکه شناخت منشا مفهوم مصطلح حائز اهمیت است.

علم در لغت در مقابل جهل است. (ابن درید، ۱۹۸۷، ج ۲، ص ۹۴۸) لذا هر چه درجه‌ای از دانایی را دارا باشد علم خوانده می‌شود خواه اعتقاد بر تر و راجح باشد و خواه اعتقاد غیر

راجع.

همچنین علم در زبان فارسی به معنایی متفاوت و عام تر از معادل انگلیسی اش Science به کار می‌رود. در این مفهوم علم معادل هر نوعی از دانش Knowledge است. واژه علم در این مفهوم کلی شامل هر نوع آگاهی نسبت به اشیاء، پدیده‌ها، روابط و غیره است، اعم از اینکه مربوط به حوزه مادی و طبیعی باشد یا مربوط به علوم معنا و ماوراءالطبیعه. در این تعریف قواعد روش علمی برای دستیابی به آن دانش الزامی نیست و علم شامل مجموعه‌ای از آگاهی‌ها، دانش‌ها و معلوماتی است که انسان توانسته از طریق روش‌های گوناگون تا به امروز به آنها آگاهی پیدا کند. اصطلاحاتی چون علم اخلاق، علم حدیث و علم ریاضیات نشان دهنده کاربرد این معنا از علم است

در مقابل مفهوم علم به‌طور خاص وجود دارد که معادل واژه انگلیسی Science است که از ریشه لاتینی «ساینیتیا» به معنای دانستن گرفته شده است و متناظر با آن بخشی از دانش بشری است که از طریق روش‌های تجربی حاصل شده است و قواعد علوم تجربی بر آن حاکم است (سروش، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۳) در قرآن نیز علم به معنای اعتقاد برتر و راجح به کار رفته است. (ممتحنه: ۱۰) (علامه طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱۹، ص ۴۱۰)

لذا اگر در برخی آیات علم در مقابل ظن ذکر شده (نجم: ۲۸؛ جائیه: ۲۴؛ نساء: ۱۵۷) از آن باب است که ظن در آنها به معنای توهم و کذب است نه شک لغوی. (طبرسی، ۱۹۹۵، ج ۳، ص ۴۵۳) پس علم در مقابل جهل است نه ظن.

با گذر زمان معنای علم تغییر یافت و اعتقادی که امکان خلاف نداشت علم نامیده شد. علم به این معنا در مقابل ظن قرار دارد که در معنای جدیدش اعتقادی است که احتمال خطا دارد. اول بار معتزله علم چنین معنا کردند. (عسکری، ۱۹۹۰، ج ۱، ص ۱۰۰) در پی آنها برخی علم را به معنای یقین دانستند و یقین اعتقادی است که با احتمال خطا همراه نیست.

۲-۱. مفهوم ظن

باری برای درک محدوده‌ای که قاضی می‌تواند به شناخت خود عمل کند درک مفهوم علم ضرورت دارد. شناخت مفهوم ظن نیز اهمیت دارد. چه در اصطلاح علم در مقابل ظن است. اما در لغت ظن مفهومی دیگر دارد از این روی برخی ظنون مصطلح علم

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

نامیده شده است. ظن در لغت به معنای شک و یقین است. (فراهیدی، ۱۴۲۴، ج ۸، ص ۱۵۲) یعنی به هر دو معنا آمده است و مقصود از شک نقیض یقین است و هر باوری را که با تردید همراه باشد در برمی گیرد خواه تردید اندک باشد یا بسیار. دگرگونی معنایی در واژه ظن از اوایل قرن چهارم قابل پیگیری است. سه گروه معنایی در این دوره به چشم می خورد:

گروه اول: ظن را مشترک لفظی می دانند. چه آنهایی که ظن را از اضداد خوانده اند. و آنان که معنای اصلی ظن را شک دانسته که گاه به معنای یقین نیز به کار می رود. (ازهری، ج ۱۰، ص ۱۷۹)

گروه دوم: ظن را مشترک معنوی می دانند که شامل یقین، شک و ... می باشد. (ابن الانباری، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۱۴) چنانکه ذکر شد هر دو دسته شک و یقین را از معانی ظن می دانند. گروه سوم: ظن را مرحله ای میان یقین و شک و به معنای برتری یکی از طرفین احتمال با امکان نقیض می دانند. (عسکری، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۹۸) این تعریف اول بار توسط ابو هلال عسکری (م تقریباً ۳۹۵ هـ) معتزلی در کتب لغت مطرح شد. او برخلاف دیگران سعی کرد آیات قرآن را نیز همین گونه معنا کند. (عسکری، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۱۰۰)

معنایی که ابو هلال برای ظن بیان کرد به تدریج بر معنای اصلی ظن غلبه کرد و از سده نهم به بعد اکثر معاجم ظن را طرف راجح احتمال با امکان نقیض دانستند و معنای دیگر برای آن ذکر نمودند.

اینگونه معنای اصیل واژه ظن به فراموشی سپرده شده به نحوی که در بعضی معاجم اشاره می شود: گاهی ظن و یقین (جوهری، ۱۹۸۷، ج ۶، ص ۲۱۹) و ظن و شک بجای هم به کار رفته اند. در حالی که ظن در اصل به معنای شک و یقین بوده و بجای شک و یقین به کار نرفته است.

در جمع بندی می توان گفت که ظن درای معنایی عام است که یقین و انواع شک را در بر می گیرد. اما از اواخر سده چهارم هجری معنای ظن تغییر یافت و به طور خاص طرف راجح احتمال، ظن خوانده شد. این معنا، اول بار توسط معتزله در لغت مطرح شد و سعی شد ظن در قرآن کریم همین گونه معنا شود. در نهایت معنای جدید بر معنای

۱. اضداد: جمع ضد است و به واژه های گفته میشود که دارای دو معنای متضاد باشد. مانند چون که هم به معنای سیاهی و هم به معنای سفیدی است. و ظن که به معنای شک و یقین است.

اصلی ظن غلبه کرد به نحوی که بعدها بیشتر معجم نویسان ظن را به معنای طرف راجح احتمال دانسته و معنای دیگری برای آن ذکر نکردند.

۱-۲-۱. ظن در قرآن کریم و روایات

آمد که برای شناخت دایره علم قاضی در حقوق و فقه مفهوم شناسی ظن - از این باب که در اصطلاح در مقابل علم است - ضرورت دارد. برای شناخت مفهوم ظن در فقه باید مفهوم این واژه در قرآن و روایات دانسته شود. ظن در قرآن و روایات دارای مفهومی عام و کلی است. این معنای کلی مشکک بوده و دارای مراتبی است.

ظن در برخی آیات به معنای علم بدیهی حاصل از کشف واقعیت است؛ برای نمونه در مورد مشرکان در روز قیامت می گوید: «وَوَظَّنُّوا مَا لَهُمْ مِنْ مَّحِيصٍ» (فصلت: ۴۸) می دانند هیچ گریزگاهی ندارند) مسلم است، مشرکانی که منکر قیامت بوده و سر به طغیان برداشته اند با دیدن صحنه محشر خواهند دانست که هیچ راه فراری ندارند. این دانستن که نتیجه کشف واقعیت است علمی است که امکان خلاف در آن راه ندارد و در اصطلاح بدیهی نامیده می شود. بنابراین ظن در این آیه به معنای علم بدیهی است. نمونه دیگر درباره قیامت آمده: «وَرَأَى الْمُجْرِمُونَ النَّارَ فَظَنُّوا أَنَّهُمْ مُوَاقِعُوهَا» (کهف: ۵۳) (آن گاه مردم بدکار آتش دوزخ را به چشم مشاهده کنند و بدانند که در آن خواهند افتاد و از آن ابداء مفرّی ندارند) ناگفته پیداست، مجرمانی که به جهنم اعتقاد نداشته و سر بر طغیان برداشتند با دیدن آتش جهنم به گرفتار شدن خود علم بدیهی پیدا می کنند. در نتیجه در این آیه نیز ظن به معنای بالاترین مرتبه علم است.

در برخی آیات ظن به معنای یقین به کار رفته است؛ مثلاً در مورد خاشعین آمده: «الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا رَبِّهِمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ رَاجِعُونَ» (بقره: ۴۶) (آنان که یقین دارند «در نهایت» ملاقات کننده پروردگارشان خواهند بود و قطعاً به سوی او باز می گردند) بیشتر مفسران کلمه «يَظُنُّونَ» را در آیه شریفه به معنای یقین می دانند و قرآن را به یوقنون معنا کرده اند. زیرا اعتقاد به بعث و نشور و ثواب و عقاب اعمال نباید از روی ظن باشد چه تردید در این موارد موجب کفر است. (توانایی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸) در روایات نیز ظن به معنای یقین به کار رفته است. در کتاب شریف کافی نیز بابی با عنوان «اليقين في الدعا» وجود دارد که در آن تنها به ذکر این روایت بسنده شده: «إِذَا دَعَوْتَ فَظَنَّ أَنَّ حَاجَتَكَ بِالْبَابِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۷۳)

هر گاه دعا کردی، بیندار که حاجتت بر در خانه آمده است) کلینی نیز ظن را به معنای یقین دانسته و این از نام گذاری باب مشخص است. ظن به معنای یقین در روایت دیگر نیز به کار رفته است.

ظن در آیاتی به معنای باور و اعتقاد است؛ باور یا اعتقاد مطلبی است که شخص یا گروهی آن را پذیرفته‌اند. باورها ممکن است از روی استدلال یا احساسات مورد پذیرش قرار گرفته باشند. بنابراین الزاماً یقینی نیستند و گاه منشأ خرافی دارند نمونه باورهای خرافی احساسی اعتقاد اعراب جاهلی به دین پدران شان است. در آیات ۰ ی ظن معنای باور و اعتقاد را دارد. قرآن از زبان اجنه نقل می‌کند: «وَأَنَّا ظَنَنَّا أَنْ لَنْ نُعْجِزَ اللَّهَ فِي الْأَرْضِ وَلَنْ نُعْجِزَهُ هَرَبًا» (جن: ۱۲) یعنی ما باور داریم و معتقدیم که هرگز نمی‌توانیم خدا را در آنچه برای زمین مقرر کرده است ناتوان سازیم و هرگز یعنی و ما می‌دانیم که هرگز نمی‌توانیم در زمین خدای را به ستوه آوریم و هرگز او را با گریز [خود] در مانده نتوانیم کرد) اجنه در آیه در مقام بیان اعتقاد خود هستند. (زمخشری، ج ۴/۶۲۷) و نمونه دیگر آیه: «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا بِاطْلَالٍ ذَلِكَ ظَنُّ الَّذِينَ كَفَرُوا» (ص، ۲۷) (ما آسمان و زمین و آنچه را میان آنهاست بیهوده نیافریدیم، این گمان کافران است.) مقصود از گمان در آیه باور است. در کلام اهل بیت (علیهم‌السلام) نیز می‌توان نمونه‌هایی از به کار رفتن ظن بع معنای اعتقاد وجود دارد. مثلاً در دعایی که از امام باقر (علیه‌السلام) روایت شده ایشان از خداوند می‌خواهند: «اللَّهُمَّ ارْزُقْ ظَنِّي صَاعِدًا» یعنی بار خدایا! گمان مرا بالا بر (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۵۸) از میان معانی ظن، تنها اعتقاد با این فقره تناسب داد. چه بالا رفتن گمان ارزشمند نیست که معصوم طلب فزونی آن را کند. از دیگر سو یقین و علم بسیط است رفتن بالا رفتن و بیشتر شدن یقین معنا ندارد پس نمی‌توان ظن را به مفهوم یقین دانست. در نتیجه این دعا درخواست برای تقویت باور و اعتقاد است.

ظن در برخی آیات به معنای احتمال قوی است. برای مثال: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» پس اگر [محلل] وی را طلاق گفت اگر آن دو [همسر سابق] پندارند که حدود خدا را برپا می‌دارند گناهی بر آن دو نیست که به یکدیگر باز گردند (بقره: ۲۳۰). برای زوجین علم و یقین به اقامه حقوق زوجیت در آینده ممکن نیست. (طبرسی، ۱۹۹۵، ج ۱، ص ۲۱۷) از سویی صرف احتمال به اقامه حدود هم نمی‌تواند کافی باشد. پس در این آیه باید ظن را احتمال قوی معنا کرد.

یکی از معانی که ظن به طور شایع در آن به کار رفته است حسابان است. ماده حسب بحسب که مصدر آن حسابان است نوعاً به معنای پندار و گمان به یک امر خلاف واقع به کار می‌رود. می‌توان گفت هرگونه پنداری حسابان است. خواه بر اماره و نشان متکی باشد و خواه نباشد به طور مثال: «وَاسْتَكْبَرَ هُوَ وَجُنُودُهُ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَظَنُّوا أَنَّهُمِ إِلَيْنَا لَا يُرْجَعُونَ» (سرانجام) فرعون و لشکریانش به ناحق در زمین استکبار کردند، و پنداشتند به سوی ما باز نمی‌گردند (فصلت: ۵۰)

ظن به معنای خیالات (پندارهای واهی) نیز به کار رفته است. مشرکان فرشتگان را دختران خدا می‌شمردند و آن‌ها را بانام‌هایی که ویژه زنان، نام‌گذاری می‌نمودند و در قرآن درباره آنان آمده است: «إِنَّ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ لَيَسْمَعُونَ أَلْمَالَكَ تَسْمِيَةَ الْأُنثَىٰ وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا» معنای این آیه چنین است: کسانی که به آخرت ایمان ندارند، فرشتگان را دختر (خدا) نام‌گذاری می‌کنند! آنها هرگز به این سخن دانشی ندارند، تنها از گمان بی‌پایه پیروی می‌کنند با اینکه «گمان» هرگز انسان را از حق بی‌نیاز نمی‌کند! (نجم: ۲۷-۲۸) در روایات نیز ظن در این معنا به کار رفته است. برای مثال در روایتی ده‌ریه که اعتقاد داشتند خدایی وجود ندارد، مصداق آیه «أَن هُمْ إِلَّا يَظُنُّونَ...» (الجاثیه: ۲۳) معرفی شده‌اند. چرا که اعتقادشان از روی سلیقه و پسند خویش و بدون تحقیق و بررسی و کاوش بوده است. (کلینی، ج ۲، ص ۳۸۲)

در جمع‌بندی می‌توان گفت: ظن در آیات و روایات به معانی مختلفی به کار رفته است. اما این به معنای اشتراک لفظی نیست. چه لفظی مشترک خوانده می‌شود که معانی آن جامعی نداشته باشد. (خوانساری، ۱۳۸۶، ص ۷۱) در حالی میان معانی ظن جامع وجود دارد. و آن جامع، حالتی نفسانی حاصل از قبول و تصدیق مطلبی است که در تمامی معانی مذکور وجود دارد. گرچه این تصدیق و قبول در علم بدیهی امکان خلاف ندارد و در یقین، یقین‌کننده احتمال خلاف نمی‌دهد و در دیگر موارد ضعیفتر است. اما همگی این موارد، مراتب قبول و تصدیق‌اند که دارای شدت و ضعف است. در نتیجه ظن، لفظ مشترک نیست. بلکه حالتی نفسانی است که عبارت باشد از قبول و تصدیق مطلبی. هر چند این قبول و تصدیق مشکک بوده و دارای شدت و ضعف است.

دوفصلنامه

کتمان

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

۳-۱. ریشه یابی معنای جدید علم و ظن

ریشه یابی معنای جدید علم و ظن ما را در شناخت مفهوم اصیلتر و قضاوت بهتر در مورد محدوده علم قاضی یاری می‌کند. ریشه معنای جدید علم و ظن را باید در یونان باستان جستجو کرد. چه اینکه معنای جدید علم و ظن جز تعریف ارسطو از آن دو نیست. در نظر ارسطو علم در مقابل ظن و باوری است که امکان خلاف نداشته باشد. در طرف مقابل ظن باوری است که احتمال خلاف داشته باشد. (ارسطو ۱۹۸۰م، ص ۳۲۲) این تعریف همراه با ترجمه منطق به جهان اسلام منتقل شد و مورد پذیرش منطق دانان مسلمان قرار گرفت. (فارابی، ج ۱، ص ۳۵۰) هر چند این تعریف بر تقسیمات عقلی استوار است اما شرایط نیز در شکل گیری آن تاثیر گذار بوده است. چه تشکیک سوفسطائیان - که وجود حقیقت و معرفت یقینی را انکار می‌نمودند - سبب شد که فلاسفه جزمی گرا در تعریف علم و یقین سختگیر باشند. و علم را به گونه‌ای تعریف کنند که قابل تشکیک نباشد. از این روی سقراط یقین را چیزی خواند که بحث‌های سوفسطائیان را پایان داده و کسی با آن مخالفت نکند، بررسی تعاریف افلاطون و ارسطو از علم نیز این مطلب را تایید می‌کند. (مهدوی، ۷۵-۸۵) در نتیجه تعریف علم در منطق متأثر از شرایط شکل گیری آن در یونان باستان است. بنا بر این تعریف منطقی علم، علم غیر قابل تشکیک را معرفی می‌کند در حالی که بسیاری از شناخت‌های انسان، در عین تشکیک پذیری قابل انکار نیستند و نمی‌توان آنها را جهل نامید.

مفهوم علم و ظن قبل از تغییر:

ظن							
شک				یقین			
اکاذیب	خرافات	اوهام	طرف مرجوح	تساوی طرفین	طرف راجح	علم نظری	علم بدیهی
جهل				علم			

مفهوم علم و ظن بعد از تغییر:

اکاذیب	خرافات	اوهام	وهم	شک	ظن	یقین	
			طرف مرجوح	تساوی طرفین	طرف راجح	علم نظری	علم بدیهی
جهل						علم	

۴-۱. شکل‌گیری دلیل نقلی در نهی از عمل به ظنون

آمد که علم لغوی بسیاری از آنچه در اصطلاح ظن نامیده شده را شامل می‌شود. پس علم قاضی می‌تواند این موارد را شامل شود. اما می‌دانیم که در رد آنچه در اصطلاح ظن نامیده می‌شود ادله نقلی اقامه شده است. حال باید دید که این ادله نقلی چگونه شکل گرفته و تا چه حد قابل اعتنا است؟ با تغییر در تعریف علم و ظن دلیل نقلی بر عدم حجیت خبر واحد شکل گرفت. با تغییر مفهوم لغوی ظن، ظن به کار رفته در آیات نیز طرف راجح احتمال معنا شد. آمد که اول بار معتزله ظن را به معنای اعتقادی که با امکان خطا همراه است خواندند. طبق این تعریف - که تعریف مصطلح منطق از ظن است - هر اعتقادی احتمال خلاف دارد ظن نامیده می‌شود. معتزله حتی ظن به کار رفته در آیات را نیز همین گونه معنا کردند. (عسکری ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۱۰۰)

در میان شیعه اول بار سید مرتضی استدلال به آیات ناهی از ظنون را برای اثبات عدم حجیت ظن و خبر واحد محتمل دانست. گرچه خود به ادله غیر نقلی تکیه داشت. (سید مرتضی ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۳۷) تعریف او از ظن بجز تعریف منطق نیست.

به دنبال او شیخ طوسی در تبیان به بیان تمایز علم، ظن و شک پرداخت و ظن را قوت یکی از طرفین احتمال خواند. (طوسی ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۲۰۶)

لازم به ذکر است که ظن دارای معنایی عام است که از علم بدیهی تا اوهام، خرافات و اکاذیب را شامل می‌شود. این واژه در قرآن و روایات نیز به همین معناست. (قمی، ج ۱، ص ۴۶) باید توجه داشت که ظن در آیات ناهی از ظنون، به معنای اوهام و خرافات و گمان‌های

بی اساس است و لذا نمی تواند دلیلی برای اثبات عدم حجیت ظنون مصطلح باشد. در نتیجه با تغییر معنایی که رخ داد ظن اعتقادی که امکان خطا دارد معنا شد و آیاتی که از عمل به ظنون نهی می نمود ادله نقلی نهی از عمل به ظنون را تشکیل داد. در حالی که ظن به کار رفته در این آیات به معنای اوهام و خرافات و گمان های بی اساس است. با شکلگیری دلیل نقلی در نهی از عمل به ظنون سَدّی در مقابل عمل به خبر واحد تشکیل شد. و تا قرن هفتم هجری عدم جواز عمل به خبر واحد نظر غالب فقهای شیعه بود. (علم الهدی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱)

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

نتیجه گیری

نتایج حاصل از این پژوهش عبارتند از:

۱- علم در لغت در مقابل جهل است و آنچه در صدی از دانایی را دارا باشد علم خوانده می شود. طبق این تعریف حتی طرف مرجوح احتمال نیز علم است و اوهام و خرافات و اکاذیب مصداق جهل و از علم خارج اند. ظن نیز در لغت در مقابل علم نیست. بلکه به معنای یقین و شک است و از یقین و طرف راجح احتمال تا اوهام و خرافات و اکاذیب را شامل می گردد.

۲- علم و ظن در قرآن کریم نیز به همین معناست. اما با ترجمه منطقی مفهوم جدیدی از علم و ظن ارائه شد. معتزله این مفهوم را در لغت مطرح کردند و بعدها معنای منطقی بر معنای لغوی علم و ظن غلبه کرد. در اصطلاح منطقی علم اعتقادی است که با امکان خلاف همراه نیست و در مقابل ظن است که اعتقادی است که با امکان خلاف همراه نیست.

۳- بنا بر این علم و ظن در لسان شرع با آنچه در یونان شکل گرفت و با ترجمه منطقی به جهان اسلام راه یافت تفاوت دارد. در قرآن طرف راجح احتمال علم نامیده شده است. در نتیجه می توان مفهوم علم را قاضی را اعم از یقین دانست. آیات ناهی از ظنون نیز در این مسیر مانع نیست چه ظن در آیات مذکور به معنای اوهام و خرافات است.

دوفصلنامه

گفتان

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

منابع:

۱. مکارم شیرازی، ناصر، ترجمه قرآن کریم
۲. ابن الانباری، أبو بکر، الأضداد، محقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، بیروت، المكتبة العصرية، ۱۴۰۷ ق - ۱۹۸۷
۳. ابن قدامه، عبد الله، المغنی، بیروت، دار الكتاب العربی للنشر والتوزیع، [بی تا]
۴. ابو هلال العسکری، الفروق اللغویه، تحقیق محمد ابراهیم سلیم، قاهره، دار العلم للنشر و التوزیع، بی تا
۵. ارسطو، منطق ارسطو، مصحح: عبدالرحمن بدوی، بیروت، دار القلم، چاپ اول، ۱۹۸۰
۶. توانایی، محمد حسین و بهاء الدینی، فرخنده، «بررسی مفهوم ظن و گمان در قرآن کریم»، سال چهارم، شماره ۱۵، پاییز ۱۳۸۸
۷. الجوهری، إسماعیل بن حماد، تاج اللغة وصحاح العربیة، تحقیق: أحمد عبد الغفور عطار بیروت، دار العلم للملایین، الرابعة ۱۴۰۷ هـ - ۱۹۸۷ م
۸. خمینی، روح الله بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، ۱۳۷۹
۹. خوانساری، محمد، منطق صوری، تهران، آگاه، ۱۳۸۶ ش
۱۰. الزمخشری جار الله، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الفائق فی غریب الحدیث والأثر، محقق: علی محمد البجاوی، محمد أبو الفضل إبراهيم، لبنان، دار المعرفة، الطبعة الثانية
۱۱. السرخسی، المبسوط، بیروت، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۰۶ - ۱۹۸۶
۱۲. سید مرتضی، علی بن حسین، رسائل الشریف المرتضی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ هـ
۱۳. السیوطی، جلال الدین عبد الرحمن بن أبی بکر، معجم مقالید العلوم فی الحدود والرسم، محقق: محمد إبراهيم عبادة، القاهرة، مكتبة الآداب، [بی تا]
۱۴. الشیخ أبو الفتوح الرازی، روض الجنان وروح الجنان فی تفسیر القرآن، تحقیق دکتر محمد جعفر یحقی و دکتر محمد مهدی ناصح، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۱ ش
۱۵. شیخ طبرسی، تفسیر مجمع البیان، تحقیق وتعلیق: لجنة من العلماء والمحققین الأخصائیین، چاپ اول، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۵ ق - ۱۹۹۵ م

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۱۶. شیخ طوسی، **التبیین فی تفسیر القرآن**، تحقیق: أحمد حبیب قصیر العالمی، [بی جا]، مکتب الإعلام الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ ق
۱۷. علامه طباطبایی، محمد حسین، **تفسیر المیزان**، مترجم محمد باقر موسوی همدانی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴ ش
۱۸. علم الهدی، سید محمد صادق، «**سیر تاریخی حجیت خبر واحد در اصول فقه شیعه**»، فصلنامه پژوهش‌های اصولی، شماره ۱۷، تابستان ۹۲
۱۹. فارابی، ابونصر، **المنطقیات**، مصحح: محمد تقی دانش پژوه، قم، مکتبہ آیة الله المرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ ق
۲۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، **کتاب العین**، تحقیق: مهدی المخزومی و ابراهیم السامرائی، [بی جا]، دار و مکتبه الهلال، [بی تا]
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تحقیق: غفاری علی اکبر و آخوندی، محمد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق
۲۲. میر محمد صادقی، حسین، **جرایم علیه اشخاص**، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶
۲۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **القوانین المحکمه فی الأصول**، قم، احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ ق

دوفصلنامه

کتابخانه
فقه و اصولسال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

حمایت از بزه دیدگی جنسی کودکان در فقه و حقوق موضوعه

علی ریحانی چمن آباد^۱

دوفصلنامه

کفتمان

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

چکیده

جرائم منافی عفت از جمله جرایمی هستند که آمار آن در مرحله اول متوجه کودکان میشود و قربانیان این جرایم علاوه بر زنان، کودکان اعم از دختر و پسر می‌باشند. زیرا کودکان را به راحتی می‌توان اغفال نمود و آنان را مورد توجه جنایت کاران و منحرفان جنسی قرار داد. بنابراین مجرمان اصلی این جرایم، با استفاده از ضعف و بی‌اطلاعی کودکان، از آنان سوء استفاده نموده و موجب هتک حرمت فردی و اجتماعی آنها می‌شوند.

با توجه به اینکه کودکان آسیب پذیرترین اقشار جامعه می‌باشند، در معرض صدمات جسمی و روحی جبران ناپذیری قرار می‌گیرند. در این نوشتار در پی آن هستیم که حمایت‌هایی که در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران نسبت به این جرایم شده است را بیان نموده و تفاوتها و تشابهات آن را مطرح نماییم.

واژگان کلیدی: حمایت، جرائم جنسی، کودک.

۱. کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی.

مقدمه

در جوامع امروزی به علت ضعف و سقوط اخلاقیات به خصوص در جوامعی که با پیشرفت صنعت و تکنولوژی همراه است به همان نسبت که در زمینه علمی و صنعتی پیشرفت کرده اند از نظر فرهنگ و اخلاق سقوط کرده و میزان فساد و فحشا در این جوامع رو به افزایش است.

هرچند از نظر جرم شناسی به جرایم جنسی چون زنا و لواط، اساساً «جرایم بدون بزه دیده» اطلاق می‌گردد. لیکن زمانی که این جرایم علیه اطفال ارتکاب می‌یابد، سیاست جنایی ایجاب می‌نماید که از اطفال قربانی این گونه روابط جنسی حمایت شود. (بیگی، ۱۳۸۴: ۲۰۳)

لذا در کتب ارزشمند فقهی در مورد این مساله حمایت جدی صورت گرفته و مجازات آن بیان شده است. در حقوق موضوعه ایران نیز در مورد این جرایم حمایت جدی صورت گرفته است. با توجه به اینکه این تحقیق یک نوشته تطبیقی است به بیان تشابهات و تفاوت های آن در فقه و حقوق می‌پردازیم.

۱. زنا با کودک

یکی از جرایم جنسی که علیه اطفال ارتکاب می‌یابد، زنا است. زنا یکی از قبیح ترین اعمال منافی عفت و مختل کننده‌ی نسل‌های بشری در نظام اجتماعی است. در زمان جاهلیت از آن جایی که اعراب غیر متدین هر تعداد زن که می‌خواستند می‌گرفتند و هر وقت که اراده می‌کردند طلاق می‌دادند و هیچ مسئولیتی هم در این کار احساس نمی‌کردند، لذا چون مانعی در این کار نبود، جرم زنا هم تحقق پیدا نمی‌کرد. با پیدایش اسلام، زنا زشت شمرده شد و مقرراتی در این زمینه وضع گردید.

علامه حلی در شرح تبصره در تعریف زنا چنین گفته است:

«زنا عبارت است از نزدیکی با زنی در صورتی که عقد مزاجت اعم از دائمی یا انقطاعی یا

شبهه عقد یا ملک یمین در بین نبوده باشد». (علامه حلی ۱۳۳۹: ۳/ ۳۹۵)

ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی در تعریف زنا مقرر می‌دارد:

«زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به

شبهه نیز نباشد.»

۱-۱. دیدگاه فقهی

در مورد حد زناى مرد بالغ با کودک در فقه امامیه آمده است:

اگر مرد بالغ غیر محصن با دختر غیر بالغی زنا کند بر وی بیشتر از تازیانه نیست و رجم بر

وی نیست. (حلی، ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۴۴/۴)

شیخ مفید نیز در این باره می نویسد:

«اگر زانی غیر محصن باشد صد ضربه با شدیدترین ضربه بر وی زده می شود.»

(مفید، ۱۴۱۰: ۷۷۵)

این در صورتی بود که شرائط احصان نباشد. اما اگر شرایط احصان را داشت در این مورد دو نظریه است برخی از فقها قائل هستند که در این صورت، جلد ثابت است و برخی نیز قائل هستند که در این صورت، رجم ثابت است.

نظریه اول: شیخ طوسی در این باره می فرماید: زمانی که مردی با دختر نابالغی زنا کند بر وی بیشتر از جلد نیست و بر وی رجم نیست. (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۵) که در این صورت فرقی میان محصن و غیر محصن قائل نشده اند. در هر صورت جلد ثابت است.

صاحب کتاب جامع المدارک می نویسد:

«و اما زناى با صغیره (دختر غیر بالغ)، مشهور عدم رجم است بلکه آنچه واجب است تازیانه

است (صد ضربه شلاق). (و اما الزنى بالصغیره و المجنونه فالمشهور عدم الرجم على الزانى المحصن

بل الواجب الجلد. (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۰/۳)

و بسیاری از فقها از جمله علامه این نظر را پذیرفته اند. (حلی (علامه حلی)، ۱۴۲۰: ۳۱۸/۵)

از فقهای معاصر، آیت الله فاضل لنکرانی می نویسد:

از آنچه که بیان کردیم روشن می شود که باید بین زناى انسان بالغ محصن با دختر غیر بالغ و زناى وی با زن مجنون تفصیل قائل شویم به این که در مورد دوم (مجنون) رجم جاری می شود و

در مورد اول (دختر غیر بالغ) فقط محکوم به جلد (تازیانه) است. و قد انقذ من ملاحظه ما ذکرنا

أنه لابد فی هذا الفرع من التفصیل بین زنا المحصن بالصغیره و بین زناه بالمجنونه، بالقول بثبوت

الرجم فی الثانی دون الأول. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۱۷۰)

مستند این دیدگاه برخی روایات است:

۱. در این روایت راوی می گوید: از امام صادق سوال شد در مورد پسری که بالغ نشده

است و ده سال دارد و با زنی بالغ زنا کند، حضرت فرمودند: پسر تازیانه زده می شود و

زن محکوم به حد کامل است. محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، و عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد جمیعاً، عن ابن محبوب عن ابی ایوب الخراز، عن سلیمان بن خالد، عن أبی بصیر، عن ابی عبدالله (علیه السلام) «فی غلام صغیر لم یدرک، ابن عشر سنین، زنی بالمرأة، قال: یجلد الغلام دون الحد و تجلد المرأة الحدّ کاملاً» (حرعاملی ۱۴۰۹: ۲۸/۸۳)

۲- در روایت موثق راوی می گوید: از امام صادق علیه السلام سوال شد مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده است زنا نموده، حکمش چیست؟ فرمود: دختر به کمتر از حد محکوم می گردد و بر مرد اقامه حد می شود. (کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۱۸۰)

قال: «تضرب الجارية دون الحدّ و یقام علی الرجل الحدّ» مقصود از اقامه حد بر مرد به قرینه این که در مقابل «دون الحدّ» یعنی مجازات صغیر قرار گرفته، تازیانه می باشد نه رجم؛ زیرا عنوان «دون» (کمتر) در مقابل رجم به کار نمی رود. (انصاری، ۱۳۹۲: ۲/۳۸۵)

۳. در روایت آمده است که اگر کودک بازنی زنا کند به حد محکوم نمی گردد و مرد اگر با صبی زنا کند به حد محکوم می شود. در این جا حد مرد به قرینه ای این که در مقابل حد کودک قرار گرفته است صد ضربه شلاق است چرا که کودک به طور قطع محکوم به رجم نمی گردد. (و عن الحسن بن محمد، عن معلی بن محمد، عن الحسن بن علی، عن أبان (عن أبی العباس)، عن أبی عبدالله (علیه السلام) قال: لا یحدّ الصبی اذا وقع علی المرأة، و یحدّ الرجل اذا وقع علی الصبیّه. (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۸۳)

۲-۱-۱. نظریه دوم:

ابن ادیس در سرائر می نویسد: در این جا احصان و زنا با هم حاصل شده و در این جا مرد و زن محکوم به حد و رجم می باشند (حلی، ابن ادیس، ۱۴۱۰: ۳/۴۴۳)

صاحب جواهر الکلام در توضیح این دیدگاه می نویسد:

بدیهی است که در این صورت عنوان زنا محصنه صدق می کند. بنابراین اطلاق روایاتی که در مورد ثبوت حد بر هر کدام از زانی و زانیه که بالغ است وارد شده این مورد را شامل می شود. و از سیاق ادله استفاده می شود حد باید کامل باشد. در موثقه ابن بکیر از امام صادق (علیه السلام) آمده: «در مورد نوجوانی پرسیدم که به احتلام نرسیده و بر روی زنی افتاده یا با زنی زنا کرده با آن دو چه می شود؟ فرمود: نوجوان کمتر از حد زده می شود و بر زن حد اقامه می گردد. گفتیم: کنیزی

است که به سن بلوغ نرسیده با مردی یافت می‌شود که با او زنا کرده حکم چیست؟ فرمود: کنیز کمتر از حد زده می‌شود و بر مرد، شلاق اقامه می‌گردد. (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۲۲/۴۱)

صاحب کتاب مهذب الاحکام می‌نویسد:

اگر شخص بالغ عاقلی که دارای شرایط احصان است با دختر غیر بالغی یا با دختر مجنون زنا کند زانی سنگسار می‌شود و صبیبه و مجنونه تعزیر می‌شوند. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷/۲۷)

آیت الله خوئی در این باره می‌نویسد:

در این که آیا حکم رجم اختصاص دارد به این که مزنی بها عاقل و بالغ باشد پس در صورتی که شخص بالغ محصن با صبیبه یا مجنونه‌ای زنا کند، رجم نیست یا این که حکم عمومیت دارد و در هر دو صورت رجم صورت می‌گیرد؟ در این مورد اختلاف نظر است: بعضی قائل به اختصاص هستند مثل محقق در شرایع، ولی ظاهر این است که حکم عمومیت دارد و در هر دو صورت زانی محکوم به رجم است. «هل یختص الحکم فیما ثبت فیہ الرجم بما اذا کانت المزنی بها عاقله بالغه، فلو زنی البالغ المحصن بصبیبه أو مجنونه فلا رجم؟ فیہ خلاف، ذهب جماعة إلی الاختصاص، منهم: المحقق فی الشرائع، ولكن الظاهر عموم الحکم» (موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۲۴/۴۱)

نتیجه این که در مورد زنا زانی مرد بالغ محصن با دختر غیر بالغ دو نظریه است نظریه اول این که زانی فقط محکوم به تازیانه است که ادله آن بیان شد و نظریه دوم این که در فرض مزبور مرتکب به حد رجم محکوم می‌گردد که برخی دیگر از فقها اعم از متقدمین و معاصرین، آن را پذیرفته‌اند.

۲-۱. دیدگاه حقوقی:

تبصره ۲ ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:

«هرگاه طرفین یا یکی از آنها نابالغ باشند، زنا محقق است، لکن نابالغ مجازات نمی‌شود و حسب مورد به اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در کتاب اول این قانون محکوم می‌گردد.»

با توجه به ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی که حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه را رجم می‌داند و در غیر این صورت موجب صد ضربه به سلاق برای هر یک می‌باشد، بنابراین هرگاه مرد محصن با دختر نابالغ مرتکب زنا شود عمل او مستوجب رجم بوده و هرگاه محصن نباشد مجازات او صد تا زنیانه است.

با توجه به آنچه بیان گردید، ملاحظه می‌شود از نظر فقها بلوغ یا صغر بزه دیده

موجب تفاوت در مجازات این جرم می‌شود. حال آنکه قانونگذار از این حیث، همه را یکسان مورد حکم قرار داده و عموماً آن شامل مزنای بها حتی در صورت صغر هم می‌شود. اما در قانون مجازات مرد محصن و غیر محصن متفاوت است و اگر مرد شرایط احصان را داشته باشد عمل او مستوجب رجم است و اگر غیر محصن باشد مجازات او صد تازیانه است. در فقه نیز در این مورد دو نظریه بود که بیان شد.

۱-۲-۱. لواط با کودک

یکی از جرایم جنسی که علیه کودکان ارتکاب می‌شود لواط است. لواط از زشت‌ترین و قبیح‌ترین اعمال قوم لوط به شمار می‌رفت و فساد آن از مفسدات زنا در جامعه بشری بیشتر است و به همین جهت کیفر و مجازات آن از زنا در شریعت اسلام زیادتر و سخت‌تر است و در روایت است که حضرت امام صادق (علیه السلام) فرموده است: حرمت لواط بزرگتر از حرمت زنا است، به درستی که خداوند متعال به جهت حرمت لواط قومی را هلاک کرد و از بین برد، در صورتی که یک نفر را به سبب حرمت زنا هلاک نگردانی «حرمة الدبر اعظم من حرمة الفرج ان الله تعالی اهلك امة بحرمة الدبر و لم يهلك احداً بحرمة الفرج.» (اباذری فومشی، ۱۳۷۹: ۱۵۹)

در جرایم جنسی که علیه اطفال ارتکاب می‌یابند لواط، زشت‌ترین آن است چرا که موجب بروز صدمات جسمی و روحی به کودک می‌شود و موجب گسترش فساد و فحشا در جامعه می‌شود.

به خاطر این صدمات جسمانی و روانی که بر کودک وارد می‌سازد، در حقوق ایران کیفرهای سخت و قاطعی برای مرتکب آن قانونگذاری شده است. بر اساس ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی «لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه گاه در دبر انسان مذکر است».

در حقوق ایران، برابر متون معتبر فقهی، بزه دیده‌ی این جرم تنها می‌تواند طفل مذکر باشد زیرا در قوانین جزایی ایران، نزدیکی کردن با دختر صغیر اعم از قبل و یا دبر هر دو زنا محسوب می‌شوند نه لواط؛ به عبارت دیگر در حقوق ایران، لواط با طفل زمانی ارتکاب می‌یابد که مردی آلت تناسلی خود را به قدر ختنه گاه در دبر طفل مذکری داخل کند.

پس از آشنایی با مفهوم این جرم، حدود و کیفیت حمایت از کودک در برابر این جرم را در فقه و حقوق ایران بیان می‌نماییم.

لواط در لغت از ماده لاط به معنی چسبیدن است. (انصاری، ۱۳۹۲: ۳۸۷/۲) و مراد از آن در اصطلاح فقهی وطی دو مذکر با هم است. (العالمی، ۱۴۱۴: ۲۱۱/۴)

از تعریف لواط معلوم می‌شود که در تحقق آن شرط است که مفعول مذکر باشد بنابراین اگر مفعول مونث باشد لواط محقق نمی‌گردد بلکه زنا به حساب می‌آید. (انصاری، ۱۳۹۲: ۳۸۷/۲)

ادله فراوانی بر حرمت لواط دلالت دارد. از جمله در قرآن آمده است:

هنگامی که حضرت لوط به قوم خود گفت آیا مرتکب فحشا و ننگی می‌شوید که هیچ کس قبل از شما آنرا انجام نداده است؟! آیا برای شهوت رانی به جای زنان به سراغ مردان می‌روید؟! بلکه شما گروهی اسراف کار می‌باشید. «وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ * إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُشْرِفُونَ» (اعراف ۸۰-۸۱)

روایات زیادی نیز بر حرمت این عمل دلالت دارد:

۱. امام صادق علیه السلام از پیغمبر ﷺ نقل می‌کند که فرموده است: کسی که با کودک مجامعت نماید در قیامت جنب محشور می‌گردد و آب دنیا او را پاک نمی‌کند و خداوند بر او غضب نموده و از رحمت خود دور می‌دارد و جهنم را برای او آماده ساخته و بد جایگاهی است. سپس فرمود: هنگامی که انسان مذکر بر مذکر دیگری قرار می‌گیرد عرش می‌لرزد. محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ایبه، عن ابن اُبی عمیر، عن اُبی بکر الحضرمی، عن اُبی عبدالله رضی الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: من جامع غلاما جاء يوم القيامة جنبا لا ينجيه ماء الدنيا، و غضب الله عليه و لعنه و اعد له جهنم و ساءت مصيرا، ثم قال: ان الذکر یرکب الذکر فیہتز العرش لذلك، الحدیث. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲۹/۲۰)، (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۵۴۴)

۲. امام صادق رضی الله عنه از پیغمبر ﷺ نقل می‌کند که فرموده است: حرمت دبر بزرگ تر از حرمت فرج است و خداوند امتی را به خاطر حرمت دبر هلاک کرده است و احدی را به خاطر حرمت فرج هلاک نکرده است. و عنه، عن ایبه، عن اسماعیل بن مرار، عن یونس، عن بعضی اصحابنا، عن ابي عبدالله رضی الله عنه قال: سمعته يقول: حرمة الدبر اعظم من

حرمة الفرج، و إن الله أهلك أمة لحرمة الدبر و لم يهلك احدا لحرمة الفرج. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۹/۲۰)

بنابراین براساس آیات و روایات حرمت لواط مسلم است.

۲-۱-۲. حد لواط با کودک از دیدگاه فقهی

اگر مرد بالغی با پسر غیر بالغی لواط کند بر آن مرد حد کامل است و کودک تأدیب می‌شود و اگر صبوی با مرد بالغی لواط کند، صبوی تعزیر می‌شود و مفعول (مرد بالغ)، حد کامل دارد و اگر صبوی با صبوی لواط کند هر دو تأدیب می‌شوند. (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۴) محقق حلی در این باره می‌نویسد: زمانی مرد بالغ، عاقل و مختار با صبوی لواط کند مرد بالغ کشته می‌شود و صبوی تأدیب می‌شود. (حلی، ۱۴۰۹: ۳۸۸) صاحب کتاب جامع المدارک نیز نگاشته است:

«اگر شخصی با کودک یا مجنون لواط کند کشته می‌شود و کودک تأدیب می‌گردد».

(خوانساری، ۱۴۰۵: ۶۶/۷)

همچنین صاحب کتاب مهذب الأحكام نیز در این باره می‌فرماید:

اگر شخصی بالغ (مکلف) با صبوی یا مجنون زنا کند مکلف کشته می‌شود و صبوی یا مجنون

تأدیب می‌شوند. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۸/۲۷)

حضرت آیت الله خوئی در این باره می‌نویسد:

زمانی که مرد بالغی با صبوی لواط کند بر فاعل حد کامل است و صبوی تأدیب می‌شود.

(موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۲۸۳/۴۱)

دلیل بر وجوب اجرای حد بر فرد بالغی که با کودک عمل لواط انجام داده، روایاتی است که در حد استفاضه می‌باشند. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

۱. در حدیث صحیح ابویصیر می‌گوید: از امام صادق علیه السلام شنیدم که می‌فرمود: اگر مردی را با کودک زنی زیر یک رختخواب برهنه ببینند بر مرد اجرای حد (صد ضربه شلاق) می‌شود و کودک تأدیب می‌گردد و اگر دخول انجام شده، مرد محکوم به رجم می‌گردد. و عنه، عن ابن محبوب، عن هشام بن سالم، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال سمعته يقول: ان فی کتاب علی علیه السلام اذا اخذ الرجل مع غلام فی لحاف مجردین، ضرب الرجل و ادب الغلام و إن كان ثقب و كان محصنا رجم. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۹/۲۸)

۲. در روایت دیگری آن حضرت فرموده است: مرد و زنی را به نزد حضرت امیرالمومنین (علیه السلام) آوردند که مرد با فرزندان که از شوهر دیگری بود لواط کرده و دخول انجام شده بود و شهود بر علیه او شهادت داد. حضرت دستور فرمود مرد را با شمشیر کشتند و کودک به کمتر از حد تعزیر شد. (محمد بن یعقوب، عن عده من اصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن بکر بن صالح، عن محمد بن سنان، عن ابی بکر الحضرمی، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: أتى امیرالمومنین (علیه السلام) بامرأة و زوجها، قد لاط زوجها بابنها من غیره و ثقبه و شهد علیه بذلك الشهود، فامر به (علیه السلام) فضرب بالسيف حتى قتل، و ضرب الغلام دون الحد. (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۹/۷)

در روایت دیگری امام صادق (علیه السلام) می فرماید: حد لواط کننده مثل حد زانی است و همچنین فرمودند: اگر محصن باشد (شرایط احصان را داشته باشد) سنگسار می شود و اگر غیر محصن باشد تازیانه زده می شود. (علی بن ابراهیم، عن محمد بن عیسی، عن یونس، عن محمد بن سنان، عن العلاء ابن الفضیل قال: قال أبو عبدالله (علیه السلام): حد اللوطی مثل حد الزانی و قال: أن كان قد أحصن رجم و إلا جلد. (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۹/۷)

اگر چه که در بعضی از روایات شرایط احصان ذکر شده بود اما در اینجا می خواهیم ببینیم از نظر فقها محصن و غیر محصن بودن تفاوتی در مجازات دارد یا خیر؟ که در این مورد دو قول است:

شهید اول در این باره می فرماید:

اگر فاعل مختار چهار مرتبه اقرار کند یا این که چهار نفر شهادت دهند و فاعل آزاد و بالغ باشد کشته می شود فرقی نمی کند که محصن باشد یا نباشد. (العالمی، ۱۴۳۰: ۱۳/۳۱۳)

صاحب کتاب مذهب الأحکام نیز می فرماید:

در این مورد فرقی میان مسلمان و کافر و محصن و غیر محصن نیست. دلیل بر این قول ظهور اطلاق آیات و روایات و اتفاق نظری است که در مورد این حکم وجود دارد. البته روایاتی وجود دارد که دلالت بر رجم می کند در صورتی که شخص محصن باشد و اگر غیر محصن باشد تازیانه ثابت است مثل روایت موثق العلاء بن الفضیل که در این روایت امام صادق (علیه السلام) می فرماید: حد لائط مثل حد زانی است اگر محصن باشد رجم است و اگر غیر محصن باشد جلد ثابت است. و همچنین صحیحه ابویصیر از امام صادق (علیه السلام) که حضرت می فرماید: «اگر دخول کرده باشد و دارای شرایط احصان باشد رجم ثابت است». و در روایت حماد آمده است که: اگر محصن باشد قتل ثابت است و اگر غیر محصن باشد جلد ثابت است.

و در روایت زراره نیز آمده است: ملوط حدش، حد زانی است و در روایات دیگری که در این باره قائل به تفصیل شده اند. و در بعضی روایات بین واطی و موطوء قائل به تفصیل شده اند مانند روایت حماد: «اگر فاعل محصن باشد قتل است و اگر غیر محصن باشد حد ثابت است. سوال کردم مفعول چگونه است؟ امام علیه السلام فرمودند: موطی به یا مفعول در هر صورت کشته می شود فرقی نمی کند محصن باشد یا غیر محصن» البته اشتهاق قسم اول روایات که ظهور در اطلاق داشت بین اصحاب از نظر فتوی و عمل و همچنین ظهور اجماع قسم دوم از روایات را ساقط می کند. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۸ و ۳۰۷/۲۷)

اما برخی از فقها می فرمایند احصان از شرایط لازم است و غیر محصن کشته نمی شود و فقط جلد ثابت است.

حضرت آیت الله خوئی از اعلام معاصر در این باره می فرماید:

«اظهر این است که غیر محصن کشته نمی شود اما جلد ثابت است» (موسوی خوئی، ۱۴۱۰:

۲۸۰/۴۱)

دلیل بر آن همان روایاتی بود که شرط احصان در آن ذکر شده بود که اگر محصن باشد رجم ثابت است که این روایات قبلاً ذکر شد.

۳-۲-۱. دیدگاه حقوقی:

حد لواط از دیدگاه فقهی بحث شد اکنون بحث حقوقی آن را مطرح می کنیم: ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد:

«حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.»

البته این مجازات مربوط به شخص بالغ است و نابالغ مجازات نمی شود و به اقدامات تامینی و تربیتی محکوم می گردد.

در خصوص مجازات لواط به طوری که گفته شد قانون مجازات اسلامی، مجازات این عمل را اعدام تعیین کرده است و در این مورد میان محصن و غیر محصن قائل به تفاوت شده و گفته شده که فاعل در صورت دارا بودن شرایط احصان، اعدام می شود و اگر فاقد این شرایط بود به صد ضربه شلاق محکوم می شود پس مجازات هر دو

یکسان نمی‌باشد اما مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احسان) اعدام می‌شود اما از نظر فقهی باید اشاره نمود که میان فقها در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد بعضی از فقها قائل بودند که در هر صورت (محسن و غیر محسن) رجم ثابت است اما بعضی قائل هستند که فقط در صورتی که شرایط احسان را داشت رجم ثابت است در غیر این صورت فقط جلد (تازیانه) ثابت است.

۳-۱. تفخیز با کودک

تفخیز کودک عبارت است از مالیدن آلت تناسلی مرد به ران یا بین دو لامبه و کفل.

(مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳/۱۰۳)

سید مرتضی از بزرگان و متقدمین فقهای شیعه در این باره می‌نویسد:

«حد فاعل در عمل شنیع لواط در صورتی که دخول نباشد و فقط آلت تناسلی در بین ران مفعول قرار دهد، صد ضربه شلاق است و همچنین حد مفعول در صورتی که هر دو بالغ و عاقل باشند و در اجرای آن رعایت شرایط احسان معتبر نیست و چنانچه دخول انجام شود حد آن قتل است، هر چند شرایط احسان نباشد» (موسوی البغدادی، ۱۴۲۵: ۱۵۰)

محقق حلی در شرایط می‌فرماید:

اگر دخول نباشد مانند تفخیز که همان قرار دادن آلت بین دوران است حد آن صد ضربه شلاق است و شیخ طوسی در نهاییه فرموده است اگر محسن باشد رجم می‌شود و اگر غیر محسن باشد جلد ثابت است اما قول اول که همان عدم فرق بین محسن و غیر محسن است شبهه است. (حلی، ۱۴۰۹: ۸/۴۰)

صاحب جواهر الکلام در این باره می‌نویسد:

اگر کار آن‌ها دخول نباشد بلکه مثلاً تفخیز یا بین دو لامبه و باسن باشد حدش صد ضربه شلاق است. اگر تفخیز و مانند آن نه دخول، از او تکرار شود دوباره حد در بین آن‌ها جاری شده باشد، در بار سوم کشته می‌شود و گفته شده در بار چهارم، و همین قول شبهه و احوط در خونریزی است. (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۷۶/۴۱) البته اگر فاعل یا مفعول کودک باشد تادیب می‌شوند. (انصاری، ۱۳۹۲: ۲/۳۸۸)

بر اساس ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی «در تفخیز حد فاعل و مفعول، صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محسن و غیر محسن و علف و غیر علف نیست».

البته کودک به اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم می‌گردد. بنا براین در این مورد اختلاف نظری بین فقها و حقوقدانان نیست و مجازات آن یکسان است. در نتیجه حد تفخید از نظر فقها و همچنین قانون مجازات اسلامی صد ضربه شلاق است البته اگر فاعل یا مفعول کودک باشد تأدیب می‌شوند.

۱-۳-۱. ازدواج غیر قانونی با کودک

ازدواج یک ضرورت اجتماعی محسوب می‌شود اما در مواردی از نظر اجتماعی، به سوء استفاده جنسی و استثمار کودک منتهی می‌گردد. بر اساس نظر فقهای امامیه ولی قهری می‌تواند برای دختر صغیره و یا دختر مجنون و یا پسر خود نکاح نماید و فرقی نمی‌کند که دختر صغیره باکره باشد و یا آنکه با وطی و یا غیر آن، از او ازاله بکارت شده باشد. (حلی: ۱۴۲۰/۳: ۳۳۲/۳) (جفی، ۱۹۸۱: ۱۷۲/۲۹ و ۱۷۱)

۱-۳-۲. دیدگاه فقهی:

در این مورد نظر فقها را بررسی می‌کنیم:
شیخ طوسی در نه‌یاه نگاشته است:

برای مرد جایز است که دخترش را به عقد دیگری در بیاورد در صورتی که صغیره باشد و بالغ نشده باشد و نیازی نیست که از وی اجازه بگیرد. و زمانی که دختر را به عقد دیگری در آورد برای دختر اختیاری نیست هر چند بالغ شده باشد و در زمانی که دختر بالغ و باکره باشد مستحب است برای پدر که وی را به عقد دیگری در بیاورد مگر بعد از این که از وی اجازه بگیرد. (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۶۴)

علامه حلی در این باره می‌فرماید:

«زن زمانی که صغیره و یا مجنون باشد ولایت در نکاح وی برای هر یک از پدر و جد پدری است هر چه بالاتر رود فرقی نمی‌کند باکره باشد و یا این که ازاله بکارت شده باشد.» (حلی ۱۴۱۹۳: ۱۵/۳)

صاحب جواهر نیز در این باره می‌نویسد:

«در ثبوت ولایت پدر و جد پدری بر صغیره اشکالی نیست هر چند با وطی و یا غیر آن ازاله بکارت شده باشد چرا که آن چه که دائر مدار ولایت پدر و جد پدری است صغیره بودن است

بعد از بلوغ خیاری برای صغیره وجود ندارد در صورتی که پدر و جد پدری وی را به عقد دیگری در بیاورد بنابر أشهر روایتین». (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۷۲/۲۹)

این حکم مستند به روایات متعددی است که در این خصوص مطرح شده است.

۱. علی بن یقطین می گوید از امام موسی کاظم علیه السلام سوال کردم که آیا می توان دختر و پسر سه ساله را به ازدواج یکدیگر در آورد و کمترین حدی که کودکان در آن به ازدواج در آیند، کدام است و اگر دختر بالغ شود و رضایت نداشته باشد، چه وضعیتی دارد؟ حضرت فرمود: اگر پدر و یا ولی او راضی باشند، ایرادی ندارد. (محمد بن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی بن یقطین، عن أخیه الحسین، عن علی بن یقطین قال: سألت أبا الحسن علیه السلام: أتزوج الجارية و هی بنت ثلاث سنین أو یزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنین و ما أدنی حد ذلك الذی یزوجان فیه، فإذا بلغت الجارية فلم ترض، فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضی أبوها أو ولیها. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۷/۲۰)

۲. عبدالله بن صلت می گوید از امام صادق علیه السلام سوال کردم که آیا دختر صغیره ای که پدرش او را به عقد نکاح دیگری در آورد است، پس از بلوغ خیار فسخ دارد؟ حضرت فرمودند: با وجود پدر، نظر و اختیاری ندارند. تا زمانی که بزرگ (بالغ) نشده است. (و عن عدّه من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن الحسین بن سعید، عن عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله (علیه السلام) عن الجارية الصغیره یزوجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، لیس لها مع أبيها أمر، قال: و سألته عن البکر إذا بلغت مبلغ النساء، ألهما مع أبيها أمر؟ قال: لیس لها مع أبيها أمر ما لم تکبر (همان، ۲۷۶/۲۰)

فقها به رغم جایز دانستن تزویج کودک از سوی ولی قهری، واقعه با صغیره را حرام دانسته اند و در صورتی که منجر به افضاء شود زن بر شوهر حرام موبد شده و دیه کامله نیز بر عهده ی زوج ثابت می شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۸۱/۲) (موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۴۵۷/۴۲ و ۴۵۸)

در این مورد نظر فقها را بررسی می کنیم که در این مورد دو نظریه است:

نظریه اول:

شیخ طوسی در این باره می فرماید:

کسی که دختری افضاء کند به این صورت که قبل از نه سالگی با وی وطی کند بر وی دیه

کامل است. (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۶۹)

صاحب کتاب عروه الوثقی نیز می نویسد:

اگر صغیره به ازدواج دائم یا موقت در بیاید و دخول صورت گیرد و قبل از اکمال نه سالگی باشد در صورتی که منجر به افضاء شود بر شوهر حرام موبد می شود (بنابر قول مشهور) و شوهر باید دیه زن را بدهد (یزدی، ۱۴۱۴: ۸۱۱/۲ و ۸۱۲)

نظریه دوم:

حضرت آیت الله خوئی در این باره می نویسد:

«در افضاء زن زمانی که افضاء کننده اجنبی باشد دیه کامل ثابت است اما اگر مفضی همسرش باشد و در حالی که نه ساله است وی را افضاء کند پس چیزی بر وی نیست. و اگر قبل از نه سال وی را افضاء کند اگر وی را طلاق دهد بر وی دیه ثابت است و اگر آن زن را نگه داشت و طلاق ندارد چیزی بر وی نیست (دیه ثابت نیست)»

دلیل بر این قول صحیح حمران از امام صادق علیه السلام است، که از حضرت سوال شد در مورد مردی که با دختر باکره ای ازدواج کرده و دخول هم صورت گرفته به گونه ای مجرای بول و حیض یکی شده و آن زن را افضاء کرده است «حضرت فرمودند: اگر هنگامی که با وی دخول شده آن دختر نه سال بوده چیزی بر آن مرد نیست و اگر نه ساله نبوده یا اندکی کمتر از نه سال بوده است و افضاء شده پس آن زن را فاسد کرده، و او را برای ازدواج با مردی دیگری معطل گذارد، امام باید دیه وی را به عنوان غرامت از آن مرد بگیرد و اگر وی را نگه داشت و طلاق هم نداد تا این که بمیرد چیزی بر آن مرد نیست».

و این مورد را روایت برید بن معاویه از امام صادق علیه السلام تأیید می کند که سوال شد در مورد مردی که دختری (همسرش) را افضاء کرده است. «حضرت فرمودند: اگر قبل از رسیدن به سن نه سال دخول صورت گرفته است دیه ثابت است. و همچنین حضرت فرمودند: و اگر او را نگه دارد و طلاق ندهد چیزی بر وی نیست و اگر دخول صورت بگیرد و در حالی که نه ساله است پس چیزی بر وی نیست اگر خواست وی را نگه می دارد و اگر هم خواست وی را طلاق می دهد». (خوئی، ۱۴۱۰: ۴۵۷/۴۲ و ۴۵۸ و ۴۵۹)

۳-۳-۱ دیدگاه حقوقی:

در سال ۱۳۶۱ به موجب پیش نویس لایحه، راجع به اصلاح بعضی از مواد قانون

مدنی پیشنهاد اصلاح ماد ۱۰۴۱ قانون مدنی تقدیم مجلس گردید و ماده مزبور بدین شرح اصلاح شد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است، تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است، به شرط رعایت مصلحت مولی علیه». عبارت ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۱۳۶۱ قانون مدنی مجدداً در تاریخ ۱۴ آبان ۱۳۷۰ اصلاح و به شرح ذیل در آمد: «عقد نکاح قبل از بلوغ، ممنوع است. تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه‌ی ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد».

طرح اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۸۱ تقدیم مجلس شد. در مقدمه طرح ارائه شده چنین آمده بود: «... این ماده باعث بروز ناهنجاری‌هایی در امر ازدواج دختران و پسران خصوصاً از جنبه‌های سلامت جسمی و متلاشی شدن کانون خانوادگی بعد از رسیدن به سن بلوغ گردیده است و اثرات نامطلوبی در تشکیل زندگی خانوادگی باقی گذارده است. این قانون نه تنها در محافل بین المللی موجب ایجاد مشکلات عدیده برای نظام جمهوری اسلامی شده، بلکه موجب سوء استفاده افراد غیر صالح گشته و در واقع اصل اختیار را که در عقد نکاح از شروط اساسی است، مخدوش می‌نماید و خارج از اختیار و اراده دختران و پسران جوان، آثار زوجیت را بر آنان تحمیل می‌نماید که اثرات سوء آن پس از رشد، بر جسم و روان آنان باقی می‌ماند...» (نائینی، ۱۳۸۶: ۱۰۷۴ و ۱۰۷۵)

سرانجام به موجب اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به تاریخ ۷۹/۹/۲۷ مجلس شورای اسلامی و مصوب ۸۱/۴/۲۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر گردید: «عقد نکاح دختر، قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

در جهت ضمانت اجرای کیفری و ممانعت از ازدواج کودکان، ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی متذکر می‌گردد:

«ازدواج قبل از بلوغ بدون ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده،

بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش

ماه تا دو سال محکوم می‌گردد».

در تفسیر این ماده آمده است:

۱- عنصر مادی ای جرم، ازدواج با دختر صغیر است.

۲- عنصر معنوی این جرم، سوء نیت عام است.

۳- اگر زنی با پسر نابالغ ازدواج کند مشمول این ماده نمی‌شود هر چند اذن ولی برای ازدواج پسر صغیر و دختر صغیره لازم است.

۴- ازدواج مذکور در این ماده، اعم از ازدواج دائم و موقت است. (زراعت، ۱۳۷۷: ۳۷۹)
در نتیجه از نظر فقها ازدواج با دختر صغیره جایز است اما واقعه با وی حرام است و از نظر قانون مجازات اسلامی عقد نکاح دختر قبل از ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح البته در قانون برای آن ضمانت اجرایی نیز در نظر گرفته شده است.

۴-۱. قذف کودک

۴-۱-۱. تعریف قذف در لغت و اصطلاح

قذف در لغت به معنای پرتاب کردن چیزی است. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵/۲۱۷)
و در اصطلاح فقها نسبت دادن شخص دیگری را به زنا یا لواط قذف می‌گویند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۹۲) (حلی، ۱۴۰۹: ۴/۱۶۵)

۴-۲-۱. حرمت قذف و حد آن همراه با ادله

قذف از گناهان کبیره است و حد آن هشتاد ضربه شلاق است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۸۹)
و مستند این تحریم، کتاب، سنت و اجماع است. کتاب: در آیه ۴ سوره نور می‌خوانیم:
«و کسانی که زنان پاکدامن را متهم می‌کنند، سپس چهار شاهد بر ادعای خود نمی‌آورند، آن‌ها را هشتاد تازیانه بزنید و شاهدتشان را هرگز نپذیرید و آن‌ها فاسقاند». (وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) نور/۴
روایات؛ حدیثی از پیامبر ﷺ نقل می‌کند که حضرت فرمودند: قذف زن محصنه، عمل صد سال را از بین می‌برد. و روی حدیثی از آن نبی علیه و آله السلام قال: قذف محصنه یحبط عمل مائة سنة. (طوسی، ۱۳۸۷: ۵/۳۴۸)
اجماع؛ صاحب کتاب مهذب البارع می‌نویسد: از سائر امت کسی در آن اختلاف ندارد (حلی، ۱۴۰۷: ۵/۳۶)

در شخصی که قذف شده (مقذوف)، احصان شرط است و احصان در این جا بلوغ،

عقل، حریت، اسلام و عفت می‌باشد. پس کسی که این شرایط را به صورت کامل داشت به خاطر قذف وی، حد واجب است و کسی که این شرایط را نداشت یا فاقد بعضی از این شرایط بود، بر قاذف حدی نیست و بر وی تعزیر است. پس اگر صبی یا مملوک و یا کافری را قذف کند تعزیر می‌شود. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰: ۳۷۷)

۳-۴-۱. دیدگاه فقها:

محقق حلی نیز در این باره می‌نویسد:

در شخصی که قذف شده (مقذوف) احصان شرط است و احصان عبارت است از بلوغ، کمال عقل، حریت، اسلام و عفت پس کسی که همه این شرایط را داشته باشد به خاطر قذفش حد واجب است. و کسی که فاقد این شرایط باشد و یا این که بعضی از این شرایط را نداشته باشد حدی بر قاذف نیست و تعزیر ثابت است. مانند کسی که کودکی یا مملوک یا کافر و یا کسی که متظاهر به زنا باشد را قذف کند، در این صورت فرقی نمی‌کند که قاذف مسلمان باشد یا کافر، عبد باشد یا آزاد، در این صورت قاذف تعزیر می‌شود (حلی ۱۴۰۹: ۵۳/۸)

مرحوم علامه حلی در این باره می‌فرماید:

«اگر فرد قذف شده، کودک حرّ و آزاد باشد بر قذف کننده حدّ جاری نمی‌شود بلکه اندازه‌ای که امام مصلحت بداند تعزیر می‌گردد.» (حلی، ۱۴۲۰: ۴۰۵/۵)

بدین ترتیب قذف کودک موجب تعزیر است و برای اثبات این حکم به روایاتی استناد شده است مانند:

۱. در روایت معتبر راوی می‌گوید: از امام باقر علیه السلام سوال نمودم، کودکی که به حدّ بلوغ نرسیده، مردی را قذف می‌نماید، آیا می‌توان بر او اجرای حد نمود؟ حضرت فرمود: نه، زیرا اگر مرد کودکی را قذف نماید، مستحق حدّ نمی‌باشد. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱/۲۸) حر محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعید، عن النضر بن سويد، عن القاسم بن سليمان، عن أبي مریم الأنصاری قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد؟ قال: لا، و ذلك لو أن رجلا قذف الغلام لم يجلد.

بر اساس این روایت اگر کودک هم مردی را قذف کند تعزیر می‌شود و مستحق حد نمی‌باشد.

۲. در روایت صحیح دیگری از امام صادق علیه السلام سوال شده اگر مردی دختر غیر بالغی را قذف نماید، بر او حد جاری می شود؟ حضرت فرمود: تا زمانی که مباشرت و نزدیکی نکرده است حد زده نمی شود. قال و سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الجارية الصغيرة؟ قال: لا يجلد إلا ان تكون أدرکت أو قاربت. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۵/۲۸)

۳- در روایت صحیح دیگری از امام صادق علیه السلام سوال شده اگر مردی دختر غیر بالغی را قذف نماید، بر او حد جاری می شود؟ حضرت فرمود: تا زمانی که به حد بلوغ نرسیده نه. (همان، ۱۸۴/۲۸)

نتیجه این که بر اساس روایات اگر مردی کودک را قذف کند فقط تعزیر می شود و بر قاذف حدی جاری نمی شود و همچنین اگر کودک مردی را قذف کند حدی بر وی نیست بلکه تعزیر می شود. همان طور که محقق حلی در شرایع الاسلام می فرماید: اگر صبی قذف کند حد جاری نمی شود بلکه کودک تعزیر می شود.

۴-۴-۱. دیدگاه حقوقی:

ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد:

«قذف در صورتی موجب حد می شود که قذف شونده در هنگام قذف، بالغ، عاقل، مسلمان،

معین و غیر متظاهر به زنا یا لواط باشد».

بر اساس تبصره یک ماده مذکور «هرگاه قذف شونده، نابالغ، مجنون، غیر مسلمان یا غیر معین باشد قذف کننده به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می شود لکن قذف متظاهر به زنا یا لواط، مجازات ندارد».

شرط بلوغ، عقل، اختیار و قصد برای قذف کننده یک امر طبیعی و مطابق با قواعد حقوقی است، زیرا قذف نیز یکی از جرایم عادی است و مرتکب باید شرایط سایر مجرمان را داشته باشد اما شرط بلوغ و عقل برای قذف شونده، مخالف قواعد حقوقی می باشد و مهم ترین مستند آن را روایت های شرعی بیان کرده اند. (زراعت، ۱۳۹۳: ۴۰۹)

بنابراین هم در فقه و هم از نظر قانون قذف کودک موجب تعزیر است و حد کامل بر قاذف جاری نمی شود.

۵-۱. سوء استفاده از کودکان در فعالیت‌های مجرمانه جنسی

سوء استفاده از کودکان در فعالیت‌های مجرمانه جنسی با توجه به پیشرفت صنعت افزایش یافته، و به جای استفاده صحیح از وسایلی مانند اینترنت، و رایانه، از این وسایل به عنوان ابزاری برای تشویش ذهن کودکان استفاده می‌شود.

امروزه بیش از هر زمان دیگر مسأله سوء استفاده جنسی از کودکان مطرح است که آثار مخربی در پی دارد عدم ترحم به نوع بشر به خصوص کودکان معصوم، به حدی شدت یافته است که متأسفانه ساخت کارتن‌های مستهجن برای کودکان کم و سن و سال گرفته تا نوجوانان، افزایش یافته است. و همچنین رایانه و اینترنت که به عنوان وسایلی خدماتی ساخته شده اند امروز به صورت ابزاری در دست افراد سودجو قرار گرفته و انیمیشن‌های متنوع و متفاوتی ساخته شده است که این وسایل خوش نام را بد نام کرده اند. (رجوع کنید: فرجی، ۱۳۷۵، ۲۵)

عوامل متعددی در ورود کودکان به فعالیت‌های جنسی موثر می‌باشند که گاه درونی و گاه بیرونی هستند. عوامل درونی به تمایلات کودک در این زمینه و عوامل بیرونی به یک سلسله از عواملی که کودک را مجبور به شرکت در این فعالیت‌ها می‌نماید، مرتبط می‌گردد مانند فقر، بی سوادی، بی سرپرست بودن، عدم اشتغال و... که علت اصلی آن‌ها فقر است و کودک را آسیب پذیر نموده و نسبت به در معرض فعالیت‌های مجرمانه جنسی قرار گرفتن، موثر می‌باشد. (عباچی، ۱۳۸۰: ۸۷)

بنابراین بی سرپرست بودن کودک و طلاق والدین که موجب فقر است زمینه را برای فعالیت‌های مجرمانه جنسی کودک فراهم می‌آورد.

۶-۱. سوء استفاده از کودک برای «هرزه نگاری»

جدیدترین شکل سوء استفاده از کودکان در فعالیت‌های مجرمانه جنسی، به کارگیری تکنولوژی مدرن در انتشار صور قبیحه‌ی کودکان می‌باشد.

در خصوص سوء استفاده از کودکان برای هرزه نگاری در مقررات داخلی ایران می‌توان به پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، روسپیگری و هرزه نگاری کودکان که جمهوری اسلامی ایران به آن ملحق شده است، اشاره نمود. بند ج ماده ۲ پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، روسپیگری

و هرزه نگاری کودکان، هرزه نگاری کودک را چنین تعریف کرده است:

«به هر گونه نمایش کودک در گیر در فعالیت‌های واقعی یا مشابه سازی شده آشکار جنسی، با هر وسیله یا هر گونه نمایش اندام کودک برای اهداف عمدتاً جنسی اطلاق می‌شود.»
 «هرزه نگاری اطفال شامل عکس، فیلم و... مستهجن بوده که در منحرف نمودن نوجوانان به دلیل آسیب پذیر بودن آن‌ها، موثر است و راه روابط جنسی نامشروع را باز می‌کند.» (عباچی، ۱۳۸۰: ۸۹)

چرا که کودکان و نوجوانان به دلیل آسیب پذیر بودن به سرعت تحت تأثیر این عکس و فیلم‌ها قرار گرفته و به فساد کشیده می‌شوند.
 بند «ج» ماده ۲ «پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، روسپیگری و هرزه نگاری کودکان» نیز پورنوگرافی اطفال را این چنین تعریف نموده است:

«تهیه‌ی نوشته‌ها و عکس‌های مبتذل از کودکان (پورنوگرافی) عبارت است از هر نمایش، به هر وسیله از کودکان که در فعالیت‌های جنسی صریح واقعی یا تصنعی مشغول هستند یا هر نمایش از قسمت‌های (ارگانیزم‌های) جنسی کودک به خاطر اهداف اساسی جنسی.»

از آن جایی که کودکانی که در سوء استفاده‌های هرزه نگاری حضور دارند، بیشتر به عنوان بزه دیده از جرم مورد بررسی قرار می‌گیرند تا مجرم و بزه کار، لذا مقررات بین المللی در صدد حمایت از کودکان در برابر این اعمال نامشروع برآمده‌اند. بیانیه‌ی حقوق کودک مصوب ۱۹۴۲ تصریح می‌نماید که:

«کودک باید در موقعیتی قرار داده شود که زندگی شادابی داشته و از هر نوع سوء استفاده ایمن باشد.» اصل ۹ اعلامیه جهانی حقوق کودک ۱۹۵۹ بیان می‌دارد که: «کودک در برابر هر گونه غفلت، ظلم و استثمار حمایت شود...»

۷-۱. از کودک برای فساد و فحشا

یکی از موارد سوء استفاده از کودک در فعالیت‌های مجرمانه‌ی جنسی، استفاده از وی برای امور فساد و فحشاء است و تحقیقات فراوانی که در این زمینه انجام گرفته، همگی بیانگر این هستند که عوامل اقتصادی در این گونه مسائل، سهم بیشتری را به خود اختصاص می‌دهند. بنابراین هرچه کودک از نظر خانوادگی در فقر شدید باشد و یا

سرپرستی نداشته باشد به سرعت در معرض فساد و فحشاء قرار می‌گیرد. از نظر تاریخی، نخستین بار در سال ۱۳۱۲ و به موجب قانون مجازات عمومی، این گونه مسائل مورد حمایت قانون گذار قرار گرفت. با این توضیح که مقنن ۱۳۱۲ با تصویب بند ۱ ماده ۲۱۱ به مقابله با سوء استفاده کنندگان برخاست و اطفال را تحت شمول حمایت خویش قرار داد. به موجب بند مذکور، «کسی که عادتاً جوان کمتر از ۱۸ سال تمام را اعم از ذکور و اناث به فساد اخلاق یا شهوترانی تشویق کند و یا فساد اخلاق و یا شهوترانی آن‌ها را تسهیل نماید...» (بیگی، ۱۳۸۴: ۲۴۱)

کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۲ با تصویب ماده ۱۰۳ از قانون تعزیرات تا حدودی جرم مذکور در بند ۱ ماده ۲۱۱ اصلاحی ۱۳۱۲ قانون مجازات عمومی را احیاء نمود که مجدداً این ماده با تغییر عبارات و مجازات در ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی «تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده»، مصوب ۱۳۷۵ تکرار گردید. به موجب این ماده قانونی «افراد زیر به حبس از یک تا ده سال محکوم می‌شوند و در مورد بند «الف» علاوه بر مجازات مقرر، محل مربوطه به طور موقت با نظر دادگاه بسته خواهد شد:

الف- کسی که مرکز فساد و فحشا دایر یا اداره کند.

ب- کسی که مردم را به فساد یا فحشا تشویق نموده یا موجبات آن را فراهم نماید.

در نتیجه دایر کردن مرکز فساد و تشویق مردم به فساد و فحشاء ممنوع بوده و در قانون برای آن ضمانت اجرایی مجازات حبس در نظر گرفته شده است. که این مورد کودک را نیز شامل می‌شود.

نتیجه گیری

۱. نظر مشهور فقها در مورد زناى مرد بالغ چه محصن باشد و چه غیر محصن، این است که اگر دختر غیربالغی را زنا کند، محکوم به حد است و رجم بر وی نیست. البته بعضی از فقها قائل هستند که اگر مرد دارای شرائط احصان باشد، محکوم به رجم است. در قانون نیز آمده است که هر گاه مرد محصن با دختر نابالغ مرتکب زنا شود، عمل او مستوجب رجم است.

۲. در خصوص مجازات لواط نیز به موجب فتاویٰ برخی از فقهای اسلامی، در اعدام و طى کننده، احصان از شرایط لازم می باشد و مطابق نظر گروهی دیگر احصان و عدم احصان مرتکب، تاثیری در حد لواط نداشته و مجازات آن قتل می باشد. اما بر اساس قانون مجازات اسلامی، میان محصن و غیر محصن قائل به تفاوت شده و مجازات هر دو را یکسان قرار نداده است.

۳. فقها به رغم جایز دانستن تزویج کودک از سوی ولی قهری، واقعه با صغیره را حرام دانسته اند و در صورتی که منجر به افضاء شود زن بر شوهر حرام موبد شده و دیه ی کامله نیز بر عهده ی زوج ثابت می شود. اما بر اساس قانون عقد نکاح دختر، قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر، قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.

۴. قذف کودک هم در فقه و هم در حقوق موجب تعزیر است.

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

منابع:

۱. اباذری فومشی، منصور، *شرحی بر قانون مجازات اسلامی*، چاپ اول، تهران، انتشارات خط سوم، ۱۳۷۹.
۲. انصاری، قدرت الله، *احکام و حقوق کودکان در اسلام*، چاپ اول، قم، انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۳۹۲ ش.
۳. بیگی، جمال، *بزه دیدگی اطفال در حقوق ایران*، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴ ه.ش.
۴. زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)*، چاپ اول، نشر فیض، ۱۳۷۷.
۵. عباچی، مریم، *حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد*، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰ ش.
۶. نائینی، احمد رضا، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق.
۸. اسدی حلی (علامه حلی)، *حسن بن یوسف بن مطهری، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۰. حلی، ابن ادریس، *السرائر*، چاپ سوم، قم، موسسه الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۱. ابوالقاسم نجم الدین محمد بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ اول، بیروت، دار الزهراء، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۲. حلی، احمد بن محمد بن فهد، *مهذب البارع*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تحریر الاحکام الشرعی*، قم، موسسه الامام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۱۴. شرح تبصره، *ترجمه زین العابدین ذوالمجدین*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.

۱۵. خوانساری، سید احمد، **جامع المدارک**، چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵
۱۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **تکمله العروه الوثقی**، چاپ اول، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، **النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى**، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ هـ.ق
۱۸. طوسی، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۱۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۰. عاملی، (شهید اول)، محمد بن مکی، **غايه المراد**، قم، مرکز الابحاث والدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۱. عاملی، محمدبن مکی، **موسوعه الشهد الاول لمعه دمشقیه**، قم، مرکز العالی للعلوم و الثقافه الاسلامیه، ۱۳۹۲
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله**، چاپ اول، تهران، موسسه عروج، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب، **الفروع من الکافی**، چاپ سوم، بیروت، نشر: دار صعب، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ هـ.
۲۴. مفید، ابو عبدالله محمد بن محمد بن نعمان، **مقنعه**، چاپ دوم، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۵. موسوی بغدادی، سید شریف المرتضی، **انتصار فی انفرادات الامامیه**، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۲۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **تکمله المنهاج**، چاپ ۲۸، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۷. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، **مهذب الاحکام**، چاپ چهارم، قم، موسسه منائر، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۸. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

منابع مصلحت در فقه شیعه

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

محمد مددالهی^۱
سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

چکیده

مصلحت از جمله اساسی ترین مفاهیمی است که در فقه شیعه در طول تاریخ و مخصوصاً سالهای اخیر ظهور و بروز داشته است و همواره به عنوان عنصری موثر در عرصه ی اجتهاد و استنباط مورد استفاده قرار گرفته می شود. برای استفاده ی بهتری و صحیح تر از این مفهوم لازم است منابع، مبانی، ضوابط و آن شناخته شود. ما در اینجا به بررسی اجمالی منابع مصلحت می پردازیم.

واژگان کلیدی: مصلحت، منابع، اجتهاد، قاعده.

۱. دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی.

مقدمه:

مصلحت همچنان که در رفتارهای فردی انسان‌ها در گستره‌ی مادیات مورد توجه قرار می‌گیرد در نظام‌های سیاسی اجتماعی نیز، از اهمیت خاص و جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این رویکرد در جهت فهم احکام شریعت قدمتی به درازای تاریخ فقه دارد و به عنوان مهم‌ترین ارکان و مبانی تصمیم‌گیری در ابعاد حیات گوناگون جامعه‌ی اسلامی، نقش اساسی در هندسه‌ی فکری و مبنای فقه سیاسی در عرصه حکومت دارد. با توجه به حوزه‌ی فراگیر استفاده از مصلحت در ابواب مختلف فقه به خصوص در عرصه‌ی حکومت و اداره‌ی جامعه و تفاوت آن با فرصت‌طلبی، منفعت‌گرایی و عناوینی از این دست، ضرورت تبیین ماهیت، منابع، مبانی، ضوابط و ... امری اجتناب‌ناپذیر و بسبار لازم است. در این مختصر به بحث در مورد منابع مصلحت خواهیم پرداخت و تفاوت آن را با مبانی و ضوابط توضیح می‌دهیم.

امید است که با شناخت دقیق مصلحت، ضوابط و نحوی به کارگیری آن بتوانیم از این عنصر حیاتی و مهم در نظام اسلامی به بهترین وجه ممکن استفاده کنیم.

دوفصلنامه

کتابخانه

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

۱. تعریف مصلحت**۱-۱. معنای لغوی**

مصلحت در لغت از ریشه‌ی «صلح» در مقابل یا نقیض مفسده به معنای سودمندی، کارآمدی، تناسب، درستی و صواب به کار می‌رود (ایزدهی، ۱۳۹۳، ش ۲۶، در مصباح المنیر آمده است. «صلح الشی و هو خلاف فسد، و اصلح اتی بالصلاح و هو الخیر و الصواب و فی الامر مصلحه، ای خیر و الجمع، مصالح...» (فیومی، ۱۴۱۴، اق، ۱/۴۱۷) همچنین در محیط‌المحیط آمده است: صلاح، ضد فساد و عبارت از پایداری بر اساس مقتضای عقل و شرع است و صالح به کسی اطلاق می‌شود که پایبند رعایت حقوق انسان و خداوند باشد. (بستانی، ۱۹۹۳، ق، ۵۱۵)

۱-۱-۲. معنای اصطلاحی مصلحت

با اینکه مصلحت در عبارات فقها بسیار به کار گرفته شده است و احکام بسیاری از امور به آن مستند شده است ولی به صورت روشن مورد تنقیح و تعریف قرار نگرفته است،

شاید دلیل آن امر این باشد که معنای آن در نزد فقها واضح و روشن بوده و آنان با توجه به ارتکاز عمومی از معنای این واژه، نیازی به تبیین آن نمی‌دیدند، لذا بهتر است با ذکر نمونه‌های از عبارات فقها در مورد مصادیق مصلحت، به درک فقیهان از این واژه دست یافت. به عنوان مثال برخی از فقها، مصلحت را اعم از منافع مادی و معنوی دانسته و آن را در راستای منفعت مسلمانان و تقویت اسلام و اقامه‌ی دین معنا کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید: از روایات و سخن فقهای امامیه فهمیده می‌شود که تمام احکام مربوط به معاملات و غیر آن برای تامین مصالح دنیوی و اخروی مردم، که عرفا مصلحت و فایده نامیده می‌شوند، تشریح شده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۲۲/۳۲۴)

حضرت امام خمینی رحمته‌الله در کتاب بیع می‌فرماید:

این زمین‌ها (مفتوحه عنوه) و منافع آنها، تنها برای مصالح عمومی آنان مانند ارتش، جهاد در راه خدا و آنچه سامان یافتن حکومت بدان نیازمند است، استفاده می‌شود. (امام خمینی، ۱۴۲۱، ق، ۳/۴۴)

غزالی پس از بیان این که مصلحت، همان جلب منفعت و دفع ضرر است، ادامه می‌دهد:

مقصود از مصلحت تنها معنای لغتی آن نیست، بلکه مراد پاس داشت از مقصود شارع است و مقصود شارع نسبت به خلق، پنج امر است و هر چه در جهت حفظ این اصول باشد مصلحت و هر چه در راستای تفویت آن باشد مفسده نامیده می‌شود. (غزالی، ۱۴۱۷، ق، ۱۷۴)

در مجموع با تعمق در عبارات فقها و با توجه به عبارات یاد شده می‌توان این گونه نتیجه گرفت که این واژه در دانش فقه و علوم پیرامون آن، از قبیل اصول فقه و فلسفه فقه، اصطلاح و معنای متمایز و متفاوتی ندارد بلکه مصلحت در حوزه‌ی فقه در راستای معنای لغوی و ارتکازی عرفی قرار داشته و در عین حال، در چارچوب اصول و ضوابط شرعی به کار رفته و مراد از آن، سود، خیر و فایده‌ی مبتنی بر حکمت و دوراندیشی و در عین حال در بردارنده‌ی منافع اعم از مادی و معنوی است که پس از آگاهی بر مقدمات علمی و به کارگیری عملی آنها، نصیب انسان‌ها و نظام اسلامی می‌شود و در میدان عمل فدا شدن برخی از تکالیف، حقوق و احکام برای حفظ اصول و پایه‌های اساسی دین رخ می‌نماید. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۳۲)

دوفصلنامه

گفتار
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

۳-۱-۱. تاریخچه ی مصلحت

مصلحت در شریعت اسلام تاریخچه ی بلند و پر حادثه ای را تجربه کرده است، به گونه ای که شاید بتوان آن را از اساسی ترین عناصر در تمایز میان اجتهاد شیعه و اهل تسنن به شمار آورد. اهل سنت در مذاهب خویش با تدوین و تحول دانش اصول فقه، مصلحت (مرسله) را به عنوان یکی از منایع خود بر شمرده و مطابق آن فتوی داده اند. اما در فقه شیعه، احکام را تابع مفسد و مصالح می دانستند و در مواردی از سیره پیامبر ﷺ و حضرت علی (علیه السلام) به جهت استفاده از عنصر مصالح قطعی بهره می بردند و در عین حال، از استفاده حداکثری از این عنصر در اجتهاد پرهیز می کردند. (ایزدهی، ۱۱۳۹۳، ۴۶)

۴-۱-۱. تفاوت منابع و مبانی

در هر مساله ای برای بدست آوردن مواد مورد نیاز، احتیاج به مبنا و منبع است. به تعبیر دیگر ما مواد را از مبانی و مبانی را از منابع می گیریم. به عنوان مثال مجلس شورای اسلامی، موادی را که در مجلس تصویب می کند از مبانی که قانون اساسی باشد اخذ می کند و قانون اساسی هم از منبع ما، که عقل و نقل باشد، اخذ می نماید. (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۱۷)

با توجه به توضیحات ارائه شده، مشخص شد که منبع متقدم از مبنا و مبنا متاخر از منبع است. حال که نکاتی مقدماتی مورد نیاز بیان شد به اصل بحث که بیان منابع مصلحت و مصلحت اندیشی باشد می پردازیم.

۲-۱-۱. منابع مصلحت

۱-۲-۱. درک مصالح و مفسد احکام

نقش مصلحت در احکام به گونه ای که احکام، تابع مصالح و مفسد در متعلق خویش بوده و وجود و عدم احکام به آنها وابسته باشد، از موضوعاتی است که از دیرباز در گستره جغرافیایی دین اسلام مطرح بوده، و دیدگاه های موافق و مخالفی را به خود اختصاص داده است. در حالی برخی بر این باورند که حسن و قبح، تنها از طریق شارع محقق شده یا کشف می شوند و طریقی جز حکم شارع در شناخت حسن و قبح وجود ندارد و از این روی، عقل توانایی درک حسن و قبح و مصلحت و مفسد را ندارد (دهقان، ۱۳۹۰، ۱۵)

مشهور عدلیه و معتزله بر این باورند که اولاً؛ حسن و قبح دارای واقعیتی ورای احکام شریعت بوده و احکام شرع تابع این حسن و قبح یا مصالح و مفساد هستند. ثانیاً؛ این حسن و قبح علاوه بر اینکه از طریق حکم شرع قابل فهم هستند. از سوی عقل هم در بسیاری از موارد قابل درک هستند و این امر موجب جعل حکمی مناسب با آن از سوی شارع می‌شود. (حلی، ۱۴۱۴ق، ۸۲)

پس در واقع؛ و جوب یک امر به مصلحت موجود در آن مستند بوده و حکم به حرمت، به سبب وجود مفسده ای در آن است. تفاوت مصالح و مفساد در موضوعات احکام، موجب می‌شود که احکام به اقسام پنج گانه ی و جوب، حرمت، استحباب، کراهت و مباح تقسیم شود. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۹۴)

نکته ی مهمی که باید به آن اشاره شود این است که با وجود این که اصل و فرض اولیه، این است که مصلحت در متعلق احکام موجود باشد، مصلحت و مفسده موجود در متعلق احکام، تمام العله در جعل حکم نبوده و اینگونه نیست که هر جا مصلحت و مفسده ای در بین بود، جعل حکم شرعی فعلی نیز ناگزیر باشد؛ زیرا چه بسا ممکن است مصلحت اهمی موجود شود و شارع برای زمانی خاص از جعل حکم صرف نظر کند.

۲-۱-۲. درک مصلحت در حکم حکومتی

علاوه بر مطالبی که در بحث مصالح و مفساد احکام گفته شد، حوزه ی دیگری از ارتباط مصلحت با شریعت وجود دارد که عمدتاً در ارتباط با اموری چون حسن انجام امور در جامعه و نظام سیاسی، ضرورت های ناشی از مشکلات اداره ی مطلوب امور مردم، چالش های فراروی تقابل میان آرمان ها و واقعیت های موجود، هست ها و باید ها و اولویت بندی میان تراحم سیاست ها و مصالح نظام سیاسی و حاکمی منتسب به فقه شیعه قرار دارد، نه در گرو اموری خارج از شریعت و به جهت ضرورت هایی ناشی از اداره ی سکولار جامعه، بلکه به ادله ای در درون آموزه های شریعت، مستند است. (افتخاری، ۱۳۸۴، ۲۳۷)

آنچه این کاربرد مصلحت را از کاربردهای دیگر آن متمایز می‌کند، آن است که بر خلاف کاربرد دیگر گونه های آن، مصلحت در این کاربرد در ارتباط وثیق، بلکه ملازمه ی دائمی با حکم حکومتی است؛ چه بسا سیاست به عنوان ابزاری در دست حاکم و

کار گزاران نظام سیاسی، به جهت اداره ی صحیح جامعه نیز در فرایند مصلحت اندیشی معنا شود. آنچه حکم به ضرورت پیوند میان حکم حکومتی و مصلحت می نماید، ادله ای در کتاب و سنت، بلکه بنای عقلاست که حکم به ضرورت اطاعت از حاکم نموده و در عین حال، گستره ی فرامین حکومتی را به محدوده ی ضرورت و مقتضای مصلحت محدود کرده است. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۱۲۰)

۳-۲-۱. درک مصلحت در قواعد فقه

علاوه بر اموری که به عنوان منابع مصلحت گذشت و به عنوان خاستگاه مشروعیت در فقه محسوب شد به اموری دیگر در این خصوص نیز می توان اشاره کرد. که دارای این ظرفیت هستند که در ذیل منابع حجیت مصلحت در فقه شیعه نیز قرار گیرند؛ زیرا در فقه شیعه، همواره اموری وجود دارند که در فرآیند گذار از حکم اولیه به حکم ثانویه و به جهت تعیین و تکلیف افراد، در شرایط غیر عادی به کار می آیند و از این جهت به عنوان راهکار هایی در راستای برون رفت از شرایط غیر عادی و ارائه وظیفه مکلف در شرایطی که قدرت انجام حکم اولی و در شرایط عادی را ندارد؛ به کار می آیند. از این رو قواعدی چون ضرورت، عسر و حرج، ضرر، تقیه، اهم و مهم، احسان و ... که در ذیل قواعد اساسی فقه مورد بحث قرار میگیرند و خود، مستند به ادله ای خاص هستند (علیدوست، ۱۳۸۸، ۱۰۵)، ضمن اینکه از مصادیق مصلحت ورزی در قواعد فقه سیاسی محسوب می شوند. می توانند به عنوان منابع مصلحت در شریعت به حساب آیند؛ بلکه از آنجا که قواعد فقهی به شمار می آیند، راهکارهای عملی به جهت اعمال مصلحت در عرصه های مختلف نیز خواهند بود. در اینجا ما به صورت مختصر، برخی از این قواعد که بیشترین کاربرد را در عرصه ی مصلحت ورزی دارند، مورد بررسی قرار می دهیم.

۴-۲-۱. عسر و حرج

واژه عسر که در مقابل یسر قرار داده شده است، به « ضیق، شدت، صعوبت و دشواری شدید » (طریحی، ۱۳۶۲، ۲/۱۸۰) معنا شده است. مطابق آموزه هایی که در کتاب و سنت به آن توجه شده، شارع مقدس در نوع احکام خویش، به اذیت و فشار به نوع مکلفان راضی نبوده و در صورتی که امری خارجی، یا حکم شرعی الزامی موجب عسر و

حرج از مکلف گردیده و وی از این حیث، در فشار و تنگنا قرار گیرد، باملاحظه مصلحت بندگان و به مقتضای قاعده ی نفی عسر و حرج آن حکم را برداشته و وی از این جهت، در وسعت قرار می گیرد. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۱۳۰)

بر این اساس گرچه ممکن است برخی احکام شریعت به دلیل وجود نصی در این خصوص، در ذیل عسر قرار بگیرند؛ لکن آنچه مهم است اینست که احکامی که اطلاقشان مستلزم موارد عسر و حرج باشد، می بایست محکوم ادله عسر و حرج قرار گرفته و با دلیل خاص مقید شوند. برخی نیز بر این باور قرار گرفته اند که صرف عسر و حرج و تنگنا نمی تواند رافع تکلیف الزامی باشد؛ بلکه این شدت و سختی باید مقید به اوصاف و شرایطی خاص چون «فاحش بودن» یا «شدید بودن» بوده و به گونه ای باشند که انجام آن، عمدتاً قابل تحمل نباشد. برخی دیگر واژه ی حرج را مجمل دانسته و از این روی، بازشناخت اقسامی از حرج که موجب رویکرد از حکم اولیه به ثانویه یا حکومتی می شود را در گروه اضافه کردن قیودی مانند «فاحش» و «شدید» به واژه ی حرج و یا قرائن مقامیه دانسته اند. (مکارم، ۱۴۱۱ق، ۱/۱۸۲)

دوفصلنامه

کفتان

فقه و اصول

سال دوم

پاییز و زمستان

۱۳۹۶

۵-۲-۱. ضرر

ظاهراً معنای اصلی ضرر نقص است. (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۷/۶) البته معانی بسیاری برای ماده ی ضرر نقل شده است از جمله؛ تنگنا، بد حالی، کوری، مریضی، لاغری، و... گرچه بسیاری از این موارد معنای ضرر نبوده و از مصادیق ضرر محسوب می شود. البته ضرر اسم مصدر و در مقابل منفعت نیز به کار رفته است. (علیدوست، ۱۳۸۸، ۱۱۱)

نکته بعد در مورد این قاعده این است که قاعده لاضرر از کاربردی ترین قواعد فقه شیعه بوده و در موارد بسیاری از فقه مورد استناد قرار گرفته است و از جمله قواعدی است که می تواند مستند و دلیل مصلحت اندیشی در فقه شیعه محسوب شود. مطابق این قاعده، با وجود اختلاف هایی که در مفاد و معنای آن وجود دارد، از یک سو اطلاق احکام دینی تا زمانی است که موجب ضرر و زیان نگردد و ضرری که از سوی اطلاق و سعه حکم شرعی حاصل می شود. موجبات رویگردانی از حکم اولیه به حکم ثانویه را فراهم می آورد و از سوی دیگر فراهم آوردن ضرر، ممنوع بوده و حاکم می تواند به دلیل جلوگیری از ضرری که به فرد، گروه یا جامعه تحمیل می شود. آزادی های افرادی را تعدیل کرده

و در اموال خصوصی آنها تصرف نماید. به عبارت دیگر؛ مطابق این قاعده شریعت، به مصلحت نفی ضرر بر مکلفان در عرصه های مختلف توجه کرده است و با نفی و نهی ضرر در گستره ی وسیع شریعت، ضمن اینکه جعل احکام ضرری را از سوی شارع نفی کرده است، فی الجمله، ضرر زدن به خود و دیگری را ممنوع دانسته و احکام حکومتی را در گروه جعل مصلحت قرار داده است و گرچه این قاعده تنها بر وجود مصلحت بر مدار نفی ضرر تاکید می نماید؛ اما با عنایت به اینکه نفی ضرر یکی از مصادیق مصلحت اندیشی در گستره ی فقه است؛ از این روی در شریعت به این مصداق خاص بسنده نشده و گردش امور بر مصلحت محوری و مصلحت اندیشی است. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۱۴۵)

۶-۲-۱. ضرورت و اضطرار

اضطرار مصدر باب افتعال، به معنای «وادر کردن و کشاندن» به چیزی می آید. واضح است که اضطرار و مشتقات آن در این صورت متعددی خواهند بود. اضطرار گاهی معنای اسمی و لازم به خود می گیرد و در معنای احتیاج استعمال می شود. (جوهری، ۱۴۰۷، ق، ۲/۲۲۰) واژه شناسان عرب ضرورت را اسم برای مصدر اضطرار می دانند. بنابراین هرگاه اضطرار به معنای وادر کردن و الجا باشد. ضرورت بر حاصل این کار و نتیجه ی آن اطلاق می شود، ولی چنانچه به معنی احتیاج معنا شود، ضرورت مرادف آن بوده و هر دو اسم مصدر خواهند بود. واضح است که در عرف، ضرورت و اضطرار، همسان با یکدیگر به وفور در معنای احتیاج و نیاز شدید کاربرد دارند. نکته قابل اشاره ی دیگر این است که درست است که عرف این دو واژه را مرادف هم معنا می کنند ولیکن با دقت در این دو واژه، می توان میان آنها تمایز قائل شد و دو معنای متفاوت برای آنها در نظر گرفت. بدین صورت که اضطرار به گونه ای از ضرورت اطلاق می شود که فرد را به انجام کاری ناچار می نماید، در حالی که در فرایند ضرورت، همواره با مقوله ی ناچارای و اجبار همراه نیست، بلکه این ضرورت می تواند از سر رفع ضرر عمده برای عموم مسلمانان بوده و یا در سایه رفع حفظ نظام و بهبود فرایند مدیریت آن صورت پذیرد و ز سوی دیگر، شاید بتوان عمده مصادیق مقوله اضطرار را در حوزه ی فردی قرار داده و بیشترین کاربرد مقوله ی ضرورت را به حوزه های اجتماعی، سیاسی و حکومتی ارجاع داد. (دهقان، ۱۳۹۰، ۵۲) به هر صورت ضرورت به عنوان عاملی که موجب رویگردانی حکم اولی به حکم ثانوی

و یا حکومتی می‌شود، به امور فردی خاص اختصاص نداشته و به امور عبادی محدود نمی‌شود. چه آنکه از یک سو ادله ای که برای فرایند ضرورت و مصلحت وجود دارد دارای اطلاق بوده و بر امور ضروری در حوزه ی اجتماع نظام سیاسی هم منطبق می‌شود و از سوی دیگر رافع اضطرار در امور کلان جامعه و امور سیاسی - که بازندگی همه ی افراد جامعه در ارتباط بوده و زندگی عمومی همه ی مردم، خانواده ها، نهادها و سازمان های موجود در ذیل نظام سیاسی را با چالش مواجه کرده و موجبات زندگی سخت و پر مشقت را در پی دارد - از اهمیت بیشتری نسبت به رفع اضطرار فردی خاص برخوردار بوده و مستلزم رویکردی مصلحت گرا در جهت ارائه حکم شرعی (ثانویه یا حکومتی) خواهد بود.

۷-۲-۱. تقیه

تقیه در لغت به معنای «حذر و پرهیز» آمده است. (مکارم، ۱۴۱۱، ۱/۳۸۶) این واژه در مورد کسی استفاده می‌شود که کارش آمیخته با نوعی مراقبت و پرهیز و خویشتن داری باشد. تقیه در معنای اصطلاحی توسط بزرگان این گونه بیان شده است. شیخ مفید می‌فرماید: تقیه، مستور داشتن اعتقاد باطنی و کتمان در برابر مخالفان به خاطر اجتناب از ضررهای دینی و دنیوی است شهید اول می‌فرماید: تقیه آن است که به خاطر برحذر ماندن از کینه توزی و بلا از سوی برخی از مردم با آنان در آنچه باور دارند خوش رفتاری شده و آنچه مورد انکار قرار می‌دهند، ترک شود. (ایزدهی، ۱۳۹۳، ۱۴۷)

شیخ انصاری می‌فرماید:

برحذر ماندن از ضرر دیگران در سایه ی موافقت با وی در سخن یا عملی خلاف حق تقیه

نامیده می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۴، ق ۷۱)

به هر صورت جدای از تعریف لغتی و اصطلاحی، تقیه از جمله قواعدی است که در راستای مصلحت اندیشی در فقه شیعه کاربرد دارد و مطابق آن شارع به متدینان به شریعت رخصت داده است تا در مواردی و بنابر مصالح دین، جامعه و مومنان، اعتقادات خویش را انکار کرده، بلکه خلاف آن را عرضه نمایند. حکم اولیه شارع را زیر پا گذاشته خلاف مقتضای شریعت را انجام دهند و در این راستا، امور حرام را مرتکب شده یا دست از واجبات بشوید. مقتضای مصلحت اندیشی در این آموزه ی فقهی که براساس تقسیم امور

به مهم و مهم تر، اولویت بندی در انجام امور و اهتمام به امور مهم تر و ترجیح آنها در قبال امور مهم صورت می پذیرد، به گونه ای است که اگر تنها این قاعده، مستند مصلحت اندیشی در امور فقهی قرار گیرد، می توان به مدد آن بر فرایند مصلحت اندیشی در فقه و گذر از انجام امور شریعت و ارتکاب امور برخلاف شریعت - به عنون اولی - تاکید کرد.

۸-۲-۱. احسان

احسان، در لغت به معنای «نیکی کردن، نیکویی کردن در راه ی کسی، نیکی و بخشش» آمده است. و در اصطلاح عبارت است از انجام دادن عمل نیکو اعم از قول یا فعل، نسبت به دیگری است؛ خواه این عمل، رساندن مالی به دیگران و یا ارائه ی خدمات نیکوی دیگر باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۲۹۶) قاعده ی احسان نیز از جمله قواعدی است که به عنوان منبع برای مصلحت مورد استفاده قرار می گیرد.

۹-۲-۱. اهم و مهم

قاعده اهم و مهم سابقه ی طولانی در فقه سیاسی شیعه دارد به گونه ای که می توان ریشه ی آن را به سال های آغازین فقه شیعه مستند کرد. برای نمونه شیخ طوسی اینگونه می فرماید: غنائمی مانند اموال غیر منقول و زمین ها که امکان انتقال آنها به سرزمین اسلام نیست. از آن تمام مسلمانان است و امام می تواند در خصوص آنها نظر داده و منافع آن را بر اساس الاهم فالاهم برای مسلمان ها مصرف نماید. (شیخ طوسی، ۱۳۷۸، ق، ۲/۶۴)

برخی از فقها هم از آن تعبیر به الاصلح کرده اند. محقق حلی در شرایع می فرماید: حدی برای جزیه وجود ندارد، بلکه مقدار آن بر عهده ی امام است که براساس مصلحت بیشتر تعیین می نماید. (حلی، ۱۳۷۷، ق، ۱/۲۹۹)

با توجه به مطالب گفته شد؛ قاعده اهم و مهم، از مهم ترین و اساسی ترین قواعدی است که می تواند مبنا و منبعی برای مصلحت اندیشی در فقه محسوب شود. منطقی که این قاعده بر آن استوار می شود این است که بر خلاف مواردی که در آن، عدم اجتماع دو دیدگاه در کنار یکدیگر ناشی از تعارض آن دو با یکدیگر است و هر کدام ضمن اثبات صدق و صحت خود، به نادرستی و کذب دیگری نیز عنایت دارند (ایزدهی، ۱۳۹۳،

۱۶۲) در بسیاری از موارد عدم اجتماع دو مقوله در کنار هم ناشی از آن است که در عین حال که هر دو به ادله ی صحیح و معتبر، مستند هستند؛ ولی انجام توأمان هر دو، در مقام اجرا برای مجریان و مکلفان امکان پذیر نبوده و انجام هر کدام، مستلزم ترک دیگری است.

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

نتیجه گیری

با توجه به اهمیتی که مبانی و منابع برای یک مساله دارند، قطعاً شناخت آنها در فهم آن مساله نقش تعیین کننده ای ایفا می کنند. بحث مصلحت نیز این قانون مسسستی نیست و برای درک بهتر آن باید فهم روشنی از منابع آن داشت. علاوه بر کتاب و سنت به عنوان خاستگاه مشروعیت در فقه، بحث مصالح و مفاسد و حکم حکومتی از جمله عوامل مهمی بودند که در بحث منابع مصلحت، آشنایی با آنها ضرورتی اجتناب ناپذیر است. از طرفی نیز به اموری اشاره شد که دارای این ظرفیت هستند که بتوانند در ذیل منابع حجیت مصلحت در فقه شیعه قرار بگیرند که به تعدادی از آنها در ذیل عنوان درک مصلحت در قواعد فقه اشاره کردیم.

همچنین عرف، بنای عقلا، دانش و آگاهی کارشناسانه (البته این عامل اگرچه ذاتاً الزام آور نیست و نمی تواند به عنوان منبع حکم یا تشخیص مصلحت قرار بگیرد، ولی می تواند به دیگر منابع در تشخیص مصلحت کمک کند) را نیز می توان به عنوان منابع مصلحت به شمار آورد، که ما در این مقاله به جهت اختصار از پرداختن به آن خودداری نمودیم. به عنوان نکته ی پایانی در مورد اهمیت شناخت منابع مصلحت، می توان به نیاز شدید حاکم اسلامی به مصلحت، منابع و ضوابط آن در راستای اداره ی مطلوب جامعه، جهت رسیدن به مصالح عالیله نظام سیاسی و و آرمان های شارع اشاره نمود.

دوفصلنامه

گفتان

فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

منابع:

۱. افتخاری اصغر، *مصلحت و سیاست*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۴
۲. ایزدهی سجاد، *مصلحت در فقه سیاسی شیعه*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۹۳
۳. انصاری مرتضی، *رسائل فقهیه*، قم، مؤتمر العالمی، ۱۴۱۴ ق
۴. بستانی بطرس، *محیط المحيط*، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۹۹۳ ق
۵. جوهری اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، بیروت، دارالعلم، ۱۴۰۷ ق
۶. جوادی آملی عبدالله، *روابط بین الملل در اسلام*، قم، اسرا، ۱۳۸۸
۷. حلّی ابوالقاسم جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام*، المکتبه العلمیه، طهران، ۱۳۷۷ ق
۸. حلّی حسن بن یوسف، *نهج الحق و کشف الصدق*، قم، دارالهجره، ۱۴۱۴ ق
۹. خمینی روح الله، *کتاب البیع*، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق
۱۰. شیخ طوسی، *الخلاف*، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق
۱۱. -----، *المبسوط*، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۷۸ ق
۱۲. طریحی فخرالدین، *مجمع البحرين*، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۲
۱۳. علی دوست ابوالقاسم، *فقه و مصلحت*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۸۸
۱۴. غزالی ابی حامد، *المستصفی*، بیروت، دارالکتاب العالمیه، ۱۴۱۷ ق
۱۵. فراهیدی خلیل بن احمد، *العین*، قم، دارالهجره، ۱۴۰۹ ق
۱۶. فیومی احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قم، دارالهجره، ۱۴۱۴ ق
۱۷. دهقان حمید، *جایگاه مصلحت در قانون گذاری کیفری ایران*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰،
۱۸. محقق داماد مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۳
۱۹. مکارم شیرازی ناصر، *القواعد الفقیهیه*، قم، امام امیرالمومنین، ۱۴۱۱ ق
۲۰. نجفی محمد حسن، *جواهر الکلام*، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق

دوفصلنامه

کفتمان
فقه و اصول

سال دوم
پاییز و زمستان
۱۳۹۶

