

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات فقه امامیه

دو فصلنامه علمی - ترویجی
سال دهم، شماره ۱۹، پاییز و زمستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: جامعة المصطفیٰ العالمية
محل انتشار: مجتمع آموزش عالی فقه
مدیر مسئول: مجید تلخابی
سر دبیر: یعقوبعلی برجی
دبیر اجرایی: علی محمد خراسانی

هیأت تحریریه (به ترتیب الفبا)

- حسن آقائزری / استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- محمدرسول آهنگران / دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران
- یعقوبعلی برجی / دانشیار فقه و اصول جامعة المصطفیٰ العالمية
- علی رحمانی فرد / دانشیار فقه و اصول جامعة المصطفیٰ العالمية
- حبیبالله طاهری آکردی / دانشیار فقه و اصول دانشگاه تهران
- مصطفی محامی / دانشیار فقه و اصول جامعة المصطفیٰ العالمية
- سید حسن عابدیان / استادیار الهیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد قم
- مجید تلخابی / استادیار فقه و اصول جامعة المصطفیٰ العالمية
- سید مهدی محمدی / استادیار فقه و اصول جامعة المصطفیٰ العالمية

○ کارشناس تحریریه و ویراستار: محمدعلی نجیبی ○ صفحه آرا: عبدالحکیم رحیمی
○ مترجم انگلیسی: محمدرضا رحیمی

آدرس سامانه اینترنتی: WWW.Journals.miu.ac.ir
ایمیل: zamzam.maarif@gmail.com

نشانی: قم / چهارراه شهدا / خیابان حجتیه / مدرسه حجتیه / مجتمع آموزش عالی فقه
تلفن: ۳۷۱۸۲۵۰۳ - ۹۸۲۵+ شماره: ۳۷۷۴۶۸۵۵ - ۹۸۲۵+
قیمت: ۳۰۰۰۰ ریال Issn: 2476-4337 شابک

دوفصلنامه علمی - ترویجی مطالعات فقه امامیه بر اساس نامه شماره ۱۳۶۳۳ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۹ از شماره اول حایز رتبه علمی - ترویجی گردیده است.

رویکرد مطالعات فقه امامیه

در دهه‌های اخیر، در پی تحولات شگرف پدید آمده در تمام ابعاد زندگی، به ویژه در زمینه اختراع ابزارهای کسب اطلاعات و انتقال سریع آنها، روش‌ها، دیدگاه‌ها و شکل زندگی و نوع روابط اجتماعی انسان‌ها دگرگون شده است و همراه با گسترش دامنه این تحولات، طرح مسائل نوظهور نیز به طور چشم‌گیری فزونی یافته است.

بنابراین، امروزه بیش از هر زمان دیگر ضرورت انطباق با عصر جدید و همگام نمودن فقه با نیازهای متغیر بشری احساس می‌شود. انقلاب اسلامی نیز که دستگاه فقه را با حکومت پیوند داده و زمینه ورود قوانین شریعت را در صحنه عملی جامعه و سیاست آماده ساخته، ضرورت این عمل را دوچندان کرده است.

فقه امامیه همواره پویا و در حال تحول و تکامل بوده است. یکی از مباحثی که پویایی فقه امامیه را در بستر زمان و مکان تضمین کرده، باز بودن باب اجتهاد و تلاش فقهای هر عصر برای پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه و مقتضیات زمان و مکان است. پویایی، تحوّل و تکامل در علم فقه تازگی ندارد. دانش فقه از آغاز پیدایش همواره دگرگونی پذیرفته و به سوی کمال گام برداشته است؛ هرچند در پیمودن این مسیر فراز و نشیب نیز داشته است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران و پذیرش اصل اسلامی بودن قوانین، در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، ضرورت تحوّل و تکامل فقه دوچندان گردید؛ چرا که برای نخستین بار پس از صدر اسلام، تمامی فقه به مرحله اجرا درمی‌آمد و مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گرفت. اکنون پس از گذشت چند دهه از پیروزی انقلاب، جای این پرسش است که آیا فقه به سمت تحوّل یاد شده گام برداشته است؟

راهنمای نگارش مقالات

۱. مقالات حداکثر در ۲۵ صفحه تایپی (نرم افزار Word) ۳۰۰ کلمه‌ای به همراه CD به دفتر نشریه یا از طریق سامانه یکپارچه نشریات المصطفی ارسال گردد.
۲. مقالات ترجمه شده به همراه متن اصلی ارسال شود.
۳. مشخصات کامل نویسنده (نشانی، شماره تلفن، درجه علمی و...) در انتهای مقاله درج گردد.
۴. چکیده مقاله به فارسی و حداکثر در ۱۵۰ کلمه، همراه با واژه‌های کلیدی (حداکثر ۵ کلمه) و در صورت امکان، ترجمه چکیده به انگلیسی و عربی نیز ارسال گردد.
۵. پی‌نوشت‌ها و ارجاعات مطابق الگوی فصلنامه تنظیم گردد.
۶. منابع فارسی و لاتین در داخل متن به این صورت نوشته شود:
(طباطبایی، ۱۳۷۰: ۵۵/۶)
۷. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع و مآخذ به شکل زیر آورده شود:
نام خانوادگی مؤلف، نام مؤلف، عنوان اثر، مترجم، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، سال انتشار.

یادآوری:

۱. مقالاتی در فصلنامه مطالعات فقه امامیه قابل چاپ می‌باشد که علمی، مستند و تحقیقی باشد.
۲. مقالات دریافتی مسترد نمی‌گردد.
۳. فصلنامه در ویرایش مقالات آزاد است.
۴. مقالات مندرج صرفاً بیانگر دیدگاه نویسندگان می‌باشد.
۵. نقل مندرجات در فصلنامه با ذکر مأخذ بلامانع است.
۶. نظر نهایی درباره چاپ مقاله بر عهده هیأت تحریریه می‌باشد.
۷. ترتیب مقالات بر اساس نظر هیأت تحریریه و سردبیر محترم می‌باشد.

- بررسی حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری های پزشکی (اسپرم، تخمک، جنین و رحم) /
علی رحمانی فرد (رحمانی سبزواری) و سیدرضا جباری ۷- ۴۲
- بررسی فقهی - حقوقی استناد به علم غیر قطعی در شهادت / زهراسادات سرکیشکیان ۴۳- ۶۴
- مطالعه فقهی سازمان یافتگی جرم در پرتو اعانه بر اثم / حمید سلیمانی ۶۵- ۸۴
- بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل /
ستار محمدی و معظمه صفرزاده ۸۵- ۱۰۶
- واکاوی حکم جراحی زیبایی محض در اعمال عبادی بعد از وقت /
علی جهانیان مهدی اخلاصی (نویسنده مسئول) ۱۰۷- ۱۲۸
- مشروعیت التمثیل للنساء في الأدوار المختلطة / السّید عادل الموسوی الخرساني ۱۲۹- ۱۶۰

بررسی حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی (اسپریم، تخمک، جنین و رحم)*

□ علی رحمانی فرد (رحمانی سبزواری)**

□ سیدرضا جباری***

چکیده

امروزه به لحاظ پیشرفت دانش پزشکی و تقاضای بسیار برای استفاده انواع باروری‌های پزشکی به جهت بیچه دار شدن، معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی رونق شتابنده‌ای یافته و این در حالی است که فقها در این باره نظرات گوناگونی بیان کرده‌اند که با توجه به پیروی عموم مردم از احکام اسلامی، لزوم استخراج حکم شرعی مسایل مربوط را می‌طلبد. این پژوهش به دنبال بررسی همه‌جانبه استدلال فقهی این موضوع از منظر فقه پویای امامیه می‌باشد و احکام مختلف تکلیفی و وضعی مرتبط با این موضوع همچون خرید و فروش اسپریم، تخمک، جنین و رحیم را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده است که خرید و فروش تخمک جایز، ولی در مورد اسپریم اشکالات متعددی وجود دارد، و بهترین راه اخذ پول در مقابل رفع ید از حق اختصاص نسبت به اسپریم می‌باشد. همچنین نسبت به تلقیح مصنوعی جنین دارای دو مبنای جواز و حرمت است؛ اما معامله جنین تحت عنوان بیع امکان‌پذیر نیست، ولی می‌توان از طریق معاملات دیگر مثل هبه، صلح و وکالت، یا از روش‌هایی مثل اعراض، اذن، یا قرارداد خصوصی به رحیم منتقل کرد. در مورد اجاره رحیم نظر موافقان، جواز آن بشرط پرهیز از مقدمات و مستلزمات حرام، و نظر مخالفان حرمت اجاره است. کلیدواژه‌ها: معاملات، اسپریم، تخمک، تلقیح مصنوعی، رحیم جایگزین.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۴/۱۵ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۱/۱۲.

** . دانشیار و عضو هیات علمی جامعه المصطفی العالمیه و استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم (arafi@chmail.ir).

***. سطح چهار حوزه علمیه قم، دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، قم (نویسنده مسئول) (jabbari5360@yahoo.co.uk).

مقدمه

فرزنددارشدن و تکثیر اولاد، امری مطلوب و مورد تأکید شریعت اسلام است. از نظر همه عقلای عالم و ادیان، به خصوص دین مبین اسلام، یکی از والاترین و مهم‌ترین اهداف از ازدواج، به وجود آمدن نسل و فرزند است.

از نظر قرآن کریم؛ فرزند داشتن و باقی گذاردن نسل، برای هر مسلمان امری مطلوب است و این امر مورد هیچ مناقشه‌ای نیست. در واقع مطلوب آیات الهی آن است که هیچ فرد مسلمانی با اختیار خود بدون فرزند نماند. قرآن کریم تقاضای فرزند از سوی حضرت زکریا^{علیه السلام} به محضر حق تعالی را که «پیری ام فرا رسید و موهام سپید شد ولی نسلی از من که وارث من گردد باقی نماند» و نیز دعای ایشان را نقل کرده است: «وَزَكَرِيَّا إِذْ نَادَى رَبَّهُ رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ»؛ (انبیاء: ۸۹) و زکریا [را یاد کن] هنگامی که پروردگار خود را خواند؛ پروردگارا مرا تنها مگذار و تو بهترین ارث برندگان^ی».

در بررسی متون معتبر دینی با مجموعه گسترده‌ای از روایات، خصوصاً روایات نبوی^ص روبرو می‌شویم که افزایش نسل و تعداد مسلمین مایه مباهات رسول اکرم^ص دانسته شده و به فرزندآوری بیشتر توصیه شده است.

رسول خدا^ص در حدیثی روشنگر فرمودند: «أَيُّهَا النَّاسُ، تَزَوَّجُوا؛ فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؛ اِی مردم ازدواج کنید که من به فزونی شما در روز قیامت به امت‌های دیگر افتخار می‌کنم» (قاضی قضاعی، ۱۳۶۱: ۱/۳۱۵).

لذا در مجموع، این اندازه از تأکید و سفارش به ازدواج با زنان بسیار فرزندآور در آیات و روایات، به خوبی گویای نظر قاطع شارع مقدس بر مطلوبیت فرزند آوری می‌باشد.

اما در جوامع امروزی، میزان شیوع ناباروری در پژوهش‌های مختلف بسیار بالا گزارش شده است. به همین علت معضل ناباروری در میان بسیاری از خانواده‌ها، توجه آن‌ها را به تلقیح مصنوعی و بارداری از این راه، معطوف کرده است؛ به طوری که با پیشرفت چشم گیر

روش‌های تلقیح مصنوعی، انبوهی از مسائل جدید را از یکسو پیش روی پژوهشگران و صاحب نظران قرار داده و از سوی دیگر پاسخ به سؤالات بی‌شمار فقهی از ناحیه بیماران، فقیهان را وادار کرده تا با توجه به نیاز جامعه، با کمک قواعد عمومی، اصول کلی و ادله فقهی، مشروعیت این موضوعات را استخراج و بیان کنند؛ بنابراین، مقاله حاضر، در پی بیان حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی می‌باشد.

فصل اول: مفاهیم

۱-۱. مفهوم شناسی

الف) مفهوم تلقیح مصنوعی

معنای لغوی: «تلقیح» مصدر باب تفعیل از ماده «لَقَحَ» به معنای باردار کردن، و «لقاح» مصدر ثلاثی مجرد آن و به معنای باردار شدن جنس مؤنث است (ابن منظور، ۱۴۱۶: ۳۰۷/۱۲ و ۵۷۹؛ الشرتونی، بی تا: ۱۱۵۳/۲).

کلمه «لقاح» و «لقاح» به معنای «ماء الفحل»، یعنی مایع و آب جنس نر است (ابن منظور، ۱۴۱۶: ۳۰۷/۱۲؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۱۶۴۰/۳). استعمال «لَقَحَ» نه تنها در مورد ابر، گیاه ۲ و حیوان به کار رفته، بلکه در مورد زنان هم استعمال شده است (همان). از این رو، ماده «تلقیح» به طور کلی و بدون هیچ قیدی بر «آبستن کردن» دلالت می‌کند.

معنای اصطلاحی: تلقیح مصنوعی به این معناست که حمل یا جنین بدون مقاربت بین جنس نر و ماده به وجود آید. (امامی، ۱۳۴۹: ۳۵۵-۳۵۶).

برخی نیز در تعریف تلقیح مصنوعی گفته‌اند: «تلقیح مصنوعی عبارت است از انجام تلقیح میان اسپرم مرد و تخمک زن به روشی غیر طبیعی» (الحسینی، ۱۴۲۰: ۱۸۶/۱). هیچ یک از تعاریف مذکور جامع و دقیق نیست؛ زیرا در برخی موارد زن، نابارور و شوهر بارور است و برای باردار کردن زن از تخمک بیگانه استفاده می‌شود و این گونه موارد نیز جزء تلقیح مصنوعی

است در حالی تعاریف فوق آن را شامل نمی‌شود. بنابراین، تلقیح مصنوعی عبارت است از بارور کردن اسپرم و تخمک بدون انجام نزدیکی میان صاحبان آن دو. این تعریف، مواردی که تخمک زن بیگانه‌ای را به رحیم زوجه منتقل نموده و سپس از طریق نزدیکی با همسرش بارور می‌گردد، هم شامل می‌شود.

ب) مفهوم جنین

معنای لغوی: واژه «جنین» بر وزن «فعلیل» به معنای مفعول (صدر، ۱۳۸۳: ۵/۴۹۴)، از ماده جَنَّ گرفته شده، منظور از آن، هر چیز پوشیده شده (مستور) است، به همین خاطر به انسان در رحیم مادر، از آن جهت که از دیده پنهان است، جنین گفته می‌شود؛ «الجنین، الولد مادام فی بطن امه لاستتاره فیه و جمعه اجنّه و اجنن، وقد جَنَّ الجنین فی الرحم و اجنّهُ الحامل» (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۳/۹۳). قرآن کریم با ملاحظه همین جهت می‌فرماید: «وَ اِذْ اَنْتُمْ اَجْنَّةٌ فِی بُطُونِ اُمَّهَاتِكُمْ». هنگامی که در شکم مادرانتان پنهان بودید (نجم: ۳۲).

معنای اصطلاحی: هر چند فقهای مسلمان در ابواب مختلف فقهی، همچون: طهارت، جهاد، رهن، وصیت، نکاح، ظهار، لعان، عتق، تدبیر، اقرار، صید و ذباحت، ارث، و دیات از جنین سخن گفته و آن را در مورد بحث خود قرار داده‌اند، اما تعریف دقیق و روشنی از آن جز همان مفهوم لغوی، ارائه نکرده‌اند؛ «الجنین و هو الولد مادام فی البطن» (جعی عاملی، ۱۴۰۴: ۸/۲۱۲).

در منابع حقوقی نیز تعاریفی کم‌وبیش مشابه برای جنین شده است؛ همچون: جنین همان نطفه استقرار یافته در رحیم مادر است که آغاز زندگی اش همان زمان استقرار یافتنش است و پایان جنین بودنش، ورود به مرحله جدید یعنی اطلاق طفل بر آن لحظه قبل از ولادت است» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۴۲).

ج) مفهوم اهدای اسپرم

استفاده از اسپرم اهدایی، هنگامی صورت می‌گیرد که زوج، اسپرم ندارد و یا اسپرم او توانایی بارورکردن تخمک را ندارد؛ این در حالی است که زوجه دارای تخمک و رحیم سالم باشد؛

بررسی حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی (اسپرم، تخمک، جنین و رحم) ۱۱۰

همچنین؛ هرگاه مرد دچار اختلالات ژنتیکی یا ارثی باشد، یا این که ناقل هنجاری‌های کروموزومی باشد، استفاده از اسپرم‌اهدایی به زوج توصیه می‌شود. استفاده از اسپرم جایگزین به دوروش صورت می‌پذیرد:

الف) قبل از زمان رهاسازی تخمک، اسپرم آماده شخص ثالث به دستگاه تناسلی زن انتقال داده می‌شود.

ب) در لقاح خارج رحمی از اسپرم اهدایی استفاده می‌شود که استفاده از این روش به دلایل پزشکی، اخلاقی و شرعی مناسب‌تر است (بروکسل، ۱۳۹۲: ۹۲-۳۰).

د) مفهوم اهدای تخمک

هنگامی که زن دارای رحم سالم باشد، اما تخمک‌های او توانایی تولید تخمک و یا تخمک سالم را نداشته باشد و یا این که زن مبتلا به بیماری ژنتیکی باشد و احتمال انتقال آن به جنین وجود داشته باشد؛ در این صورت استفاده از تخمک اهدایی توصیه می‌شود. اهدای تخمک، روشی است که در آن تخمک‌ها از تخمدان‌های زن سالم برداشته می‌شود و در آزمایشگاه در مجاورت با اسپرم همسر گیرنده یا تزریق اسپرم به داخل سیتوپلاسم، تخمک بارور می‌شود و در نهایت جنین به رحم زن گیرنده منتقل می‌گردد (جان لانگمن، ۱۳۹۷: ۸۲-۷۲).

ه) مفهوم رحیم‌جایگزین

رحیم‌جایگزین یا همان رحیم اجاره‌ای، شیوه‌ای است برای دستیابی زوج‌های نابارور به فرزند که به موجب آن بانوی صاحب رحیم به‌وسیله روش‌های کمکی تولیدمثل جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار شده و متعهد می‌گردد که پس از طی دوران بارداری و زایمان بر اساس قرارداد منعقدشده بین زوجین حکمی، نوزاد را به زوج نابارور متقاضی تحویل دهد. زوجین نابارور را والدین حقیقی و بانوی صاحب‌رحیم که حامل بارداری است را مادر جایگزین تلقی می‌کنند که به رحیم جانشین اطلاق می‌شود (بابکی، ۱۳۹۵: ۲۱).

و) مفهوم معاملات

«معاملات» عبارت از احکام شرعی متعلق به امور دنیاست به اعتبار بقای شخص؛ مانند بیع، رهن، اجاره، نکاح و جز آن‌ها... و بالجمله آنچه مقصود اهم از آن دنیا باشد، معامله است (سجّادی، ۱۳۶۳: ۴/۲۶۶).

معامله (اخص)، به معنای عقود و ایقاعات است؛ یعنی هر امر اعتباری که وجودش در خارج، بر قصد و رضایت و انشا متوقف باشد، چه انشای دو جانبه (عقد) و چه یک جانبه (ایقاع).

معامله، کلمه‌ای است که در قوانین و نوشته‌های حقوق دانان ما به عنوان واژه مترادف «عقد» و «قرارداد» به کار رفته است،

حکم معاملات مرتبط با تلقیح مصنوعی

در عملیات تلقیح مصنوعی وجود سه رکن؛ اسپرم مرد، تخمک زن و رحیم زن ضروری است و به ملاحظه این سه رکن معاملاتی برای نتیجه دادن عملیات تلقیح مصنوعی کارآیی پیدا می‌کند که در ضمن سه صورت حکم شرعی متعلق به این معاملات بررسی می‌شود:

خرید و فروش اسپرم

بحث دیگری که در رابطه با بانک‌های اسپرم مطرح است مساله خرید و فروش اسپرم است. در مواردی که در عملیات تلقیح مصنوعی نیاز به اهدای اسپرم از سوی دیگری است، آیا خرید و فروش اسپرم در این صورت جایز است یا نه؟

اشکالاتی نسبت به خرید و فروش اسپرم مطرح شده است:

۱. منی و اسپرم از اعیان نجسه است و خرید و فروش اعیان نجسه باطل است، همان طور که فقها در مکاسب محرّمه به آن تصریح نموده‌اند (عاملی شهید اول، ۱۴۱۴: ۶/۲؛ اردبیلی ۱۴۰۳: ۲۸/۸؛ فیض کاشانی، بی تا: ۵۰/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۰۹/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۹۷/۱).

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب فرموده است: اشکالی در حرمت بیع منی به خاطر نجاستش نمی‌باشد (انصاری ۱۴۱۵: ۱/ ۲۹)^۳. در پاسخ از این اشکال می‌توان گفت: مجرد اینکه مبیع از اعیان نجسه باشد موجب بطلان بیع نمی‌شود، لذا نجاست به خودی خود مانع از صحت بیع نیست، بلکه صحت بیع دایر مدار وجود منفعت محلله عقلائی است، لذا اگر مبیع مالیت عرفیه و شرعیه داشته باشد و مالیت داشتن آن هم ربطی به طهارت و نجاست آن نداشته باشد بیع آن صحیح است.

لذا، شیخ انصاری در مکاسب محرمه به این نتیجه رسیده است: مجرد نجاست نمی‌تواند مانع بیع باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/ ۳۳)^۴: لذا عمده همان وجود منفعت محلله عقلائی است.

سید روح الله خمینی در این رابطه می‌گوید:

از کلمات فقها در بسیاری از موارد روشن می‌گردد که حرمت خرید و فروش اعیان نجسه دایر مدار عدم جواز بهره‌برداری و انتفاع از آن است. (خمینی، ۱۴۰۹: ۱/ ۳۸)^۵: لذا اگر عین نجسی دارای منفعت محلله عقلائی باشد بیع آن جایز است همان طور که نسبت به خرید و فروش خون برای اهداء به بیماران نیازمند، فقها فتوای به جواز داده‌اند (سبزواری ۱۴۱۳: ۱۶/ ۵۰؛ خویی بی‌تا: ۱/ ۵۴؛ خمینی، ۱۴۱۵: ۲/ ۶۲۵؛ قمی ۱۴۲۶: ۷/ ۳۴۳؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۵/ ۱۳۵؛ حکیم، ۱۴۲۲: ۳۵۹؛ مکارم شیرازی ۱۴۲۲: ۲۵۰).

۲. در بحث اهدای اسپرم از سوی مرد بیگانه دو مبنا در حکم تکلیفی آن وجود دارد مبنای جواز و حرمت، لذا این اشکال باید طبق هر دو مبنا انجام شود.

اگر مبنای ما حرمت اهدای اسپرم از سوی مرد بیگانه و تلقیح با تخمک اجنبی باشد، گفته شده است: اگر نجاست اسپرم هم مانع از صحت بیع نباشد ولی شرط صحت بیع وجود منفعت محلله عقلائی و مالیت داشتن مبیع است و در محل بحث اگر مبنا این شد که تزریق اسپرم به مرد بیگانه حرام است، دیگر منفعت عقلائی بر خرید و فروش اسپرم مترتب نمی‌شود چون منفعت آن برای استفاده در تلقیح مصنوعی و تزریق در رحم زن بود

که این منفعت مقصوده را شارع مقدس حرام نموده است. لذا، با الغای منفعت مقصوده از شیء توسط شارع، از اسپرم الغای مالیت می‌شود و در نتیجه خرید و فروش آن باطل است به خاطر عدم وجود مالیت.

لذا، بنابر مبنای حرمت تلقیح و اهدای اسپرم مرد بیگانه، خرید و فروش اسپرم باطل است به خاطر عدم وجود منفعت و مالیت.

ولی اگر مبنای ما این شد که اهدای اسپرم مرد بیگانه و تزریق آن به رحیم زن جایز است، در این صورت مبیع منفعت محلله مقصوده عقلائیة دارد که شارع مقدس هم منفعت و مالیت آن را الغاء نکرده است. در نتیجه خرید و فروش اسپرم در این صورت جایز می‌باشد.

سید عبدالاعلی سبزواری فرموده است:

اگر منی منفعت محلله داشته باشد، بیع آن جایز است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶/۵۰). همچنین برخی از فقها تصریح کرده‌اند که در عصر حاضر منفعت محلله منی و اسپرم، استفاده و به کارگیری برای تلقیح مصنوعی است لذا خرید و فروش آن جایز است (منتظری، ۱۴۰۵: ۱/۲۹۲؛ روحانی ۱۴۲۹: ۱/۵۳).

ولی اشکال اینست که خریدن اسپرم مرد بیگانه توسط چه کسی صورت می‌گیرد؛ اگر شوهر زن، اسپرم مرد بیگانه را از بانک اسپرم خریداری می‌کند در اینجا منفعت عقلائیة اسپرم، بچه‌دار شدن این شوهر و انتساب طفل به اوست ولی این منفعت به او نخواهد رسید چون همان طور که در بحث نسب خواهد آمد طفل از ناحیه پدر انتساب به صاحب اسپرم دارد، لذا پدر این طفل همان شخصی است که اسپرم از او خریداری می‌شود و شوهر زن، پدر طفل نخواهد شد. لذا خریدن اسپرم منفعت و فایده‌ای برای او ندارد.

بله اگر خریدار اسپرم، زن باشد در این صورت چون طفل به او انتساب دارد یا به ملاک صاحب رحیم بودن و یا به ملاک صاحب تخمک بودن، لذا منفعت فرزنددار شدن و مادر شدن برای او فرض می‌شود، لذا خریدن اسپرم جایز است (شوپایی جویباری، ۱۳۹۵: ۵۴).

۳. اسپریم و تخمک جزء فضولات انسانی هستند، مثل مدفوع و بول، و انسان مالک فضولات بدن خویش نیست تا بتواند آنها را به دیگران بفروشد. پس انسان مالک منی خود نیست بلکه نهایتاً و نسبتاً به آن حق اختصاص دارد (سیستانی، ۱۴۲۸: ۳۱۳).

در حالی که در صحت بیع، مملوکیت شرط است همان طور که حدیث مشهور «لا بیع إلا فی ملک» (احسایی، ۱۴۰۵: ۲/۲۴۷) و دیگر احادیث بر آن دلالت دارند (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱۸).

لذا فروختن اسپریم و تخمک باطل است چون ملکیت نسبت به آنها معنا ندارد. بله، چون حق اختصاصی انسان بر آنها ثابت است، شخص می‌تواند در قبال رفع ید از حق اختصاص خود، پول دریافت کند که در حقیقت به هبه معوضه برمی‌گردد.

نتیجه: خرید و فروش اسپریم‌های موجود در بانک اسپریم مبتلا به اشکالات متعددی بوده و صحیح نمی‌باشد، لذا در مواقع ضرورت می‌توان از باب رفع ید از حق اختصاص شخص نسبت به اسپریم خود پول دریافت کند که در حقیقت به هبه معوضه برمی‌گردد.

خرید و فروش تخمک

اگر زنی تخمک مناسب برای تلقیح ندارد، آیا خود او یا شوهرش می‌توانند از زن دیگری تخمک مناسب را خریداری کنند یا خیر؟

نسبت به خرید و فروش تخمک زن، اشکال نجاست وارد نیست، چون دلیلی بر نجاست تخمک زن وجود ندارد و ثابت نشده است که تخمک همان منی و آب زن است که نجس می‌باشد (سیستانی، ۲۰۰۴: ۳۱۴).

اما اشکال عدم وجود منفعت محلله عقلائی هم بستگی به مبنای اخذ شده در بحث حکم تکلیفی دارد که آیا استفاده از تخمک زن بیگانه و تزریق آن به رحیم زن جایز است یا نه؟

اگر قایل به حرمت آن شدیم، اینجا برای تخمک منفعت محلله تصور نمی‌شود چون با نهی شارع مقدس منفعت و مالیت آن الغاء شده است لذا بیع باطل می‌شود.

و اگر قایل به جواز شدیم، اینجا اگر ملاک مادری را به صاحب رحیم بودن بدانیم در این

صورت منفعت بچه‌دار شدن برای زن و شوهر حاصل می‌شود، لذا خرید تخمک جایز است ولی اگر ملاک مادری را به صاحب تخمک بودن بدانیم، اینجا خریدن تخمک برای زن فایده و منفعتی نخواهد داشت چون طفل به او انتساب نخواهد داشت و علی‌ای حال اشکال عدم ملکیت نسبت به تخمک هم وجود دارد، لذا، بهتر این است که اخذ پول در مقابل رفع ید از حق اختصاص صورت بگیرد (همان).

اجاره رحیم

یکی از مباحث و احکام وضعی مرتبط با عملیات تلقیح مصنوعی، اجاره رحیم برای حمل جنین و سلول تلقیحی می‌باشد که زن رحیم خود را برای حمل نطفه و جنین به مرد اجاره دهد و اجرت دریافت کند.

امروزه با توجه به قانونی شدن رحیم جایگزین و اجاره‌ای در جمهوری اسلامی ایران به خصوص در دهه اخیر، قراردادهای رحیم اجاره‌ای شکل قانونی به خود گرفته و رواج پیدا کرده است که یک نمونه از این قراردادهای اجاره رحیم که در دفاتر ثبت اسناد رسمی کشور موجود است جهت اطلاع آورده می‌شود.

حال باید از لحاظ شرعی با توجه به اقسام و صور مختلف تلقیح مصنوعی و حکم شرعی تکلیفی آن که برخی از اقسام جایز و برخی حرام بود، شروط صحت اجاره را مطرح کرده و احکام آن را بررسی می‌کنیم:

۱. بررسی شروط صحت اجاره در مواردی که تلقیح مصنوعی جایز است

در بحث حکم تکلیفی از میان صور و اشکال مختلف در برخی صور قایل به جواز تلقیح مصنوعی هستیم، مثل تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسرش و انتقال به رحیم همسر دیگرش یا همسر موقت او، یا تلقیح اسپرم مرد و تخمک زن اجنبی و قرار دادن در رحیم همسر و صور دیگر.

حال در این موارد آیا اجاره‌رحیم و دریافت اجرت برای حمل جنین و نطفه صحیح است یا نه؟

وجه صحت اجاره‌رحیم این است که این عمل اجاره‌رحیم و حمل جنین در این موارد حلال و جایز است و منفعت مقصوده عقلانیه هم دارد که زن صاحب رحیم منفعت بچه‌دار شدن و پدر شدن را به مرد اجاره کننده اعطاء می‌نماید. در اینجا اشکالاتی نسبت به صحت اجاره شده است که باید از این اشکالات جواب داده شود.

اشکال اول: همان طور که در شرایط عقد اجاره در فقه بیان شده است، یکی از شرایط صحت اجاره این است که منفعت عمل مورد اجاره مشخص و محدّد باشد و جهل به خصوصیات مورد اجاره مضرّ به صحت اجاره است.

مرحوم سید یزدی در مسئله (۵) عروة الوثقی می‌فرماید: «معلومیة المنفعة إمّا بتقدير المدة كسكنی الدار شهراً والخياطة يوماً، أو منفعة ركوب الدابة إلى زمان كذا...؛ (یزدی، ۱۴۲۸: ۲ / ۵۷۷) معلومیت منفعت مثل مشخص کردن سکنی خانه به مدت یک ماه یا خیاطی کردن به مدت یک روز یا منفعت استفاده از حیوان تا فلان زمان و...».

لذا، اگر کسی کارگری را برای حمل کالا و متاع اجیر کند، باید خصوصیات مورد اجاره کاملاً مشخص باشد؛ حمل چه کالایی است، چه وزن و اندازه‌ای دارد، تا چه مکانی باید حمل کند و در چه زمانی، جهالت به این خصوصیات، موجب جهالت عمل مورد اجاره و بطلان اجاره خواهد شد.

در محل بحث که اجاره‌رحیم زن برای حمل نطفه و جنین باشد، از جهاتی ابهام و جهل وجود دارد که مضرّ به صحت اجاره است؛ یکی، این که معلوم نیست چه مقدار اسپرم و نطفه تلقیحی وارد رحیم زن می‌شود تا عملیات منتج و موفق باشد، دوم، این که مدت حمل جنین مشخص نیست، ۶ تا ۹ ماه زمان حمل مردّد است. لذا در اجاره‌رحیم، جهالت نسبت به این خصوصیات وجود دارد که موجب بطلان اجاره می‌شود.

پاسخ: اصل شرطیت معلوم بودن مورد اجاره قابل قبول است ولی دلیل بر مضر بودن مطلق جهالت در مورد اجاره وجود ندارد، بلکه باید مورد اجاره از مواردی باشد که مورد اقدام عقلاء قرار بگیرد (سیستانی، همان: ۳۱۷). و از غرری بودن خارج باشد، چون عمده دلیل بر اشتراط معلومیت مورد اجاره بنای عقلا است که بر مالیت اموال خود تحفظ می‌کنند، لذا در مقام انجام معاملات جایی اقدام بر معامله می‌کند که خصوصیت مورد معامله کاملاً مشخص و مبین باشد و در مواردی که تردید و ابهام و جهالت وجود داشته باشد به جهت غرری بودن اقدام بر انجام معامله نمی‌کنند؛ دلیل صحت و امضاء معاملات که «أوفوا بالعقود» باشد معاملات عقلایی را امضا می‌کند و معاملات غرری را شامل نمی‌شود.

لذا، در محل بحث که اجاره‌رحیم برای حمل جنین است باید مورد اجاره طوری باشد که از غرری بودن خارج بوده و مورد اقدام عقلا قرار بگیرد و ابهام و تردید در محل بحث در حدی نیست که معامله را از معامله رایج بین عقلا خارج سازد و آن را جزء معاملات غرری قرار دهد.

چون مشخص نبودن تعداد نطفه‌های تلقیحی ضرری ندارد، بله اگر اسپرم تلقیح یافته مردّد بین تأثیر در جنین تک‌قلویی یا چند قلویی باشد این جهالت موجب غرری بودن اجاره‌رحیم خواهد شد.

همچنین مشخص نبودن مدت دقیق حمل جنین هم مضر نیست و می‌توان اجاره را در مدت اکثر که نه ماه است منعقد کرد که اگر زودتر هم وضع حمل صورت پذیرفت مانعی نخواهد داشت. نتیجه این که اشکال اول بر صحت اجاره وارد نبود.

اشکال دوم: یکی از شرایط صحت اجاره این است که عمل مورد اجاره دارای منفعتی باشد که شارع اجرت گرفتن و بذل مال در مقابل آن را الغاء نکرده باشد، یعنی از اعمالی نباشد که باید به صورت مجانی انجام شود و اجرت گرفتن در مقابل آن‌ها طبق نظر مشهور جایز نیست، مثل اتیان به واجبات، تعلیم قرآن، اذان گفتن برای نماز، غسل و تجهیز میت و...

مرحوم سید یزدی در این باره می‌فرماید:

لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية كالصلوات الخمس، والكفائية كتغسيل الأموات وتكفينهم والصلاة عليهم، وكتعليم القدر الواجب من أصول الدين وفروعه، والقدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد وسورة منه، وكالقضاء والفتوى ونحو ذلك؛ اجبر شدن برای انجام واجبات عينية مثل نماز یا واجبات كفائیه مثل تغسیل و تجهیز اموات و تعلیم مقدار واجب از قرآن و اصول دین و یا قضاوت و فتوی جایز نمی‌باشد. (یزدی، همان: ۲/۶۲۱).

و در محل بحث از نصوص و روایات استفاده می‌شود که امور تابع زوجیت مثل استمتاع و حمل جنین توسط زن و شیر دادن بچه و حضانت فرزند و... همه آن‌ها باید به نحو مجانی باشد و زن حق گرفتن اجرت خاص بابت این اعمال از شوهر ندارد، بلکه فقط زن بعد از علقه‌ی زوجیت استحقاق نفقه دارد. لذا حامله شدن زن هم از حقوق شوهر و رابطه زوجیت حساب می‌شود که مبنی بر مجانیت است و زن حق دریافت اجرت و اجاره‌رحیم برای حمل جنین را ندارد (سیستانی، همان).

این بحث را فقها در باب اجرت بر رضاع مطرح نموده‌اند که آیا اجرت گرفتن زن برای شیر دادن فرزند جایز است یا نه؟

مرحوم شیخ طوسی رحمته الله فرموده است:

إِنَّ الْأُمَّ إِذَا طَلَبَتِ الْأَجْرَةَ عَلَى رِضَاعِ الْوَلَدِ فَإِنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ أَجْرًا وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا عَقْدُ إِجَارَةٍ فِيمَا يَرْجَعُ إِلَى الْوَطْءِ وَتَوَابِعِهِ؛ شوهر مالک تمام استمتاع و منافع زن می‌باشد و یکی از منافع زن، شیر دادن بچه است. لذا مادر حق مطالبه اجرت به خاطر شیر دادن بچه را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/۳۰۷؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۶/۳۶).

در مقابل، مشهور قایل بر این است که شوهر مالک تمام منافع زن باشد اول کلام است و آنچه که دلیل داریم فقط شوهر مالک حق استمتاع است، لذا زن می‌تواند برای رضاع و شیر دادن بچه مطالبه اجرت کند.

مرحوم سید علی طباطبایی در ریاض المسایل می‌فرماید:

هل يجوز استيجار الأم للرضاع؟ المشهور نعم للأصل والعمومات ولقوله تعالى: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ»؛ آیا اجیر شدن مادر برای شیر جایز است؟ مشهور به

عمومات و آیه شریفه قایل به همان هستند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۲/۱۴۷).

مرحوم صاحب جواهر^{رحمته} نیز در این باره می‌گوید:

كان الوجه الجواز وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة، بل لم نعرف فيه خلافاً بيننا إلا ما سمعته من الشيخ للعمومات والاطلاقات؛ احتمال جواز اقوی است و موافق با شهرت بین فقها است و مخالفی غیر از شیخ طوسی با این قول پیدا نکردم (نجفی، بی تا: ۳۱/۲۷۵).

و دلیلی هم بر وجوب رضاع بر مادر نداریم و آیه شریفه؛ «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ» (بقره: ۲۳۳)؛ مادران فرزندان خود را تا دو سال کامل شیر دهند. «هم فقط در مقام بیان است که رضاع مورد نظر و احکام آن تا دو سال است و دوره شیردهی بچه دو سال می‌باشد و از روایات (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/۱۷۸) هم استفاده می‌شود که اجباری بر مادر نیست که فرزند را شیر بدهد، بلکه آنچه مناسب برای بچه است شیر مادر می‌باشد و مادر هم از همه سزاوارتر برای شیر دادن به بچه است ولی بر او واجب نیست. و ثانیاً مجرد وجوب عمل موجب بطلان اجاره و حرمت اخذ اجرت نمی‌شود بلکه شاید از قبیل واجبات کفائیه باشد که اخذ اجرت بر آن‌ها جایز است.

لذا به خاطر وجود اطلاقات اجاره و مقتضای تطبیق قواعد این است که چون رضاع منفعت مقصوده و مالیت دارد و دلیل بر الغاء مالیت آن از طرف شارع نداریم لذا اجاره بر رضاع صحیح است.

مرحوم شیخ حر عاملی^{رحمته} هم بابتی در وسایل الشیعة به عنوان:

باب أنه لا يجب على الحرة ارضاع ولدها بغير أجره بل لها أخذ الأجرة (همان)؛ باب این که واجب نمی‌باشد بر مادران شیر دادن بچه‌ها بدون اجرت بلکه آن‌ها می‌توانند در قبال شیر دادن اجرت دریافت کنند، قرار داده است.

حال نسبت به حمل جنین چگونه است؟ آیا اجاره رحیم برای حمل جنین و دریافت اجرت در مقابل آن جایز است یا نه؟

اگر بخواهیم از راه ملکیت تمام منافع زن برای شوهر مسئله را حل کنیم و بگوییم بارداری و حمل جنین یکی از منافع زن است که ملک شوهر است، لذا حق دریافت اجرت

در مقابل آن را ندارد، همان اشکال مشهور به اجرت بر رضاع در اینجا هم می‌آید که دلیلی بر ملکیت تمام منافع زن برای شوهر نداریم بلکه ادله فقط برای شوهر حق استمتاع از زن را قرار داده‌اند.

تقریب دیگری که می‌توان برای عدم صحت اجاره‌رحیم برای حمل جنین ارایه نمود این است:

فهم عرفی از آیه مبارکه «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ» (بقره: ۲۲۳)؛ زنان شما کشتزارهای شمايند» این است که زن منبت و جایگاه برای فرزند است و این حیثیت در زن لحاظ شده‌است، لذا یکی از حقوق شوهر همین حق استیلا از زن است، لذا حق استیلا و فرزندآوری مثل حق استمتاع از حقوق واجب شوهر است که اجرت گرفتن بر آن جایز نیست (سیستانی، ۲۰۰۴: ۳۱۹).

پس حق استیلا یکی از حقوق زوج و از اغراض مهم در ازدواج می‌باشد، لذا، زن حق منع از انعقاد حمل و بچه‌نیارودن را ندارد و به عنوان شرط ارتكازی عقد ازدواج این هست که زن برای شوهر بچه بیاورد.

و این حق استیلا و فرزندآوری به نحو مجانیت است و اجرتی برای زن به غیر نفقه لازم نیست.

منتها اشکالی که وجود دارد این است که حق استیلا به نحو متعارف و عادی که همان مقاربت و استمتاع است از حقوق شوهر است ولی در تلقیح مصنوعی، استیلا و حمل جنین به نحو غیر متعارف است. لذا شوهر نمی‌تواند با استفاده از حق استیلا خود همسرش را مجبور به عملیات تلقیح مصنوعی کند، در نتیجه، پس زن حق دارد برای حمل جنین از طریق تلقیح مصنوعی اجرت دریافت کند.

مضافاً بر این که حتی اگر قبول کنیم که شوهر حق استیلا از زن چه به نحو متعارف و چه غیر متعارف دارد ولی در صورتی این حق ثابت است که اسپرم مرد با تخمک خود همسرش تلقیح مصنوعی شود و به رحیم زن منتقل گردد، ولی اگر اسپرم مرد با تخمک زن

بیگانه تلقیح شود در این صورت قبول نداریم که مرد حق بچه‌دار شدن و استیلا از این زن در این صورت داشته باشد و حق استیلا در این صورت را شامل نمی‌شود.

لذا، حق استیلا در مرد شامل تمام صور تلقیح مصنوعی نخواهد شد، در نتیجه اجاره و اجرت گرفتن زن حامل جنین صحیح خواهد بود (شوپایی جویباری، تقریرات مسائل مستحدثه، جلسه ۶۴ (۱۳۹۲/۱۲/۵)).

اشکال سوم: از شرایط صحت اجاره این است که عمل مورد اجاره باید منفعت عقلایی داشته باشد که به شخص اجاره کننده برگردد و منفعت عقلایی متصور در تلقیح مصنوعی، بچه‌دار شدن شخص و حصول رابطه پدری و مادری با طفل متولد شده است.

مرحوم میرزا حبیب الله رشتی رحمته الله در کتاب اجاره می‌گوید: «من شرائط الاجارة هو كون العمل ذا منفعة عائدة إلى المستأجر؛ از شرائط صحت اجاره این است که عمل منفعتی داشته باشد که به اجیر کننده برگردد.» (رشتی، بی تا: ۲۷۵).

لذا در مواردی که در عملیات تلقیح انتساب به پدر و مادر محقق باشد منفعت عقلایی حاصل است و اجاره صحیح خواهد بود ولی در بعضی از موارد و طبق برخی از مبانی که در تلقیح انتساب به پدر یا مادر حاصل نیست صحت اجاره دچار اشکال می‌شود (سیستانی، همان: ۳۲۰).

لذا جهت تحقیق در بحث باید از تمامیت کبری و صغری اشکال بحث کنیم، اولاً؛ کبری کلی را باید قبول کنیم که از شرایط صحت اجاره وجود منفعت عقلایی مقصوده است. ثانیاً؛ صغرای این قاعده در محل بحث تمام نیست چون در برخی موارد تلقیح مصنوعی، منفعت مقصوده عقلایی وجود ندارد.

بحث کبروی که باید مورد اجاره منفعت مقصوده عقلایی داشته باشد را مرحوم سید یزدی در مسئله ۲۰ عروة الوثقی مطرح نموده است، ایشان این طور آورده است:

كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته، وكذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء...؛ هر چیزی که منفعت محلله مقصوده عقلایی داشته باشد به صورتی که با استفاده از منفعت، عین از بین نرود و هر عملی که منفعت محلله

داشته باشد اجاره بر آن صحیح است (یزدی، همان: ۶۲۴/۲).

مورد معاوضه در عقد اجاره باید دارای منفعت مقصوده عقلایی باشد.

دلیل بر این شرطیت اموری زیرمی‌باشد:

دلیل اول: مرحوم آقای حکیم رحمته‌الله فرموده است: اگر عمل دارای منفعت عقلایی نباشد مالیت ندارد، در نتیجه بذل مال در مقابل چنین عملی مصداق اکل مال به باطل خواهد شد و آیه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸؛ نساء: ۲۹)؛ اموال یکدیگر را بین خود به صورت نامشروع نخورید، شامل آن می‌شود» (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۴۳/۱۲).

مرحوم آقای خوئی رحمته‌الله به این دلیل اشکال نموده است: (خوئی، بی‌تا: ۳۹۴). که آیه مبارکه ناظر به اسباب مجوّز اکل مال است که اگر گرفتن مال مردم به وسیله صحیح مثل تجارت از روی رضایت و معاوضه باشد، تصرف در مال صحیح است و اگر از اسباب باطل مثل غارت و قمار و ربا و... باشد، گرفتن مال صحیح نیست. اما این که معامله صحیح شرایطش چیست و مالیت در عوضین شرط است یا نه؟ آیه در مقام بیان این جهت نیست و اصلاً ناظر به شرایط صحت معامله نیست. لذا اگر ادله عام «أوفوا بالعقود» شامل موردی شد که منفعت و غرض خاص در آن وجود دارد، آیه نمی‌تواند صحت اجاره در این مورد را نفی کند.

دلیل دوم: عنوان معامله و معاوضه در صورتی صادق است که عوضین دارای مالیت باشند. چون معنای لغوی و عرفی معاوضه مبادله مال به مال است و وقتی منفعت مقصوده عقلایی وجود نداشته باشد مالیت منتفی است و در مفهوم اجاره که تملیک منفعت است مالیت اخذ شده است اگر منفعتی مصداق مالیت نباشد تملیک آن عرفاً اجاره نیست.

مرحوم آقای خوئی رحمته‌الله در کتاب اجاره اشکال کرده‌اند: (خوئی، همان: ۳۹۳). که ما دلیلی نداریم که در باب معاوضات، مالیت در عوضین معتبر است و تعریف مبادله مال به مال هم تعریف لغوی و شرح اسمی و تقریب به معنا است و جامع افراد و مانع اغیار نمی‌باشد. لذا اگر کسی منفعت و غرض شخصی نسبت به شیئی داشته باشد و به آن رغبت پیدا کند معامله او صحیح خواهد بود.

نسبت به اشکال مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه می‌توان چنین پاسخ داد: ظهور عرف تعریف مبادله مال به مال در تحدید است، لذا این تعریف مکرر مورد استشهاد خود ایشان و دیگر فقها در بحث معاملات و بیع قرار گرفته است و در موارد عدم مالیت، اگر نگوییم معامله و معاوضه صحت سلب دارد، ولی احراز عنوان معامله و معاوضه نمی‌توان کرد، لذا تمسک نمودن به اطلاعات و عمومات معاملات و معاوضات از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود دلیل می‌شود (شوپایی جویباری، حسین، تقریرات مسائل مستحدثه مخطوط، جلسه ۶۷/۱۱/۱۳۹۲).

دلیل سوم: اگر منفعت مقصوده عقلایی وجود نداشته باشد، اقدام بر این معامله سفهی خواهد بود و معامله سفهی باطل است.

مرحوم بجنوردی رحمته الله علیه در قواعد الفقهیه اولین شرط از شرایط صحت اجاره را این مطلب قرار داده است: «أن یکون فی العمل منفعة محللة مقصودة للعقلاء و إلا یکون سفهياً؛ این که عمل منفعت محلله مقصوده عقلایی داشته باشد و إلا اجاره سفهی خواهد بود.» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۵۸/۲).

مرحوم آیت الله سبزواری رحمته الله علیه هم در مذهب الأحکام می‌گوید: «إذ مع عدم تحقق منفعة العقلائية تصیر المعاملة سفهية فتبطل حينئذ لفرض ندرة الغرض وعدم اقدام النوع علیه؛ با عدم تحقق منفعت عقلائیه، معامله سفهی است لذا به دلیل نداشتن غرض و عدم اقدام عقلاء بر چنین معامله‌ای، معامله باطل است.» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷۸/۱۹).

بر استدلال به این دلیل مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه اشکال شده است:

اولاً؛ مجرد این که غرض نوعی عقلایی به معامله تعلق نگیرد، موجب سفهی بودن معامله نمی‌شود و اگر شخص به خاطر وجود غرض و رغبت شخصی اقدام بر معامله‌ای کند، این معامله سفهی نخواهد بود، بلکه به ملاحظه وجود غرض و رغبت شخصی از سفهی بودن خارج می‌شود (خویی، همان: ۳۹۴).

ثانیاً؛ اصلاً دلیل بر بطلان معاملات سفهی نداریم بلکه آن چه دلیل داریم بطلان

معاملات سفیه است (همان: ۳۹۵). لذا، معامله شخص عاقل به خاطر وجود غرض شخصی گرچه غرض نوعی عقلایی وجود نداشته باشد باطل نیست و بر شخصی که چند بار چنین معامله‌ای با وجود غرض شخصی و فقدان غرض نوعی عقلایی انجام دهد اسم سفیه صادق نیست، بلکه معامله به خاطر وجود عمومات ضمن معامله و دلیل (الناس مسلطون علی أموالهم) صحیح است و ادله صحت معاملات گرچه ناظر به مواردی است که عقلاً اقدام بر معامله می‌کنند ولی اگر شخص به خاطر وجود غرض شخصی، گرچه غرض نوعی و منفعت عقلایی وجود ندارد، اقدام بر معامله کرد، همین که معامله مورد اقدام واقع شود ولو به لحاظ غرض شخصی، ادله امضا و صحت معاملات شامل آن خواهد شد.

نتیجه بحث، کبرویاً به خاطر دلیل دوم، ما قبول کردیم که باید منفعت مقصوده عقلایی وجود داشته باشد و الا مالیت منتفی است و با فقدان مالیت، مورد از موارد معامله عقلایی خارج می‌شود و اگر شک در صدق مالیت هم بکنیم به ادله صحت معاملات نمی‌توان تمسک کرد و مقتضای قاعده اصالة الفساد در معاملات است.

اما بحث صغروی در بحث اجاره‌رحیم که آیا منفعت مقصوده عقلایی وجود دارد یا نه؟ تقریب اشکال این بود که در برخی موارد در تلقیح مصنوعی چون انتساب به پدر و مادر منتفی است، لذا منفعت عقلایی برای اجاره‌رحیم وجود ندارد که به شخص اجاره‌کننده برگردد، مثل اجاره‌کردن توسط زن صاحب تخمک، در حالی با اجاره‌رحیم دیگری او صاحب فرزند نمی‌شود بلکه صاحب رحیم مادر طفل به حساب می‌آید.

در نظیر این مورد چون انتساب و پدر و مادر گشتن برای طفل متولد شده منتفی است، اجاره باطل خواهد بود چون منفعت مقصوده عقلایی وجود ندارد. از این اشکال صغروی جواب‌هایی داده شده است:

۱. در مواردی که نسب شرعی منتفی است، مثلاً عنوان مادری برای زن صاحب تخمک ثابت نمی‌شود ولی باز هم اجاره توسط زن صاحب تخمک با این که عنوان مادری با تولد جنین از رحیم اجاره‌ای پدید نمی‌آید صحیح است چون همین که شوهرش صاحب فرزند

شود و پدر گردد منفعت عقلایی دارد که به زن اجاره کننده برمی گردد و آن منفعت این است که شوهرش در معرض ازدواج مجدد به خاطر فرزند نداشتن قرار نمی گیرد (سیستانی، همان: ۳۲۲). بلکه می توان گفت اصلاً لازم نیست منفعت در اجاره به شخص خودش برگردد بلکه همین که به شوهرش برگردد منفعتی عاید کسی که ارتباط نزدیک به او دارد شود برای صحت اجاره کافر و منفعت به خود او برگشته است.

۲. گرچه انتساب شرعی منتفی است مثلاً زن صاحب تخمک از طریق اجاره رحیم زن دیگری صاحب فرزند شرعی نمی شود چون طبق نظر تحقیق ملاک مادری به صاحب رحیم بودن است ولی انتساب عرفی که محقق است و نسب عرفی وجود دارد و همین وجود نسب عرفی منفعت عقلایی است که برای صحت اجاره کافی است (همان). همین که در عرف و مردم این فرزند متولد شده را فرزند او حساب می کنند گرچه آثار و احکام شرعی فرزند مترتب نشود.

ولی می توان اشکال کرد که منفعت عقلایی اجاره رحیم، فرزنددار شدن و صدق عنوان پدری و مادری است و وقتی شارع مقدس این منفعت را ملغی نموده است و نسب شرعی و پدر و مادر شدن و ترتیب احکام فرزندی را نفی نموده است، لذا نسب عرفی نمی تواند منفعت عقلایی محلله باشد بلکه این نظیر موارد الغاء مالیت یک شیء توسط شارع است، مثل الغاء مالیت خمر و خنزیر با این که عرفاً مالیت دارند (شویبایی جویباری، تقریرات مسائل مستحدثه مخطوط، جلسه ۶۹/۱۳/۱۲/۹۲).

اشکال چهارم: از شرایط صحت عقد اجاره این است که انجام دادن عمل مورد اجاره صدورش از اجیر ممکن باشد و مزاحم با انجام تکلیف الزامی که متوجه به اوست نداشته باشد و الا اگر انجام دادن عمل مورد اجاره منافات با تکلیف واجب بر او یا منافات با حق دیگری داشته باشد اجاره صحیح نیست.

لذا فقها تصریح کرده اند که از شرایط انجام حج نیابتی و اجاره ای توسط نایب این است که خودش مستطیع نباشد و حج بر او واجب نباشد و الا اگر به گردن شخص حج واجب

باشد نمی‌تواند از طرف دیگر اجیر انجام حج شود.

مرحوم سید یزدی رحمته الله می‌فرماید:

عدم اشتغال ذمته بحج واجب علیه فی ذلك العام، فلا تصح نیابة من وجب علیه حجة الإسلام، أو النذر المضيق مع تمکنه من إتيانه، وأما مع عدم تمکنه لعدم المال فلا بأس، فلو حج عن غيره مع تمکنه من الحج لنفسه بطل على المشهور، لكن الأقوى أن هذا الشرط إنما هو لصحة الاستنابة والإجارة؛ از شرایط حج اجاره‌ای این است که ذمه او اشتغال به حج واجب در آن سال نداشته باشد. در نتیجه صحیح نمی‌باشد نیابت کردن کسی که بر ذمه او حجة الاسلام یا حج نذری می‌باشد. لذا اگر در این صورت حج اجاره‌ای برود، مشهور می‌گویند حج او باطل است ولی اقوی این است که اجاره او شرایط صحت را ندارد لذا اجاره باطل است ولی حج صحیح نیست (یزدی، همان: ۵۰۴/۲).

همچنین در باب رضاع فرمودند: (نجفی، همان: ۲۷/۲۹۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰/۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/۲۰۸/یزدی، همان: ۱۰۵/۵). اگر شیر دادن به بچه دیگری منافات با حق شوهر داشته باشد، اجاره بر رضاع باطل است.

و در محل بحث هم اگر زن بخواهد اجیر برای حمل جنین و نطفه منعقد شده دیگری شود اگر قایل به جواز این عمل شویم، این اجاره منافات با حق استمتاع شوهر او دارد لذا اجاره از این جهت که منافات با تکلیف و حق واجب بر گردن او دارد باطل است (سیستانی، همان: ۳۲۳).

پس در محل بحث زن صاحب رحیم نمی‌تواند منفعت خود را تملیک به دیگری نماید چون تملیک منفعت منافات با حق استمتاع شوهر خود دارد، مضافاً به این که در محل بحث اگر قایل شویم که باید از شوهر عده نگه دارد در تمام زمانها باید از شوهر خود اجتناب داشته باشد که قطعاً منافات با حق استمتاع شوهر دارد و اگر هم عده و وجوب اجتناب لازم نباشد باز هم شرایط زن در زمان وضع حمل طوری است که موجب محدودیت شوهر در استمتاع خواهد شد.

نتیجه این که اشکال چهارم وارد است البته اختصاص به اجاره‌رحیم در زن‌های

شوهردار دارد به طوری که زن از اسپرم غیر شوهرش باردار شده باشد و حمل و جنین متعلق به دیگری را حمل نماید.

اشکال پنجم: یکی از شرایط صحت اجاره این است که عمل مورد اجاره مقدمه حرام نداشته باشد و مستلزم انجام دادن فعل حرام نباشد تا تحویل دادن و اتیان به آن عمل شرعاً امکان داشته باشد، لذا اگر عمل مورد اجاره ذاتاً عمل مباح باشد ولی تحققش در خارج متوقف بر مقدمات حرام باشد اجاره بر چنین عملی صحیح نیست.

مثل اجاره شخص جنب و حیض برای کنس و تمیز کردن مسجد، با این که عمل مورد اجاره که تمیز کردن مسجد باشد عمل مباحی است ولی چون مستلزم دخول جنب و حیض به مسجد است چنین اجاره‌ای باطل است چون شرعاً امکان تحویل و تسلیم این عمل وجود ندارد.

مرحوم سید یزدی رحمته الله در عروة الوثقی در این باره می‌گوید:

السابع أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة فلا تصح اجارة الحائض لكنس المسجد؛ شرط از شرایط صحت اجاره این است که شخص اجیر تمکن از انتفاع به مورد اجاره را داشته باشد لذا اجیر کردن شخص حیض برای تمیز کردن مسجد جایز نیست (یزدی، همان: ۵۷۶/۲).

در محل بحث گرچه صوری است که تلقیح مصنوعی به خودی خود جایز است ولی چون تحقق عملیات تلقیح مصنوعی متوقف بر مقدمات حرامی مثل نظر و لمس حرام و کشف عورت می‌باشد، لذا امکان تحویل و اتیان به عمل مورد اجاره شرعاً امکان ندارد (سیستانی، همان: ۳۲۶).

مگر مواردی که مستلزم مقدمات حرام نباشد مثل این که متصدی عملیات تلقیح مصنوعی خود شوهر باشد یا عناوین ثانویه مثل حرج و اضطرار و حاجت محقق شود که موجب انتفای حرمت مقدمات شود.

۲. بررسی شروط صحت اجاره در مواردی که حکم شرعی تلقیح حرمت است

در این مقام، حکم اجاره‌رحیم برای حمل جنین در مواردی که تلقیح مصنوعی به خودی خود حرام بود، مثل تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن و قرار دادن در رحم زن بیگانه و... را بررسی می‌کنیم.

فقه‌ها در کتاب اجاره فرموده‌اند: از شرایط صحت اجاره این است که عمل مورد اجاره منفعت حلال داشته باشد و اگر عمل مورد اجاره حرام باشد؛ مثل اجیر کردن شخص برای درست کردن شراب، اجاره صحیح نخواهد بود.

پس کبرای مسئله این است که اجاره بر منفعت حرام، باطل است.

مرحوم محقق علیه السلام در شرایط یکی از شرایط صحت اجاره را این طور می‌فرماید: «أن تكون المنفعة مباحة؛ این که منفعت مورد اجاره، مباح باشد.» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۷/۲).

مرحوم مقدس اردبیلی علیه السلام نیز می‌گوید: «الشرط الخامس من شروط صحة الإجارة كون المنفعة مباحة فلو كانت محرمة فالظاهر أن إجارة عينها لاستيفاء تلك المنفعة حرام والعقد أيضاً باطل؛ شرط پنجم از شرائط صحت اجاره این است که منفعت مورد اجاره مباح باشد پس اگر منفعت حرام باشد اجاره عین برای رسیدن به منفعت حرام، حرام بوده و عقد اجاره هم باطل است.» (اردبیلی، همان: ۵۵/۱۰).

این مطلب که منفعت در اجاره باید مباح باشد و اگر حرام باشد اجاره باطل است به وجوهی تمسک شده است:

۱) مرحوم نائینی علیه السلام در تعلیقه عروة فرموده است: «لما كانت حرمة المنفعة مخرجة لها عن المملوكية فاشترط مملوكيتها یعنی عن هذا الشرط؛ چون که حرام بودن منفعت شیء را از مالیت داشتن و به تبع آن مالکیت بر آن خارج می‌کند، لذا اشترط مالک بودن نسبت به منفعت ما را بی‌نیاز از این شرط خواهد کرد.» (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱/۵).

اجاره تملیک منفعت در مقابل عوض است و مالک بودن منفعت مقوم عقد اجاره و از شرایط صحت آن است و در جایی که خود شخص مالک منفعت نباشد تملیک آن معقول

نیست و در مواردی که منفعت حرام باشد مالک بودن نسبت به آن معنا ندارد در نتیجه تملیک منفعت حرام بی معنا است لذا اجاره باطل است.

بر این وجه اشکال شده که این دلیل اخص از مدعا است، چون در باب اجاره بر اعمال این وجه قابل تطبیق است که شخص عمل حرام را مالک نمی شود و نسبت به عمل حرام الغاء ملکیت شده است ولی نسبت به اعیان خارجیّه قابلیت تطبیق ندارد چون عین خارجی قابلیت برای انتفاع دارد مثل خانه، مغازه و... و آنچه را که در اجاره اعیان خارجیّه تملیک به دیگری می کنند قابلیت برای انتفاع است که حرام نیست، آنچه حرام است این است که شخص در این خانه شراب درست کند و این حرمت عمل شخص، موجب خروج عین خارجی از ملکیت نخواهد شد چون شخص قابلیت انتفاع این عین خارجی را مالک بوده و به دیگری اجاره داده است نه عمل حرام صادر از او را.

لذا این وجه فقط در اجاره بر اعمال پیاده می شود نه اعیان خارجیّه (خوبی، همان: ۴۵).
۲) در جایی که منفعت در اجاره حرام باشد، حرمت منفعت موجب الغای مالیت از آن منفعت می شود یعنی شارع مقدس منفعت این عمل را الغاء نموده است و از شرایط صحت اجاره، مالیت داشتن منفعت است به طوری که عقلا بر انجام این معامله اقدام نمایند. مرحوم بجنوردی می فرماید: «إذا كانت المنفعة محرمة فليس لها مالية كي تقابل بالعوض المالي؛ اگر منفعت مورد اجاره حرام باشد، مالیت ندارد تا در مقابل آن عوض مالی قرار بگیرد.» (بجنوردی، همان: ۱ / ۳۷۱).

از شرایط صحت عقد اجاره این است که موجر در اجاره بر اعیان خارجیّه و اجیر در اجاره افعال و اعمال قدرت بر تصرف داشته باشد (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱ / ۵). و اگر قدرت بر تصرف نداشته باشد اجاره باطل است و با وجود حرمت شرعی منفعت، شخص قدرت بر تصرف ندارد تا بتواند آن را به دیگری انتقال دهد.

به این وجه اشکال شده که تحریم فعل و عمل موجب الغای مالیت شی می شود لذا شخص نمی تواند این عمل را به دیگری انتقال و تحویل دهد، لذا بازگشت این وجه به همان

الغای مالیت خواهد بود.

۳) اگر منفعت عمل حرام باشد شخص شرعاً نمی‌تواند این عمل را به دیگری تحویل دهد، در حالی که یکی از شرایط صحت عقد اجاره این است که شخص قدرت بر تسلیم و تحویل این عمل را به دیگری داشته باشد.

مرحوم سید یزدی رحمته‌الله در عروة الوثقی در شرایط صحت اجاره می‌گوید: «الثانی أن یکون مقدوری التسلیم (همان)؛ دومین شرط این است که شخص قدرت تسلیم مورد اجاره را داشته باشد.»

لذا به مقتضای عقد اجاره شخص اجیر باید در مقابل دریافت وجه منفعت این عمل را به موجه تحویل و تسلیم کند و وقتی منفعت عمل حرام شد، تسلیم و تحویل آن به دیگری شرعاً حرام است چون (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً)؛ آنچه که شرعاً ممتنع باشد مانند آن چیزی است که عقلاً ممتنع باشد و قابلیت تحویل و تسلیم شرعاً وجود ندارد، لذا ادله صحت عقود «أوفوا بالعقود» این مورد را شامل نخواهد شد چون با حرمت شرعی امکان تحویل و تسلیم عمل به دیگری وجود ندارد لذا وفای به عقد امکان ندارد.

۵) روایات و نصوص خاصه که در مورد بطلان معامله و اجاره در موارد وجود منفعت حرام وارد شده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

* «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يُوَاجِرُ بَيْتَهُ بِيَاغٍ فِيهَا الْخَمْرُ قَالَ حَرَامٌ

أُجْرَتُهُ (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰ / ۲۶۱)؛ از امام صادق علیه السلام درباره مردی که خانه‌هایش را برای

شراب فروشی اجاره می‌دهد سؤال شد، امام علیه السلام فرمود: اجرت گرفتن برای آن حرام است

به این معنا که شخص خانه‌اش را اجاره می‌دهد برای فروش خمر که مصداق اجاره

شیء برای منفعت حرام می‌شود که امام علیه السلام فرمودند: اجرت گرفتن بر این اجاره حرام است که کاشف از بطلان اجاره می‌باشد.

ولی اگر (فیباع فیہ الخمر) باشد همان‌طور که در نسخه تهذیب و وافی آمده (طوسی، ۱۳۶۵:

۳۷۲ / ۶، فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۷ / ۱۷۹). که شخص خانه‌اش را اجاره می‌دهد ولی مستأجر

خودش دنبال فروختن خمر رفته است دیگر به درد استدلال نمی خورد. ولی چون در اکثر نسخ اصل کافی (فیباع) نیامده لذا ظهور در همان معنای اول دارد.

* صحیححه ابی بصیر:

قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ﷺ أَجْرُ الْمُغْنِيَةِ الَّتِي تَزْفُ الْعَرَائِسَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ وَ لَيْسَتْ بِالَّتِي يَدْخُلُ عَلَيْهَا الرَّجَالُ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷ / ۱۲۱)؛ امام صادق ﷺ فرمود: اجرت گرفتن زن آوازه خوان که در مجالس عروسی می خواند به شرطی که مردان در آن حضور نداشته باشند اشکالی ندارد.

اجرت گرفتن زن آوازه خوان که در مجلس حلال باشد که اختلاط با مردان نباشد جایز است و مفهوم آن این است که اگر در مجلسی باشد که حرام باشد اجرت گرفتن حرام و اجاره باطل است.

* موثقه سکونی:

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ: السُّحْتُ ثَمَنُ الْمَيْتَةِ وَ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَ ثَمَنُ الْخَمْرِ وَ مَهْرُ الْبُعْثَى وَ الرَّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ وَ أَجْرُ الْكَاهِنِ؛ پول دادن در مقابل میته و سگ و شراب و اجرت زنا و رشوه گرفتن برای حکم باطل و کهنان و پیش گویی، حرام و باطل است.

مفاد روایت این است که اجرت گرفتن برای عمل حرام سحت و باطل است (همان: ۱۷ / ۹۴).

* «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ﷺ: السُّحْتُ أَنْوَاعٌ كَثِيرَةٌ... وَ مِنْهَا... أَجُورُ الْفَوَاحِرِ وَ ثَمَنُ الْخَمْرِ...»؛ سحت و باطل انواع مختلفی دارد مثل اجرت بر گناه و زنا و پول دادن در مقابل شراب...» (همان: ۱۷ / ۹۵). از روایت قاعده کلیه می توان استفاده نمود که اجرت گرفتن بر فعل حرام و معصیت باطل است.

* روایت نبوی: «قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ؛ اگر خداوند شیئی را حرام کند پول گرفتن در مقابل آن را نیز حرام می کند.» (احسائی، ۱۴۰۵: ۲ / ۱۱۰).

روایت نبوی ﷺ معروف است که اگر خداوند شیئی را حرام کند پول گرفتن و اخذ اجرت در مقابل آن حرام و باطل است؛ که در مکاسب محرمه در فروع مختلف به این روایت نبوی تمسک شده است.

لذا کبرای محل بحث تمام است که اگر منفعت عملی حرام باشد اجرت گرفتن در مقابل آن و اجاره باطل است.

لذا مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

لا خلاف أجدها فيها بل عن مجمع البرهان نسبته إلى ظاهر الأصحاب بل عن المنتهى دعوى الاجماع عليه كما عن الخلاف والغنية الاجماع على عدم صحة إجارة المسكن ليحرز فيه الخمر (نجفی، همان: ۲۲ / ۳۰)؛ در این مسئله اختلافی پیدا نکردم بلکه مجمع البرهان این حکم را به ظاهر اصحاب اسناد داده و منتهی بر این حکم ادعای اجماع نموده است همان‌طور که در خلاف و غنیه اجماع بر عدم صحت اجاره خانه برای نگهداری خمر آمده است.

همچنین محقق عاملی^{۱۱} در مفتاح الکرامه علاوه بر اجماع حکم به بطلان اجاره را به بداهت عقل اسناد داده است، ایشان فرموده: «مضافاً إلى إجماع المنتهى والخلاف والغنية بل بديهية العقل تحکم بقبحه وتحريمه؛ علاوه بر اجماع کتاب منتهی و خلاف و غنیه، بداهت عقلی حکم به قبح و حرمت این عمل می‌کند.» (عاملی، ۱۴۱۹: ۴/۳۷).

اما صغرای مسئله که اجاره‌رحیم برای حمل جنین از راه تلقیح مصنوعی از مصادیق اجاره بر عمل و منفعت حرام است که واضح است چون محل بحث در فرض دوم از فروض و صورتی است که در بررسی حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی قایل به حرمت آن‌ها شدیم. نتیجه بحث این که در مواردی که تلقیح مصنوعی حرام است اجاره‌رحیم برای حمل جنین ایجاد شده از راه تلقیح حرام و باطل است.

در پایان بحث معاملات مرتبط با تلقیح مصنوعی تذکر دو نکته لازم است:

نکته اول: اگر در معاملات مرتبط با تلقیح مصنوعی مثلاً خرید و فروش اسپرم و تخمک و اجاره‌رحیم قایل به صحت شدیم که طرفین معامله استحقاق اجرة المسمی (همان عوض مذکور در معامله) را خواهند داشت، ولی اگر قایل به بطلان شدیم همان‌طور که در برخی صور بیان شد، آیا با باطل بودن معامله و اجاره، اجرة المثل (عوض حقیقی این عمل یا کالا در بازار) ثابت می‌شود یا نه؟ آیا در این موارد حق گرفتن مال به عنوان عوض دارد یا نه؟

در خرید و فروش تخمک و اسپرم اگر قایل به بطلان بیع شدید چون شخص مالک اسپرم و تخمک نیست تا بتواند آن‌ها را بفروشد یا به خاطر وجوه دیگر اخذ عوض و پول به عنوان بیع صحیح نیست ولی چون حق انتفاع و اختصاص نسبت به آن‌ها دارد می‌توان در ازای رفع ید از حق اختصاص خود، پول دریافت کند که حقیقتش بر هبه مشروطه برمی‌گردد.

و اگر معامله به عنوان اجاره باشد باید تفصیل داد اگر اجاره باطل باشد چون عمل و منفعت مورد نظر حرام است و منفعت محلله وجود ندارد اینجا حق گرفتن اجرة المثل و پول در مقابل اجاره باطله را ندارد.

در اینجا چون با وجود حرمت شرعی از عمل الغای مالیت می‌شود و عمل دیگر احترامی ندارد اصلاً استحقاق اجرت ندارد؛ مثل اجرت گرفتن بر حلق اللحیة که باطل است.

ولی اگر بطلان اجاره به خاطر حرمت عمل نبود بلکه به خاطر فقدان یکی از شرایط صحت اجاره بود مثل اجاره در صورتی که تلقیح به خودی خود جایز بود، در این موارد اگر اجاره باطل شد، چون عمل مالیت دارد و با اذن و امر مؤجر بوده است، شخص اجیر استحقاق اجرة المثل و قیمت واقعیة عمل را پیدا می‌کند (سیستانی، ۲۰۰۴: ۳۲۹).

مگر در جایی که زن اجیر شود که نطفه شوهر در رحم او ریخته شود در اینجا اگر قایل شویم که شوهر حق استیلا و فرزندآوری مطلق نسبت به زن دارد چه به طریق متعارف که مقاربت باشد و چه به طریق غیر متعارف که تلقیح مصنوعی باشد، اینجا چون مرد حق اختصاص و انتفاع مجانی نسبت به زنش دارد دیگر زن حق دریافت اجرت و اجرة المثل نخواهد داشت. چون بیان کردیم که زن فقط حق گرفتن نفقه از شوهر خود دارد و برای استمتاع و فرزندآوری نباید اجرت زاید بگیرد.

نکته دوم: اگر مؤسساتی تشکیل بشود برای واسطه‌گری و مشاوره در اجاره‌رحیم و خرید و فروش اسپرم و تخمک مثل بانک اسپرم و تخمک، در بحث گذشته در مواردی که قایل به حرمت شدید و ساطت و وکالت برای این امور هم حرام خواهد بود و در صورتی که قایل به جواز شویم و ساطت برای این امور و تشکیل چنین مؤسسات و بانک‌هایی جایز خواهد بود.

نظرات فقها و مراجع عظام تقلید پیرامون صحت و بطلان قرارداد اجاره رحیم

- آیت‌الله مکارم شیرازی: دریافت اجرت برای حمل جنین تابع قرارداد است و اگر قراردادی ندارند و جنبه رایگان نداشته باشد، حق اجرت المثل دارد و عمل مزبور نوعی اجاره برای پرورش جنین است نه اجاره اعضای بدن (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۵۲).

- آیت‌الله فاضل لنکرانی^(ره): اجاره دادن و اجاره کردن رحیم زن، صحیح نیست (فاضل لنکرانی، بی تا: ۱/۵۶۴).

- آیت‌الله هاشمی شاهرودی: اجاره رحیم صحیح است (پایگاه اطلاع رسانی آیت‌الله هاشمی شاهرودی: hashemishahroudi.com).

- مرحوم آیت‌الله تبریزی^(ره): معامله بین مرد و زن برای اجاره رحیم باطل است چون قرار دادن نطفه در رحیم زن اجنبی حرام است (تبریزی، ۱۴۲۷: ۱۷۸).

نتیجه

۱. در حکم تکلیفی اهدای اسپرم اجنبی و تزریق آن به رحیم زن، دو مبنا وجود داشت: حرمت و جواز. در صورت جواز، معامله اسپرم از لحاظ مالیت داشتن عرفی و شرعی محذوری ندارد. در صورت حرمت، معامله اسپرم صحیح نیست و باطل خواهد بود چرا که شارع منفعت آن را ملغی کرده و مالیتی نخواهد داشت.

۲. حکم تکلیفی رحیم جایگزین نیز دو مبنا حرمت و جواز دارد که مخالفان و موافقان ادله‌ای ارائه کرده‌اند. مخالفان دو روایت ذکر می‌کنند که مبتنی بر حرمت استقرار نطفه در رحیم زنی است که بر مرد حرام است.

موافقان می‌گویند:

الف) انتقال سلول تلقیح یافته از اسپرم و تخمک به رحیم جایگزین دارای عنوان حرامی نیست.

ب) رحیم نقشی در تکون جنین ندارد و فقط ظرفی برای پرورش آن است.

ج) اصل مباح بودن اشیاء و فعالیت‌ها و اصل برائت عقلی و شرعی

۳. استفاده از رحیم جایگزین صوری دارد که عمدتاً، فتوای فقها به جواز آن است به شرط پرهیز از مقدمات و مستلزمات حرام.
۴. خرید و فروش اسپرم منوط به حکم تکلیفی آن است. بنابر مبنای حرمت، خرید و فروش آن صحیح نیست و بنابر مبنای جواز بیع آن بلا اشکال است.
۵. سلطه انسان بر نفس خود و مالکیت بر اعضای بدن حق وی می‌باشد به معنای توانایی تصرف و بهره‌مندی از آن، لکن بنابر نظر فقها تصرفی که توسط شارع تحدید شده و حق تجاوز از آن را ندارد.
۶. از شرایط صحت بیع، مملوک بودن مبیع و مالیت داشتن آن است که در مورد اعضای بدن و مانند آن مثل اسپرم صدق می‌کند.
۷. در صورت قایل شدن به عدم امکان خرید و فروش اسپرم، می‌توان با رفع ید از حق اختصاص نسبت به اسپرم استفاده کرد.
۸. از دیگر راه‌های انتقال اسپرم بین طرفین می‌توان به هبه، صلح، اعراض، اذن، وکالت یا قراردادهای خصوصی نام برد.
۹. در خرید و فروش تخمک بر اساس دو مبنایی که وجود دارد عمل می‌کنیم. در صورت حرمت، بیع آن باطل است و در صورت جواز که نظر برگزیده همین است بیع تخمک بلا اشکال است.
۱۰. بیع جنین صحیح نیست چرا که جنین، موجودی زنده و دارای حق حیات و شخصیت مستقل هست و خرید و فروش آن با کرامت انسانی سازگاری ندارد.
۱۱. در صورت اضطرار جنین را می‌توان با روش‌ها و معاملات دیگر مانند هبه، صلح، اعراض، اذن، وکالت یا قراردادهای خصوصی به رحیم منتقل کرد.
۱۲. در اجاره‌رحیم برای حمل جنین که از راه تلقیح مصنوعی تشکیل یافته دو نظر وجود دارد. برخی قایل به جواز و بعضی قایل به حرمت اجاره هستند. در صورت جواز باید از مقدمات و مستلزمات حرام آن دوری شود. در مواردی هم که تلقیح مصنوعی حرام است اجاره‌رحیم برای حمل جنین ایجاد شده از راه تلقیح حرام و باطل است.

پی‌نوشت‌ها

-
۱. (حجر: ۲۲): «وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ».
 ۲. (المنجد: ۷۲۸) «لِقِح النَّخْلِ، أَيْ وَضِعَ طَلْعَ الذَّكَورِ فِي الْإِنَاثِ، يَعْنِي بَارُورَ كَرْدَنِ نَخْلِ مَادَّةِ بَا «طَلْع» نر».
 ۳. لا إشكال فی حرمة بیع المنی لنجاسته.
 ۴. ان مجرد النجاسة لا یصلح أن یكون علة للمنع من البیع.
 ۵. والظاهر من شتات کلمات الفقهاء أيضاً دوران حرمة التکسب بالنجاسات مدار عدم جواز الانتفاع.

کتابنامه

- ابن منظور، ابوالفضل، جمال‌الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.
- ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقائیس اللغة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانى، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان-سوریه دار العلم - الدار الشامیة، ۱۴۱۲ق.
- اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- اصفهانى، مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الأنوار، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- امامی، اسدالله، مطالعه تطبیق نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۴۹.
- بابکی، محمد، رحیم جایگزین از دیدگاه فقه معاصر، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۳۹۵.
- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
- برقی، ابوجعفر، احمد بن محمد بن خالد، المحاسن، قم، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۱ق.
- تبریزی، جعفری، محمدتقی، رسائل فقهی، تهران، مؤسسه منشورات کرامت، ۱۴۱۹ق.
- تبریزی، جواد بن علی، استفتاءات جدید، قم - ایران، بی‌نا، بی‌تا.
- _____، فقه الأعدار الشرعية و المسائل الطبية، قم، دار الصدیقة الشهیدة، ۷، ۱۴۲۷ق.
- جواهری، حسن، قرائات فقهیة معاصرة فی معطیات الطب الحديث، بیروت، الغدیر،

بررسی حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی (اسپریم، تخمک، جنین و رحم) □ ۳۹

۱۴۲۳ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.

جمعی از نویسندگان، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده ابن سینا و سمت ۱۳۹۶.

حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۱۸ق.
حائری، سید کاظم حسینی، الفتاوی المنتخبة (مجموعه‌ای از اجابات فی فقه العبادات و المعاملات)، قم - ایران، بی‌نا، بی‌تا.

حکیمی، ندا، ماهیت حقوقی جنین اهدایی به پدر و مادر نابارور، تهران، روزنامه شرق، ش ۸۰۵.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
حکیم، سید محمد سعید طباطبایی، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، نجف اشرف، دارالهلال، ۱۴۲۷ق.

حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیة، بی‌تا.
حلی، محقق، نجم‌الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم - ایران، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق.

خامنه‌ای، سید علی بن جواد حسینی، أجوبة الاستفتاءات، بیروت، الدار الإسلامية، ۱۴۲۰ق.
خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.
_____، المكاسب المحرمة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۱۵ق.
خویی، سید ابوالقاسم موسوی، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی‌نا، بی‌تا.
درسنامه دستگاه تولید مثل، تهران، دانشکده پزشکی دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی و درمانی شهید بهشتی.

دزفولی، مرتضی بن محمدامین انصاری، کتاب المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت

شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.

- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- رضانیا معلم، محمدرضا، باروری های پزشکی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۶.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحكام، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سعدی ابوجیب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دمشق، دار الفكر، ۱۴۰۸ق.
- سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، بی نا، بی تا.
- سیستانی، سید محمدرضا، وسائل الانجاب الصناعية، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۲۰۰۴.
- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، تهران، نشر مجد، ۱۳۹۱.
- شویابی جویباری، حسین، تقریرات درس خارج فقه (مسائل مستحدثه)، مخطوط، قم، ۱۳۹۲.
- شیبانی فر، محمدحسین، شرح اصطلاحات فقهی و حقوقی، تهران، نشر حکمت علوی، ۱۳۹۰.

- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم - ایران، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.

- عمید، حسن، فرهنگ لغت عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۹۳.
- فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم، امیر قلم، بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، بی تا.
- فتاحی معصوم، سید حسین، مجموعه مقالات و گفتارهای سومین همایش دیدگاه های اسلام در پزشکی، مشهد، معاونت پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ۱۳۸۴.

بررسی حکم فقهی معاملات مرتبط با باروری‌های پزشکی (اسپریم، تخمک، جنین و رحم) □ ۴۱

- فصلنامه فقه پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴ و ۲۵، ۱۳۹۴.
- قاروبی تبریزی، حسن، *النضید فی شرح روضه الشہید*، تهران، نشر عالمه، ۱۳۹۸.
- قرشی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- قمی، صدوق، *محمد بن علی بن بابویه، ثواب الأعمال و عقاب الأعمال*، قم-ایران، دار الشریف الرضی للنشر، ۱۴۰۶ق.
- قمی، محمد مؤمن، *کلمات سدیة فی مسائل جدیدة*، قم-ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ق.
- قوه قضائیه، *مجله حقوق دادگستری*، تهران، ۱۳۸۹.
- کلینی، ابو جعفر، *محمد بن یعقوب، الکافی*، تهران-ایران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- گرچی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- گلپایگانی، لطف الله صافی، *جامع الأحكام*، قم، انتشارات حضرت معصومه ۷، ۱۴۱۷ق.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، *احکام پزشکان و بیماران*، بی نا، بی تا.
- معین، محمد، *فرهنگ لغت*، تهران، انتشارات زرین ۱۳۸۸.
- مکارم شیرازی، ناصر، *احکام بانوان*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۸ق.
- _____، *احکام پزشکی*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۹ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۸ق.
- _____، *حاشیة المکاسب*، قم-ایران، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.

بررسی فقهی - حقوقی استناد به علم غیر قطعی در شهادت*

□ زهرا سادات سرکیشکیان**

چکیده

از نظر فقهای امامیه و ماده ۱۳۱۵ ق.م شهادت باید مستند به «علم قطعی» باشد، مگر در ۱. شهادت بر شهادت که شاهد فرع با استناد به شهادت شاهد اصل شهادت می‌دهد؛ در فقه بنا بر نظر مشهور، شهادت بر شهادت با شرایطی در غیر از موارد موجب حد در حقوق الله و حقوق الناس، پذیرفته می‌شود، اما در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی شهادت بر شهادت تنها در حقوق الناس (اعم از کیفری یا مدنی) پذیرفته می‌شود. از نظر نگارنده با توجه شرایط سختی که شارع برای اثبات حدود قرار داده این نتیجه به دست می‌آید که شارع تمایلی به تسریع در اجرای این موارد ندارد، زیرا اجرای سریع و اثبات آسان آنها به نوعی اشاعه فحشا در جامعه است. لذا نیاز است تا در حقوق موضوعه نیز بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود تصریح گردد.

۲. شهادت بر ملکیت به استناد «ید»؛ که شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار داده و به مالکیت مطلق وی شهادت دهد. اما در حقوق تصریحی به این امر نشده، لیکن با تحلیل ارتباط بین قوانین می‌توان به این نتیجه رسید که طبق ماده ۱۳۱۵ ق.م انسان می‌تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد، و طبق ماده ۳۵ ق.م تصرف مالکانه دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، در نتیجه به واسطه شهادت بر تصرف یک فرد، مالکیت آن فرد قابل اثبات است.

واژگان کلیدی: علم غیر قطعی، شهادت، فقه امامیه، حقوق موضوعه، ید.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۴/۱۵ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵.

**دکترای تخصصی و پژوهشگر جامعه الزهراء v (kosaretaban@gmail.com).

مقدمه

شهادت شهود از مهم‌ترین ادله اثبات دعوا می‌باشد، تاجایی که جز موارد نادری بدون شهادت شهود، قضا کارایی لازم را از حیث فیصله دادن به دعوا نخواهد داشت. پذیرفته شدن و ترتیب‌اتر دادن بر شهادت شهود، مشروط به اموری است از جمله اینکه: شاهد باید مشهودبه را با یکی از حواس ظاهری خود درک کرده و به آن علم قطعی داشته باشد. این امر مورد تصریح فقهای امامیه و نیز حقوق موضوعه ایران واقع شده و گفته می‌شود که مستند شهادت، علم قطعی شاهد به مشهودبه است. اما مشکل این است که گاهی از اوقات نمی‌توان به وقوع برخی از رخدادها به صورت فوق علم قطعی پیدا کرد و اگر به طور کلی نتوان به علم حاصل از غیر حواس ظاهری شاهد ترتیب اثر داد، حقوق برخی از افراد تضییع می‌شود. لذا بررسی موارد استثناء، یا به عبارتی، موارد پذیرش شهادت مستند به علم غیر قطعی، اهمیت پیدا می‌کند. در پژوهش حاضر این مسئله، با فرض امکان نافذ بودن استناد به علم حاصل از غیر حواس ظاهری شاهد، به صورت تطبیقی بین فقه و حقوق موضوعه ایران، مورد بررسی قرار می‌گیرد. ابتدا بیان مختصری درباره مستند شهادت، یعنی «علم قطعی»، و طرق حصول آن خواهیم داشت.

استناد به علم قطعی در شهادت

از نظر فقهای امامیه مستند شهادت، علم قطعی^۱ شاهد به مشهودبه است (محقق حلی، ۱۳۶۰: ۴/۱۸۱۰؛ مکی عاملی، ۱۳۸۳: ۳/۱۸۷؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۳/۱۵۴). علم قطعی شاهد باید از طریق دیدن، شنیدن و یا دیدن همراه با شنیدن به حسب اختلاف مواردی که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود به دست آمده باشد:

دیدن: در اموری که دیدن برای آن کفایت می‌کند و در آنها احتیاج به شنیدن نیست مانند اعمال و افعالی از قبیل: غصب، سرقت، قتل، رضاع، ولادت، زنا و لواط (شیخ طوسی، ۱۳۸۲: ۶۱۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۳/۱۵۵؛ نجفی، بی تا: ۴۱/۱۲۸).

شنیدن همراه با دیدن: در اموری که مورد شهادت اقوال اشخاص باشد، مثل: عقود (نکاح، بیع، اجاره) و ایقاعات (طلاق) (نجفی، بی تا: ۱۵۰/۴۱) و قذف^۲ (شیخ طوسی، ۱۳۸۲: ۶۱۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۵۵/۳).

شنیدن: منظور از شنیدن در اینجا شیوع پیدا کردن خبر است تا حدی که برای شنونده ظن غالب نزدیک به یقین به امری پیدا شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۳؛ مکی عاملی، ۱۳۸۳: ۱۸۸؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۵۵/۳) و این زمانی حاصل می شود که خبر پی در پی از جماعتی بیاید که توافق آنها بر کذب محال باشد (محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۱۲/۴). این طریقه گاهی شیوع، گاهی تسامع و گاهی استفاضه نامیده می شود (نجفی، بی تا: ۱۳۴/۴۱).

در محقق شدن استفاضه تعداد معینی شرط نیست، بلکه تعداد آن با توجه به اختلاف خبر دهندگان فرق می کند، البته شرط است که تعداد خبر دهندگان از تعداد شاهدان عادل (که دو نفراند) بیشتر باشد تا به این ترتیب بین خبر عادل (یعنی شاهد) و بین استفاضه تفاوت حاصل شود (جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۵۵/۳).

طبق نظر مشهور فقها با استفاضه ۷ چیز ثابت می شود: ۱. نسب ۲. مرگ ۳. ملک مطلق (که سبب آن بیان نشده است) ۴. وقف ۵. نکاح ۶. عتق (آزاد کردن بنده) ۷. ولایت قاضی (شیخ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۳؛ مکی عاملی، ۱۳۸۳: ۱۸۸/۳؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۱۱/۴؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۵۵/۳).

ادله فقهی بر لزوم استناد شهادت به علم قطعی عبارتند از:

- آیه ۳۶ سوره اسراء: «لا تقف ما لیس لك به علم: هرگز آنچه را که به آن علم و اطمینان نداری دنبال مکن» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۰/۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲۶/۱۴؛ نجفی، بی تا: ۱۲۱/۴۱). در تفسیر آمده چیزی را که نشنیده و ندانسته ای، نگو: شنیده، دیده و دانسته ام. برخی گفته اند: یعنی شهادت دروغ نده. این آیه نسبت به هر گفتار یا کردار یا تصمیمی که از روی علم نباشد عمومیت دارد. گویا می گوید: جز آنچه که علم بدرستی آن داری مگو (طبرسی، ۱۳۵۰: ۱۳۵/۱۴؛ طباطبایی، ۱۳۶۳: ۱۲۶/۱۳).

- روایتی که پیامبر (ﷺ) زمانی که از شهادت از ایشان سؤال شد فرمودند: «هل تری

الشمس علی مثلها فاشهد أو دع: آیا خورشید را می‌بینی؟ بر مثل این شهادت بده و یا شهادت را رها کن» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۷/ ۱۸۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/ ۲۲۶؛ نجفی، بی‌تا: ۴۱/ ۱۲۲؛ حایری، ۱۴۱۸: ۱۵/ ۳۶۳؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۱/ ۳۹۷).

- روایت علی بن غیاث از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «لا تشهدن بشهاده حتی تعرفها کما تعرف کفک: شهادتی را نده تا زمانی که بر آن معرفت داشته باشی، همانطور که دست را می‌شناسی» (نجفی، بی‌تا: ۴۱/ ۱۲۲؛ حانری، ۱۴۱۸: ۱۵/ ۳۶۳).
از منظر حقوق موضوعه بر اساس ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی: «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد نه به طور شک و تردید».

حقوقدانان بر اساس این ماده قایلند به اینکه مستند شهادت، قطع و یقین است، یعنی علم عادی که از راههای متعارف و محسوس بدست می‌آید، نه خیالبافی و پندار و گمان (زراعت؛ حاجی زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷). به طور معمول، شاهد باید در صحنه‌ای که به آن گواهی می‌دهد حضور داشته باشد و آنچه را که می‌بیند یا می‌شنود نقل کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷). بنابراین، کسی که شهادت بر تصرف، غصب، سرقت، اتلاف یا جرح و ضرب می‌دهد باید آن را دیده باشد (امامی، بی‌تا: ۶/ ص ۱۹۹)، یا کسی که شهادت بر ناسزا یا صدای انفجار یا اقرار می‌دهد باید آن را شنیده باشد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷). پس دیدن و شنیدن دو راه غالب و متعارف برای حصول علم است، اما تنها راه رسیدن به علم نیست. بلکه مهم آن است که راه حصول علم راهی متعارف و قابل قبول باشد به گونه‌ای که بر حسب عرف و عادت برای هر انسان ایجاد علم کند. اما در امور کیفی باید دقت بیشتری کرد زیرا هر شک و شبهه‌ای به نفع متهم تفسیر می‌شود و شاهد به واقعه‌ای (جرم) شهادت می‌دهد که باید جزمی و یقینی باشد و این جزم و یقین حتی الامکان از راه حس به دست آمده باشد.

شهادت اشخاص ناشنوا و لال و نابینا هم در مواردی که بتوانند با سایر حواس خود موضوع شهادت را تحمّل کنند و در هنگام ادای شهادت بتوان به مفاد شهادت آنها پی برد جایز است. به عنوان مثال شخص نابینا می‌تواند به آنچه که شنیده است شهادت دهد (زراعت؛ حاجی زاده، ۱۳۸۸: ۲۹۸ و ۲۹۹).

افتراق فقه و حقوق

نکته افتراق فقه و حقوق در مسأله استناد به علم قطعی این است که در فقه می‌توان با استناد به «شیاع» و «تسامع» شهادت داد. در حالی که قانون مدنی از چنین شهادتی نام نمی‌برد و هیچ حکمی درباره امکان پذیرش چنین شهادتی وجود ندارد بلکه تنها ممکن است در دادرسی‌های کیفری جزء اماره‌های قضایی به حساب آید.

بررسی و تحلیل

اگرچه بعضی از حقوق دانان تلاش نموده‌اند تا اثبات نمایند که در برخی از موارد مانند نسب، مرگ، مالکیت، وقف و ... جز از راه تکیه بر شهرت و اعتماد عمومی نمی‌توان به واقعه دست یافت و استماع چنین شهادتی مورد نیاز عمومی است و عرف آنرا معتبر می‌شمارد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲ تا ۲۴). اما افتراق فقه و حقوق که در فوق ذکر گردید، در دوران کنونی صحیح به نظر می‌رسد، زیرا گرچه در دوران قدیم اطلاع پیدا نمودن از اموری مانند نسب، مرگ، ملک مطلق، نکاح و ... غالباً از راه «شیاع» و «تسامع» بود و به همین دلیل شهادت با استناد به «شیاع» و «تسامع» صحیح بود، اما در دوران کنونی با توجه به تنظیم اسناد و مدارک، آزمایش DNA و ... این امور قابل اثبات است و دیگر نیازی به شهادت شهود در رابطه با این امور نیست، اگرچه در موارد نادر مثل وقفی که واقف آن وقف را مستند و قانونی ننموده اما وقف بودن آن شیوع پیدا کرده، می‌توان با استناد به «شیاع» و «تسامع» شهادت داد؛ در نتیجه، بهتراست این موارد نادر در قانون تصریح شود و شهادت به «شیاع» و «تسامع» در این امور قانونی گردد.

موارد استثناء بر لزوم استناد به علم قطعی در شهادت

همان‌طور که بیان شد از منظر فقه امامیه شاهد فقط می‌تواند با استناد به علم قطعی شهادت دهد، اما این اصل دو استثنا دارد و در دو مورد می‌توان بدون استناد به علم قطعی شاهد حکم

نمود. آن دو مورد عبارتند از: ۱- شهادت بر شهادت. ۲- شهادت مستند به ید. در ذیل به بررسی این استثنائات می‌پردازیم:

شهادت بر شهادت

شهادت بر شهادت اولین مورد استثنایی است که در آن می‌توان بدون استناد به علم قطعی شاهد حکم داد. شهادت بر شهادت یعنی دو نفر انسان عادل در حضور حاکم شهادت بدهند که فلان شخص در نزد آنها به فلان چیز شهادت داده است. در اینجا این دو نفر را شاهد فرع و شهادت آنها را شهادت بر شهادت می‌نامند (قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۵۱/۹؛ ر.ک: شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۳/۳۹۹؛ کاظمی، ۱۳۸۸: ۹۷).

اگر دو شاهد عادل (فرع) شهادت بدهند بر هر دو شاهد عادل اصل، یا اینکه دو شاهد عادل (فرع) شهادت بدهند بر بیشتر از دو شاهد عادل اصل (در اموری که تعداد شهود اصل باید بیشتر از دو نفر باشد) جایز است. یعنی اگر شاهدان فرع دو نفر باشند که هم بر شهادت اولین شاهد اصل و هم بر شهادت دومین شاهد اصل شهادت بدهند کفایت می‌کند، بلکه جایز است که شاهد اصل شاهد فرع شود برای شاهد اصل دیگر؛ پس شهادت یکی از دو اصل به سبب شهادت اصل دیگر (بر شهادت او) به ضمیمه شهادت شخص دیگر (که شاهد فرع باشد) ثابت می‌شود (قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۶۰/۹؛ ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷: ۴۷۹/۱۲؛ نجفی، بی‌تا: ۴۱/۱۹۲ و ۱۹۳؛ خمینی، بی‌تا: ۴/۱۶۵).

شرایط و موارد پذیرش شهادت بر شهادت عبارت است از:

علاوه بر شرایط معتبر در قبول شهادت، مشهور فقها ذکوریت شهود را در امر شهادت بر شهادت شرط دانسته و قایلند به اینکه: شبه منع قبول کردن شهادت بر شهادت زنان است (خمینی، بی‌تا: ۴/۱۶۵؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۴/۱۸۳۰؛ نجفی، بی‌تا: ۴۱/۲۰۷).

با شهادت فرع: ۱. حق الناس (غیر از حد) ثابت می‌شود. فرقی نمی‌کند که حق الناس کیفری باشد مثل قصاص، یا اینکه حق الناس غیر کیفری باشد، اعم از اینکه حق الناس غیر

کیفری مالی باشد مثل قرض یا غیر مالی باشد مثل نسب ۲. حق الله (غیر از حد) ثابت می شود مثل زکات (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۶/۴؛ خمینی، بی تا: ۴/۱۶۳؛ نجفی، بی تا: ۴۱/۱۹۰ و ۱۹۱) اوقاف مساجد، جهات عامه، رؤیت هلال و... (محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۶/۴؛ خمینی، بی تا: ۴/۱۶۳).

اما با شهادت فرع حدها ثابت نمی شود: ۱. چه در حق الله محض مثل حدّ زنا، بنا بر اجماع فقها ۲. چه در حقوق مشترک بین حق الله و حق الناس مثل حدّ سرقت، بنا بر اختلاف نظر در بین فقها (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۶/۴؛ خمینی، بی تا: ۴/۱۶۳). تعدادی از فقها قایلند به اینکه حدها در حقوق مشترک به واسطه شهادت فرع ثابت می شود و دلیل شان مقدم کردن حق الناس بر حق الله است و اینکه در حق الناس شهادت فرع قبول است (محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۶ و ۱۸۲۷؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۳/۱۷۰؛ قارویی تبریزی، ۱۳۶۸: ۹/۳۵۴)، و تعدادی از فقها قایلند به اینکه حدها در حقوق مشترک به واسطه شهادت فرع ثابت نمی شود و دلیل شان مقدم کردن حق الله بر حق الناس است و اینکه در حق الله شهادت فرع قبول نیست، که این نظر بیشتر فقها است (همان).

بنابراین، ضابطه مورد شهادت بر شهادت منحصر به حقی می شود که حد الهی نباشد (جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۳/۱۷۰)، زیرا: ۱. در حدود بنا بر تخفیف است. ۲. حدود به واسطه شبهه برداشته می شود (نجفی، بی تا: ۴۱/۱۹۰). ۳. روایت طلحه بن زید از امام صادق علیه السلام از پدرش علیه السلام که درباره امام علی علیه السلام فرمودند: «وإنه كان لايجيز شهادة علي شهادة في الحد: امام علي علیه السلام در حد، شهادت بر شهادت را قبول نمی کردند» (شیخ طوسی، ۱۳۶۵: ۵/۲۵۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۴) - ۴. روایت غیاث بن ابراهیم از امام صادق علیه السلام و ایشان از پدرش علیه السلام که فرمودند: «قال علي علیه السلام لا تجوز شهادة علي شهادة في الحد: امام علي علیه السلام فرمودند: شهادت بر شهادت در حد جایز نیست» (شیخ طوسی، ۱۳۶۵: ۵/۲۵۶؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۴).

بنابر آنچه گفته شد اگر حق مشتمل بر حق الناس و حق الله باشد مانند زنا، و فردی به آن (زنا) اقرار کند، به وسیله شهادت بر شهادت فقط حق الناس آن یعنی نشر حرمت ثابت

می‌شود،^۳ اما حق‌الله آن یعنی حدّ زنا ثابت نمی‌شود (مکی عاملی، بی‌تا: ۱۴۱/۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۷۱/۳؛ خمینی، بی‌تا: ۱۶۳/۴).

مراتب تحمّل شهادت بر شهادت عبارت است از:

الف) مرتبه اول آن است که شاهد اصل به شاهد فرع بگوید: شاهد باش بر شهادت من (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۷/۴؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۱۴۲/۲). در این صورت شاهد فرع در هنگام ادای شهادت باید بگوید: فلانی (که شاهد اصل است) مرا شاهد گرفت به اینکه به فلان واقعه شهادت دهد (جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۷۴/۳).

ب) مرتبه دوم آن است که شاهد اصل شاهد فرع را دعوت نکرده باشد (قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۶۳/۹)، بلکه شاهد فرع شهادت شاهد اصل را در محکمه شنیده باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۷/۴؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۱۴۲/۲). در این صورت شاهد فرع در هنگام ادای شهادت باید بگوید: شنیدم در مجلس حاکم شرع، که فلانی (که شاهد اصل بود) شهادت داد بر فلان مطلب (ر.ک: قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۶۳/۹).

ج) مرتبه سوم آن است که شاهد فرع شهادت شاهد اصل را در جایی غیر از محکمه شنیده باشد، البتّه پذیرفتن شهادت شاهد فرع در این صورت شرطش این است که شاهد اصل سبب وجود حق را ذکر کرده باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۰: ۱۸۲۸/۴؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۱۷۴/۳؛ قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۶۳/۹). در این صورت شاهد فرع در هنگام ادای شهادت باید بگوید: شهادت می‌دهم به اینکه فلانی از فلانی صد تومان، مثلاً، طلبکار است بابت ثمن فلان جنسی که به او فروخته است (قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸: ۳۶۳/۹).

شهادت فرع در صورتی پذیرفته می‌شود که حضور شاهدان اصل در مجلس حکم ممکن نباشد، مثل مردن یا بیمار بودن یا مسافرت بودن یا نظایر اینها (شیخ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۴؛ علامه حلی، ۱۳۷۹: ۳۱۶؛ مکی عاملی، بی‌تا: ۱۴۱/۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۵۶۱/۲). ضابطه معذور بودن، نزد فقهای امامیه، آن است که شاهدان اصل مشقّت داشته باشند (نجفی، بی‌تا: ۲۰۰/۴۱). هر چند این سختی و مشقّت به میزان تعدّر و عدم امکان عقلی نرسد (جبعی

عاملی، ۱۳۸۲: ۳/ ۱۷۳). به دلیل: ۱. قول امام باقر^{علیه السلام} که فرمودند: «الشهادة علی الشهاده الرجل وهو بالحضره فی البلد، قال: نعم، ولوکان خلف ساریه، إذا کان لا یمكنه أن یقیمها هولعله تمنعه من أن یحضرو یتقیمها: درباره شهادت بر شهادت مرد با این که مرد در همان شهر حاضر است، حضرت فرمود: آری، گرچه پشت ستونی باشد، شهادت بر شهادت جایز است، زمانی که او به دلیلی نمی تواند خود اقامه شهادت کند و این دلیل او را باز می دارد از اینکه حاضر شود و اقامه شهادت کند. بنابراین اقامه شهادت بر شهادت اشکالی ندارد» (شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۳/ ۷۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵: ۵/ ۲۵۶؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/ ۴۰۳). ۲. عسر و حرج رفع کننده تکلیف است (حسینی اشکوری، ۱۳۸۴: ۲۵۴؛ ر.ک: نجفی، بی تا: ۴۱/ ۲۰۰).

اگر دو شاهد فرع شهادت دهند و بعد از آن شاهد اصل حاضر شود، اگر حضور شاهد اصل قبل از حکم باشد اعتبار فرع ساقط می شود و شهادت شاهد اصل معتبر است. اما اگر حضور شاهد اصل بعد از حکم باشد ضرری به حکم نمی رسد، فرقی هم نمی کند که شهادت اصل و فرع با هم موافق باشند یا مخالف.

اگر حال شاهد اصل به سبب فسق یا کفر تغییر کند حکم نمی شود به شاهد فرع به جهت اینکه حکم مستند است به شاهد اصل، یعنی دلیل حکم شاهد اصل است (محقق حلی، ۱۳۶۰: ۴/ ۱۸۳۰؛ نجفی، بی تا: ۴۱/ ۲۰۶).

شاهد فرع باید شاهد اصل را به وسیله ذکر اسم تعیین کند، بنابراین، شهادت دادن شاهد فرع به صورت اجمالی و اینکه بگوید: دو شاهد اصل عادل ما را شاهد گرفت، بدون اینکه شاهدان اصل را تعیین کند کافی نیست (جبعی عاملی، ۱۳۸۲: ۳/ ۱۷۳؛ ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۲/ ۴۸۷).

ادله فقهی بر مقبولیت شهادت بر شهادت عبارتند از:

۱. عموم آیه ۲۸۲ سوره بقره: «استشهدوا شهیدین من رجالکم: دو تن از مردان را گواه گیرید.» که فرقی نگذاشته بین شهادت اصل و شهادت فرع (شیخ طوسی، ۱۳۸۲: ۶۲۹).
۲. روایت محمد بن مسلم از امام باقر^{علیه السلام}، زمانی که از ایشان سؤال کرد:

الشهادة على الشهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد، قال: نعم، ولو كان خلف سارية، إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هولعلة تمنعه من أن يحضرو يقيمها؛ درباره شهادت بر شهادت مرد با این که مرد در همان شهر حاضر است، حضرت فرمود: آری، گرچه پشت ستونی باشد شهادت بر شهادت جایز است، زمانی که او به دلیلی نمی‌تواند خود اقامه شهادت کند و این دلیل او را باز می‌دارد از اینکه حاضر شود و اقامه شهادت کند. بنابراین، اقامه شهادت بر شهادت اشکالی ندارد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۳/۷۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵: ۵/۲۵۶؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۳).

۳. روایت موثقه طلحه بن زید از امام صادق علیه السلام از پدرش و ایشان از امام علی علیه السلام که: «کان لا یجیز شهادة رجل علی رجل إلا شهادة رجلین علی رجل: امام علی علیه السلام شهادت مردی را بر مرد دیگر جایز نمی‌شمردند مگر اینکه دو مرد بر مردی شهادت می‌دادند» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۳/۲۱؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۳؛ ایروانی، ۱۳۸۴: ۴/۵۵). روایتی با همین مضمون از غیاث نیز نقل شده (شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۳/۷۰؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۳؛ ایروانی، ۱۳۸۴: ۴/۵۵).

۴. اجماع (جبعی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۲۶۹؛ نجفی، بی‌تا: ۴۱/۱۸۹).

از منظر حقوق موضوعه بر اساس ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی:

شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود» و بر اساس ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «در کلیه دعاوی که جنبه حق‌الناسی دارند اعم از امور جزایی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود. تبصره: گواه بر شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای گواه و گواهی باشد.

افتراق فقه و حقوق

نکته افتراق فقه و حقوق در مسأله شهادت بر شهادت، این است که در فقه شهادت بر شهادت نسبت به حقوق‌الله (غیر از حد) و حقوق‌الناس (غیر از حد) پذیرفته می‌شود، در حالی

که در حقوق موضوعه بر اساس ماده ۲۳۱ قانون مدنی به واسطه شهادت بر شهادت فقط جنبه حق الناسی دعاوی (اعم از جزایی یا مدنی) قابل اثبات است.

بررسی و تحلیل

در باب اثبات زنا شارع حکم کرده چنانچه یک نفر از چهار نفر عادل دیرتر از بقیه به محکمه برسد و سه نفر شهادت بدهند و شهادت نفر چهارم عرفاً متصل به سه شهادت دیگر نباشد، باید آن سه نفر را تعزیر نمود. این تعزیر برای حفظ آبروی انسان‌ها و بستگان آنهاست. بر اساس قاعده درء نیز (تدرأ الحدود بالشبهات) حدود با پیدایی شبهه، ساقط می‌شود. لذا، با توجه به شرایط سختی که شارع برای اثبات حدود قرار داده این نتیجه به دست می‌آید که شارع تمایلی به تسریع در اجرای این موارد ندارد، زیرا اجرای سریع و اثبات آسان آنها به نوعی اشاعه فحشاء در جامعه است (ر.ک: صانعی، ۱۳۸۵: ۳۵ تا ۳۷). بنابراین، با توجه به سختگیری فقه در اثبات جرایم حدی و اینکه بر اساس روایات سیره ایمه به عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود استوار بوده و مشهور فقها نیز قایل به همین نظر هستند، نیاز است تا در حقوق موضوعه نیز عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق الناس حدی تصریح گردد.

شهادت مستند به ید

دومین استثنایی که در آن می‌توان بدون استناد به علم قطعی شهادت داد، شهادت مستند به ید است.

«قاعده ید» از قواعد معتبری است که مورد قبول تمامی فقهای اسلام، بلکه کافه عقلا و مورد استناد ایشان است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/۳۷۹). در تعریف ید آمده است: «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۲۷). مفاد قاعده ید این است که استیلا و سلطه فرد بر شیء، مثبت مالکیت آن شخص است

و در واقع طبع اصلی و اولیه تسلط انسان بر شیء، نشانه مالکیت شخص و ملک بودن شیء است، مگر آن که خلافش ثابت شود (همان: ۳۳ و ۳۴).

یکی از بحث‌های مهم در مورد قاعده ید اثبات اماره بودن آن است که مورد تصریح برخی فقها قرار گرفته است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۴/۳۴۶). اهمیت اثبات اماره بودن ید از آن جهت است که به طور کلی امارات در طریق بودن به واقع و ارائه آن همچون قطع طریقی می‌باشند (ذهنی تهرانی، بی تا: ۱/۴۴) و در واقع امارات قایم مقام قطع طریقی هستند (حسینی، ۱۴۱۳: ۳۰). قطع طریقی آن است که حکم در آن بر ذات موضوعی واقعی حمل شده بدون اینکه کوچک‌ترین دخالتی برای قطع در تشریح و توجه آن نسبت به مکلف باشد. از این رو، اعتبار و ملاحظه این قسم از قطع صرفاً از باب این است که واقع را نشان می‌دهد و خاصیت آن طریق بودن و ارائه واقع است. لذا، هر اماره معتبر و اصل شرعی و عقلی که واجد این خصوصیت باشد، نظیر «بینه» و «استصحاب»، باید بتواند به جای آن قرار گرفته و فایده‌ای که بر قطع مترتب است آن نیز افاده نماید و از این حیث با قطع هیچ فرق ندارد. البته تنها فرقی که بین آنها است اینکه قطع طریقی حجیت و اعتبارش ذاتی است ولی امور یاد شده جعلی و تنزیلی می‌باشند (ذهنی تهرانی، بی تا: ۱/۴۳).

براین اساس، امارات عبارت‌اند از طرق و راههایی که کاشف از واقع هستند و ما را به واقع می‌رسانند (محمدی، ۱۳۷۹: ۱۰۷)، و به همین علت از سوی شارع حجیت یافته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۸). حجیت آنها نیز عرضی است، یعنی بر اساس جعل شارع و یا به حکم عقل حجت هستند (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۶۱).

بر اساس قول به اماره بودن قاعده ید است که گفته شده: «مبنا و ملاک حجیت «ید» آن است که تسلط و استیلا مالکانه، کاشفیت نوعی از مالکیت دارد و شارع نیز این امر را حجت می‌داند» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۹).

در مورد اعتبار «ید» و دلایل اماره بودن آن، برخی معتقدند: معتبر بودن ید و تصرف مالکانه بلامنازع، از بدیهیات و مسلمات است که نیاز به استدلال ندارد (طاهری، ۱۴۱۸:

۲۰۷)، اما در عین حال فقهای بزرگ برای آن در مجموع چهار دلیل اقامه کرده‌اند:

۱. بنای عقلا: (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/ ۳۸۶؛ ر.ک: حسینی، ۱۴۱۳: ۳۰).
۲. روایات: روایاتی از حفص بن قیاس،^۴ امام صادق^۵ در حدیث فدک^۶، مسعدة بن صدقة^۷ و موثقه^۸ یونس بن یعقوب^۹ وارد شده که بر اساس این روایات ید هر انسانی حجت و دلیل بر مالکیت او است مگر در جایی که خلاف آن اثبات شود و یا حداقل مدعی مخالفی وجود داشته باشد (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۰۸).
۳. اجماع مدرکی: (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/ ۳۸۵؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۲۰۹).
۴. عسر و حرج: اگر ید حجیت نداشته باشد عسر اکید و حرج شدید لازم آمده و مستلزم اختلال نظام دین و دنیا خواهد بود، لذا امام صادق^{۱۰} در ذیل حدیث حفص بن غیاث فرموده است: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (همان).
به هر حال، بعد از اثبات اماره بودن ید بر مالکیت، سؤال این است که آیا شهادت به مقتضای ید جایز است و آیا انسان می‌تواند به استناد قاعده ید، شهادت بر مالکیت ذوالید دهد؟ به عنوان مثال اگر ما مالی را در دست کسی ببینیم آیا می‌توانیم در محکمه بر مالکیت این فرد شهادت دهیم؟
در این رابطه در بین فقها دو نظر وجود دارد و این امر برمی‌گردد به موضوعی بودن علم یا طریقی بودن آن که بین صاحب نظران اختلاف است:
از نظر بعضی از فقهاء، شارع مقدس علم به مشهود به را به نحو موضوعی ملاحظه نموده، فلذا در آن تصرف کرده و صرفاً قطع و علمی که از راه حس برای شاهد حاصل شود مناط قرار داده و موردی که قطعش از راه ملاحظه ید یا اظهار بینه باشد تخطئه فرموده و آن را مجوز ادای شهادت قرار نداده است (ذهنی تهرانی، بی‌تا: ۵۰/ ۱؛ ر.ک: انصاری، ۱۳۸۷: ۱/ ۳۹).
- در حالی که نظر مشهور بین فقها این است که شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار داده و به ملك مطلق شهادت دهد، بلکه برخی از بزرگان ادعای عدم خلاف در آن فرموده‌اند (همان). بنابراین نظر، علم مأخوذ در باب شهادت علم طریقی است و هر امری که قایم مقام

علم باشد و انسان بتواند به واسطه آن شهادت بدهد کفایت می‌کند. در واقع در کلیه امارات و طرق و اصولی که قایم مقام علم به نحو طریقی باشد، می‌توان مستنداً به آنها شهادت داد و سوگند خورد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/۳۰۹).

امام خمینی علیه السلام در زمینه فوق فرموده‌اند: در این رابطه دو وجه وجود دارد که وجیه‌ترین آنها عدم جواز است، مگر با قیام قراین قطعی که موجب قطع باشند. البته شهادت به ملکیت ظاهری با تصریح به آن، به اینکه بگوید: این ملک او است به مقتضای ید او یا به مقتضای استصحاب - نه به طور مطلق - جایز می‌باشد (خمینی، بی‌تا: ۱۵۷/۴).

ادله فقهی بر مقبولیت شهادت مستند به ید عبارتند از:

۱. روایت حفص بن غیاث که در میان فقها بسیار معروف است، در مورد ید از امام

صادق علیه السلام نقل می‌کند که:

أرأيت إذا رأيت شيئاً في يد رجل أيجوز لي أن أشهد له؟ قال: نعم، فقال الرجل أشهد انه في يده و لا أشهد انه له فلعنه لغيره، فقال ابو عبد الله عليه السلام أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال عليه السلام لعنه لغيره فمن اين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك: هو لي و تحلف عليه و لا يجوز أن تسبه الي من صار ملكه من قبله اليك؟ ثم قال عليه السلام: و لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق: آن حضرت عليه السلام به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی ببینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال او است؟ فرمود: آری، جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست او است، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد، زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت عليه السلام فرمود: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام عليه السلام فرمودند: شاید مال دیگری باشد پس چگونه جایز است آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای اقرار کنی؟ سپس حضرت عليه السلام فرمود: اگر این امر جایز نباشد برای مسلمانها بازاری برپا نمی‌ماند (کلینی، ۱۳۶۵، ج، ص ۳۸۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/۳۰۹).

این روایت از نظر سند قوی نیست، ولی چون فقها به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح «شهرت فتوایی» دارد، ضعف سند بدین وسیله جبران شده است. روایت مذکور علاوه بر آن

که ید را اماره مالکیت می‌داند، اجازه شهادت بر مالکیت اشیای موجود در دست افراد را نیز داده است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۱/۱؛ ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۶/۱۵۵). پس دلالت این روایت صریح است به اینکه شهادت و سوگند مستند به ید جایزاستو شاید اکثر شهادتها و سوگندها در مسایل حقوقی، مستند به قاعده ید باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/۴۰۰). در نهایت آن حضرت در توجیه قاعده ید می‌فرمایند: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق». ایشان با این بیان، لزوم تأمین رونق زندگی اقتصادی و استحکام بخشیدن به داد و ستدها و حسن جریان امور در روابط اجتماعی و مدنی را که مطلوب عقل و شرع است، انگیزه پذیرش قاعده فوق معرفی کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۳/۱).

۲. شهرت: مشهور بین فقهاء این است که شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار داده و به ملک مطلق شهادت دهد، بلکه برخی از بزرگان ادعای عدم خلاف در آن فرموده‌اند (ذهنی تهرانی، بی‌تا: ۱/۵۰؛ ر.ک: انصاری، ۱۳۸۷: ۱/۳۹).

در حقوق موضوعه در رابطه با شهادت مستند به ید ماده قانونی خاصی وجود ندارد و در هیچ ماده قانونی ذکر نگردیده که بتوان ید متصرف را مناط قرار داده و به ملک مطلق شهادت داد.

بررسی و تحلیل

به نظر می‌رسد با کنار هم قرار دادن مواد ۱۳۱۵ و ۳۵ قانون مدنی بتوان راهی برای ایجاد هماهنگی بین فقه و حقوق، و رفع این مشکل پیدا نمود. توضیح این‌که: طبق نص صریح ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد نه به طور شک و تردید» به این معنا که کسی که شهادت بر تصرف می‌دهد باید آن را دیده باشد. بنابراین، زمانی که انسان می‌بیند که شخصی بر مالی ید دارد، می‌تواند بر تصرف این فرد شهادت دهد. طبق نص صریح ماده ۳۵ قانون مدنی نیز «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» که منظور از تصرف به عنوان مالکیت این است که کسی که مالی را در تصرف دارد و از آن انتفاع می‌برد، چه نسبت به آن ادعای

مالکیت کند یا نکند، قانون از وی حمایت می‌نماید و صاحب آن حق شناخته می‌شود. البته این مالک شناختن فرد تا زمانی است که خلاف آن در دادگاه ثابت نشود.

در نتیجه، با تلفیق دو ماده فوق، یعنی ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی که بر اساس آن: انسان می‌تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد، و همچنین ماده ۳۵ قانون مدنی که بر اساس آن: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، می‌توان نتیجه گرفت که به واسطه شهادت بر تصرف یک فرد، مالکیت مطلق آن فرد قابل اثبات است.

نتیجه

از نظر فقه آنچه در شهادت به آن استناد می‌شود «علم قطعی» است که از طرقی خاص به دست می‌آید (دیدن مستقیم، شنیدن مستقیم، دیدن همراه باشنیدن و نیز شیوع و استفاضه، هر کدام بر حسب مورد مناسب خود). در حقوق موضوعه نیز ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی دلالت بر شرط بودن علم قطعی در شهادت می‌کند که مراد از آن علم عادی است که از راههای متعارف و محسوس یعنی دیدن یا شنیدن مورد شهادت به دست می‌آید. لذا با اینکه شهادت متکی بر شایع و تسامع مورد قبول فقه است اما هیچ ماده قانونی وجود ندارد که دلالت بر مقبولیت این نوع از شهادت کند. به نظر نگارنده، این افتراق در دوران کنونی صحیح به نظر می‌رسد، زیرا گرچه در دوران قدیم اطلاع پیدا نمودن از اموری مانند ملک مطلق و ... غالباً از راه «شایع» و «تسامع» بود و به همین دلیل شهادت با استناد به «شایع» و «تسامع» صحیح بود، اما در دوران کنونی با توجه به تنظیم اسناد و مدارک و ...، این امور قابل اثبات است و دیگر نیازی به شهادت شهود در رابطه با این امور نیست، اگرچه در موارد نادر مثل وقف غیر مستندی که وقف بودن آن شیوع پیدا کرده، می‌توان با استناد به «شایع» و «تسامع» شهادت داد؛ در نتیجه، بهتر است این موارد نادر در قانون تصریح شود و شهادت به «شایع» و «تسامع» در این امور قانونی گردد.

علی‌رغم لزوم استناد شهادت بر علم قطعی، استثنائاً، فقها در دو صورت به شهادتی که مستند به علم قطعی نباشد ترتیب اثر می‌دهند:

۱. شهادت بر شهادت: به این معنا که دو نفر انسان عادل در حضور حاکم شهادت دهند

که فلان شخص در نزد آنها به فلان چیز شهادت داده، و این زمانی است که شاهد اصل به علت مردن یا بیماری یا ... نتواند در دادگاه حاضر شود. به وسیله این نوع شهادت حقوق الناس (جنبه غیر حدی) و حقوق الله (غیر از حد) ثابت می‌شود. برای مقبولیت شهادت بر شهادت بر شهادت، لازم است بر شهادت هر شاهد اصل دو شاهد فرع شهادت دهند و شبهه نزد فقها منع قبول کردن شهادت بر شهادت توسط زنان است. در حقوق موضوعه نیز مواد ۱۳۲۰ قانون مدنی و ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی دلالت بر معتبر بودن شهادت بر شهادت و شرایط شهادت بر شهادت می‌کنند. نکته افتراق فقه و حقوق این است که در فقه امامیه شهادت بر شهادت نسبت به حقوق الله (غیر از حد) و حقوق الناس (غیر از حد) پذیرفته می‌شود، در حالی که در حقوق موضوعه ایران در ماده ۲۳۱ قانون مدنی به واسطه شهادت بر شهادت فقط جنبه حق الناسی دعاوی (اعم از جزایی یا مدنی) قابل اثبات است. از نظر نگارنده، با توجه به سخت‌گیری فقه در اثبات جرایم حدی و اینکه بر اساس روایات سیره ایمه به عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود استوار بوده و مشهور فقها نیز قایل به همین نظر هستند، باید در حقوق موضوعه نیز بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود تصریح گردد.

۲. شهادت مستند به ید: «ید» یکی از قواعد فقهیه است که بر طبق آن «اگر فردی سلطه و اقتدار بر چیزی داشته باشد به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد، مالک آن شمرده می‌شود» زیرا ید او به واسطه روایاتی که در این زمینه وجود دارد و به خاطر بنای عقلا و رفع عسرو حرج، اماره بر ملکیت است و اماره نیز کاشف از واقع و حجت است. در نتیجه مشهور فقها قایلند به این که شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار داده و به ملک مطلق شهادت دهد. اما در حقوق موضوعه در رابطه با شهادت مستند به ید ماده قانونی خاصی وجود ندارد. با تحلیل ارتباط بین قوانین، نگارنده به این نتیجه رسیده است که در جهت ایجاد تطبیق بین فقه و حقوق، می‌توان گفت که طبق ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی؛ انسان می‌تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد، و طبق ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، در نتیجه، به واسطه شهادت انسان بر تصرف یک فرد، مالکیت آن فرد ثابت می‌شود.

پی نوشتها

١. علم یقینی عادی (محقق حلی، ١٣٦٠: ٤ / ١٨١٠).
٢. نسبت زنا یا لواط به کسی دادن (قاروبی تبریزی، ١٣٦٨: ٩ / ٣٣٢).
٣. مثل نشر حرمت نکاح دختر زانیه بر زانی (قاروبی تبریزی، ١٣٦٨: ٩ / ٣٥٦).
٤. عن أبي عبد الله علیه السلام قال: أ رأيت إذا رأيت شيئاً في يد رجل أ يجوز لي أن أشهد انه له؟ قال علیه السلام: نعم. فقال الرجل: أشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال ابو عبد الله علیه السلام: أ فيحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله علیه السلام: فلعله لغيره فمن اين لك جاز أن تشتريه و تصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي و تحلف عليه؟ و لا يجوز أن تنسبه الي من صار ملكه من قبله اليك! ثم قال أبو عبد الله علیه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.
٥. إن مولانا امير المؤمنين علیه السلام قال لأبي بكر: أتحكام فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين؟ قال: لا، قال: فان كان في يد المسلمين شيء يملكون ادّعت أنا فيه من تسئل البينة؟ قال: إياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين، قال علیه السلام: فاذا كان في يدي شيء فادعي فيه المسلمون تسئلني البينة على ما في يدي و قد ملكته في حياة رسول الله صلوات الله عليه و آله و سلم و بعده و لم تسئل على ما ادعوا كما سألتني ما ادعيت عليهم، ... الى أن قال: و قد قال رسول الله صلوات الله عليه و آله و سلم: البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر.
٦. عن ابي عبد الله علیه السلام قال: سمعته يقول كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه. فتدعه من قبل نفسك و ذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته و هو سرقة و المملوك عندك لعله حر باع نفسه أو خدع فبيع قهراً و امرأة تحتك و هي اختك او رضيعتك، و الاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير هذا أو تقوم به البينة.
٧. في المرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال علیه السلام: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال فهو للرجل و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما و من استولى على شيء منه فهو له (موسوی بجنوردی، ١٤٠١: ١ / ٣٨٤).

کتابنامه

قرآن کریم.

- ابن براج، قاضی عبد العزیز، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ه ق.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، بی تا.
- انصاری، مرتضی، ترجمه و متن و شرح کامل رسائل شیخ انصاری، جمشید سمیعی، خاتم الانبیاء، ۱۳۸۷.
- ایروانی، شیخ باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، منشورات المركز العالمی للدراسات الاسلامیه ۱۳۸۴.
- جبعی عاملی، زین الدین، شرح لمعه، حمید مسجد سرابی، انتشارات حقوق اسلامی، ۱۳۸۲.
- _____ مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ق.
- جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.
- حائری، علی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸.
- حر عاملی، محمد، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- حسینی، محمد، القواعد الفقهیه، مؤسسه امام رضا علیه السلام، ۱۴۱۳ق.
- حسینی اشکوری، علی، تحریر التحریر، معهد الامام الخمينی و الثورة الاسلامیه للتحقیق و الدراسات العلیا، ۱۳۸۴.
- خمینی، روح الله ترجمه تحریر الوسيله، علی اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- زراعت - حاجی زاده، عباس - حمید رضا، ادله اثبات دعوی، کاشان: قانون مدار، ۱۳۸۸.
- ذهنی تهرانی، محمد جواد، تشریح المقاصد فی شرح الفرائد، حاذق، بی تا.
- شمس، عبد الله، آیین دادرسی مدنی، دراک، ۱۳۸۴.
- شیخ طوسی، محمد، التهذیب، قم: دار الكتاب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- شیخ طوسی، محمد، الخلاف فی الفقه، بی تا، ۱۳۸۲.

- شیخ طوسی، محمد، *المبسوط فی فقه الامامیه*، المكتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- شیخ طوسی، محمد، *الاستبصار*، ج ۳، قم: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.
- شیخ طوسی، محمد *الوسیله الی نیل الفضیله*، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ه.ق.
- صدوق، محمد، *من لا یحضره الفقیه*، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ه.ق.
- صدوق، محمد، *المقنع*، مؤسسه امام هادی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- طاهری، حبیب الله، *فقه استدلالی*، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
- طباطبایی قمی، تقی، *فقه استدلالی*، طبعه الخیام، ۱۴۰۰ ه.ق.
- طباطبایی، محمد حسین، *ترجمه تفسیر المیزان*، محمد باقر موسوی، ۱۳۶۳. همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
- طبرسی، فضل، *ترجمه تفسیر مجمع البیان*، ابراهیم میر باقری - احمد بهشتی - محمد رازی - هاشم رسولی محلاتی - علی صحت - علی کاظمی - محمد مفتاح ضیاء الدین نجفی - حسین نوری، تهران: فراهانی، ۱۳۵۰-۱۳۶۰.
- علامه حلی، حسن، *تلخیص المرام فی معرفه الاحکام*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.
- قاروبی تبریزی، حسن، *النضید فی شرح روضه الشهد*، داوری، ۱۳۶۸.
- قطب الدین راوندی، سعد، *فقه القرآن*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۵ ه.ق.
- کلینی، محمد، *الکافی*، قم: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- کاظمی، رضا، *احکام شهادت در محاکم قضایی*، راز نهان، ۱۳۸۸.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقهی*، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق.

- محقق حلی، ابوالقاسم، ترجمه فارسی شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۰.
- مکی عاملی، محمد، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، مؤسسه نشر الاسلامی، بی تا.
- مکی عاملی، محمد، حمید مسجد سرایی، شرح لمعه، حقوق اسلامی، ۱۳۸۳.
- موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ ه ق.
- نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار الاحیاء التراث العربی، بی تا.
- هاشمی، اسماعیلی، محسن، مریم، فقه استدلالی، نشر حریر، ۱۳۸۵.
- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، نشر نی، ۱۳۸۷.

مطالعه فقهی سازمان یافتگی جرم در پرتو اعانه بر اثم*

□ حمید سلیمانی**

چکیده

امروزه جرایم غالباً به صورت تشکیلاتی و سازمان یافته شکل می گیرند و چون با تشکیلات هدفمند و برنامه ریزی شده با داعی خاص و به طور مستمر فعالیت می کنند، به مراتب از جرایم عادی خطرناک تر هستند و توان مقابله و مجازات شدیدتری می طلبند. جرم سازمان یافته به صورت گروهی، هدفمند و از روی تباری و مستمر در جهت کسب منافع مادی صورت می گیرد. یافته های پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای به دست آمده است و در پی آنست تا سازمان یافتگی جرم را با اعانه بر اثم از حیث عناصر و مجازات مورد تحلیل و جست و جو قرار دهد.

دستاورد پژوهشی نویسندگان آن است که: اولاً، اگرچه اعانه بر اثم، لزوماً به صورت سازمان یافتگی رخ نمی دهد ولی با توجه به گسترش و پیشرفت فناوری، شرکت در جرم به صورت گروه های سازمان یافته ای تشکیل می شوند که اعضای آن به طور هدفمند و منسجم و با تقسیم وظایف در ارتکاب جرم مشارکت می نمایند.

ثانیاً؛ در جرم سازمان یافته چون همه افراد به صورت یک زنجیره و شبکه ای عمل می کنند و به دنبال یک هدف واحد هستند بر همین اساس، با سازمان یافتگی جرم، عنوان مجرمانه تغییر و به تبع آن مجازات اشد می گردد.

واژگان کلیدی: سازمان یافتگی جرم، اعانه بر اثم، تشکیلات، تشدید مجازات، مشارکت در جرم.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۴/۲۰ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۰/۱۲.

** استادیار گروه حقوق مؤسسه آموزش عالی رهجویان دانش استان بوشهر (h.soleymani@mail.um.ac.ir).

مقدمه

امروزه اشکال جرم با تحوّل جوامع و پیشرفت فناوری از حالت بسیط خود غالباً خارج شده‌اند و به صورت سازمان‌یافته و با تشکیلاتی پیچیده واقع می‌شود. این گونه جرایم، به خاطر وجود تشکیلات هدفمند و برنامه‌ریزی شده با داعی خاصّ و به‌طور مستمرّ فعالیت می‌شود، به مراتب از جرایم عادی و فردی خطرناک‌تر است و توان مقابله و مجازات شدیدتری می‌طلبد.

جرم‌سازمان‌یافته، از جمله مباحثی است که در سال‌های اخیر در محافل حقوقی ایران وارد شده است. ارتکاب جرم، ممکن است به صورت فردی و عادی یا سازمان‌یافته صورت گیرد که امروزه بزهکاری‌های خطرناک، نه به صورت فردی بلکه غالباً به صورت سازمان‌یافته واقع می‌شود. «جرم‌سازمان‌یافته» معادل فارسی اصطلاح انگلیسی موسوم به «Organized Crime» است. در زبان عرب نیز با معادل‌های مختلفی چون «الجريمة المنظمة» و «الجريمة التنظيمية» به کار رفته است.

کنوانسیون پالمو، از اساسی‌ترین و مهم‌ترین اسناد بین‌المللی است که به موضوع جرم‌سازمان‌یافته و مبارزه با آن پرداخته است؛ در بند الف ماده ۲ آن کنوانسیون «گروه بزهکار سازمان‌یافته» چنین تعریف شده است: «گروه جنایی سازمان‌یافته، یک گروه واجد ساختار تشکیلاتی مرکب از سه نفر یا بیشتر است که برای مدت‌زمانی موجودیت می‌یابد و باهدف ارتکاب یک یا چند جنایت شدید یا جرایم مندرج در این کنوانسیون به منظور تحصیل مستقیم یا غیر مستقیم یک نفع مالی یا نفع مادی دیگر به‌طور هماهنگ فعالیت می‌کند» (سلیمی، جنایت سازمان‌یافته فراملی، ۳۵ و ۳۷). از این تعریف می‌توان به‌عنوان یک تعریف بین‌المللی در مورد جرم‌سازمان‌یافته یاد کرد و بر اساس آن، عناصر جرم‌سازمان‌یافته را جست‌وجو نمود و ملاکی برای تعریف جرم‌سازمان‌یافته در حقوق داخلی باشد. در تعریف مذکور، وجود گروه بیش از دو نفر، تبانی و برنامه‌ریزی بین اعضا، استمرار قابل‌ملاحظه فعالیت مجرمانه و انگیزه‌ی مالی آن فعالیت مجرمانه به‌عنوان مقومات و عناصر جرم‌سازمان‌یافته قلمداد شده است.

در حقوق داخلی، اگرچه سازمان یافتگی جرم قابل ردیابی است ولی به نظر می‌رسد تعریف جامع و مانعی در جهت کسب معیار و ملاک جرم سازمان یافته قابل جست و جو نیست. در تبصره ۱ ماده ۱۳۰ ق.م.ا. گروه مجرمانه مورد تعریف قرار گرفته است که مقرر می‌دارد: «گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می‌گردد». جرم سازمان یافته، اگرچه عمدتاً از طریق این گروه‌های مجرمانه و به صورت هماهنگ و سلسله مراتب و از روی تباری ارتکاب می‌یابد که سردهسته‌ی گروه مجرمانه سازمان یافته در رأس گروه مجرمانه تلاش می‌کند از طریق اعضا گروه، به اهداف مالی و مادی دست یابد، ولی باید گفت: ماده مذکور، گروه مجرمانه سازمان یافته را معرفی و مفهوم سازی نکرده بلکه صرفاً گروه مجرمانه را تعریف کرده و عناصر اساسی جرم سازمان یافته را ملاحظه ننموده است و به نظر این تعریف بیشتر شامل جرایم گروهی و شراکتی و بانندی می‌شود تا جرایم سازمان یافته. قانون‌گذار در بند «س» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز،^۱ تعریفی از قاچاق سازمان یافته ارائه کرده است. مطابق بند فوق، قاچاق سازمان یافته «جرمی است که با برنامه‌ریزی و هدایت گروهی و تقسیم کار توسط یک گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم قاچاق، تشکیل یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم قاچاق منحرف شده است، صورت می‌گیرد». به نظر می‌رسد، قانون‌گذار به طور خاص و مستقل جرم سازمان یافته را تعریف نکرده و بلکه بر اساس اسناد بین‌المللی به تعریف قاچاق سازمان یافته پرداخته است که یکی از مصادیق جرم سازمان یافته است. با ارائه این تعریف ملاحظه می‌شود که برخی از عناصر اساسی جرم سازمان یافته در «جرم قاچاق کالا و ارز سازمان یافته» یعنی وجود گروه و تشکل بیش از دو نفر، تباری و برنامه‌ریزی بین اعضا و انگیزه‌ی ارتکاب جرم در نظر گرفته شده است ولی به عنصر اساسی استمرار فعالیت مجرمانه اشاره‌ای نکرده است.

مع الوصف، با الهام از تعاریف مختلف و اسناد بین‌المللی ویژه کنوانسیون پالمو،

جرم سازمان یافته است که به صورت گروه هدفمند و از روی تبانی و مستمر در جهت کسب منافع مادی محقق شود. بنابراین، گروهی بودن، تبانی بین اعضا، استمرار قابل ملاحظه فعالیت مجرمانه و کسب منافع مالی از ارکان و مقومات جرم سازمان یافته قلمداد می شود. در این نوشتار تلاش بر این است که به روش تحلیلی - توصیفی و با بهره مندی ابزاری از اسناد و منابع کتابخانه ای، مقایسه ای بین جرم سازمان یافته و اعانه برائتم داشته باشیم تا بتوان ریشه یابی فقهی از سازمان یافتگی جرم ایجاد نماییم و با نگاه فقهی، سازمان یافتگی جرم در حقوق موضوعه ملاحظه شود.

مقومات سازمان یافتگی جرم در پرتو اعانه برائتم

اعانه برائتم، گاهی از باب مشارکت در جرم و گاهی از باب معاونت در جرم واقع می شود. براین اساس، جرم سازمان یافته را در هر دو مقوله مورد بررسی و تحلیل قرار می دهیم.

۱. مشارکت در جرم

یکی از عناوین فقهی که وقوع جرم سازمان یافته علی الاصول به این صورت ارتکاب می یابد، مشارکت در جرم است. ارتکاب جرم گاهی به صورت فردی و گاهی به صورت گروهی واقع می شود و امروزه هم با گسترش وقوع جرایم و با توجه به گسترش و پیشرفت فناوری، از یک سو مجرمان شیوه های ارتکاب جرم خود را تغییر داده اند و جهت ارتکاب آسان تر جرم و رسیدن به اهداف مجرمانه، به دنبال شرکایی برای خود می باشند و جرایم را در قالب مشارکتی و گروهی انجام می دهند و از سوی دیگر، جرایم ارتکابی در قالب مشارکتی، از صورت عادی خود خارج شده اند و بلکه به سازمان یافته سوق پیدا کرده اند؛ بنابراین، در آغاز به ماهیت مسئله پرداخته و سپس سازمان یافتگی جرم را در آن بررسی می کنیم.

۱-۱. مفهوم شناسی مشارکت در جرم

شرکت در لغت به معنای دخالت در امری و همکاری و سهیم بودن دو یا چند نفر در کاری

آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۹۳/۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۹۱/۱۳؛ فیروزآبادی، بی تا: ۳، ۳۰۸).
از نظر فقهی، اصولاً شرکت در جرم، به طور مستقلّ مورد تعریف قرار نگرفته است و بلکه فقط شرکت در قتل مورد بحث قرار گرفته است که به موجب آن شرکت در قتل زمانی محقق می شود که حدّ اقل دو نفر در قتل دخیل باشند به گونه ای که اقدام هر یک از شرکا به تنهایی کشنده باشد یا اگر به تنهایی کشنده نیست در اثر جراحت حاصل عمل شرکا، شخص بمیرد (خویی، ۱۴۱۳: ۲۷-۲۶؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۱۲/۵۱۷). از منظر حقوق دانان، تعریف های گوناگونی از شرکت در جرم بیان شده است که مبتنی بر همان ملاک فقها شرکت در جرم است. برخی آورده اند شرکت در جرم زمانی مصداق پیدا می کند که حدّ اقل دو نفر با همکاری و مساعدت یکدیگر، عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم را تحقّق بخشند (شامبیاتی، ۱۳۹۳: ۱۸۴). بعضی بر اساس مواد قانون مجازات اسلامی شرکت در جرم را چنین تعریف کرده اند: «در جرایم قابل شراکت، هرگاه دو یا چند نفر عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرمی را بی واسطه یا با واسطه انجام دهند، به گونه ای که جرم، به همه آنها مستند باشد، شرکت در جرم تحقّق یافته است» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۲: ۱۵). بعضی دیگر نوشته اند: شریک جرم به کسی گفته می شود که در صحنه جرم حضور داشته و بخشی از عملیات اجرایی جرم را انجام داده باشد؛ بنابراین، اگر همکاری و مساعدت در ارتکاب جرم، با این وصف باشد، شریک در جرم اطلاق می شود ولی اگر همکاری و مساعدت بدون حضور در صحنه جرم و به طور غیرمستقیم باشد، معاون در جرم محسوب می شود (ساکی، ۱۳۹۲: ۳۶/۲). برخی آورده اند: شرکت در جرم، به معنای مباشرت در ارتکاب جرم است و شرکا در جرم، اشخاصی هستند که نقش مستقیم در انجام جرم دارند (زراعت، ۱۳۹۲: ۱/۲۶۵).
قانون گذار هم در ماده ۱۲۵ ق.م.ا شرکت در جرم را تعریف نموده اند.^۲

بنابراین، با مطالب مطرح شده، عناصر اساسی شرکت در جرم عبارت اند از:

۱. وجود تعدّد مجرمان در عمل مجرمانه؛ یعنی حدّ اقل دو نفر در انجام ارتکاب جرم

دخیل و مشارکت داشته باشند به گونه‌ای که عملیات اجرایی به وسیله آنها تحقق پذیرد.

۲. جرم واقع شده باید جزء جرایمی باشد که قابل شرکت باشد. به عبارت دیگر، برخی از جرایم هستند که تنها با یک نفر قابل تصور است که در این موارد شرکت جاری نیست. به عنوان مثال جرم شرب خمر و ترک نفقه زوجه فقط از یک نفر قابل صدور است و شرکت محقق نمی‌شود.

۳. استناد جرم به همه‌ی افراد باشد. بر این اساس، صرف مشارکت و همکاری در ارتکاب جرم، جرم به صورت مشارکت نمی‌باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۲: ۱۶-۱۵). بنابراین، در مشارکت در جرم که دو یا چند نفر در عملیات اجرایی جرم دخیل هستند، تبانی و توافق و برنامه‌ریزی افراد گروه در ارتکاب جرم، لازم نیست.

نکته حایز اهمیت آنکه برخی از فقها بین جرم فردی و غیر سازمان یافته با جرم تشکیلاتی و سازمان یافته، قایل به تفکیک شده‌اند یعنی در صورتی که جرم به صورت سازمان یافته واقع شود، می‌توان کسانی را که در عملیات اجرایی جرم به طور دقیق دخالت نداشته‌اند ولی جزء اعضا گروه و تشکل در ارتکاب جرم بوده‌اند، شریک در جرم به شمار آورد و همگی به عنوان شرکت در جرم مجازات شوند. در این باره، آیت الله موسوی اردبیلی از فقهای معاصر در قسمت شرایط سرقت حدی آورده‌اند: گاهی جرایم به طور فردی محقق می‌شود؛ مثل اینکه کسی به قصد سرقت هتک حرز می‌کند ولی از سرقت منصرف می‌شود و دیگری از حرز، مالی را می‌برد. در این حالت، دست هیچ‌یک از آنها قطع نمی‌شود و حکم صحیح است؛ ولی گاهی به صورت گروهی و سازمان یافته صورت می‌گیرد به گونه‌ای که برای هر عضو از اعضا وظیفه خاصی بر حسب تخصص و باهوشی آنها نهاده می‌شود همان گونه که در سازمان‌های جاسوسی و شبکه‌های تروریستی به این نحو می‌باشد و در حقیقت یک شبکه و تشکل بزرگی هستند که به منزله یک زنجیره هستند که هر فرد از اعضا این گروه به منزله یک حلقه از این زنجیره می‌باشد. بر این اساس، سؤال آن است که آیا درست است که به همان شکل و شیوه‌ای که

جنایت فردی ملاحظه می‌شود، شبکه‌ها یا گروه‌های سازمان‌یافته جنایی در نظر گرفته شود؟ آیا صحیح است در موضوع بحث گفته شود که دست هیچ‌یک از اعضا گروه سازمان‌یافته سرقت یا باند سرقت قطع نمی‌شود مگر کسی که هم هتک حرز کرده و هم مال را از حرز برده؟ آیا با این روش مجازات حدّ ساقط نمی‌شود؟ و آیا باعث باز شدن باب سرقت نمی‌شود؟ در نتیجه باید گفت: بعید نیست که با همهی اعضای شبکه و گروه همانند یک فرد رفتار شود و در صورتی که گروهی منسجم و سازمان‌یافته، حرزی را هتک می‌نمایند و مالی از آن برده شود، همهی اعضای آن گروه محکوم به قطع عضوند گرچه کسی که مال را برده، هتک حرز نکرده و آنکه هتک حرز کرده، مالی را نبرده باشد^۳ (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۹: ۳/۵۴-۵۳).

بر اساس این دیدگاه، در جرایم سازمان‌یافته، کسانی که در عملیات اجرایی جرم مشخصاً دخالت نداشته‌اند ولی جزء گروه مجرمانه سازمان‌یافته بوده‌اند، شریک در جرم قلمداد شده‌است و همگی مجازات مشارکت در جرم را دارند. به عبارت دیگر؛ افرادی که به صورت سردسته و معاون در جرم دخیل بوده‌اند (نه شریک در جرم) از حیث مجازات تغییر عنوان مجرمانه صورت می‌گیرد و تشدید مجازات اعمال می‌شود.

برخی از محققان قایل هستند که در جرایم سازمان‌یافته تعزیری می‌توان همهی اعضای باند و گروه سازمان‌یافته را به عنوان شریک در جرم در نظر گرفت؛ زیرا:
اولاً- مصالح اجتماعی و سیاست کیفری اقتضا می‌کند که همگان را شریک در جرم به شمار آورد.

ثانیاً- از نظر فقهی مانعی وجود ندارد چون در جرایم تعزیری قاعده التّعزیر لکل حرام، حاکم است و در واقع شخص به خاطر ارتکاب فعل حرام، قابل تعزیر است و آن هم دون‌الحد. پس اگر کسی در اداره و سازمانی، گروه سازمان‌یافته‌ای را تشکیل بدهد که اقدام به گرفتن رشوه از ارباب‌رجوع کند، همهی اعضا اعمّ از سردسته و رأس گروه و سایر افراد به عنوان شریک در جرم تلقی می‌شوند. ضمناً ایشان معتقدند که در جرایم مستوجب حدّ یا

قصاص یا دیه، استناد به مشارکت در جرم به همه‌ی اعضا صحیح نیست و بلکه در جرایم تعزیری و بازدارنده بنا به وجود مصالحی که از جمله آن‌ها جلوگیری از وقوع جرم سازمان‌یافته و بانندی بودن جرم است، صحیح و قابل دفاع است. براین اساس، همه افراد گروه سازمان‌یافته حتی کسانی که در عملیات اجرایی جرم هم دخالت نداشته‌اند به‌عنوان شریک در جرم قلمداد می‌شوند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۰: ۱۴۲-۱۴۱).

در قوانین جزایی، در باب سردستگی گروه مجرمانه سازمان‌یافته چنین موضوعی قابل جست‌وجو است. در ماده ۱۳۰ ق.م.ا. قانون‌گذار برای سردسته‌ی گروه مجرمانه، مجازات فاعل مادی یعنی شریک را در نظر گرفته است.

با این مطالب، با توجه به جایگاه و تأثیرات مخرب جرم سازمان‌یافته در امنیت و نظم عمومی جامعه و تباهی فراگیر آن به نظر می‌رسد بهترین مقابله با جرم سازمان‌یافته از جهت مجازات، آن است که همه اعضا به‌عنوان مشارکت در جرم ملاحظه گردد. اگر در جرایم حدی به این عنوان قایل نباشیم اما در جرایم تعزیری سازمان‌یافته به نظر می‌رسد این عنوان موافق با عقل و مصلحت باشد.

۲-۱. رابطه سازمان یافتگی جرم با مشارکت در جرم

مشارکت در جرم اگرچه حتماً به سازمان‌یافتگی جرم منجر نمی‌شود ولی شایان ذکر است که امروزه با توجه به گسترش و پیشرفت فناوری، شرکت در جرم از شکل عادی خود فاصله گرفته است و بلکه امروزه شاهد گروه‌های سازمان‌یافته‌ای هستیم که اعضا و شبکه‌ی آن به‌طور هدفمند و منسجم و با تقسیم وظایف در ارتکاب جرم مشارکت می‌نمایند. با این مبنا، عناصر جرم سازمان‌یافته در مشارکت در ارتکاب جرم عبارت‌اند از:

۱. گروهی بودن، از عناصر مادی جرم سازمان‌یافته است. همان‌طور که گذشت تعدد افراد از ارکان اساسی مشارکت در جرم است. شاید بتوان گفت؛ با توجه به اینکه امروزه جرایم مشارکتی به‌صورت گروهی سازمان‌یافته ارتکاب می‌یابند لذا بیش از دو نفر در

ارتکاب جرم دخیل هستند. البته، نفس شراکت در جرم الزاماً بیش از دو نفر نیست.

۲. تبانی و برنامه‌ریزی گروه در جهت ارتکاب جرم، از دیگر عناصر مادی جرم سازمان‌یافته می‌باشد. در شراکت در جرم لازم نیست که حتماً تبانی و توافق بین اعضا در ارتکاب جرم وجود داشته باشد. براین اساس، تبانی و برنامه‌ریزی گروه به‌عنوان عنصر اساسی سازمان‌یافتگی جرم، در شراکت در جرم الزامی نیست. اگرچه در غالب جرایم شراکتی و بانندی، تبانی وجود دارد.

از ارکان جرم‌سازمان‌یافته؛ استمرار فعالیت مجرمانه و داعی مالی به‌طور قطعی و روشن در مشارکت در جرم قابل جست‌وجو نیست. بنابراین، بایدگفت؛ اگرچه اصولاً مشارکت در جرم به‌صورت سازمان‌یافته محقق می‌شود ولی خود مشارکت در جرم فی‌نفسه سازمان‌یافتگی جرم در آن به‌طور مشخص و معین قابل جست‌وجو نیست.

۲. معاونت در جرم

معاونت در جرم، از عناوین فقهی اعانه‌بر اثم است که وقوع جرم‌سازمان‌یافته علی‌الاصول به این صورت ارتکاب می‌یابد. در آغاز ماهیت معاونت در جرم بررسی می‌شود و سپس، سازمان‌یافتگی جرم را در آن جست‌وجو و تحلیل می‌کنیم.

۲-۱. مفهوم‌شناسی معاونت در جرم

در اصطلاح فقهی، تعریف‌های مختلفی از معاونت آمده است که اکثر فقها به معنای مهیا و مساعدت نمودن مقدمات جرم و گناه تعریف کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۳: ۱/۲۸۶-۲۸۵). از جمله میرزای نائینی می‌گوید: «اعانه یعنی انجام دادن آنچه دیگری را قادر می‌سازد تا به مطلوبش برسد» (آملی، ۱۴۱۳: ۱/۲۷). برخی دیگر، مساعدت و یاری کردن به گناهکار در گناهی که از او صادر می‌شود، اعانه بر گناه تعریف کرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۳۶۶).

از منظر حقوق‌دانان، معاون جرم به کسی گفته می‌شود که شخصاً در ارتکاب و انجام

عنصر مادی قابل استناد به مباشر یا شرکای جرم دخالت نداشته و بلکه از طریق تحریک، ترغیب، تهدید، تطمیع، دسیسه، فریب و نیرنگ، ایجاد تسهیلات در وقوع جرم، تهیّه وسایل و یا ارائه طریق در ارتکاب رفتار مجرمانه مباشر همکاری و دخالت داشته باشد (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۲۴۴-۲۴۵) قانون‌گذار در ماده ۱۲۶ ق.م.ا.م. معاونت در جرم را تعریف کرده است.

بنابراین، با توجه به دیدگاه فقها، حقوق‌دانان و قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت: معاون در جرم به کسی گفته می‌شود که در ارتکاب و انجام عنصر مادی جرم دخالت نداشته و بلکه مقدمات جرم را برای مباشر یا شرکا مهیا می‌کند. نکته حایز اهمیت در مسئله، شرایط تحقق معاونت در جرم است. بر اساس دیدگاه فقها و قانون مجازات اسلامی به‌طور مختصر شروط اساسی آن عبارت‌اند از:

۱. تعدّد افراد: در معاونت باید حدّاقل دو نفر در ارتکاب جرم وجود داشته باشد و امکان جمع بین دو عنوان در یک نفر وجود ندارد؛ بنابراین، روشن می‌شود که معاونت در جرم، فردی صورت نمی‌گیرد و باید حدّاقل دو نفر وجود داشته باشد.

۲. وجود علم: غالب فقها علم و آگاهی را از شرایط تحقق معاونت می‌دانند (طوسی، ۱۳۶۵: ۶/۳۷۲؛ بحرانی، بی‌تا: ۱۸/۲۰۵-۲۰۴).

۳. وجود قصد: از شرایط دیگر آن است که مُعین علاوه بر علم و آگاهی، به‌قصد تحصیل جرم به مباشر، کمک و مساعدت نماید و صرف علم کافی نیست (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۹؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۳۶).

۴. وجود وحدت قصد در عمل مجرمانه: از شرایط دیگر تحقق معاونت، وحدت و توافق قصد و تقدّم زمانی یا هم‌زمان بودن قصد میان مباشر و مُعین در ارتکاب جرم است که در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی به این شرط اشاره شده است.

۵. مجرمانه بودن عمل مورد معاونت: برخی موارد، هرچند عمل صورت گرفته حرام است ولی عنوان جرم بر آن وضع نشده است پس معاونت در آن صدق نمی‌کند مثل

خودکشی.

۶. وقوع جرم در خارج توسط معان: برخی از فقها بر شرط بودن تحقق معان علیه در خارج تأکید دارند و از شرایط معاونت می‌دانند؛ بنابراین، برخی آورده‌اند: علاوه بر قصد، تحقق نتیجه در خارج بر صدق عنوان معاونت شرط است و براین اساس، اگر نتیجه‌ای حاصل نشود، یاری کننده نه به خاطر معاونت بلکه به خاطر تجرّی و قصد ایجاد معصیت مجازات می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۹۱). صاحب مصباح الفقاهه بیان می‌دارد: معاونت زمانی صادق است که معان علیه در خارج تحقق یابد و الا معاونت واقع نمی‌شود (خوبی، ۱۴۱۳: ۱/ ۲۸۶). برخی گفته‌اند: مناط معاونت، وجود قصد با تحقق معان علیه باهم می‌باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۹) ولی در مقابل بعضی از فقها حصول نتیجه را شرط نمی‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱/ ۵۶۶-۵۶۷).

۷. نقش غیرمستقیم معاون در عملیات مقدماتی جرم: معاون در عناصر جرم دخالت ندارد و بلکه معاون به عنوان کمک‌کننده در انجام جرم است. براین اساس، ملاک تحقق معاونت، کمک کردن به انجام معاصی است به طوری که تسهیل کننده گناه بر آن صدق کند (مقدّس اردبیلی، بی تا: ۲۹۷؛ مرعشی شوشتری، ۱۳۷۵: ۱۰).

در نتیجه، می‌توان گفت: هرچند برخی از شرایط تحقق معاونت در جرم، محلّ اختلاف نظر است، ولی گروهی بودن و وجود توافق و تبانی بین مُعین و مُعان قطعی است..

۲-۱. رابطه سازمان یافتگی جرم با معاونت در جرم

معاونت در جرم همانند مشارکت در جرم اگرچه لزوماً به صورت سازمان یافتگی رخ نمی‌دهد، ولی جرم سازمان یافته اصولاً با معاونت محقق می‌شود و وجود معاونت نیز از ارکان غالب جرایم سازمان یافته است. از این روی، عناصر جرم سازمان یافته در معاونت در جرم عبارت‌اند از:

۱. گروهی بودن، از عناصر مادی جرم سازمان یافته است. همان طور که گذشت تعدّد

افراد از ارکان اساسی معاونت در جرم است. شاید بتوان گفت: با توجه به اینکه امروزه غالب جرایم سازمان‌یافته به‌طور معاونتی و قدرت مرکزی در رأس هرم محقق می‌شود لذا بیش از دو نفر در ارتکاب جرم دخیل هستند. البته، معاونت در جرم حداقل با دو نفر محقق می‌شود.

۲. تبانی و برنامه‌ریزی گروه در جهت ارتکاب جرم، از دیگر عناصر مادی جرم سازمان‌یافته است. همان‌طور که قبلاً بیان گردید در معاونت در جرم، تبانی و توافق بین اعضا ضروری است.

۳. از عناصر معمول در جرم‌سازمان‌یافته، سلسله‌مراتب است. در عنصر سلسله‌مراتب، نقش عینی و کاری، شرکای جرم هستند اما در واقع رهبران و آمران، سازمان جرم را طراحی و هدایت می‌کنند و نقش فساد آمیز آن‌ها از شرکا و مباشران بیشتر است که این رهبران و آمران، معاون جرم تلقی می‌شوند (شمس ناتری، ۱۳۸۳: ۱۲۶) که به‌صورت گروه منسجم، هدفمند، روشمند و با توافق و تبانی یکدیگر جرم را انجام می‌دهند.

۴. از دیگر عناصر معمول جرم‌سازمان‌یافته آن است که در گروه مجرمانه، تقسیم وظایف وجود دارد. در معاونت، تقسیم منظم وظایف که معاون یا معاونان به‌عنوان طراحی، هدایت‌گر و رهبران و یا سردسته جرم قرار می‌گیرند و شرکا با رهبری آن‌ها اقدامات مجرمانه انجام می‌دهند که نقش آمران و رهبران، کمتر از شرکا نیست و حتی می‌توان گفت بیشتر از آن‌ها هم است (سلیمی، ۱۳۹۱: ۳۶).

۳. تأثیر سازمان‌یافتگی جرم در مجازات در پرتو اعانه بر اثم

نکته اساسی آن است که برخی از فقها در مورد جرمی که به‌صورت سازمان‌یافته و گروهی واقع می‌شود و کسی یا کسانی که در عملیات اجرایی جرم دخالت نداشته ولی از اعضا گروه بوده و بلکه به‌عنوان معاون یا معاونان و کمک‌کننده در جرم بوده‌اند را به‌عنوان مشارکت در جرم شناخته است و مجازات شراکت در جرم را شامل همه اعضا و

گروه می‌داند. اگر جرمی به صورت فردی و غیر گروهی واقع گردد و همان جرم به شکل گروهی و سازمان یافته صورت گیرد، در این صورت مجازات اعضا و گروه همانند مجازات مباشر در جرم است. به تعبیر دیگر؛ همه افراد، شریک در جرم قلمداد می‌شوند و مجازات تشدید می‌شود. آیت الله موسوی اردبیلی در بحث محاربه معتقدند: در صورتی که محاربه به صورت گروهی و سازمان یافته محقق شود، «ردء»^۶ و «طلیع»^۷ که در عناصر و رفتار مجرمانه به طور دقیق دخیل نیستند، به عنوان مشارکت در جرم و محارب محسوب و اشد مجازات جاری می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۹: ۳/ ۵۳۲).^۸ بنابراین، با اینکه «ردء» و «طلیع» شریک در جرم محاربه نیستند و بلکه به عنوان معاونان در جرم تلقی می‌شوند ولی به خاطر سازمان یافتگی در جرم، عنوان معاونت در جرم آن‌ها تغییر و مشارکت در جرم قلمداد می‌شوند و اشد مجازات یعنی مجازات محارب حکم داده می‌شود. ایشان این موضوع را در بحث سرقت حدی هم بیان کرده‌اند و معتقدند؛ سرقت حدی که به صورت گروهی و سازمان یافته صورت گیرد و یک نفر هتک حرز می‌کند و مال را می‌برد، در اینجا باید گفت که این هتک حرز متعلق به تمامی اعضا و گروه بوده است. پس، همه اعضا محکوم به قطع عضو هستند، گرچه کسی که مال را برده، هتک حرز نکرده باشد و یا آن کسی که هتک حرز کرده، مالی را نبرده باشد. در اینجا هم با وجود سازمان یافتگی در جرم سرقت حدی، همه اعضا به عنوان مشارکت در جرم شناخته می‌شوند و تشدید مجازات یعنی قطع جاری می‌شود (موسوی اردبیلی، بی تا: ۳/ ۵۳۲). بر اساس این دیدگاه؛ به دست می‌آید که در جرم تعزیری یا حدی که به صورت سازمان یافته انجام گیرد، همه اعضا به عنوان شریک در جرم قلمداد می‌شوند و مجازات مشارکت در آن جرم جاری می‌شود هرچند که برخی از اعضا و گروه در آن جرم به صورت دقیق مداخله نداشته باشند. بر همین اساس، بعضی از حقوق دانان هم قایل هستند که در جرایم بانندی و سازمان یافته نه تنها سردسته، بلکه اعضای باند را نیز می‌توان شریک در جرم دانست؛ هرچند که برخی از اعضای باند در عملیات اجرایی

جرم دخالت نداشته‌اند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۲: ۳۱). براین اساس، به دلیل استناد جرم به آنها، همه اعضا مجازات شراکت در جرم پیدا می‌کنند. منتها ایشان بر خلاف نظر فقهی فوق‌الاشعار تسری شراکت در جرم به همه‌اعضای جرایم سازمان‌یافته و بانندی را خاص جرایم تعزیری می‌دانند و چنین امری را در جرایم حدی، قصاص و مستوجب حد بر اساس موازین فقهی امکان‌پذیر نمی‌دانند (حاجی ده‌آبادی، همان: ۳۲).

امروزه با توجه به توسعه جوامع که شیوه‌های ارتکاب جرایم از حالت فردی خارج شده و روی به جرایم سازمان‌یافته آورده و تبعات و آثار سوء این گونه جرایم به مراتب زیادتری از جرایم غیرسازمان‌یافته می‌باشد، شاید بتوان توسعه حکم به جرایم حدی هم قابل قبول دانست. اما در هر حال می‌توان گفت: با سازمان‌یافتگی و تشکیلاتی بودن جرم، عنوان مجرمانه تغییر و کسانی که معاونت در جرم داشته‌اند و در عملیات اجرایی جرم دخالتی نداشته‌اند را به عنوان شرکای در جرم قلمداد کرد و به تبع آن مجازات آنها اشد می‌گردد.

نتیجه

از پژوهش حاضر می‌توان به این نتیجه رسید:

اگرچه تمامی مقومات سازمان‌یافتگی جرم در اعانه‌برائتم به‌طور مشخص و معین قابل جست‌وجو نیست ولی با توجه به برخی از عناصر سازمان‌یافتگی جرم می‌تواند به‌عنوان نشانه فقهی از جرم‌سازمان‌یافته تلقی گردد. جرم‌سازمان‌یافته اصولاً با معاونت محقق می‌شود و وجود معاونت نیز از ارکان غالب جرایم سازمان‌یافته است. بعلاوه؛ با ملاحظه زمان و مکان فعلی و پیچیدگی و پیشرفت جوامع امروزی، شاید بتوان گفت: اعانه‌برائتم جزء وجودات جرایم سازمان‌یافته است و جرمی بدون اعانه، سازمان‌یافته تلقی نمی‌شود. نکته اساسی اینکه در جرم‌سازمان‌یافته چون همه افراد به‌صورت یک زنجیره و شبکه عمل می‌کنند و به دنبال هدف واحد هستند، شاید بتوان همه‌اعضا را

مطالعه فقهی سازمان یافتگی جرم در پرتو اعانه بر اثم □ ۷۹

به عنوان مشارکت در جرم قلمداد نمود و حتی افرادی که در جرم به صورت دقیق مداخله نداشته اند را به عنوان شریک در جرم در نظر گرفت و مجازات نمود و به تبع آن با تغییر عنوان مجرمانه، تشدید مجازات صورت گیرد و در این باره می توان به نظر آیت الله موسوی اردبیلی استشهاد نمود.

پی‌نوشت‌ها

۱. بند «س» ماده ۱ مقرر می‌دارد: «جرمی است که با برنامه‌ریزی و هدایت گروهی و تقسیم‌کار توسط یک گروه نسبتاً منسجم مشکّل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم قاچاق، تشکیل یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم قاچاق منحرف شده‌است، صورت می‌گیرد».
۲. ماده ۱۲۵ در مورد شرکت در جرم مقرر می‌دارد: «هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آن‌ها باشد خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیرعمدی نیز چنانچه جرم، مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشد مقصّران، شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هر یک از آنان، مجازات فاعل مستقل آن جرم است.
- تبصره - اعمال مجازات حدود، قصاص و دیات در مورد شرکت در جنایت با رعایت مواد کتاب‌های دوم، سوم و چهارم این قانون انجام می‌گیرد».
۳. «تاره تكون الجرائم بشكل فردی و غیرتنظیمی و فی هذا النحو من الجرائم قد يكون العامل فرداً واحداً - مثل ان يكون هاتك الحرز و الاخذ منه فی مسألنا شخصا واحداً - و قد يكون اكثر من واحد و لكن من دون انسجام و تنسيق بين الافراد كما اذا هتك الحرز شخص و لو للسرقه ثم انصرف فجاء شخص آخر و اخذ منه شيئاً ففی هذه الحاله صح ما قاله الاصحاب و لا اشكال فيه و اخرى تكون الجرائم بشكل جماعی و تنظیمی بحيث يكون على كل فرد من الافراد وظيفه خاصه بحسب تخصصه و فطنته كما يكون الامر كذلك فی الشبكات الارهابيه و العصابات التهريبيه و التجسسيه و فی الحقيقه كانت الشبكه بمنزله غل طويل ذات حلقات و كل فرد من افرادها بمنزله حلقة من ذاك الغل و حينئذٍ فالسؤال هو انه: هل يصح ان نلاحظ بالنسبه الى تلك الشبكات الجنائيه ما نلاحظ و نحاسبه بالنسبه الى الجنائيات الفرديه؟ و هل يصح ان نحكم فی مسألنا بانه لايقطع من افراد شبكه السرقه الا من هتك الحرز و اخذ منه؟ فهل لا يكون هذا ذریعة الى اسقاط الحد و ارتكاب جرایم بشعه؟ و هل لا یوجب هذا افتتاح باب السرقه؟ و من هنا لا یبعد القول بانه یعامل مع الشبكه و العصبه بجمیع افرادها معامله فرد واحد؛ فاذا هتكت الشبكه بمجموعها الحرز و اخذت منه، فالقطع على جميع افرادها و ان كان الاخذ غیر الهاتك و غیر الاخذ فتأمل».
۴. ماده ۱۳۰ مقرر می‌دارد: «هرکس سردستگی یک گروه مجرمانه را برعهده‌گیرد به حدّ اکثر مجازات

شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می‌گردد مگر آنکه جرم ارتكابی موجب حدّ یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حدّاکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود. در محاربه و افساد فی الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی الارض بر سردهسته گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می‌گردد.

تبصره ۱: گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتكاب جرم تشکیل می‌شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتكاب جرم منحرف می‌گردد.

تبصره ۲: سردستگی عبارت از تشکیل یا طراحی یا سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه است.

۵. ماده ۱۲۶ در مورد معاونت در جرم مقرر می‌دارد: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند:

الف) هرکس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتكاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب) هرکس وسایل ارتكاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتكاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ) هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره - برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدّم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود.

۶. «رده» به کسی گفته می‌شود که به محارب کمک می‌کند بدون اینکه در عملیات محاربه دخیل باشد.

۷. «طلیع» به کسی گفته می‌شود که برای محارب اطلاعات می‌برد.

۸. «فلو كانت المحاربة يتصدّ جمعی و يشكل تنظيمی كالشبكات الارهابية الموجودة في هذا الزمان حيث يقسمون العمل بينهم و تكون على كل فرد من افراد الشبكة وظيفة خاصة بحسب تخصصه و مهارته و بعضهم ياخذون السلاح و الاخرون يقصدون اموراً اخرى ففی هذه الحالة الكل محاربون لان المحاربة هنا عبارة عن مجموعه من الاعمال المختلفة التي بعضها يكون عملاً عسكرياً قتالياً و البقية في جوانب اخرى ذات علاقة به غير ان جميعها مترابطة فيما بينها... اذا كانت بشكل الشبكات و العصابات و حينئذٍ فلا يصح ان يقال: ان الرد و الطليع و امثالهما من المعاونين لا يكونون من مصاديق المحارب مستدلاً بانهم لم يقصدوا الاخافه و لم يجرّدوا السلاح».

کتابنامه

-
- آملی، محمدتقی، (۱۳۰۴-۱۳۹۱ق). *المکاسب و البیع (تقرير بحث النائینی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، الاولی، ۱۴۱۳ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق)، *کتاب المکاسب*، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانیة، الاولی، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، حسن (۱۲۷۶-۱۳۵۳ ق)، *القواعد الفقهیة*، تحقیق: مهدی المهریزی - محمد حسین الدرایتی، قم، نشر الهادی، الاولی، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۱۰۷-۱۱۸۶ ق)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسين، بی تا.
- حاجی ده آبادی، احمد، «شركت در جرم» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، سال ۱۳، شماره ۵۰، پاییز ۱۳۹۵ ش، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم.
- حاجی ده آبادی، احمد، استناد و نقش آن در «شركت در جرم»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی تهران. شماره ۵۳، ۱۳۹۰ ش.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۲۵۰ ق)، *العناوین الفقهیة*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسين، الاولی، ۱۴۱۷ ق.
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۶۸ - ۱۲۷۹ ش)، *تحریر الوسیله*، قم، دار الکتب العلمیه - مؤسسه اسماعیلیان، الاولی، ۱۳۹۰ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۲۷۸-۱۳۷۱ ش)، *مبانی تکمله المنهاج*، قم، بی نا، الثانیة، ۱۴۱۳ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، الاولی، بی تا.
- زراعت، عباس، *حقوق جزای عمومی ۱ و ۲*، تهران، انتشارات جنگل، دوم، ۱۳۹۲ ش.
- ساکي، محمد رضا، *حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)*، تهران، انتشارات جنگل و جاودانه، اول، ۱۳۹۲ ش.
- سلیمی، صادق، *جنایت سازمان یافته فراملی*، تهران، انتشارات صدا، دوم، ۱۳۹۱ ش.

مطالعه فقهی سازمان یافتگی جرم در پرتو اعانه بر اثم □ ۸۳

- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، تهران، انتشارات مجد، دوم، ۱۳۹۳ ش.
- شمس ناتری، محمدابراهیم، جرایم سازمان یافته، حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم. سال ۱، تابستان ۱۳۸۳ ش.
- طوسی، محمدبن حسن (۴۶۰-۳۸۵ ق)، تهذیب الأحکام، تحقیق و تصحیح: سید حسن الموسوی، تهران، دار الکتب الإسلامیه، الرابعه، ۱۳۶۵ ش.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۰۰-۱۷۵ ق)، العین، تحقیق: مهدی المخزومی و ابراهیم السامرائی، بی جا، مؤسسه دار الهجره، الثاني، ۱۴۱۰ ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۷۲۹-۸۱۷ ق)، القاموس المحيط، بی جا، بی نا، بی تا.
- گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، تهران، میزان، هفتم، پاییز ۱۳۸۲.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه- بخش جزایی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، یازدهم، ۱۳۸۸ ش.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۲۰۵)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت-لبنان، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- مرعشی شوشتری، محمدحسن، معاونت در جرم، دیدگاه های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی تهران، شماره ۱، بهار ۱۳۷۵ ش.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۹۹۳ ق)، زبده البیان فی احکام القرآن، تحقیق: محمد الباقر البهبودی، تهران، المكتبة الجعفریه لاحیاء الاثار الجعفریه، الاولى، بی تا.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (معاصر)، فقه الحدود و التعزیرات، قم، مؤسسه النشر لجماعه المفید، الثانيه، ۱۴۲۹ ق.
- نراقی، احمد بن محمد (۱۱۸۵-۱۲۴۵ ق)، عوائد الأیام من مهمّات ادلّه الأحکام، بی جا، مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی، الاولى، ۱۴۱۷ ق.
- قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوّب ۱۳۹۲ ش.
- قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ ش.

بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل*

□ ستار محمدی**

□ معظمه صفرزاده***

چکیده

باتوجه به ضعف و ناتوانی صغار و نیاز همه جانبه آنها به سرپرستی، ولی قهری باقلمروگسترده‌ای منظور شده‌است، به گونه‌ای که کلیه امور مربوط به صغار از قبیل: دارایی، نگهداری، تربیت و آموزش را تحت نظارت و حمایت قرار می‌دهد. ازاین رو ولایت قهری را شامل امور مالی و غیر مالی و شئون مربوط به نفس مولی علیه دانسته‌اند. باید توجه داشت که این اقتدار قانونی ولی چندان مطلق و تابع خواست و اراده او نیست و حدود مرز آن را مصلحت مقرر می‌کند. لذا در این پژوهش ضمن پرداختن به اهمیت مصلحت در امورات طفل به بررسی دیدگاه‌های اختلافی فقها در مورد اقدامات بدون رعایت مصلحت ولی طفل و مسئولیت مدنی عدم رعایت مصالح امورات طفل در فقه و قانون پرداخته است.

واژگان کلیدی: ولی قهری، مصلحت طفل، تصرفات، صغار.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۴/۱۲ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵.

** دکتري فقه و حقوق قضائي جامعة المصطفى (p) العالميه (sattr1369@yahoo.com).

*** دانشجوی ارشد حقوق خصوصی دانشکده هدی (moazemeh.safarzadeh@gmail.com).

مقدمه

مصلحت عنوان مؤثر و کارا در فقه اسلامی است و تاکنون بحث‌های دامنه‌داری در مورد مفهوم، مصادیق، جایگاه، قلمرو و آثار آن شده است، حضور مصلحت به عنوان محور اصلی در تشریح و قانون‌گذاری از یک سو و نیز نقش آن در استنباط و اجتهاد نشان از اهمیت بالای آن دارد تا آنجا که بسیاری مصلحت را مبنای کلیه احکام شرع برشمرده‌اند. همچنین تأثیر مصلحت در تعارض و اجرای احکام به‌ویژه در قلمرو احکام حکومتی و اجتماعی بسیار قابل توجه است. با این همه به‌رغم تلاش‌های ستودنی اندیشمندان دینی و فقه‌پژوهان در این باره، همچنان پرسش‌های ژرف و متعددی بر زمین مانده است.

از موارد مهمی که مصلحت در اجرای احکام نقش اساسی یافته و تشخیص و کارسازی آن به مکلفین و نهاده شده است؛ ولایت و سرپرستی بر کودکان است. با آنکه ولایت بر کودکان به دلیل ناتوانی و حجر فراگیر آنها، گستره وسیعی دارد، لکن تنها عنصر مصلحت است که این دامنه را محدود می‌سازد و نظام ولایت و سرپرستی را موجه جلوه می‌دهد. در حقوق ما نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به‌خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی و مواد ۸۱، ۸۰، ۷۹، ۸۳، قانون امور حسبی استفاده می‌شود. با این همه باید اصل را بر این نهاد که اقدام ولی قهری برای خیرخواهی و مصلحت مولی علیه است و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده معتبر و نافذ است، لذا، نیاز نیست که ولی به اثبات حسن نیت یا مفید بودن عمل خویش همت گمارد.

واگذاری مصلحت کودکان به سرپرستان، گسترده‌ترین قلمرو تفویض صلاح‌اندیشی در اجرای احکام به مکلفین است و این خود به حساسیت بیشتر این مورد دامن می‌زند. محور اساسی و عنصر اساسی برای دخالت و حمایت ولی قهری مصلحت و غبطه کودک است به‌گونه‌ای که هر اقدام و تصرفی از سوی سرپرست، کودک را متأثر می‌سازد. به هر صورت، مهم‌ترین پرسش‌ها بدین قرار است: مفهوم واقعی مصلحت چیست؟ آیا اقدامات ولی باید

اصلح و در بردارنده بالاترین مصلحت باشد یا صرف عدم مفسده کفایت می‌کند؟ باتوجه به پرسش‌های مطرح شده در این نوشتار تلاش شده است طی چند بند مفهوم و اهمیت مصلحت در فقه اسلامی و در نهایت به تأثیر مصلحت در ولایت و سرپرستی کودکان، پرداخته شود.

تأمین مفهوم و اهمیت مصلحت در فقه اسلامی

آیات قرآن؛ ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن: هرگز به مال یتیم نزدیک نشوید و در آن تصرفی مکنید مگر آنکه صورتی بهتر از آن نباشد. انعام ۱۵۲، بسیاری از مفسران اذعان داشته‌اند که منظور از احسن یعنی مداخله‌ای که با رعایت مصلحت همراه است و عقل سلیم آن را نیکو و پسندیده می‌شمارد (طبرسی، ۱۴۰۸: ۳/۲۶)، (قمی، ۱۳۸۷: ۱/۱۳۲)، (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۲/۱۱۷). در آیه دیگری آمده است: ای پیامبر! از تو درباره یتیم‌ها می‌پرسند، بگو اصلاح کار آنها بهتر است و اگر با آنان معاشرت کنید، پس آنان برادر دینی شما هستند، خداوند مفسدان را از مصلحان بازمی‌شناسد.

مصلحت در مقابل مفسده قرار دارد و در لغت به مفهوم خیر و صلاح آمده است (فیومی ۱۴۰۵: ۳۴۵؛ ابن منظور ۱۴۱۶: ج ۷ ص ۳۸۴)، بعضی نیز آن را به منفعت معنی کرده‌اند (بستانی ۱۹۸۷: ۵۱۵).

درحالی‌که منفعت به فایده شخصی و زودگذری که در بردارنده خیر و مصلحت نیست هم اطلاق می‌شود. (برای نمونه، در آیه ۲۵ سوره مبارکه حدید: «و أنزلنا الحديد فیه بأس شدید و منافع للناس»؛ و آهن را نازل کردیم که در آهن نیروی شدید و منافی برای مردم است). در این آیات مصلحت با منفعت همراه است، ولی در آیه ۱۲۹ سوره مبارکه بقره: «یسألونک عن الخمر و المیسر قل فیهما إثم کبیر و منافع للناس»؛ ای پیامبر! از تو در باره شراب و قمار می‌پرسند، بگو در این دو گناهی بزرگ و منافی برای مردم است». در اینجا منفعت وجود دارد ولی مصلحت نیست.

از این رو، نسبت میان منفعت و مصلحت را باید عموم و خصوص من وجه دانست. به فرموده یکی از فقهای معاصر: «مصلحت از سنخ منفعت نیست، همچنان که مفاسد از سنخ ضرر نیست ... احکام شرعی تابع مصالح و مفاسدند، نه منافع و مضار، به همین دلیل در بسیاری از واجبات شرعی از قبیل زکات، خمس، حج و جهاد ضرر مالی یا جانی هست، همچنان که در برخی از محرمات الهی منفعت مالی یا بدنی وجود دارد» (فیاض، ۱۳۸۲: ۴۰۹/۲ و ۴۱۰).

باید دانست که توجه به این نکته در اعمال سرپرستی بر کودکان اهمیت فراوان دارد؛ برای نمونه محبت کردن و تهیه وسایل رفاهی مطلوب و تأمین نیازهای مادی برای فرزند از قبیل؛ تهیه پوشاک و تغذیه متنوع بالاترین منافع طفل را در بر دارد، درحالی که گفت و گوی صمیمانه پدر با کودک و آموزش، کمک به فقرا و اصلاح رفتار اجتماعی به وی چیزی است که تحت عنوان منفعت قرار نمی گیرد، بلکه مشمول عنوان مصلحت کودک خواهد بود. بی تردید نفع کودک در این است که در بالاترین سطح آسایش و رفاه با دسترسی به امکانات لازم زندگی مدرن رشد و بالندگی یابد، درحالی که مصلحت وی اقتضائات دیگری دارد که گاه او را در برابر منافع مزبور محدود می سازد. بدین سان مفهوم منفعت بیشتر معطوف به امور مادی و دنیوی است درحالی که مصلحت امری است که سعادت و ارزش های انسانی و معنوی را نیز شامل می شود. از سوی دیگر؛ منفعت با لذت گرایی هم سنخ و اغلب امری مقطعی و کوتاه مدت است، لیکن مصلحت با کمال گرایی مرتبط است و بیشتر جنبه اجتماعی داشته و پایدارتر است.

به هر صورت، دانشمندان اسلامی در بیان مفهوم اصطلاحی مصلحت، تعابیر و برداشت های گوناگونی را بیان کرده اند، برای نمونه؛ برخی مصلحت را دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا دانسته اند (قمی، ۱۳۸۸: ۹۲/۲).

به نظر بعضی؛ مصلحت عبارت است از؛ آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرری باشد (محقق حلی، ۱۳۶۲: ۲۲۱).

یکی از علمای بزرگ اهل سنت هم در این باره گفته است:

مراد ما از مصلحت، جلب منفعت و دفع ضرر نیست، زیرا مصلحت از مقاصد خلق است و صلاح خلق در تحصیل مقاصد خویش است، بلکه منظور ما محافظت بر مقصود شرع است و مقصود شرع در میان خلق حفظ دین، نفس، عقل، و مال افراد است و هر چیزی که متضمن این اصول پنج‌گانه باشد، مصلحت است و هر آنچه اینها را از بین ببرد مفسده است و دفع آن مصلحت محسوب می‌گردد (غزالی، ۱۴۱۷: ۱۷۴).

بسیاری دیگر از اندیشمندان اسلامی معنای اصطلاحی مصلحت را با حفظ و رعایت مقاصد شریعت و حفظ اصول پنج‌گانه (دین، نفس، عقل، نسل و مال) پیوند زده‌اند. (بیوطی، ۱۴۱۲: ۲۷؛ وکیل‌زاده، ۱۳۸۱: ۷-۴).

به نظر می‌رسد این‌گونه برداشت‌ها ناشی از احکام و ضوابط شرعی است و تغییری در مفهوم مصلحت ایجاد نمی‌کند. از این‌رو، برخی از محققان بر این باورند که مصلحت در دانش فقه و علوم پیرامون آن معنا و اصطلاح خاصی ندارد و تتبع در متون فقهی به‌طور قطع ثابت می‌کند که مصلحت به معنای لغوی و عرفی آن (خیر و صلاح) به‌کاررفته است. (علیدوست، ۱۳۸۸: ۹۴). بدین ترتیب، مصلحت انسان چیزی است که هم جنبه‌های مادی و هم نیازهای روحی و معنوی او را در بر دارد و در این میان توجه به مقاصد و کمالات انسانی جایگاه ویژه‌ای دارد.

روایات: امام کاظم علیه السلام اگر برای صغار سرپرستی باشد که در امور آنها دخالت و با رعایت مصلحت انجام‌وظیفه کند منعی ندارد و نزد خدا مأجور است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹/۲۴۲).

امام صادق علیه السلام: ضمن استناد به آیه «و هل يعلم المفسد من المصلح» (بقره، ۲۲۰). تصرف در اموال کودکان فقط در صورتی جایز است که خیر و منفعتی برای کودک داشته باشد (همان: ۱۲/۱۸۳).

پرسش

اگر ولی طفل در معاملات مربوط به اموال طفل، رعایت مصلحت و غبطه را نکند، آیا این

معامله صحیح است یا باطل؟ در صورت صحت معامله، آیا نافذ است یا غیر نافذ؟
در هر صورت نحوه جبران خسارت چگونه است؟

پاسخ

تصرفات بدون مصلحت ولی

شاخص مصلحت در سراسر احکام مربوط و مرتبط با ولایت قهری خود را نشان می‌دهد. تشریح ولایت قهری به قصد تأمین مصالح مولی علیه است. البته مصلحت مندرج در ولایت قهری، همانند عبادات نیست که صرفاً تعبدی و خارج از فهم باشد. در تحقق، ضوابط و ویژگی‌های ولی و همچنین در صحت و نفوذ تصرفات، مصلحت به مثابه شاخص و سنجه‌ای قوی، این مسیر را کنترل، هدایت و پایش می‌کند.

رفتار بدون مصلحت ولی در اموال طفل، می‌تواند دو صورت داشته باشد که ذیلاً مورد

بررسی قرار می‌گیرد:

۱. همراه با خیانت، مفسده و اضرار است

بدون شک در این فرض، تصرف ولی باطل بوده و ولایت او در خصوص این تصرف ساقط است. برخی از فقها در این فرض، قایل به سقوط کلی ولایت شده و گفته‌اند: بر حاکم شرع واجب است ولی را عزل نموده و او را از تصرفات مالی در امور مولی علیه بازدارد؛ و برخی حتی بحث انعزال ولی را مطرح کرده‌اند، آیت‌الله بهجت در «جامع المسائل» می‌نویسد: «اعتبار عدم اضرار در ولایت ولی خاص، بی‌وجه نیست، و با اضرار منعزل است و احتیاج به عزل حاکم ندارد و با عدم ولی خاص غیر مضر و عدم وصی ولی خاص، ولایت با حاکم شرع است» (بهجت، ۱۳۸۴: ۱۰۱/۳).

محقق ثانی در «جامع القاصد» می‌گوید:

أن الحاکم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب علیه ولایة

بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل □ ۹۱

عزله و منعه من التصرف فی ماله و إثبات الید علیه، و إن ظهر خلافه فولایته ثابتة. و إن لم یعلم حاله استعلم بالاجتهاد، و تتبع سلوکه و شواهد أحواله؛ هرگاه برای حاکم به وسیله قراین حالیه، اختلال حال طفل آشکار گردد، اگر ولی قهری داشته باشد او را عزل نموده و از تصرف در امور مالی کودک و تسلط بر او منع می‌کند... (۱۴۱۴: ۱۱/ ۲۷۶).

صاحب جواهر می‌گوید:

متی ظهر للحاکم و لو بقرائن الأحوال الضرر منهما علیهما عزلهما، و منعهما من التصرف حسبة، و إن علم عدمه أقرهما، و إن لم یعلم حالهما فرما قیل بالاجتهاد فی حالهما، فیتبع سلوکهما و شواهد أحوالهما؛ هرگاه برای حاکم ولو به وسیله قراین حالیه، ایراد ضرر از ناحیه ولی قهری بر مولی علیه معلوم گردد، حاکم شرع او را از باب حسبه عزل نموده و از تصرف منع می‌نماید... (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/ ۱۰۲).

امام خمینی در «تحریر الوسیله» می‌نویسد:

متی ظهر له و لو بقرائن الأحوال الضرر منهما علی المولی علیه عزلهما و منعهما من التصرف فی أمواله، و لا یجب علیه الفحص عن عملهما و تتبع سلوکهما؛ هرگاه برای حاکم ولو به وسیله قراین حالیه، ایراد ضرر از ناحیه ولی قهری بر مولی علیه معلوم گردد، حاکم شرع او را عزل نموده و از تصرف در اموال مولی علیه منع می‌نماید و دیگر تفحص و جست‌وجو از اعمال و سلوک او نیز واجب نیست (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۱۳/ ۲).

مقام معظم رهبری نیز در «اجوبه الاستفتائات» می‌نویسد:

متی ظهر للحاکم، و لو بقرائن الأحوال، الضرر منهما علی الطفل، عزلهما و منعهما من التصرف فی أمواله؛ هرگاه برای حاکم ولو به وسیله قراین حالیه، ایراد ضرر از ناحیه ولی قهری بر مولی علیه معلوم گردد، حاکم شرع او را عزل نموده و از تصرف در اموال مولی علیه منع می‌نماید (خامنه‌ای، ۱۴۲۰: ۲/ ۷۰).

۲. رفتار بدون مصلحت ولی، نه مصلحتی دارد و نه مفسده‌ای:

در این فرض دو دیدگاه وجود دارد: تعدادی از فقهای متأخر (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۴/ ۸۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۰: ۱۹۶؛ محقق نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/ ۳۳۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/ ۵۴۰؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۲/ ۳۳۱؛ امام خمینی، ۱۴۱۸: ۱/ ۵۱۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۴: ۲/ ۲۸۱).

در تصرفات مالی ولی، عدم مفسده برای طفل را کافی می‌دانند؛ بنابراین، رفتار ولی اگر دارای مفسده نباشد صحیح و نافذ بوده و هیچ‌گونه ایرادی ندارد، اگرچه خالی از مصلحت باشد؛ اما مشهور فقها (شیخ طوسی، ۱۳۸۶: ۲/۲۰۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱/۴۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۳: ۲/۶۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۵: ۲/۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/۳۱۸؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۵/۷۲؛ شهید ثانی، ۱۳۸۱: ۳/۱۶۶؛ محقق اردبیلی، ۱۳۷۹: ۴/۱۴؛ محقق سبزواری، ۱۳۹۶: ۷/۲۳۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۴۷۵؛ سید عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۶۸۱). رعایت غبطه و مصلحت طفل را در معاملات اموال وی توسط ولی لازم می‌دانند.

بنابراین، در صورتی که ولی برخلاف مصلحت طفل در اموال او تصرفاتی داشته باشد، مانند این که مال او را به قیمت کمتر از قیمت واقعی بفروشد، یا به قیمت گزاف خریداری کند و یا خانه او را به کمتر از اجرت‌المثل اجاره دهد، این تصرف نافذ نیست. اما در اینکه، این‌گونه معاملات اساساً باطل است یا با اجازه طفل پس از رفع حجر قابل تصحیح و تنفیذ است، بازهم در میان فقها دو دیدگاه وجود دارد: برخی این‌گونه تصرفات ولی را باطل و برخی دیگر غیر نافذ (فضولی) می‌دانند که ذیلاً به طرف‌داران هر دودسته اشاره می‌شود:

الف) قایلین به بطلان

دیدگاه مشهور فقیهان این است که باید تصرفات ولی در امور مالی صغار علاوه بر عدم مفسده، دارای مصلحت باشد و چنانچه برخلاف مصلحت، دخالتی انجام شود غیر مؤثر و باطل است.

شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» می‌نویسد:

فإذا ثبت ذلك فكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط، و الحظ للصغير المولى عليه لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف على وجه لا حظ له فيه كان باطلاً لأنه خالف ما نصب له؛ تصرف هیچ یک از پدر، جد پدری، وصی، حاکم و امین بر اموال مولی‌علیه صحیح نیست؛ مگر آنکه همراه با احتیاط بوده و بهره و مصلحت مولی‌علیه در آن لحاظ شود؛ چون هدف از نصب آنان همین مصلحت مولی‌علیه است؛

بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل □ ۹۳

بنابراین، اگر تصرفات ولی بدون مصلحت مولی علیه باشد باطل است؛ زیرا مخالف هدف ولایت است (طوسی، ۱۳۸۶: ۲/۲۰۰).

و در مسئله فروش زمین نیز می نویسد:

وإن كان له عقار لم يجز لوليه أن يبيعه إلا عند الحاجة بالصغير إلى ثمنه لنفقه و كسوته و لا يكون له وجه غيره من غلة و اجرة عقار فيباع بقدر الحاجة أو يكون في بيعه غبطة؛ فروش زمین طفل جایز نیست مگر اینکه به قدر نیاز باشد و یا مصلحتی برای وی داشته باشد (همان: ۱۶۲).

ابن ادريس حلی در کتاب «سرائر» آورده است:

و لا يجوز للولي و الوصي أن يتصرف في المال المذكور، إلا بما يكون فيه صلاح المال، و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، و هذا هو الذي يقتضيه أصل المذهب؛ برای ولی و وصی تصرف در اموال مولی علیه جایز نیست، مگر اینکه در آن صلاح مال بوده و نفعی به طفل عاید گردد ... و این مقتضای اصول مذهب است (ابن ادريس، ۱۴۱۰: ۱/۴۴۱).

محقق حلی در کتاب «شرايع الاسلام» رهن دادن مال طفل را فقط با وجود مصلحتی برای او جایز می داند:

و يجوز لولي الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع مراعاة المصلحة كأن يستهدم عقاره فيروم رمه أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود (محقق حلی، همان: ۲/۶۹).

علامه حلی در «قواعد الاحكام» می نویسد:

«و إنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحة للمولى عليه؛ بيع اموال مولی علیه از سوی ولی، تنها در صورتی صحیح است که در بردارنده مصلحتی برای مولی علیه باشد (علامه حلی، بی تا: ۲/۲۱).

و نیز در کتاب تذکره می فرماید: «قاعدۀ و ضابطۀ در [جواز] تصرف متولی بر اموال ایتام و دیوانگان اعتبار غبطه و مصلحت آنان است» (علامه حلی، بی تا: ۱۴/۲۴۵).

و در جای دیگر از همان کتاب می نویسد: «اگر ولی با وجود مصلحت و منفعت در اخذ به شفعه برای مولی علیه، آن را ترک کند، صحیح نبوده و حق الشفعه مولی علیه ساقط

نمی شود...» (همان: ۲۳۴/۱۲).

شهید اول در «دروس» رهن مال را فقط در صورت رعایت مصلحت صحیح می داند «و يجوز للولی إقراض مال الطفل عند المصلحة بالرهن» (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/۳۱۸). و در «قواعد و فواید» دلایلی را بر شمرده است: دلیل اول: مصلحت است.

دلیل دوم: اصل عدم انتقال است؛ چون در صورت عدم وجود مصلحت شک می کنیم آیا مال مولی علیه منتقل شد یا نشد که اصل بقاء و عدم انتقال است.

دلیل سوم: برای نقل و انتقال هدف و غرض عقلایی لازم است که در این صورت عدمیات (عدم مفسده) نمی تواند غایت باشد:

هل يجب على الولی مراعاة المصلحة في مال المولی علیه، أو یكتفی بنفی المفسدة؟ یحتمل الأول، لأنه منصوب لها. و لأصالة بقاء الملك على حاله. و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية، و العدمیات لا تكاد تقع غاية (القواعد و الفوائد: ۱/۳۵۲: «قاعدة-۱۳۳»). محقق ثانی در کتاب «جامع المقاصد» شرط تصرف مالی ولی در اموال مولی علیه را، رعایت مصلحت او می داند: «الفصل الثالث: فی العاقد: و یشرط کمالیة الموجب، و القابل، و تملك الموجب أو حکمه کالمستعیر، و ولی الطفل مع المصلحة کالاقتراض فی نفقته، أو إصلاح عقاره» (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۲/۵).

شهید ثانی در «مسالك الافهام» بیع مال طفل را از سوی ولی برای خودش، فقط در صورت وجود مصلحت برای طفل جایز دانسته اگرچه قرض گرفتن مالش را با عدم اضرار و بدون وجود مصلحت نیز جایز می داند: «و إنما یصح له التقویم على نفسه مع كون البیع مصلحة للطفل، إذ لا یصح بیع ماله بدونها مطلقاً. أما الاقتراض فشرطه عدم الإضرار بالطفل، و ان لم تكن المصلحة موجودة» (شهید ثانی، ۱۳۸۱: ۳/۱۶۶).

محقق اردبیلی در «مجمع الفائدة و البرهان» تصرفات ولی را منوط به رعایت مصلحت مولی علیه می داند؛ «و لا یبعد عدم الجواز مع عدمها و ان تحقق الشرط، لما ثبت من ان فعل الولی منوط بالمصلحة» (اردبیلی، همان: ۱۴/۴).

عاملی در کتاب «نهایة المرام» در مسئله تزویج نمودن ولی دخترش را بدون مهر می‌گوید:

و المعتمد: انه ان زوّجها بدون مهر المثل مع المصلحة، بأن وجد لها كفوا صالحا، و لم يبذل مقدار مهر المثل، و خاف من فواته عدم حصول مثله فلا اعتراض لها أصلا، و إلا كان لها فسخ؛ معيار در صحت و عدم صحت آن، رعایت مصلحت و عدم مصلحت دختر است؛ چون تصرف ولی منوط به رعایت مصلحت طفل است (عاملی، بی تا: ۸۹/۱).

فاضل هندی در «کشف اللثام» چنین معتقد است:

لو زوّج الأب أو الجدّ له الصغير صحّ مع الغبطة كما عرفت. و المهر إن كان عينا فلا كلام فيه، و إن كان دينا كان على الولد إن كان موسرا فإنّ قضية النكاح و تصرّف الولی فی أمواله ماض إذا راعی الغبطة؛ ... تصرف مالی ولی، در صورتی صحیح است که مصلحت مولی‌علیه در آن رعایت گردد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۷۵/۷).

میر فتاح در «عناوین فقهیه» معتقد است:

أن تصرف الولی مشروط بالمصلحة بالإجماع و ظواهر الأدلة، و لأن المتیقن من أدلة الولايات إنما هو ذلك، إذ الغرض الإصلاح فی النفس و المال، و المولی علیه لنقصه عاجز عن ذلك، و لو كان الإفساد سائعا لما احتیج إلى ولاية؛ تصرف ولی در امور مولی‌علیه، مشروط به مصلحت است به دلیل اجماع و ظواهر ادله و اینکه قدر متیقن از ادله اثبات ولایت همان رعایت مصلحت است؛ زیرا غرض اصلی اصلاح در جان و مال است که مولی‌علیه به دلیل نقصش از آن عاجز است. اگر افساد جائز باشد دیگر نیازی به تأسیس ولایت نیست (حسینی، ۱۴۱۷: ۵۵۹/۲).

ب) قایلین به صحت

تعدادی از فقها نیز تصرّف ولی را در این صورت صحیح و البته غیر نافذ و فضولی می‌دانند که بستگی به اجازه مولی‌علیه بعد از رفع حجر دارد و به نظر اکثر فقهای امامیه، در معامله فضولی شرط نیست که اجازه کننده در حین عقد دارای حق اجازه و اهلیت تصرف باشد. محقق کرکی در «جامع المقاصد» ضمن نقل نظر علامه حلی مبنی بر لزوم مراعات

مصلحت مولی علیه، می فرماید: اگر ولی در خرید و فروش برای مولی علیه مصلحت او را رعایت نکند بیع اش فضولی است. (محقق کرکی، همان: ۸۷ / ۴): «قوله: (وإنما یصح بیع من له الولاية مع المصلحة للمولی علیه). و بدون المصلحة یقع فضولیا،».

سید عاملی نیز در «مفتاح الکرامة» خرید و فروش ولی برای مولی علیه را در صورت عدم مصلحت فضولی می داند: «و إذا باع بدون المصلحة یقع فضولياً» (مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)؛ ج ۱۲، ص: ۶۸۱).

کاشف الغطاء در شرح خودش بر قواعد علامه در مورد تصرفات ولی قهری در امور مالی و حقوقی مولی علیه فقط عدم مفسده و اضرار را کافی دانسته، وجود مصلحت را لازم نمی داند؛ اگرچه آن را موافق احتیاط می شمارد: (وإنما یصح بیع من له الولاية) فضلاً عن الوکیل و تصرفه و نقله بأی ناقل کان (مع المصلحة للمولی علیه) بحسب الدنيا مع تعلق الغرض بها و الآخرة كذلك و ظاهرهم الإجماع علی ذلك و فی العقل و النقل من الكتاب و السنة ما يدل علی ذلك و یتضح من تتبع الأخبار إن ذلك شرط فی غیر الأبویین اقتراضاً و معاملة و تقویم جاریه مما یتعلق بها أو نکاحاً للصغیرین و أما فیهما بشرط عدم المفسدة و کذا مطلق الأولیاء فی الاقتراض مع الملائمة و الاقتصار علی ما ذکره الفقهاء و تنزیل الروایات أوفی بالنظر و أسلم من الخطر (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰: ۱۹۶).

محقق نجفی نیز در «جواهر الکلام» عدم المفسده را ترجیح داده و وجود مصلحت را مطابق با احتیاط می داند: «نعم قد یفهم فی خصوص الأبویین التوسعة لهما مع أن الأحوط فیهما و فی غیرهما مراعاة المصلحة» (نجفی، همان: ۲۲ / ۳۳۲).

شیخ انصاری در «مکاسب» در مسئله (تصرفات مالی و حقوقی ولی قهری نسبت به اموال مولی علیه) عدم المفسده را در صحت آن تصرفات کافی می داند: «هذا، و لكن الأقوی کفاية عدم المفسدة،» (انصاری، همان: ۳ / ۵۴۰).

میرزای نائینی نیز در کتاب «المکاسب و البیع» عدم المفسده را ترجیح می دهد: هل المعتبر فی نفوذ تصرفات الأب و الجد توافقها مع المصلحة، أو یتعتبر فیها عدم المفسدة و لو لم یکن عن مصلحة أيضاً، أو لا یتعتبر شیء من ذلك، بل ینفذ و لو مع المفسدة وجوه، أوجهها الوسط (نائینی، همان: ۲ / ۳۳۱)

امام خمینی در بحث حق الشفعه می‌فرماید:

حق شفعه برای صغیر و مجنون ثابت است و ولی آن را استیفا می‌نماید، البتّه چنان چه ولی، وصی باشد در صورتی می‌تواند استیفا نماید که در جهت مصلحت صغیر باشد؛ لیکن پدر و جدّ پدری اگر در استیفای آن مفسده و ضرر نباشد، می‌توانند اقدام کنند، هرچند مصلحت کودک در آن نباشد (امام خمینی، همان: ۵۱۲/۱).

آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتای ذیل نظرش را چنین بیان کرده است:
اگر ولی قهری بدون رعایت غبطه و مصلحت فرزند صغیر خودش ملک او را به غیر انتقال دهد، آیا چنین معامله‌ای صحیح یا باطل است؟

جواب: در فرض مذکور معامله باطل نیست، ولی احتیاط این است که مصلحت صغیر رعایت شود، بلی، اگر مفسده داشته باشد معامله باطل است (فاضل لنکرانی، همان: ۲۸۱/۲).
نکته: با آنکه هر دو گروه بر این امر اتفاق نظر دارند که تصرفات خالی از مصلحت ولی، نافذ نیست؛ اما هر یک از این دو نظر آثار متفاوتی نسبت به همدیگر دارد؛ مثلاً بر اساس دیدگاه بطلان، تصرف ولی در آینده قابل تصحیح نیست، اما بر اساس دیدگاه دوم، شخص مولی‌علیه بعد از رفع حجر می‌تواند تصرف ولی را اجازه نموده و به نتیجه آن ملتزم گردد و دیگر نیازی به عقد جدید نیست و در اینجا نیز بر اساس مبنای کشف و نقل، اجازه آثار متفاوتی خواهد داشت.

جبران خسارت

چنانچه ولی با اعمال ولایت نادرست در امور مربوط به اموال طفل، موجب ورود خسارت به او گردد، آیا قابل جبران است؟

از آنجاکه ولی امین محسوب می‌شود، در پاسخ به پرسش فوق، باید مختصری درباره اقسام امانت و مسئولیت مدنی امین کنکاش کرد.

اقسام امانت

فقها امانت را به دو نوع تقسیم کرده‌اند:

۱. امانت مالکی و آن در موردی است که مالی با اذن مالک در اختیار غیر قرار گیرد و سبب آن یا عقدی است که امانت موضوع اصلی آن است؛ مانند ودیعه، یا عقدی است که امانت در ضمن آن مطرح است؛ مانند اجاره، عاریه، مضاربه و مانند آن (شهید ثانی، ۱۳۸۲: ۲۳۵/۴ - ۲۳۶؛ فاضل مقداد، ۱۳۹۴: ۲/۷۶؛ مشکینی، ۱۳۹۳: ۸۷).
۲. امانت شرعی یا قانونی: مثل امین بودن ولی نسبت به اموال مولی علیه. (سبزواری، ۱۳۷۲: ۱۸/۳۰۳ - ۳۰۶).

مسئولیت مدنی امین در فقه و حقوق

اگر ولی قهری به واسطه کبر سن یا بیماری و امثال آن، قادر به اداره اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین نکند، طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضم می‌شود. منظور از ضم امین که در قانون مدنی به عنوان ضمانت اجرای انجام وظایف قانونی از سوی ولی ذکر شده، این است که دادگاه یک نفر امین را با ولی همراه و ضمیمه خواهد کرد و به این ترتیب اختیارات و آزادی‌های او را محدود می‌کند، در این صورت ولی نمی‌تواند به تنهایی و بدون موافقت امین معاملات را برای محجور انجام دهد. در مورد ضمانت امین در صورت تعدی و تفریط، اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد. چنان که صاحب جواهر می‌فرماید:

به دلیل اجماع منقول و محصل و نصوص، امین با تعدی و تفریط ضامن است. «الأمر الثاني: في موجبات الضمان و ينظمها قسمان: التفریط و التعدی بل قسم واحد، و هو التقصير و إن حصرها بعضهم في ستة: الانتفاع بها، والإيداع، و التقصير في دفع المهلكات، و المخالفة في كيفية الحفظ، و التصييع بأن يلقوها في مضیعة، و الجحود، و الأمر سهل بعد معلومية عدم ضمانها بدونهما إجماعاً بقسميه و نصوصاً، و الضمان مع كل منهما كذلك، لصدق الخيانة المقابلة للإيتمان المجعل في النصوص سبباً أو عنواناً لعدم الضمان، و لصدق الإتلاف و التصييع في الأول منهما، و النصوص المتقدمة في باب الرهن و المضاربة المشتملة على الضمان بالتعدی و الاستهلاك، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم

المزبور، باعتبار کونها امانة؛ موضوع دوم: در تعهدات ضمان، و به دو بخش تنظیم شده است: قصور و تخطی، اما یک بند که سهل انگاری است، اگر چه بعضی از آنها آن را به شش محدود کرده باشند: منتفع، تودیع، قصور. در ادای فاسدها و تخطی از طریق حفظ و ضایع کردن آن با دور انداختن آن در اسراف و ناسپاسی و امر آسان است پس از آن که بدانیم بدون آنها ضمانت ندارد به اتفاق در دو جزء و نص و ضمان با هر یک از آنهاست، به دلیل صداقت خیانت منطبق با ایمانی که در نصوص به عنوان دلیل یا عنوانی بر عدم ضمان آمده است و به دلیل حقیقت تباهی و اتلاف در اول آنها و نصوص پیش روی در باب رهن و مضاربه که شامل وثیقه نقضی و استعمالی است پس از علم به مشارکت همگان در شبهه قاعده با توجه به امانت بودن آن (نجفی، همان: ۱۲۸/۲۷).

و از این جهت، بین امانت مالکی و شرعی فرقی نیست، به این معنا که در امانت شرعی نیز فقط در صورت تعدی یا تفریط، ضمان به وجود می آید؛ همان طور که امام خمینی رحمته الله علیه می فرماید: «و هرگاه در دست او تلف شود ضمانتی بر او نیست، مگر آن که تفریط یا تعدی کرده باشد، مانند امانت مالکی.» (امام خمینی، همان: ۶۸۸/۱).

بنابراین، اموال طفل در دست ولی امانت شرعی است و او در صورت تعدی یا تفریط در حفظ آن ضامن است و باید ضرر و زیان وارد شده را جبران کند. حتی بنا به نظر برخی از فقهای معاصر، مولی علیه پس از رسیدن به سن رشد می تواند از ولی خود تقاضای حسابرسی نماید، بلکه در صورت اعتقاد به تعدی یا تفریط می تواند علیه او شکایت کند.

سؤال: «اگر پدری به خاطر ولایت شرعیه ای که بر فرزند نابالغ خود دارد، معامله ای با مال پسر بکند و پسر بعد از بلوغ مدعی غبن در معامله شود و پدر بگوید مصلحت بود که معامله کردم و غبنی صورت نگرفته، قول کدام یک مقدمه است...؟»

جواب: «قول پدر با قسم قبول می شود، بلی اگر پسر بینه داشته باشد، طبق آن حکم می شود...» (فاضل، همان: ۲۸۱/۲).

سؤال: «آیا صغیر بعد از رشد می تواند حسابرسی اموال خود را از ولی قهری بخواهد یا اعمال وی حمل بر صحت می گردد؟»

جواب: «صغیر پس از رشد، حق حسابرسی مال خود را از ولی دارد، لکن به آن حکم «اصالةالصحة» و جهات دیگر بر صغیر است که تخلّف ولی را با قسم و حلف اثبات نماید، چون منکر است، پس موازین قسم و قضا، دعوی را فیصله می‌دهد.» (صانعی، ۱۳۸۵: ۱۲۹/۳).

سؤال: «آیا پدر شرعاً اجازه دارد که مال فرزند نابالغ را برای خویش بردارد یا به دیگران ببخشد و یا از طریق مطالبه حقوق مالی او مثل دیه و مانند آن خودداری کند، یا بدون دریافت حق فرزند به دادگاه اعلام رضایت کند، اگر چنین کند آیا ضامن است؟»

جواب: امام خمینی: بنابراین بر ولی کودکی که دو صفت بلوغ و رشد را ندارد، لازم است که در حفظ و استیفای اموال و حقوق مالی کودک تحت ولایت خویش از بین راه‌های شرعی و عقلایی مناسب‌ترین و مطمئن‌ترین و کم‌هزینه‌ترین راه‌ها را در پیش گرفته و از هیچ کوششی دریغ ننماید. در مواردی که استیفای تمام حق کودک ممکن نیست از در مصالحه درآمده و لااقل قسمتی از آن را وصول کند هرچند که بقیه مال بر ذمه بدهکار می‌ماند و ولی نیز حق اسقاط آن را ندارد. به همین دلیل است که اگر کودکی به سبب حادثه یا سانحه عمدی و غیرعمدی آسیب‌دیده و مستحق دریافت دیه و ارش شده باشد و یا از ناحیه کسی ضرری به مال کودک وارد گردیده باشد، پدر یا جد پدری او حق ندارد به استناد ولایت بر او بدون وصول حق کودک از پیگیری قضایی خودداری کرده و یا گذشت و اعلام رضایت نماید و اگر به هر دلیل چنین کند ضامن و ملزم به جبران خسارت هستند (امام خمینی، ۱۳۶۸: ۱۴/۲).

سؤال: «آیا تجارت قیم صغار با اموالشان به نحوی که منافع آنان حفظ شود صحیح است؟»

جواب: با مراعات غبطه و مصلحت صغار اشکال ندارد.» (خامنه‌ای، khamenei.ir)

سؤال: «یکی از مؤمنین سرپرستی برادران فقیر خود را دارد و اموالی از آنان نزد او موجود است و با مال آنها اقدام به خرید زمینی کرده است بدون سند و اکنون نگران است متصرفی پیدا شود برای زمین و یا غاصبی آن را بگیرد و اگر آن را بفروشد قیمت خرید هم در نمی‌آید آیا ضامن پول یتیم‌ها است؟»

جواب: «اگر شرعاً یتیم‌ها باشد و با رعایت مصلحت و غبطه آنان اقدام به خرید زمین کرده باشد چیزی به عهده او نیست و در غیر این صورت معامله فضولی و منوط به اجازه ولی شرعی یا اجازه خودشان بعد از رسیدن به سن بلوغ است و او هم ضامن مال است.» (همان).

مسئولیت مدنی ولی در قانون

از لحاظ حقوقی نیز اگر ولی در اثر تعدی یا تفریط، به دارایی «طفل» خسارتی وارد کند، ضامن است و طفل پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، حق دارد از ولی خود تقاضای حسابرسی کند؛ زیرا مواد (۱۲۴۵) و (۶۶۸) قانون مدنی، قیم و وکیل را به دادن حساب زمان تصدی قیمومیت و وکالت ملزم می‌کند و طبق وحدت ملاکی که بین ولی قهری از یک طرف و قیم و وکیل از طرف دیگر وجود دارد، ولی قهری نیز در صورت تقاضای مولی علیه پس از رسیدن به سن رشد، باید درباره حساب دوران تصدی ولایت پاسخگو باشد و چنانچه بر اثر تفریط یا تعدی، ضرری به دارایی او وارد کرده باشد، جبران کند.

با وجود اینکه قانون مدنی به اختیار عزل ولی قهری اشاره نکرده است، با توجه به فقه امامیه که در موارد سکوت قانون باید به آن مراجعه کرد، عزل ولی قهری در صورت احراز خیانت یا بی‌لیاقتی ولی قهری و با رعایت مصلحت محجور، در حقوق امروز قابل قبول است. بنابراین، این‌گونه نیست که ولی در کار کودک خود بدون هیچ نظارتی واگذار شده باشد، بلکه همیشه بر او نظارت می‌شود تا از حدود مصلحت خارج نشود و اگر چنین کند، دایره اختیارات او به تدریج کمتر می‌شود.

قسمت اول ماده (۱۱۸۴) قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۹ در باره رعایت مصلحت چنین مقرر می‌دارد: هرگاه ولی قهری طفل، رعایت غبطه صغیر را رعایت ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات دادگاه، ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل، فرد صالحی را به‌عنوان قیم تعیین می‌نماید.

بدین گونه چون اعاده وضع به صورت پیشین امکان ندارد، جبران آنچه از دست رفته است به دارایی زیان دیده افزوده می شود. همچنین رعایت این شرط از مواد (۷۹، ۸۰، ۸۱، ۸۳) قانون امور حسبی نیز استنباط می گردد، هر چند این موضوع تصریح نشده است. جبران خسارت زیان دیده ممکن است به دو صورت انجام پذیرد:

۱. برگرداندن وضع او به صورت پیشین خود، بدین معنی که ضرر وارد شده چنان تدارک شود که گویی از اصل زیانی وارد نیامده است.

۲. جبران خسارت از راه معادل: بدین گونه که چون اعاده وضع به صورت پیشین امکان ندارد، ارزشی معادل آنچه از دست رفته است به دارایی زیان دیده افزوده شود. این دو صورت در عرض یکدیگر نیست تا عامل ورود زیان بتواند به میل خویش یکی را برگزیند یا زیان دیده در انتخاب راهی که بیشتر می پسندد، آزاد باشد. هدف از ایجاد مسئولیت مدنی این است که زیان به طور کامل جبران شود و زیان دیده وضع پیشین را بازیابد. پس، تا جایی که امکان دارد نباید از صورت ناقص جبران خسارت استفاده کرد و پول را، به عنوان معادل آنچه از دست رفته است، مورد استفاده قرارداد.

یافته های پژوهش

با توجه به بحث هایی که انجام شد از این پژوهش می توان چنین نتیجه گرفت:

۱. ولی قهری هرگز نمی تواند فراتر از محدوده خیراندیشی و مصلحت مولی علیه اقدام کند و همچنین به صورت مطلق حق ندارد در اداره امورات طفل، تصرفاتی را انجام دهد پس باید اقدامات او طبق مصلحت مولی علیه باشد.

۲. در هر معامله ای که غبطه صغیر رعایت نشده باشد دادستان (رئیس حوزه قضایی) حق دخالت دارد و از باب قاعده فقهی (اذن در شیء اذن در لوازم آن است) دارابودن اختیار دخالت در معامله این حق را نیز ایجاب می نماید که دادستان حق تقدیم دادخواست حقوقی را نیز داشته باشد.

بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل □ ۱۰۳

۳. ولی، نماینده قانونی مولی علیه است. قبل از ثبوت عدم رعایت امانت و یا خیانت نمی‌توان اختیارات ولی را در نحوه و کیفیت اداره امور مولی علیه محدود نمود اما چنانچه ولی در سمت خود رعایت امانت را ننماید یا خیانت کند مطابق مواد (۱۱۸۴) و (۱۱۸۶) قانون مدنی عمل خواهد شد.

۴. به‌طورکلی می‌توان گفت: اختیارات ولی قهری در قانون گسترده است و تنها چیزی که این اختیارات را محدود می‌کند، مصلحت شخصی است که محجور شده و نیازمند ولایت است. بنابراین، ولی قهری حق ندارد عملی انجام دهد که برخلاف مصلحت یا متضمن ضرری برای محجور باشد.

کتابنامه

- ادریس، محمد ابن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه التابعه لجماعه المدرسین، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی، احمد ابن محمد، مجمع الفائده والبرهان، قم، الجماعه المدرسین قم مؤسسه نشر الاسلامی، سوم، ۱۳۷۹ش.
- انصاری، مرتضی ابن محمدامین، مکاسب، قم، المؤتمر العالمی الامانته العامه، ششم، ۱۴۱۵ق.
- بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر حضرت آیه الله العظمی محمد تقی بهجت، دوم، ۱۳۸۴.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت، سیزدهم، ۱۱۰۴ق.
- الحسینی، السید میر عبدالفتاح، العناوین الفقیه، قم، مؤسسه النشر اسلامی تابعه جماعه المدرسین، دوم، ۱۴۱۷ق.
- حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت، اول، ۱۴۲۰ق.
- _____ قواعد الاحکام فی المعرفه الحلال و الحرام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۵.
- _____ مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، بیروت، لبنان محقق دار الاحیاء التراث العربی، اول، (بی تا).
- _____ نهایه المرام فی علم الکلام، قم، امام صادق، ۱۳۹۸ش.
- الخمنی، روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، هشتم، ۱۳۶۸.
- سبزواری، عبدالعلی، کفایه الاحکام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، سوم، ۱۳۹۶ش.
- _____ مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه تحقیقات نشر معارف اهل البيت، ۱۳۷۲ش.
- شهید الثانی، زین الدین ابن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مؤسسه مجمع الفکر الاسلامی، اول، ۱۳۸۲

بررسی فقهی و حقوقی تصرفات بدون مصلحت ولی طفل □ ۱۰۵

_____ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه معارف الاسلامیه، اول، ۱۴۱۳ق.

_____ مسالک الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه معارف الاسلامیه، دوم، ۱۳۸۱. شهید اول، شمس‌الدین ابوعبدالله محمد بن مکی، القوائد و الفوائد، قم، مجمع ذخائر اسلامی، دوم، ۱۳۹۸.

_____ الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه، اول، ۱۴۱۲ق. صانعی، یوسف، استفتائات، تهران، میزان، دوم، ۱۳۸۵ش.

طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتب المرتضویه، اول، ۱۳۸۶. غزالی، ابوحامد، کیمیای سعادت، بی‌جا، ۱۳۹۸ش.

الغطا، جعفرابن خضرمالکی، شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر، قم، مؤسسه کاشف الغطا، دوم، ۱۴۲۰ق.

فیاض، محمد اسحاق، المباحث الاصولیه، قم، دفتر آیت‌الله شیخ محمد اسحاق فیاض، سوم، ۱۳۸۲.

فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، قم، طلّیعه نور، اول، ۱۳۹۶. لنکرانی، محمد فاضل، جامع المسائل، قم، امیرالعلم وابسته به دفتر آیت‌الله فاضل لنکرانی، یازدهم، ۱۳۸۴.

المحقق الثانی، شیخ نورالدین علی ابن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البیت، دوم، ۱۴۱۴ق.

مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، قم، مؤسسه فرهنگي دارالحديث، اول، ۱۳۹۳ش.

مقداد، فاضل، کنز العرفان فی فقه القرآن، مرتضوی، پنجم، ۱۳۹۴ش.

منظور، محمدابن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارالصادر، بی‌تا.

نانینی، محمدحسین، مکاسب و البیع، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، اول، ۱۴۱۳ق.

واکاوی حکم جراحی زیبایی محض در اعمال عبادی بعد از وقت*

□ علی جهانیان**

□ مهدی اخلاصی***

چکیده

جراحی زیبایی محض یکی از اقسام جراحی زیبایی به شمار می‌رود که تنها به دلیل دست یافتن به زیبایی انجام می‌پذیرد، اما آن چه در این جراحی مدرن و نوظهور مهم می‌نماید ممنوعیت بعد از عمل جراحی است که شخص برای رسیدن به بهبودی کامل ملزم به رعایت آن است و استفاده نکردن از آب جهت انجام اعمال عبادی از جمله آنهاست. از همین رهگذر ضروری نبودن و لزوم تفویض مقدماتی همچون وضو و غسل نسبت به برخی از اعمال عبادی موجب پدیدار شدن اختلاف نظر هایی نسبت به مشروعیت این عمل در میان فقیهان شده است به طوری که برخی حکم به جواز عمل جراحی زیبایی محض نموده و برخی نیز اگر چه انجام چنین عملی را مشروع نمی‌دانند، اما نسبت به قضا و اعاده نمودن اعمال به جای آورده شده یکسان نمی‌اندیشند. یافته‌های این پژوهش که بر اساس رویکرد تحلیلی - اجتهادی سامان یافته، حاکی از آن است که انجام عمل جراحی محض بعد از داخل شدن وقت اعمالی همچون نماز جایز نبوده و در صورت انجام آن لازم است مکلف اعمال خویش (مانند نماز) را با تیمم به جای آورد، اما نیازی به قضا و یا اعاده اعمال انجام شده در زمان بهبودی نیست. واژگان کلیدی: جراحی زیبایی محض، اعمال عبادی، اعاده، تیمم، اجزاء، بدلیت.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۴/۲۰ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۱/۵.

** سطح چهار حوزه علمیه قم و پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) (jahanian280@gmail.com).

*** طلبه مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) قم (نویسنده مسئول) (Ekhlasi.m97@gmail.com).

مقدمه

انسان مسلمان، مکلف به انجام اعمال عبادی است که در برخی موارد برای انجام آن نیازمند مقدماتی است، مثلاً در باب مجوزات تیمم آمده است: کسی که یقین دارد آب برای او ضرر دارد، اگر عمداً خود را جنب کند، تیمم واجب و عملش صحیح است اما مرتکب حرام شده است (حکیم، ۱۴۱۰: ۱/۳۷۵). همچنین در باب وجوب حج، همه فقیهان بر این که قبل تحقق استطاعت می‌توان زمینه وجوب حج را (به واسطه شروطی که محقق استطاعت است) از بین برد، اتفاق نظر دارند؛ اما بعد از تحقق استطاعت (بنابر اختلاف مبنایی که در این زمینه وجود دارد) حج مستقر می‌شود و برای مستطیع جایز نیست که زمینه عمل را از بین ببرد، به طور مثال؛ به واسطه مریض کردن، خود را عاجز کند یا هزینه سفر را در جای دیگر استفاده کند (خویی، ۱۴۱۸: ۲۶/۱۰۳). از این رو در عمل جراحی زیبایی محض نیز (که صرفاً به جهت زیبایی انجام شده و ضرورتی بر انجام آن وجود نداشته است) بیمار به دستور پزشک تا زمان بهبودی نمی‌تواند برای وضو و یا غسل از آب استفاده نماید و این خود باعث تشکیک در صحت و مشروع بودن عمل مذکور می‌شود.

به عبارت دیگر؛ با توجه به نظایر این بحث که در فقه مطرح شده است می‌توان موضوع را چنین مطرح نمود که حکم جراحی زیبایی بعد از داخل شدن وقت نماز که موجب تقویت غسل یا وضو می‌گردد، چه خواهد بود؟ نکته‌ای که در این میان شایان توجه است این که اکثر قریب به اتفاق فقیهان معاصر امامیه دیدگاه جواز و مباح بودن جراحی زیبایی را با قطع نظر از آمیخته شدن آن با عناوین محرم، پذیرفته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸: ۲/۴۸۶؛ عباسی، ۱۳۸۷: ۷۶). بنابراین، بحث پیش رو با این پیش فرضی قابل طرح است که جراحی زیبایی به عنوان عملی مجاز قلمداد شود؛ چه این که مشروعیت یا عدم مشروعیت پیامدهای جراحی زیبایی در اعمال عبادی از فروعات جواز و اباحه جراحی زیبایی خواهد بود. بنابراین، مورد اضطرار و ضرورت، از محل بحث خارج است زیرا در جراحی زیبایی که به جهت ضرورت انجام شده، مانند مواردی که به جهت سوختگی یا پیوند انگشتان

جراحی زیبایی ترمیمی صورت می‌گیرد، که در این حال ممکن است روزها استعمال آب برای وضو یا غسل مضرّ باشد در این صورت حکم وجوب غسل و یا وضو، برداشته می‌شود. بنابراین، محور بحث در جایی است که ضرورتی برای جراحی زیبایی وجود ندارد و صرفاً به جهت زیبایی محض، آن هم بعد از وقت، به انجام آن اقدام می‌شود. در این راستا اگر چه موضوع بحث امری جدید می‌نماید که به طور مستقل و استدلالی مورد کاوش قرار نگرفته، اما می‌توان رجوع به نظایر آن در متون فقهی به بررسی آن پرداخت و از جمله موضوعاتی که می‌توان از بررسی آن به راهکارهایی در این زمینه دست یافت، مسئله فقهی دور ریختن آبی است که تنها برای غسل یا وضو کفایت می‌کند.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. جراحی زیبایی

۱-۱-۱. جراحی

این واژه در لغت در دو معنای کسب و پاره کردن پوست به کار رفته است (ابن فارس، ۱۴۱۰: ۱/ ۴۵۱). برخی هم گفته‌اند: جراحی به معنای یک بار ضربه یا طعنه زدن نیز آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳/ ۷۷). ابن منظور در معنای جراحی آورده است: جَرَحَ یعنی به وسیله سلاح در آن تاثیر گذاشت (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲/ ۴۲۲). در اصطلاح نیز جراحی به معنای هرگونه عملی است که در جهت تشخیص، یا درمان بیماری‌ها، آسیب‌ها و ناهنجاری‌ها که مستلزم شکافتن پوست یا مخاط باشد به کار رفته است (برانی کاردی، ۱۳۸۹: ۲۰). به عبارت دیگر، در معنای جراحی می‌توان گفت: فنی از فنون پزشکی است که به وسیله خارج کردن یا اصلاح، یا کاشتن یا غیر آن از راه‌هایی که از طریق پاره کردن و دوختن بر بدن انجام می‌شود گفته می‌شود (کنعان، ۱۴۲۰: ۲۳۴).

۱-۱-۲. جراحی زیبایی

جراحی زیبایی کمک به شکل دهی مجدد ساختمان طبیعی بدن است که ظاهر بیمار را بهبود بخشیده و به او اعتماد به نفس می‌دهد (برانی کاردی، ۱۳۸۹: ۱۴۳). مجمع فقه اسلامی وابسته به سازمان کنفرانس اسلامی در نشست کشور مالزی دانش جراحی زیبایی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: جراحی زیبایی به منظور زیباسازی جزء یا اجزای ظاهری جسم انسان یا بازگرداندن عملکرد آن هنگام بروز خللی انجام می‌پذیرد (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۱۷۶). بنابراین، در صورتی که جراحی پلاستیک جهت بهبود ظاهر انجام گردد آن را جراحی زیبایی و یا جراحی پلاستیک زیبایی می‌نامند (همان). از این رو این نوع جراحی را به جراحی زیبایی درمانی و جراحی زیبایی محض تقسیم کرده‌اند که جامع بین اقسام این نوع از جراحی، جراحی پلاستیک می‌باشد (کلهرنیا، ۱۳۹۱: ۸۲-۸۴). بنابراین آنچه که برخی محققان در این‌باره نوشته‌اند: واژه پلاستیک (Plastic) به معنای شکل دادن و قالب زدن مشتق شده‌است و در واقع جراحان پلاستیک صورت یا بدن فرد را شکل داده و به آن قالب می‌دهند تا به شکلی خوشایندتر در آید (اولسن آر مریل: ۸). و به عبارت دیگر؛ جراح با روش‌های خاصی می‌تواند بافت‌های نازیب و برآمده و نامناسب را اصلاح کند و در زیبا کردن آنها جهد فراوان مبذول دارد (دهخدا، ۱۳۷۳: ۷۵۹۸/۵).

۱-۲. اجزا

«اجزا» در لغت به معنای کفایت کردن، قایم مقام شدن و بی‌نیاز کردن از شیء دیگر است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۶). و در اصطلاح عبارت است از: اکتفا به امثال امری با تمام اجزا و شرایط از امثال دوباره همان امر یا امری دیگر؛ به این بیان که هرگاه مولا امری را متوجه مکلف کند و او مأمور به را با تمام اجزا و شرایطی که مولا از او خواسته است، انجام دهد، باعث تحصیل غرض و رضایت او می‌گردد که نتیجه آن سقوط امر مولا و عدم لزوم امثال مجدد آنچه به صورت ادا در وقت و به صورت قضا در خارج وقت از طرف مکلف می‌باشد (فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۱۳۸۹: ۷۷).

۲. بیان دیدگاه‌ها

یکی از مقدمات انجام نماز وضو گرفتن است. سوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا مکلف مجاز است بعد از داخل شدن وقت نماز آبی که در اختیار وی قرار دارد و می‌تواند از آن برای وضوگرفتن و خواندن نماز با وضو بهره ببرد را به واسطه دورریختن از دسترس خود خارج نماید و سپس برای نماز تیمم نماید؟ در صورت عدم جواز وظیفه وی نسبت به انجام نماز چیست؟ در پاسخ به سؤال اول دو دیدگاه مطرح شده است:

۲-۱. دیدگاه‌ها در خصوص از بین بردن آب منحصر

دیدگاه اول: جواز دور ریختن آب

از نظر برخی فقیهان اتلاف آب وضو بعد از داخل شدن وقت نماز امری مجاز به شمار می‌رود. محقق حلی می‌نویسد:

إذا كان معه ماء فأراقه قبل الوقت أو مر بماء فلم يتطهر و دخل الوقت و لا ماء، تیمم و صلی و لا إعادة، و لو كان ذلك بعد دخول الوقت، فكذلك ... لنا انه صلی صلاة مستكملة الشرائط، فتكون مجزية و الإراقة للماء سائغة؛ در صورتی که آب همراه شخص موجود است، اما قبل از وقت آب را بیرون می‌ریزد و یا قبل از داخل شدن وقت از کنار آبی عبور کرده، اما طهارت لازم برای نماز را کسب نمی‌کند و وقت داخل می‌شود، در حالی که وی آبی در اختیار ندارد؛ در این صورت وظیفه تیمم و نماز خواندن است و نیازی به اعاده کردن نماز نیست و در صورتی که این حالات بعد از داخل شدن وقت اتفاق افتد، همان حکم (تیمم و خواندن نماز) را دارد. دلیل این حکم نیز عبارت است از این که نماز خوانده شده با شرایط کامل بوده، در نتیجه مجزی است و بیرون ریختن آب و از بین بردن آن نیز امری جایز به شمار می‌رود (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۱/۳۶۶).

در نگاه محقق مذکور لازم نیست بعد از داخل شدن وقت نماز، حفاظت از آب جهت انجام وضو به عنوان عملی واجب صورت پذیرد، بلکه جایز است که آب را از دسترس خارج نمود و با تیمم نماز را به جای آورد. براین اساس، مکلف می‌تواند جهت انجام جراحی

محض بعد از وارد شدن وقت نماز اقدام نماید و در صورت عدم امکان استفاده از آب جهت وضو، تیمم نموده و نماز بخواند.

مستندات جواز دور ریختن آب

۱. ادله روایی

روایات متعددی نقل شده است که مفاد آن مساوی بودن طهارت حاصل شده از آب و خاک است که در ادامه این روایات از نظر سندی و دلالت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

روایت اول: حدیث اسحاق بن عمار

از مواردی که با استناد به آن می‌توان بدلیت تیمم از وضو را به نحو مطلق (نه اضطراری) ثابت نمود، روایتی است که در خصوص جواز مباشرت در سفر وارد شده است. در این روایت اسحاق بن عمار نقل می‌کند:

سَأَلْتُ أَبَا إِسْرَاهِيمَ ع عَنْ رَجُلٍ يَكُونُ مَعَهُ أَهْلُهُ فِي السَّفَرِ فَلَا يَجِدُ الْمَاءَ يَأْتِي أَهْلَهُ فَقَالَ مَا أَحَبُّ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْقًا أَوْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ؛ از موسی بن

جعفر ع پرسیدم: مردی به همراه خانواده خود به مسافرت می‌رود آیا درحالی که آبی در اختیار ندارد می‌تواند با همسرش آمیزش کند؟ امام ع فرمود: دوست ندارم چنین کند مگر میل شدیدی به زنان داشته و یا بر خودش بیمناک باشد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱/۴۰۵).

در بررسی سندی باید گفت: اگر چه در طریق روایت «علی بن سندی» می‌باشد که برخی او را تضعیف نموده‌اند (خویی، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۲۹). اما با توجه به کثرت روایت بزرگان از وی، می‌توان به روایات او اعتماد نمود، از جمله این افراد می‌توان به ۱۴۱ روایت محمد بن علی بن محبوب که نجاشی درباره او گفته است: «شیخ القمیین فی زمانه، ثقه، عین، فقیه، صحیح المذهب» (۱۴۰۷: ۳۴۹). و عبدالله جعفر حمیری که نجاشی او را جز شیوخ اصحاب می‌داند (همان: ۳۰۳). و نیز محمد بن یحیی العطار که نجاشی درباره او گفته

است: «شیخ أصحابنا فی زمانه ثقہ عین کثیر الحدیث» (همان: ۳۵۳) که هر دو از علی بن سندی ۲۳ روایت نقل کرده‌اند، اشاره نمود. بنابراین، کثرت روایت بزرگان، بهترین دلیل بر وثاقت ایشان و موجب اعتبار راوی خواهد شد (زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳۱/۹). افزون بر این که از دو طریق دیگر نیز روایت مذکور نقل شده که هر دو طریق صحیح می‌باشد (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۴۹۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۱۸/۷). از ناحیه دلالت نیز در این روایت با این که برای غسل آبی در اختیار نیست اما شخص می‌تواند با همسر خود آمیزش نموده و بعد در صورت نیاز با تیمم نماز بخواند و این به معنای بدلیت مطلق تیمم از وضو و غسل است و به عبارت دیگر؛ از اطلاق روایات "فاقد الماء" بودن شخص قابل برداشت است.

ارزیابی دلیل فوق

اولاً: دلالت روایت مذکور بر مدعا قابل مناقشه است، زیرا؛ اگر چه عبارت «مأحب» دلالتی بر حرمت ندارد، اما شروطی که در ذیل روایت قرار داده شده گویای عدم جواز این عمل است، زیرا؛ در صورتی که این عمل حرام نبوده و تنها کراهت داشته باشد وجهی برای بیان شرط نیست.

ثانیاً: در نگاه برخی از فقها همچون سید یزدی پذیرش جواز مباشرت بدون به همراه داشتن آب به عنوان یک استثناء نسبت به حکم کلی وجوب حفظ آب محسوب می‌شود که دلیل آن نیز وجود روایت فوق بیان شده است (یزدی، ۱۴۰۹: ۱/۴۷۵). بنابراین، نمی‌توان از مورد روایت - جواز مباشرت - الغاء خصوصیت نمود و حکم تیمم را به موارد دیگر نیز سرایت داد، زیرا؛ ممکن است عمل مباشرت دارای خصوصیتی باشد؛ مانند این که در اثر سخت گیری در آن، فرد به گناه بیفتد (امام خمینی، بی تا: ۱۶/۲). البته سید یزدی خود ترک مباشرت در این حال را موافق احتیاط می‌داند.

ثالثاً: مفاد این روایت با مورد محل بحث تفاوت دارد، زیرا؛ آن چه از روایت به دست می‌آید این است که مباشرت در فضایی مطرح گردیده که شخص هیچ آبی برای وضو یا غسل

در اختیار ندارد؛ براین اساس وظیفه وی تیمم بوده است که در صورت عدم مباشرت باید تیمم بدل از وضو کند و در صورت مباشرت تیمم بدل از غسل، اما مورد بحث ما این است که مکلف آب در اختیار دارد و بدون ضرورت آن را از دسترس خارج نموده و به تیمم روی می آورد و این برخلاف قاعده لزوم حفظ شروط وجودیه است (حکیم، ۱۴۱۶: ۴/۳۴۲).

روایت دوم: موثقه سماعه

دلیل دیگری که به آن تمسک شده روایتی است که سماعه از امام صادق علیه السلام به سند ذیل

نقل می کند:

الْحُسَيْنُ عَنِ الْحَسَنِ عَنِ زُرْعَةَ عَنِ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ
يَكُونُ مَعَهُ الْمَاءُ فِي السَّفَرِ فَيَخَافُ قَلْتَهُ قَالَ يَتِمَّمُ بِالصَّعِيدِ وَ يَسْتَتِي الْمَاءَ فَإِنَّ اللَّهَ
عَزَّ وَ جَلَّ جَعَلَهُمَا طَهُوراً الْمَاءَ وَ الصَّعِيدَ؛ سماعه می گوید: از امام صادق علیه السلام در
خصوص مردی سوال نمودم که در سفر است و مقداری آب به همراه دارد که در صورت
استفاده برای وضو و... از اتمام آن بیمناک است، وظیفه اش چیست؟ امام علیه السلام فرمود: با
خاک تیمم نماید و آب را نگه دارد، همانا خداوند متعال آب و خاک را پاک کننده قرار داد
(طوسی، ۱۴۰۷: ۱/۴۰۵).

این روایت از لحاظ سندی قابل اعتماد بوده اما به دلیل وقوع «زرعه» در طریق سند که فردی واقفی است موثقه می باشد. از ناحیه دلالت نیز در این روایت از آب و خاک به عنوان دو طهور یاد شده است که در عرض یکدیگر بوده و هیچ یک بر دیگری تقدم ندارد.

ارزیابی دلیل فوق

یکی از مواردی که می توان برای نماز تیمم نمود جایی است که مکلف ترس از وقوع در تشنگی دارد، به این بیان که اگر آب موجود را برای وضو گرفتن صرف نماید، در آینده خطر تشنگی وی را تهدید می کند و احتمال آسیب دیدن وجود دارد، در این صورت روایات و اجماع (نجفی، ۱۴۰۷: ۵/۱۱۴). بر این استوار گردیده که مکلف آب را برای نوشیدن نگاه دارد و برای نماز تیمم نماید و آن چه که در این روایت مطرح گردیده ناظر به این مطلب است،

در نتیجه می‌توان گفت که قسمت پایانی روایت تنها در مقام بیان مشروعیت تیمم است اما نه به عنوان طاهری در عرض طهارت مائیه، بلکه همان‌گونه که روایت بیانگر آن است یکی از مسوغات رجوع به تیمم ترس از تشنگی است که ناشی از عدم نگهداری آب است.

روایت سوم: صحیحه مصعب

مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنِ ابْنِ أَبِي يَعْقُوبٍ وَعَنْ عُبَيْدِ بْنِ مُصْعَبٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: إِذَا أَتَيْتَ الْبَيْتَ وَأَنْتَ جُنْبٌ وَ لَمْ تَجِدْ دَلْوًا وَلَا شَيْئًا تَغْرِفُ بِهِ فَتَيْمِّمُ بِالصَّعِيدِ فَإِنَّ رَبَّ الْمَاءِ وَ رَبَّ الصَّعِيدِ وَاحِدٌ وَ لَا تَقْعُ فِي الْبَيْتِ وَ لَا تُفْسِدْ عَلَى الْقَوْمِ مَاءَهُمْ؛ در این روایت صحیح امام صادق علیه السلام به ابن مصعب می‌فرماید: زمانی که جنب شدی و به چاهی رسیدی که برای بیرون کشیدن آب سطل ندارد و چیزی هم نیست که به وسیله آن آب بکشی، در این صورت با خاک تیمم کن، چرا که خدای آب، خدای خاک است و وارد چاه نشو و با داخل رفتن آب را بر مردم فاسد نکن (کلینی، ۱۴۰۷: ۳/۶۵).

در این روایت امام علیه السلام طهارتی که از خاک به دست می‌آید را همانند طهارت آب دانسته است و همان‌گونه که آب طهور است و مجوز نماز و اعمال عبادی مشروط به طهارت قرار گرفته، خاک نیز طهور بوده و از این جهت با هم مساوی‌اند. در نتیجه با توجه به عبارت تعلیل‌گونه «فَإِنَّ رَبَّ الْمَاءِ وَ رَبَّ الصَّعِيدِ وَاحِدٌ» که بیانگر تساوی طهارت به دست آمده از آب و خاک است، نیازی به حفظ آب منحصر، جهت انجام طهارت نیست.

ارزیابی دلیل فوق

با دقت در مفاد روایت می‌توان به این امر دست یافت که رجوع به تیمم در زمانی مجاز شمرده شده است که شخص دسترسی به آب نداشته باشد، بنابراین، عنوان «فاقد الماء» بر وی صادق است و این‌گونه نبوده است که در شرایطی که قدرت بر استفاده آب فراهم بوده، امام علیه السلام ۷ استفاده از تیمم را برای نماز اجازه داده باشند. بلکه می‌توان گفت که روایت تأییدی

است بر آن چه بیان شد، زیرا این که امام ۷ فرمود: خدای آب، خدای خاک نیز هست، دلالت بر این نکته دارد که بنای رجوع به تیمم بر اساس تسهیل بنیان نهاده شده است، نه این که امر دایرمدار عجزعقلی باشد، بنابراین، با وجود عذرهایی مانند مشقت و ترس از وارد شدن در چاه و یا مخلوط شدن آب چاه با کثافت و گل و نیز تنفر طبع عمومی از استعمال از آبی که فرد جنب وارد آن شده است، همگی از مواردی است که مصحح رجوع به تیمم است (آملی، ۱۳۸۰: ۱۶۴/۷).

۲. تحقق موضوع ادله تیمم

در نگاه برخی فقیهان دلیلی بر حرمت دور ریختن آب بعد از داخل شدن وقت وجود ندارد بلکه بیرون ریختن و اتلاف آن امری جایز است (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۱/۳۶۶). بلکه می توان گفت: مقتضای ادله ای که طهارت مائیه (وضو) را برای نماز لازم می شمارد این است که در صورت وجود آب نباید به سراغ تیمم رفت اما در این میان نیز ادله ای مانند آیه (فلم تجدوا...) وجود دارد که بیان گر جواز تیمم طهارت ترابیه (تیمم) است، براین اساس مقتضای جمع میان این دو دسته دلیل آن است که موضوع طهارت مائیه خصوص دارندگان آب است که از آن به (واجد الماء) تعبیر می شود و موضوع ادله «طهارت ترابیه» نیز اشخاصی هستند که آب در دسترس آنها نیست که با عنوان (فاقد الماء) از آنها یاد می شود؛ مانند نماز تمام و نماز شکسته که ادله بیان گر تمامیت نماز فرد حاضر (غیر مسافر) اگر چه اطلاق دارد و وجوب مطلق از آن استفاده می شود، اما با توجه به ادله ای که دلالت بر قصر بودن نماز مسافر دارد، آن اطلاق مقید به افرادی می شود که مسافر نیستند، براین اساس تمام و شکسته خواندن نماز دو حکم برای دو موضوع حاضر و مسافر است و در محل بحث نیز مقتضای جمع میان ادله، تخصیص لزوم طهارت مائیه به واجدان آب و طهارت ترابیه به فاقدان آن می باشد و از آنجایی که مکلف به اختیار خود می تواند از حالت حاضر به حالت مسافر انتقال یابد در این جا نیز می تواند از موضوع طهارت مائیه خود را داخل در موضوع طهارت ترابیه نموده و

بعد با تیمم نماز خود را به جای آورد. بنابراین، مکلف می‌تواند خود را از موضوعی خارج کند و داخل در موضوع دیگر نماید و بیرون رفتن از یک موضوع و داخل شدن در موضوع دیگر نیز مانعی ندارد. دلیلی که می‌گوید: «ان كنت حاضرا»؛ اگر در وطن بودی، برای ثبوت حکم حضور در وطن را مفروض گرفته‌است و فرض لزوم وجود جهت ثبوت حکم، مقدمه وجوبیه است که فقیهان به وجوب آن قایل نیستند (انصاری، ۱۳۸۳: ۱/۲۴۳؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۱۰۶/۶). به طور مثال می‌گوید: «ان كنت مستطیعا یجب الحج». یا می‌گوید: «ان كنت حاضرا یجب الاتمام». یا می‌گوید: «ان كنت مسافرا یجب القصر». که موضوع در این ادله مفروض‌الوجود است یعنی اگر این موضوع محقق شد حج یا قصر یا اتمام واجب می‌شود. بنابراین، مکلف می‌تواند مقدمات وجوبیه را ایجاد نکند تا به این وسیله خود را از دایره تکلیف خارج کند. از این رو وجوب طهارت مائیه (وضو یا غسل) و وجوب طهارت‌ترایه (تیمم) مانند وجوب قصر و اتمام است که دو موضوع و دو حکم و دو متعلق داریم که یکی فاقدالماء و دیگری واجدالماء می‌باشد. به همین جهت اگر آب در اختیار مکلف باشد، آیه شریفه: «إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ» (مانده: ۶). او را شامل می‌شود و اگر آب نداشته باشد، آیه شریفه «فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا» (همان). در مورد او صادق خواهد بود. در نتیجه؛ «اراقه الماء» و خارج کردن آب از دسترس از جهت حکم تکلیفی محکوم به اباحه خواهد بود زیرا خارج شدن از موضوعی و داخل شدن در موضوع دیگر محکوم به اباحه است.

ارزیابی دلیل فوق

تقیید زدن اطلاقات توسط مقیدات امری صحیح است، اما این امر در مواردی است که عنوان مقید، عنوان اضطراری به شمار نیاید، زیرا؛ در این صورت عرف تقیید زدن را نمی‌پذیرد، به عبارت دیگر: در این موارد عرف ملاک موجود در دلیل مطلق را مشروط به نبودن مقید نمی‌داند، بلکه در تمامی حالات باید بر طبق دلیل مطلق عمل نمود، مگر در

ظرف عذر که مکلف در این فرض نمی‌تواند بر طبق مؤدای دلیل مطلق عمل نماید. به عبارت دیگر؛ به دلیل اضطرار پیش آمده حکم دلیل مقید ثابت می‌شود (حکیم، ۱۴۱۶: ۴/۳۱۷). در این راستا از مواردی که بیانگر اضطراری بودن تیمم است ذیل آیه ۶ سوره مائده می‌باشد که می‌فرماید: «مَا يَرِيْدُ اللّٰهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ». در این فقره از آیه، تیمم به عنوان تسهیل و رفع سختی و حرج مطرح گردیده است، زیرا امر به انجام وضو توسط بیماران و یا یافتن آب برای مسافران به هر نحو ممکن، امری حرجی محسوب می‌شود که شارع مقدس راضی به انجام آن نشده و این احکام را برای رفع حرج وضع نموده است. بنابراین، از این بیان شارع می‌توان به این مهم دست یافت که تکلیف اولی و اصلی طهارت مائیه بوده است که در بردارنده حالت عجز مکلف نیز می‌شود، اما شارع با جعل تیمم، طهارت مائیه را تنها تا زمانی از مکلفین درخواست نموده که در اختیار و قدرت ایشان باشد و در موارد مشقت و سختی تیمم را جای‌گزین آن قرار داده است (امام خمینی، بی‌تا: ۱۳/۲).

دیدگاه دوم: عدم جواز دور ریختن آب

بسیاری از فقیهان از بین بردن آب و اتلاف آن را بعد از وارد شدن وقت نماز جایز نمی‌دانند. سید یزدی می‌نویسد: «لا يجوز إراقة الماء الكافي للوضوء أو الغسل بعد دخول الوقت إذا علم بعدم وجدان ماء آخر و لو كان على وضوء لا يجوز له إبطاله إذا علم بعدم وجود الماء» (سید یزدی، ۱۴۰۹: ۱/۴۷۱). در مصابیح الظلام چنین آمده است: «لو كان عنده ماء يحرم عليه صبّه أو هبته مع اليأس عنه للصلاة و إحواج نفسه إلى التيمّم، سيما بعد دخول الوقت» (بهبهانی، ۱۴۲۴: ۴/۲۵۲). در نگاه این فقیهان مکلف موظف است نسبت به حفظ آبی که برای وضو و غسل نیازمند آن است، اقدامات لازم را انجام دهد. با عنایت به این که آن چه در این میان مهم به نظر می‌رسد، نحوه عملکرد مکلف است که به اختیار خویش مرتکب عملی گردیده که به واسطه آن امکان استفاده از آب برای وی ممکن نیست، بنابراین، در اسباب ایجاد کننده این ممنوعیت - استفاده از آب - تفاوتی وجود ندارد، براین اساس،

شخص نمی‌تواند بعد از داخل شدن وقت نماز اقدام به انجام عمل جراحی زیبایی محض کند، زیرا در این صورت وی جهت بهبود عمل انجام شده لازم است از به کار بردن آب خودداری نماید و این به مثابه آن است که آبی که در اختیار وی قرار دارد و می‌تواند با آن مقدمات انجام اعمال عبادی خویش را فراهم سازد را از دسترس خویش خارج سازد. به عبارت دیگر؛ بیرون ریختن آب موجود و یا انجام عملی که موجب ترک استفاده از آب گردد یکسان است.

مستندات عدم جواز دور ریختن آب

فقیهانی که معتقداند مکلف نمی‌تواند در حالت اختیار آبی که وضوگرفتن منحصر در اوست را بعد از وارد شدن وقت نماز از دسترس خارج کند برای اثبات مدعای خود به چند دلیل استناد نموده‌اند که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱. آیه قرآن

یکی از دلایلی که برای عدم جواز خارج کردن آب به آن استدلال شده آیه ۴۳ سوره مبارکه نساء است. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید:

وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا؛ و اگر بیمارید یا در سفرید یا یکی از شما از قضای حاجت آمد یا با زنان آمیزش کرده‌اید و آب نیافته‌اید، پس بر خاک پاک تیمم کنید (نساء: ۴۳).

محقق خوئی در تبیین استدلال می‌نویسد:

این آیه دستور می‌دهد در صورتی که آب برای وضو نیافتید، تیمم نمایید و همان گونه که از ظاهر آیه به دست می‌آید؛ مراد از فقدان و عدم دست یابی به آب فقدان طبیعی آن است، بنابراین، شامل حالتی که به طور عادی و طبیعی آب در دسترس مکلف بوده اما وی با اختیار خویش آن را دور ریخته نمی‌شود. به عبارت دیگر: مواردی که انجام دو فعل مطرح است به طوری که انجام دستور دوم منوط به عجز از انجام دستور اول می‌باشد، ظاهر در

این است که فعل دوم بدل اضطراری فعل اول محسوب می‌شود نه بدل اختیاری، در نتیجه؛ این آیه شامل مواردی نمی‌شود که مکلف از ابتدا متمکن و قادر بر انجام فعل اول بوده اما خود را عاجز ساخته است و بعد به انجام فعل دوم پرداخته است. براین اساس، زمانی فعل دوم مطرح می‌شود که فعل اول بدون دخالت مکلف و به طور طبیعی مقدر و نباشد. بنابراین، در صورتی که خود را اختیاراً عاجز ساخته است امر دوم شامل وی نمی‌شود. از این رو با عنایت به آنچه گذشت؛ مکلف بعد از داخل شدن وقت نماز مجاز به ریختن آبی که برای وضو مورد استفاده قرار می‌گیرد، نیست (خویی، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۰۵).

۲. روایت

روایت محمد بن مسلم دلیل دیگری است که بیان‌گر اختصاص تیمم به حالت اضطرار است:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيْسَى عَنْ حَرِيْزِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَجْنَبٍ فِي السَّفَرِ وَ لَمْ يَجِدْ إِلَّا التَّلْجَ أَوْ مَاءً جَامِداً فَقَالَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الضَّرْوَرَةِ يَتِيمٌ وَ لَا أَرَى أَنْ يَعودَ إِلَى هَذِهِ الْأَرْضِ الَّتِي تُؤْبِقُ دِينَهُ؛ محمد بن مسلم نقل می‌کند که امام صادق علیه السلام گفتیم: اگر کسی در حال سفر جنب شود و بعد از جست‌وجو تنها به برف و یخ دست یافت، تکلیف او چیست؟ امام صادق علیه السلام فرمود: این حالت به منزله ضرورت است که باید تیمم کند، و من روا نمی‌بینم که باز هم به این گونه سرزمین سفر کند که دین او را به تباهی می‌کشد (کلینی، ۱۴۰۷: ۳/۶۷).

ظاهر این روایت که از لحاظ سندی نیز صحیح است، گویای این امر است که شخص مسافر به چیزی دست نیافته تا به وسیله آن وضو بگیرد، نه این که امکان تیمم نیز برای وی فراهم نبوده است، بنابراین، روایت به وضوح دلالت بر اضطراری بودن تیمم و مختص بودن آن به حالت ضرورت دارد و جمله پایانی نیز به این نکته اشاره دارد که مکلف نبایستی با اختیار خویش شرایط اضطرار را پدید آورد (امام خمینی: ۱۴/۲). بنابراین، مکلف نمی‌تواند در حالت عادی آب مورد نیاز خود را دور ریخته و بعد به واسطه نبود آب به انجام تیمم پردازد.

۳. اهتمام شارع به طهارت مائیه

با نگاهی به مجموع آن چه که در کتب فقهی با عنوان باب تیمم مطرح شده می‌توان به قرآینی دست یافت که حاکی از اهتمام شارع مقدس به طهارت مائیه است و این که در هر زمانی نمی‌توان آن را به کناری زد و به تیمم روی آورد؛ در ادامه به برخی از این قرآین اشاره می‌شود:

قرینه اول: لزوم فحص از آب

در مواردی که آب لازم برای انجام طهارت وجود ندارد بلافاصله نمی‌توان به انجام تیمم مبادرت ورزید، بلکه ابتدا واجب است برای یافتن آب به جست‌وجو پرداخت و بعد از یأس از وجود آب تیمم نمود. از مستندات این امر روایت زراره می‌باشد که بیانگر دستور شارع جهت طلب آب است: «عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَحَدِهِمَا عليه السلام قَالَ: إِذَا لَمْ يَجِدِ الْمَسَافِرُ الْمَاءَ فَلْيَطْلُبْ مَا دَامَ فِي الْوَقْتِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳/۶۳)؛ و «وجوب طلب مقتضی حرمت بیرون ریختن آب منحصر است» (بهبهانی، ۱۴۲۴: ۴/۲۶۴). از این رهگذر دانسته می‌شود که از بین بردن آب جایز نخواهد بود، بلکه در صورت عدم وجدان آب، وجوب طلب آمده، پس حفظ وجوب آب منحصر به طریق اولی واجب خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۷: ۵/۸۸).

قرینه دوم: لزوم خرید آب برای طهارت

در موردی که مکلف به مقدار لازم آب برای انجام طهارت در دسترس ندارد اما می‌تواند با پرداخت مال آن را تهیه کند، در این صورت لازم است که جهت خریداری آب اقدام نماید و بر این مطلب نه تنها ادعای اجماع شده (طوسی: ۱/۱۶۶) بلکه در روایتی صفوان از امام کاظم علیه السلام نسبت به مردی که آب ندارد اما توان پرداخت هزینه آن را دارد، چنین نقل می‌کند:

سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اِخْتَجَعَ إِلَى الْوُضُوءِ لِلصَّلَاةِ وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَاءِ فَوَجَدَ يَقْدِرُ مَا يَتَوَضَّأُ بِهِ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَهُوَ وَاجِدٌ لَهَا يَشْتَرِي وَيَتَوَضَّأُ أَوْ يَتَيْمَّمُ قَالَ لَا بَلْ يَشْتَرِي قَدْ أَصَابَنِي مِثْلُ ذَلِكَ فَاشْتَرَيْتُ وَتَوَضَّأْتُ وَ مَا يَشْتَرِي بِذَلِكَ مَالٌ كَثِيرٌ؛ در خصوص مردی سوال کردم که برای نماز نیاز به وضو گرفتن دارد اما

به آب دسترسی ندارد، بعد از مدتی به مقدار لازم دست یافته که با پرداخت صد درهم یا هزار درهم می‌تواند آن را تهیه کند. آیا باید آب را بخرد و وضو بسازد، یا می‌تواند تیمم کند؟ ابو الحسن *علیه السلام* گفت: نه، باید آب را بخرد. يك چنین وضعی برای من اتفاق افتاد و من آب را خریدم و وضو گرفتم. آن چه در برابر صد درهم و هزار درهم بدست می‌آورد، ارزش بیشتری دارد (کلینی، ۱۴۰۷: ۷۴/۳).

از این روایت وجوب خریداری آب استفاده می‌شود و متفاهم از این امر لزوم حفظ موضوع است، چه این که برای وضو که مقدار کمی آب مصرف می‌شود، واجب است صد یا هزار درهم پرداخت کند، از این رو در نظر عرف دور ریختن آبی که با آن می‌توان وضو گرفت منافات با این اهتمام شارع به حفظ طهارت مائیه دارد (نجفی، ۱۴۰۷: ۵/۸۸؛ امام خمینی، بی‌تا: ۱۵/۲).

قرینه سوم: فهم عرف

مفاهیم عرفی در نظام عبد و مولی چنین است که امر اضطراری در طول امر اختیاری قرار دارد، یعنی تا جایی که ممکن است مبدل منه مطلوب شارع خواهد بود و در صورت عدم قدرت، بدل مورد عنایت قرار می‌گیرد، از این رو تعجیز نفس به جهت فرار از امر مولی و روی آوردن به امر ثانوی، نزد عرف و عقلا قبیح خواهد بود. بنابراین، تعجیز نفس و در نتیجه عدم امثال طهارت مائیه که تا فرض امکان مورد توجه شارع است و امثال طهارت تراپیه که برای موارد اضطرار جعل شده است، مورد رضایت شارع مقدس قرار نمی‌گیرد (خویی، ۱۴۱۸: ۹۹/۱۰).

۳. تفویت واجب

از دیگر ادله عدم جواز عملی که به موجب آن طهارت مائیه فوت می‌شود این است که آنچه در حالت تمکن بر مکلف واجب گردیده، نماز با وضو است و مکلف درحالتی که قادر بر اتیان عمل با شرط مذکور است نمی‌تواند با اخلال در این شرط نماز را با تیمم به جا آورد.

در منتهی المطلب آمده است:

لو دخل الوقت و معه ماء يكفيه للوضوء فالوجه تحريم الجماع عليه حينئذ، لأنه يفوت الواجب و هو الصلاة بالمائية؛ هنگامی که وقت نماز است و مکلف نیز به مقدار لازم آب برای وضو گرفتن در اختیار دارد، نمی‌تواند به عمل زناشویی پردازد، زیرا در این صورت عمل واجب که نماز با وضو است از وی فوت می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳/ ۱۳۰).

۲-۲. بررسی حکم نماز خوانده شده

نماز از جمله اموری است که در هر شرایطی باید به انجام آن مبادرت ورزید و روایات و اجماع قطعی نیز بر این مهم دلالت دارد، بنابراین، بر شخصی که بعد از وقت اقدام به عمل جراحی نموده، واجب است تا نماز خویش را و لو با انجام تیمم به‌جا آورد (خویی، ۱۴۱۸: ۱۰/ ۱۰۶). اما نکته‌ای در این میان مطرح شده که فقیهان نسبت به صحت نمازی که مکلف بعد از داخل شدن وقت اقدام به از میان بردن آب در دسترس خود نمود و سپس با انجام تیمم به خواندن آن اقدام نموده است، اختلاف نظر دارند.

۲-۲-۱. دیدگاه مجزی نبودن نماز خوانده شده

با نگاهی به متون فقهی می‌توان دریافت که برخی اگرچه حکم به نماز با تیمم نموده‌اند اما با نگاه تردید به این نماز نگریسته و احتمال اعاده آن را مطرح نموده‌اند (علامه حلی: ۲/ ۱۶۶). برخی نیز نماز خوانده شده را کافی ندانسته و حکم به اعاده نماز کرده‌اند. شهید اول می‌نویسد: «و لو وهب الماء أو أراقه في الوقت أو ترك الطلب و صلی، أعاد» (شهید اول، ۱۴۱۷: ۱/ ۱۳۱). در جای دیگر می‌افزاید: «و لو أراق الماء في الوقت عصی، مع علمه باستمرار الفقد و يقضی» (همان، ۱۴۱۲: ۸۴). و دلیل این حکم نیز تقریبی است که از ناحیه مکلف صادر شده است (عاملی، ۱۴۱۱: ۲/ ۱۸۵).

ارزیابی دیدگاه فوق

این دیدگاه که مکلف عمل واجب را در وقتش ترک نموده و علت آن نیز کوتاهی وی بوده، در نتیجه باید بعد از وقت، نماز را با وضو قضا نماید، قابل مناقشه می‌باشد، چرا که قضائمودن نماز در صورتی است که نماز واجب در ظرفش فوت شود و این امر در محل بحث اتفاق نیفتاده است زیرا مکلف نماز را در وقتش به جای آورده است، منتهی در شرط آن اخلاص ورزیده است؛ بنابراین، اصل نماز فوت نشده است (خویی، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۰۷). به دیگر سخن؛ عصیان رخ داده در تحصیل وضو (طهارت مائیه) مانع از صدق عنوان «فاقد الماء» که موضوع حکم تیمم است، نمی‌شود. بر این اساس، ادله صحت تیمم شامل نماز خوانده شده می‌شود (حکیم، ۱۴۱۶: ۴/۳۲۱).

۲-۲-۲. دیدگاه مجزی بودن نماز خوانده شده

بسیاری از فقیهان اگر چه از عمل یاد شده با عنوان عصیان یاد کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۰۷). اما نسبت به نماز خوانده شده با تیمم حکم به اجزاء نموده‌اند، بنا بر این، نماز خوانده شده صحیح بوده و نیازی به قضا کردن در بعد از وقت و زمان بهبود نیست. سید یزدی نیز تیمم و نماز خوانده شده را صحیح دانسته؛ اگر چه قضا کردن نماز را موافق احتیاط می‌داند (یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۱۶۹). البته نسبت به مستندات این حکم اختلاف نظرهایی وجود دارد، به طور مثال؛ برخی که معتقد به جواز ریختن آب در وقت نماز شده‌اند، حکم صحت نماز را از این باب دانسته‌اند که نماز خوانده شده از حیث شرایط کامل بوده است و از آن طرف نیز ریختن آب امری جایز است و هیچ‌گونه تفریطی نیز در این میان رخ نداده است (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۱/۳۶۶). برخی دیگر نیز وظیفه مکلف را در حالت مذکور تیمم دانسته و بر این باور هستند که ادله مشروعیت تیمم صحت نماز خوانده شده را پوشش می‌دهد. محقق عاملی در بیان علت حکم به صحت می‌نگارد: «لأنه صَلَّى صلاة مأمورا بها بتیمم مشروع فکانت مجزیة» (عاملی، ۱۴۱۱: ۲/۱۸۵).

بنابراین، با عنایت به آن چه گذشت، واضح گردید که کسب طهارت لازم برای انجام اعمال عبادی به واسطه انجام تیمم مختص موارد اضطرار است، بنابراین، مکلف هنگامی می‌تواند تیمم نماید که وضو گرفتن برای وی ممکن نباشد و البته خود نیز ناپیستی دخالتی در حدوث این حالت داشته باشد (اختیاری نباشد)، بنابراین، آن چه در این جا به عنوان یک ضابطه و ملاک می‌تواند مطرح شود «وجود حالت اضطرار» است. بر این اساس؛ در عمل جراحی محض که ضرورتی برای انجام آن نیست، مکلف با اختیار خویش به انجام عملی اقدام نموده که نتیجه آن محرمیت از آب و تبدیل عنوان «واجب الماء» به «فاقد الماء» است، همانند این که با اختیار خود اقدام به دورریختن آب در بعد از داخل شدن وقت نموده است و با توجه به اختیاری بودن این رفتارها مجوزی برای رجوع به تیمم وجود ندارد. بنابراین، مکلف دچار معصیت شده است؛ اما از آن جایی که وظیفه وی به جای آوردن اعمال (نماز) در هر شرایطی است بر وی لازم است که نماز را با حالت تیمم به جای آورد و در پوشش این انجام وظیفه نماز مذکور مجزی بوده و نیازی به اعاده نیست.

نتیجه

در عمل جراحی زیبایی محض تا زمان بهبودی کامل شخص ناگزیر است که از به کار بردن آب پرهیز نماید، در نتیجه برای انجام اعمال عبادی همچون نماز با مشکل مواجه خواهد شد. در نوشتار با کمک گرفتن از مسئله «دور ریختن آب در دسترس و تیمم برای نماز» این نتیجه به دست آمد که انتقال از طهارت مائیه به ترابیه اختیاری نبوده و تنها در موارد اضطرار جایز است، بنابراین، مکلف نمی‌تواند دست به اقدامی بزند که فرایند آن خدشه وارد کردن به مقدمات اعمال عبادی وی است. بر این اساس، انجام عمل جراحی زیبایی محض بعد از داخل شدن وقت نماز جایز نبوده و در صورت اقدام به جراحی علاوه بر آن که شخص مرتکب معصیت شده، لازم است که نماز خود را با تیمم به جای آورد و این نماز مجزی بوده و نیازی به اعاده و قضا نیست.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- آملی، میرزا محمدتقی، **مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی**، تهران، بی جا، چاپ اول، ۱۳۸۰ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، محقق: احمد فارس صاحب الجوانب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر ۱۴۱۴ق.
- احمد بن فارس بن زکریا، ابوالحسین، **معجم مقائیس اللغه**، عبد السلام محمد هارون، قم، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، **مطرح الانظار**، ابوالقاسم کلانتری، قم، مجمع الفکر الاسلامی ۱۳۸۳ش.
- برانی کاردی، چارلز، **اصول جراحی شوارتز**، (آزار سیف مترجم) تهران، انتشارات ارجمند و نسل فردا، ۱۳۸۹ش.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، **مصابیح الظلام**، قم، مؤسسه العلامه المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۲۴ق.
- حکیم، سید محسن طباطبایی، **مستمسک العروه الوثقی**، قم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- _____، **منهاج الصالحین (المحشی)**، تعلیقه: سید محمدباقر صدر، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- حلی، جعفر بن حسن، محقق اول، **المعتبر فی شرح المختصر**، محقق: محمدعلی حیدری، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۷ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **منتهی المطلب فی تحقیق المذهب**، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، ۱۴۱۲ق.
- خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، **کتاب الطهارة**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
- دهخدا، علی اکبر و دیگران، **لغتنامه**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، انتشارات روزنه، ۱۳۷۳.
- شیرازی زنجانی، سید موسی، **کتاب نکاح**، قم، مؤسسه آموزشی رای پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **العروه الوثقی**، بیروت، مؤسسه الاعملی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

واکاوی حکم جراحی زیبایی محض در اعمال عبادی بعد از وقت □ ۱۲۷

- طباطبایی، محمد صادق، شنیور، قادر، گونه شناسی تعهد و مسئولیت پزشک در جراحی زیبایی و ترمیمی، فصلنامه فقه پزشکی، ۵ (۱۷)، ۱۹۰-۱۶۳-۱۳۹۲.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- عاملی محمد بن علی موسوی، مدارک الاحکام فی شرح عبادات شرایع الاسلام، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۱ق.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ ق.
- _____، البیان، (محقق/ مصحح: محمد حسون)، قم، بی جا، ۱۴۱۲ هـ ق.
- عباسی، محمود، جراحی زیبایی از منظر فقه و حقوق پزشکی، ایوب شکر امرجی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۸۷ ش.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، الديات، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، (ج ۷). مصحح: دکتر مهدی مخزومی و دکتر ابراهیم سامرائی، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
- کلهرنیا گلکار، میثم و همکاران، بررسی فقهی حقوقی مبانی و محدوده تجویز جراحی های زیبایی و ترمیمی، حقوق پزشکی، ۶ (۲۱) ۱۱۹-۷۹، ۱۳۹۱ ش.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، محقق علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- کنعان، احمد محمد، الموسوعه الطبيه الفقهيه، بیروت، دارالنفاس، ۱۴۲۰ق.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام خویی، مقرر، جمعی از اساتید، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- نجاشی، احمد بن علی، رجال نجاشی_ فهرست اسماء مصنفی الشیعه، محقق: سید موسی شبیری زنجانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، محقق: عباس قوچانی، علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

۱۲۸ □ دو فصلنامه علمی - ترویجی مطالعات فقه امامیه / سال دهم / شماره ۱۹ / پاییز و زمستان ۱۴۰۱

همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه، جمعی از محققان، قم، مؤسسه الجعفریه
لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.

مشروعیة التمثیل للنساء في الأدوار المختلطة*

□ السید عادل الموسوی الخرسان**

خلاصة المقالة

البحث عبارة عن حكم التمثیل في الشريعة الإسلامية للنساء في الأفلام المختلطة ضمن المحاور التالية: أولاً: من حيث التمثیل وحدّه في الشريعة الإسلامية، مع بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الخصوص، وذكر بعض أدلة الفقهاء من القرآن والسنة ومناقشتهم واستدلالاتهم بها، وحكم ظهور المرأة وحكم مشاهدة الرجال لها، وحكم الاختلاط في التمثیل. وثانياً: من حيث ما يعرض - المسرح أو السينما أو الإذاعة أو التلفاز - من فنون على تلك الشاشات من فن التمثیل. وثالثاً: من حيث المشاهدة، وحكم النظر إلى هذه الأفلام...
الكلمات المفتاحية: النساء، النظر، الزينة، حكم الآية على استثناء الوجه والكفين، حرمة الآية الكريمة.

*. تاريخ وصول: ۱۴۰۱/۵/۱۵ تاريخ تصویب: ۱۴۰۱/۱۱/۲۰.

** فارغ التحصيل سطح چهار جامعہ المصطفى العالمیہ (muhamadali16@yahoo.com).

المقدمه

للفن أثر فاعل في تقريب الأفكار إلى الحقيقة، وللأسف فإن الفن في الأوساط الإعلامية الإسلامية لم يصل بعد إلى ما ينبغي أن يصل إليه، وبما أن أحد الجوانب التأثيرية والمجولة عليها النفس الإنسانية هو حبّ الجمال، ومن خلاله انطلق الإبداع الإنساني في الفنون المختلفة، وبما أن للفن والتمثيل خصوصية التأثير في طبع الإنسان بحكم انسجامه مع هذا الطبع، فكل فرع منهما مؤثر فيه، حتى لو لم يستطع ذلك الشخص تفسيره، فالفن والتمثيل يتركان أثراً في النفس الإنسانية، قد يغيّر الإنسان ويترك أثره على أفعاله وأقواله وأخلاقه، وكلما كان الجانب الفني أقل كلما كان التأثير أضعف، وفي امتداد الحياة البشرية الكثير من عشاق الفنون الذين أبدعوا - بحسبهم المرفه المستمد من قيم السماء - أعمالاً تتناقل الأجيال الإكبار لهذه الأعمال الفنية الخالدة - كلسلسلات التمثيلية أو الأفلام أو غير ذلك من وسائل الإعلام الأخرى - التي تخاطب العواطف الإنسانية، وتؤثر في الوجدان.

وبما أن الإسلام يعتمد في إيصال أهدافه وتشريعاته ونشر تعاليمه على التبليغ والتأثير الاجتماعي، اعتبر الفن الإسلامي من أهم الوسائل التبليغية وأكثرها فاعلية، شريطة أن يتوفر عنصر بناء مأخوذ من الفكر الإسلامي، وفي هذا المجال من الضروري أن نذكر أن القرآن الكريم كثيراً ما يستعين بالتصوير الفني الجذاب في عرض بعض الحقائق كتصوير مشاهد يوم القيامة؛ لأن هذا التصوير الفني من شأنه أن يثير في الإنسان قوة الخيال التي هي إحدى القوى التي تقرب الحقيقة، وتجسدها أمام ذهن الإنسان.

ونحن في هذا المقال الموجز سوف نتناول الأمر الأول، وهو الحكم الشرعي للتمثيل من حيث العلاقة المشتركة بين الممثلين والممثلات، ففي هذه الأدوار يتعاطى كل منهما أدواراً مشتركة في مختلف المجالات، وقد تتصف هذه الأدوار بالغرام والغزل والعشق أو بالعلاقات العائلية القريبة كالزوجية مثلاً، وسوف نبحث عن حكم هذه العلاقة بين الجنسين بغض النظر عن مسائل العرض والمشاهدة.

ونتناول الأمر الثاني، وهو حكم عرض هذه الأفلام وبتبها، وبتناول الأمر الثالث، وهو حكم النظر إلى هذه الأفلام.

والبحت عن الحكم الشرعي للأمر الثلاثة يتم من خلال دراسة فقهية، تبين نظر الشريعة الغراء لأصل هذه المسائل الثلاث الآتية، وهي:

المسألة الأولى: الستر:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الستر على المرأة فيما عدا الوجه والكفين والقدمين، ويدل على ذلك قوله تعالى: { وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ... } (التور، ٣١)، وقد فسرت (الزينة) في الآية الكريمة بعدة تفاسير كلها يدل على وجوب الستر على المرأة، وللعلماء في الزينة الظاهرة والزينة الباطنة ثلاثة أقوال: (الطبرسي، ١٤١٥، ج ٧، ص ٢٤١، المجلسي، ١٤٠٩، ج ٢٠، شرح ص ٣٤١، الخاجوني، ١٤١١، ج ١، ص ٤٦، المحقق النراقي، ١٤١٩، ج ١٦، ص ٣٢، مكارم الشيرازي، [ب ت]، ج ١١، ص ٧٧، الشنقيطي، ١٤١٥، ج ٥، ص ٥١٥).

الأول: إن الزينة بمعنى مواضع الزينة من جسم المرأة.

والثاني: إن المقصود بالزينة: الحلية.

يقول السيد اللكهنوي: المراد بالزينة: الملابس لجسدهن، فيحرم النظر إليها، لا المنفصلة منها؛ لأن النظر إلى الزينة الملابس لجسدهن مستلزم للنظر إلى جسدهن غالباً بحسب العادة، ففي تحريم النظر إلى الزينة الملابس لأعضائهن من المبالغة، والتأكيد في تحريم النظر إلى نفس المواضع ما لا يخفى، (اللكهنوي، ١٣٤٧، ص ٣٥)، ولقد أصاب في (جوامع الجامع) حيث قال: < وإذا نهين عن إظهار صوت الحلي بعدما نهين عن إظهار الحلي علم [بذلك] أن النهي عن إظهار مواضع الحلي أبلغ >. (الطبرسي، ١٤١٨، ج ٢، ص ٦١٧، الزمخشري، ١٣٨٥، ج ٣، شرح ص ٦٣).

ويقول الجزائري في (قلاند الدرر): < ويحتمل أن يراد نفس الزينة؛ أي أنه يحرم النظر إليها

ما دامت في مواضعها وملاسة لها، وفي التعبير بتحريم الزينة الملاسة لتلك المواضع دون المواضع نفسها مبالغة في لزوم التستر وتحريم النظر إليها؛ وذلك أنه لا كلام في حل النظر إلى الزينة غير الملاسة، فتحريم النظر إليها باعتبار الملاسة يستلزم تحريم النظر إلى تلك المواضع بطريق أولى». (الجزائري، [ب ت]، ج ٣، ص ١٦٧).

والثالث: إن المقصود بالزينة ما يعم أعضاء المرأة وما على جسمها من الحلية. وقد ورد في رواية زرارة عن أبي عبد الله قال: «الزينة الظاهرة: الكحل، والخاتم». (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٢١، ح ٣). وفي رواية الفضيل قال: «سألت أبا عبد الله: عن الذراعين من المرأة، أهما من الزينة التي قال الله تبارك وتعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ}». (النور، ٣١). قال: نعم». (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٢٠-٥٢١، ح ١).

يقول السيد اللمكنهوي: «وإطلاق الزينة على الخلقية شائع، قال الشاعر: وَكَفَّ خَضِيبَ زَيْنَتِ بِنَانٍ، بل قال سبحانه وتعالى: {الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا}». (الكهف: ٤٦). (اللمكنهوي، ١٣٤٧، ص ٤٦).

استثناء الوجه والكفين:

لا خلاف بين فقهاء المسلمين في أن المرأة عورة كلها، ويجب عليها أن تستر نفسها عن الرجال الأجانب، وإنما الخلاف بين الفقهاء في موارد الاستثناء من هذا الحكم. وقد ورد هذا الاستثناء في قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} (التور، ٣١)، واختلف المفسرون والفقهاء في المقصود من الزينة الظاهرة - التي يجوز للمرأة أن تكشفها - في هذه الآية، حتى أنهم نسبوا إلى ابن عباس عدة أقوال: (الحلي (ط.ق)، ج ١، ص ٩٢).

الأول: ما رواه سعيد بن جبيرة عن ابن عباس، بأنه: الكحل والخاتم.

الثاني: ما رواه الضحاك عنه بأنه قال: الظاهر منها الكحل والخدان.

الثالث: ما رواه ابن جريح عنه بأنه: الخاتم والمسكة (السوار).

الرابع: ما رواه مجاهد، وعطاء عن ابن عباس بأنه: ما كان في الكف من الخضاب والكحل.

الخامس: ما رواه الحسن البصري عن ابن عباس بأنه: الوجه فقط.
السادس: ما رواه سعيد بن جبير، وعطاء، والضحاك، والأوزاعي عن ابن عباس بأنه: الوجه والكفان والخاتم. (الطبرسي، ١٤١٥، ج ٧، ص ٢٤١، الطبرسي، ١٣٩٢، ص ٢٣٢، الطبرسي، ١٤١٥، ج ١٨، ص ١٥٦-١٥٩). ويتردّد أمر الزينة في هذه التفاسير بين الحلية وموضعها من جسم المرأة.
والظاهر أنّ المراد بالزينة موضعها من أعضاء المرأة، وأنّ المقصود بالزينة المستثناة في الآية - وهي قوله تعالى: {إلا ما ظهر منها} - هو الوجه والكفان، (الطوسي، ١٤١١، ج ٤: ص ٢٤٨، م ٣). ونستدلّ على ذلك:
أولاً: بظاهر الاستثناء الوارد في الآية (النور، ٣١) المباركة من سورة النور.
وثانياً: بالروايات الواردة في تفسير هذا الاستثناء.

بيان الاستدلال:

أولاً: دلالة الآية على استثناء الوجه والكفين:

أمّا عن دلالة الآية الكريمة بنفسها فإنّ أبرز مصاديق الاستثناء الوارد في الآية هو الوجه والكفان، (الطوسي، ١٤١١، ج ٤، ص ٢٤٧-٢٤٨: م ٣، الطوسي، [ب ت]، ج ٤، ص ١٦٠، الطبرسي، ١٤١٠، ج ٢، ص ١٠٨، م ٣، المحقق الحلّي، ١٣٦٤، ج ٢، ص ١٠١، الهذلي، ١٤٠٥، ص ٣٩٦، الطباطبائي، ١٤١٩، ج ٣، ص ٢٣٨). ويزيد في بعضها القدمان أيضاً، (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٢١، الطوسي، ١٤١١، ج ٤، ص ٢٤٨، م ٣، الطبرسي، ١٤١٠، ج ٢، ص ١٠٨: م ٣، الصيّمي، ١٤٠٨، ج ٢، ص ٣١٩، م ٣)، سواء قلنا: بأنّ المقصود من الزينة هو مواضع الزينة، أو قلنا: بأنّ المقصود بالزينة هو المعنى الظاهر من الزينة؛ يعني: ما تتحلّى به المرأة. (الهذلي، ١٤٠٥، ص ٣٩٦، القمي، [ب ت]، ص ٤٩).
ويظهر أنّ تفسير الزينة بمواضع الزينة هو الأنسب بما ورد في الآية من استثناء الأزواج،

وهو قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ} (التور، ٣١)، وعلى هذا الرأي فإن أكثر ما يظهر من المرأة - فيما تحتاج إليه من التعامل مع الرجال الأجانب - هو الوجه والكفان بالضرورة، ولا تحتاج المرأة إلى إظهار شيء من زينتها أكثر من الوجه والكفين.

وإذا فسّرنا الزينة بالمعنى الظاهر منها - أي: ما تتحلّى وتزین به المرأة - فإننا سوف ننتهي إلى نتيجة قريبة من النتيجة الأولى، فإن جواز إظهار الزينة يتطلّب عادةً جواز إظهار مواضعها من الجسم، فلا يمكن الإذن بإظهار الكحل والخاتم والسوار عادةً من دون الإذن بإظهار الوجه والأصابع والمعصم. إذن، الاستثناء الوارد في الآية الكريمة: {إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} ظاهره - في حدّ نفس الآية - جواز كشف الوجه والكفين.

وناقش السيّد الخوئي في دلالة الآية المباركة من سورة التور على استثناء الوجه والكفين، كما ورد في بعض تقارير تلامذته. (الخوئي، ١٤٢٦، ج ٣٢، ص ٤٠ - ٤١، الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح ص ٥٥). وخلاصة المناقشة: أنّ الإبداء الوارد في الآية الكريمة يأتي بمعنيين: ١ - يأتي بمعنى الإظهار في مقابل الستر، وذلك إذا تعلق بمتعلّقه من دون اللّام، كما يقال: ليس للرجل إبداء عورته.

٢ - ويأتي بمعنى الإعلام والإراءة في مقابل الإخفاء إذا تعلق بمتعلّقه باللّام، كما إذا قلنا: أبديت لزيد رأبي أو مالي؛ بمعنى أعلمته وأريته.

وقد وردت كلمة الإبداء في الآية ٣١ من سورة التور مرتين: مرّة في قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا}، ومرّة في قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ}. وتتعدّى كلمة الإبداء في المرّة الأولى إلى متعلّقتها من دون اللّام، بينما تتعلّق في المرّة الثانية بمتعلّقتها بمعونة اللّام، ولكلّ منهما معنى يختلف عن الآخر.

يقول كما ورد في بعض تقاريره: ومن هنا يظهر معنى الآية الكريمة، فإنّ قوله عزّ وجلّ أولاً: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} إنّما يفيد وجوب ستر البدن - الذي هو موضع الزينة - وحرمة كشفه ما عدا الوجه واليدين؛ لأنّهما من الزينة الظاهرة، فيستفاد منه أنّ حال بدن المرأة حال عورة الرجل، لا بدّ من ستره بحيث لا يطلع عليه غيرها باستثناء الوجه واليدين،

فإنهما لا يجب سترهما، لكنك قد عرفت أن ذلك لا يلزم جواز نظر الرجل إليهما، في حين أن قوله عز وجل ثانياً: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...} يفيد حرمة إظهار بدنهما، وجعل الغير مطلعاً عليه وإراءته مطلقاً من دون فرق بين الوجه واليدين وغيرهما، إلا لزوجها والمذكورين في الآية الكريمة.

فيتحصّل من جميع ما تقدّم أن الآية الكريمة - بملاحظة التّصوُّص الواردة في تفسير الزّينة - تفيد حكّمين:

الأوّل: حكم ظهور الزّينة في حدّ نفسه، فتفيد وجوب ستر غير الظّاهرة منها دون الظّاهرة التي هي الوجه واليدان.

الثّاني: حكم إظهار الزّينة للغير، فتفيد حرّمته مطلقاً من دون فرق بين الظّاهرة والباطنة إلاّ للمذكورين في الآية الكريمة، حيث يجوز لها الإظهار لهم. (الخوئي، ١٤٢٦، ج ٣٢، ص ٤٢، الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح ص ٥٥-٥٦).

وقد نوقش هذا الإستدلال: - رأي السيّد الخوئي في تقسيم الإبداء - بأنّ الإبداء والكشف يتعدّيان - عادة - إلى معمولين: المعمول الأوّل من دون اللّام، والمعمول الثّاني بواسطة اللّام. والمتعلّق الأوّل: هو الشّيء المكشوف، والمتعلّق الثّاني: هو الناظر والشّاهد والمطلّع. فنقول: أبديت رأيي للنّاس، فإنّ (الرّأي) في هذه الجملة هو المتعلّق الأوّل المباشر، وهو الشّيء المكشوف، و(النّاس) هو المتعلّق الثّاني الذي يطّلع ويشهد وينكشف له الرّأي، والأوّل ما يكشفه الإنسان، والثّاني من ينكشف له، ولا معنى للإبداء والكشف من دون هذين المتعلّقين؛ المباشر وغير المباشر.

وعدم ذكر المتعلّق الثّاني لا يعني عدم قصده، فلا نفهم للإبداء معنى من دون وجود من ينكشف له الرّأي أو يطّلع عليه.

وعليه، فإنّ هذه الفقرة من الآية الكريمة: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ} تقتضي الإطلاق في المتعلّق الأوّل، والمتعلّق الثّاني؛ إطلاق فيما تستره المرأة من زينتها، وإطلاق في من تستر المرأة عنه زينتها. وقد ورد في الآية الكريمة استثناء ان في مقابل كلّ من هذين الإطّلاقين:

الاستثناء الأول في مقابل الإطلاق الأول، وهو قوله تعالى: {إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا}.
والاستثناء الثاني في مقابل الإطلاق الثاني، وهو قوله تعالى: {إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ
بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ}. وبمجموع هذين الاستثناءين تتم دلالة الآية الكريمة على تحديد الزينة
المحرمة، وتحديد الناظرين الذين يحرم على المرأة إظهار زينتها لهم.

ثانياً: الروايات الواردة في تفسير الاستثناء في الآية:

وردت في تفسير هذه الآية الكريمة طائفة من الروايات تؤكد أن المقصود من الآية
الكريمة، وهو الوجه والكفان. (البحراني، [ب ت]، ج ٢٣، ص ٥٥، الطباطبائي، ١٤١٩،
ج ١٠، ص ٦٧).

١ - منها: رواية الفضيل، <قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الذَّرَاعَيْنِ مِنَ الْمَرْأَةِ، أَهْمَا مِنَ
الزَّيْنَةِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ}. قَالَ: نَعَمْ، وَمَا دُونَ
الْخِمَارِ مِنَ الزَّيْنَةِ، وَمَا دُونَ السَّوَارِيْنِ>^(١). و(الخمارة): هو ما تستر به المرأة رأسها ورقبتها
وصدرها، ولا تستر به المرأة وجهها عادة، وإنما تستر به بالتقاب، و(ما دون الخمار): هو ما يقع
تحت الخمار من الشعر والرّقبة والصّدر، دون الوجه. (مجموعة من المؤلفين
المختصين، [ب ت]، ج ١٧، ص ٦).

و(ما دون السّوار): هو الذّراع دون الكفّ، فإنّ السّوار يقع على المعصم بين الكفّ
والذّراع، فلا يمكن أن يكون المقصود بما دون السّوار الذي يجب ستره هو الكفّ دون
الذّراع، ولا يمكن أن يكون الكفّ والذّراع كلاهما دون السّوار؛ لأنّ السّوار على المعصم
بينهما.

فيتعيّن أن يكون السّتر الواجب في صحيحة الفضيل لغير الوجه والكفّين؛ لأنّ الوجه
والكفّين لا يقعان دون الخمار والسّوار، وإتّما يقعان فوقهما. (الإشتهاودي، ١٤١٧، ج ١٢،
شرح ص ٤٦٤ - ٤٦٥).

٢ - ومنها: رواية أبي الجارود عن أبي جعفر في قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا
ظَهَرَ مِنْهَا}، «فهي الثياب، والكحل، والخاتم، وخضاب الكفّ، والسّوار...» (النوري،

١٤٠٨، ج ١٤، ص ٢٧٥، ح ٣). والرواية وإن كانت صريحة في الجواز، إلا أنها ضعيفة سنداً، ولا يمكن الاعتماد عليها؛ لأنَّ أبا الجارود ممَّن يروي عن الإمام الباقرؑ، فالفصل بينه وبين علي بن إبراهيم كثير جداً، فلا يمكن أن يروي عنه مباشرة. (الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح ص ٥٨).

٣ - ومنها: رواية عبدالله بن جعفر (في قرب الإسناد) عن هارون عن مسلم عن مسعدة بن زياد، قال: سَمِعْتُ جَعْفَرًا وَسُئِلَ عَمَّا تُظْهِرُ الْمَرْأَةُ مِنْ زِينَتِهَا، قَالَ: <الْوَجْهِ، وَالْكَفَّيْنِ>. (الحميري، ١٤١٣، ص ٨٢، ح ٢٧٠). ويمكن التعليق هنا ما يلي:
أولاً: إنَّ ظاهر الرواية: أنَّه لا يجب على المرأة ستر وجهها ويديها، بل يجب ستر ما سواهما.

والاستدلال بهذه الرواية يبتني على ثبوت الملازمة العرفية بين وجوب ستر الوجه والكفين، وبين حرمة النظر إليهما؛ بمعنى أن إيجاب الستر ظاهر عرفاً في حرمة النظر، وتحريم النظر مستلزم لوجوب الستر بحسب الفهم العرفي في مقام الاستظهار من الخطابات والمحاورات، وليس معنى ذلك ثبوت الملازمة الشرعية بين أحكام الستر، والنظر بإجماع أو سيرة كما ادعى بعض.

ثانياً: إضافة إلى ذلك أن يكون المراد عدم وجوب التحفظ عليهن؛ لكونه موجباً للضييق والحرَج، وحكم الظهور الاتفاقي، لا الإظهار العمدي الاختياري، فإنه بعيد عن مذاق الشارع، بل أن الشارع حكم على تحفظهن والستر عليهن مهما أمكنه ذلك، بل ذلك بعيد عن مذاق المتشريعة. (السبزواري، ١٤١٦، ج ٢٤، ص ٤٢).

المسألة الثانية: النَّظَرُ:

اتفق فقهاء المسلمين على وجوب الستر على المرأة في غير الوجه والكفين، كما اتفقوا على حرمة نظر الرجل إلى غير الوجه والكفين من المرأة، ويدل عليه:

أولاً: القرآن الكريم: حيث تدل على ذلك الآية ٣١ من سورة النور: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا}؛ للقطع بأنَّ حرمة إظهار الزينة على النساء لمنع الرجال من النظر إليهن،

وليس لها موضوعية في حدّ نفسها، وإنما هي مقدّمة لكفّ أنظار الرجال عن النساء، كما يقول السيّد الخوئي، وبذلك فإنّ هذه الآية بحدّ ذاتها تدلّ على حرمة نظر الرجال إلى النساء الأجنبيّات في غير الوجه والكفين، وأمّا التّظر إلى وجه المرأة فيستفاد حكمه من الآية ٣٠ من سورة النور المباركة، (الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح ص ١٢٨). وفيما يلي نلقي نظرة إلى هذه الآية المباركة.

يقول تعالى: {قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ} وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ... (النور، ٣٠-٣١).

وقد ورد الأمر في الآية الكريمة بغضّ البصر بالنسبة إلى الرجال والنساء على نحو سواء، فيغضّ المؤمنون التّظر عن النساء الأجنبيّات، وتغضّ المؤمنات التّظر عن الرجال. و(الغضّ) غير (الغمض)، وبين الغضّ والغمض فرق؛ فإنّ الغضّ بمعنى خفض التّظر وكسره في مقابل التّحديق، والغمض بمعنى إسدال الأجفان على العين وإغلاق العين بالأجفان تماماً.

وأما <الغضّ> فليس بمعنى إطباق الأجفان، ولم يقل به أحد من أهل اللّغة والمفسّرين، وإنّما يأتي بمعنى كسر التّظر وخفضه؛ بمعنى عدم التّركيز والتّحديق في التّظر. يقول الرّاعب: <الغضّ: التّقصان من الطّرف والصّوت... قال تعالى: {قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ} (النور، ٣٠). وقول الشّاعر: فغضّ الطّرف إنك من نُميرٍ * فعلى سبيل التّهكّم، وغضضتُ السّقاء: نقصت ممّا فيه...> (الرّاعب الأصفهانيّ، ١٤٠٤، ص ٣٦١، الرّاعب الأصفهانيّ، ١٤٢٧، ص ٦٠٧-٦٠٨). وقال ابن منظور: غَضَّ طَرْفَهُ وَبَصَرَهُ: كَفَّهُ وَخَفَضَهُ وَكَسَرَهُ. (ابن منظور، ١٤٠٥، ج ٧، ص ١٩٧، الزّبيديّ، ١٤١٤، ج ١٠، ص ١١٠)، وقيل: هو إذا دأبى بين جفونه ونظر. وفيما نقلناه من كلام أهل اللّغة كفاية في التّفريق بين (غمض العين)، و(غضّ التّظر).

ويلاحظ في الفرق بينهما: أنّ الغمض يُنسب غالباً إلى العين، وهي جارحة معروفة،

والغَضُّ ينسب إلى الطَّرْفِ والنَّظَرِ، والنَّظَرُ فعل العين.

ولذلك يصرِّح أهل اللُّغة: بأنَّ الغمض هو إطباق الجفنين، وأما غَضُّ النَّظَرِ فهو بمعنى كَفِّ النَّظَرِ وخفضه وكسره، ولم يذكر أحد أنه بمعنى إطباق الجفنين. نعم، قيل في معنى غَضُّ النَّظَرِ: <إِذَا دَانَى بَيْنَ جُفُونِهِ وَنَظَرَ>. (ابن سيده، [ب ت]، ج ١ ق ١، ص ١٢١، ابن منظور، ١٤٠٥، ج ٧، ص ١٩٧، الزَّبيدي، ١٤١٤، ج ١٠، ص ١١٠)، وهو غير الغمض، وكان التَّداني بين الجفنين يكسر النَّظَرَ ويخفضه. وبدل على ذلك استعمال غَضُّ النَّظَرِ والطَّرْفِ في قول أمير المؤمنين \$ في إحدى كتبه إلى معاوية: «وَمَا عَلَى الْمُسْلِمِ مِنْ غَضَاَصَةٍ فِي أَنْ يَكُونَ مَظْلُومًا مَا لَمْ يَكُنْ شَاكًّا فِي دِينِهِ!». (ابن أبي الحديد، ١٣٨٧، ج ١٥، ص ١٨٣).

والغضاصة: النَّقص والعيب؛ أي ما تُغَضُّ له طَرْفُكَ. وغَضُّ الطَّرْفِ يفيد الكَفِّ، (ابن منظور، ١٤٠٥، ج ٧، ص ١٩٧-١٩٨)، وقد استعاره \$ لتحمل أذى الحرب بقوله لمحمد بن الحنفية: «غَضُّ بَصْرِكَ». (ابن أبي الحديد، ١٣٨٧، ج ١، ص ٢٤١)، والغَضُّ: الطَّرِيُّ الَّذِي لَمْ يَطَّلْ مُكْتَهُ. (الزَّاغِب الأصفهاني، ١٤٠٤، ص ٣٦١، الزَّاغِب الأصفهاني، ١٤٢٧، ص ٦٠٨).

وإذا تأملنا موارد استعمال الغَضِّ في الشَّعر العربي ننتهي إلى النتيجة التالية:

إنَّ الغَضُّ ممَّا ينسب إلى النَّظَرِ والطَّرْفِ وليس إلى العين، وبمعنى الكَفِّ عن التَّحديق وكسر النَّظَرَ وخفضه، والكَفِّ عن الاستيفاء والتركيز في النَّظَرِ، كما في النَّظَرِ في حالة الاستحياء والخجل وأمثال ذلك.

وقد ورد في الحديث أن رسول الله @ كان إذا فرح غَضُّ طرفه؛ أي: كسره وأطرقه...، وإنَّما يفعل ذلك ليكون أبعد من الشَّره والمرح. (الصدوق، ١٤٠٤، ج ١، ص ٢٨٣، ح ١).

ويؤكد ذلك كلمة (من) التبعية في الآية: {يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ}، ومعنى الآية بناءً على ذلك: يكسروا بعض أبصارهم، ويخفضوا من أبصارهم، وهو معنى تبعيض النَّظَرِ، (الطبرسي، ١٤١٨، ج ٣، ص ٥٨٢، الزمخشري، ١٣٨٥، ج ٤، شرح ص ١٢١)، فلا يستوفي الرَّجُل النَّظَرَ إلى المرأة الأجنبية، ولا يحدق في وجهها، وكذلك لا تستوفي المرأة النَّظَرَ إلى وجه الرَّجُل الأجنبي ولا تركز النَّظَرَ في وجهه، وإنَّما تبعض النَّظَرَ، وتخفض من نظرها إليه. وليس

معنی (من) تبعیض المبصر كما يقول صاحب قلائد الدرر، (الجزائريّ، [ب ت]، ج ٣، ص ١٦٠). بل تبعیض النظر. (المقدّس الأردبیلیّ، [ب ت]، ص ٥٤١، العامليّ، ١٤١٣، ج ١، شرح ص ٥٣، الكاظميّ، [ب ت]، ج ٣، ص ٢٦٦).

وعلى ذلك: يحرم على الرجل أن يحدّق في وجه المرأة ويملاً عينه منها، ويجب عليه إذا أراد أن يقابلها ويكلّمها أن يخفض من نظره إليها ويكسره، وليس في هذه الآية ما يدلّ على تحريم النظر إلى وجه المرأة كما يقول بذلك بعض الفقهاء، والمفسّرين. (الحليّ ط.ق)، ج ٢، ص ٥٧٣ - ٥٧٤، الشّهد الثاني، ١٤١٤، ج ٧، شرح ص ٤٤، العامليّ، ١٤١٣، ج ١، شرح ص ٥٣ - ٥٤، البحرانيّ، [ب ت]، ج ٢٣، ص ٥٣). ثمّ إنّ الغصّ الواجب في النظر يختصّ بما إذا كان النظر إلى الوجه والكفّين، أمّا إذا كان النظر إلى سائر جسد المرأة فيحرم النظر على الإطلاق من غير خلاف بين المسلمين.

ثانياً: الروايات:

ويدلّ على حرمة النظر إلى جسم المرأة - فيما عدا الوجه والكفّين - الروايات السابقة الدالة على وجوب السّتر على المرأة باستثناء الوجه والكفّين، فإنّها تدلّ - على التّهج السابق - على حرمة النظر إلى المرأة من قبل الرجال، كما تدلّ عليه الروايات الواردة في جواز النظر إلى نساء أهل الذّمّة أو أهل البادية ممّن لا ينتهين إذا نهين، فإنّها تدلّ على حرمة النظر إلى النساء المسلمات؛ لأنّهنّ لم يهتكن حرمتهنّ بأنفسهنّ كما تصنع نساء أهل الذّمّة ونساء أهل البادية. ولا نريد أن نزيل الحديث في هذه المسألة؛ لأنّها من واضحات الفقه لدى المسلمين.

حكم النظر إلى وجه المرأة وكفيها:

اختلفت في ذلك أقوال الفقهاء، فذهب المحقّق في الشرائع إلى التفصيل بين النظرة الأولى والثانية، فتجوز الأولى إلى الوجه والكفّين ولا تجوز الثانية. ويذهب صاحب الجواهر، والسيد الخوئي إلى عدم جواز النظر إلى وجه المرأة وكفيها من

دون اضطرار، ويذهب الشيخ الأنصاري وبعض المعاصرين إلى جواز النظر.

أ - أدلة القائلين بعدم جواز النظر إلى الوجه والكفين:

وقد استدلوا لذلك بطائفة من الأدلة، نشير إلى المهم منها:
أولاً: ما استدلل السيد الخوئي بقوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ
بِخُمْرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ...}، (التور، ٣١). بتقريب أن
الآية الكريمة تنصدي لبيان حكمين:

أحدهما: حكم الظهور وعدم التستر المعبر عنه بالإبداء في نفسه عند احتمال وجود ناظر
محترم.

وثانيهما: حكم الإظهار للغير المعبر عنه بالإبداء عند القطع بوجود ناظر محترم. أما عند
القطع بعدم وجوده، فيجوز الكشف كما في الحمام المنفرد. (الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح
ص ٦٠).

ويفصل الكلام في ذلك، ويرى أن الفقرة الأولى من الآية - وهي: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا
ظَهَرَ مِنْهَا}. إشارة إلى الحالة الأولى؛ أي عند احتمال وجود ناظر، والفقرة الثانية من الآية
وهي: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ}. إشارة إلى حكم الحالة الثانية.

وهذه دعوى لا بد لها من إثبات، والقرائن التي ذكرها لإثبات ذلك غير كافية، على أن الفقرة
الأولى - بناءً على ذلك - يكون الحكم فيها إرشادياً في صورة احتمال وجود الناظر،
ولا يكون حكماً مولوياً، وهو غريب، بل ويزيد على غرابة هذا التفسير.

وقد ذكرنا في تفسير الاستثناءين في الآية ٣١ من سورة التور، أن لقوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ
زِينَتَهُنَّ} إطلاقين:

- ١ - إطلاق فيما يحرم على المرأة إظهاره من الزينة والحلية.
 - ٢ - وإطلاق في من يحرم على المرأة إطلاعه على زينتها من الرجال.
- والاستثناء الأول - وهو قوله تعالى: {إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} - تقييد للإطلاق الأول، والاستثناء

الثاني - وهو قوله تعالى: {إِلَّا لِيُعُولَتَهُنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ} - تقييد للإطلاق الثاني، إذن فلا دلالة للآية الكريمة على ما يقوله.

واستدلوا لذلك بما ورد في صحيحة هشام بن سالم وحماد بن عثمان وحفص بن البختري كلهم عن أبي عبد الله في النظر إلى من يريد الرجل أن يتزوجه من النساء: <لا بأس بأن ينظر إلى وجهها، ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها>. (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٣٦٥، ح ٢). وهذا معنى قول علمائنا: يجوز أن ينظر إليها قائمة وماشية، وهو إجماع من علماء الإسلام. (ابن فهد الحلبي، ١٤١١، ج ٣، شرح ص ٢٠٤).

والرواية صحيحة من حيث السند، وتتم دلالتها على المقصود، ويثبت البأس في النظر إلى الوجه والمعاصم بمفهوم الشرط، وهذا استدلال ضعيف، فإن الشرطية ناظرة إلى جواز النظر إلى الوجه والكفين مطلقاً؛ خشي منها الرجل على نفسه الريبة المحرمة أم لم يخش. (المحقق النراقي، ١٤١٩، ج ١٦، ص ٣١).

وناقش الشيخ الأنصاري ذلك بقوله: <وأما فيما دل من أخبار المسألة السابقة^(٢) على اشتراط جواز النظر بإرادة التزويج، ففيه أولاً: أن سياق الشرط فيها ليس مفيداً للتعليق كما يظهر بالتأمل فيها، مع أنه لو سلم ثبوت المفهوم فقد عرفت أن الجواز هناك غير مشروط بما يشترط هنا، من عدم قصد اختبار حسن المرأة خلقة ولوناً وقبحها، وقابليتها للمعاشرة والمباشرة وعدمها، ولا شك أن النظر بهذا القصد معلق على إرادة التزويج>. (الأنصاري، ١٤١٥، ص ٤٩).

واستدلوا على حرمة النظر بما ورد في صحيحة محمد بن الحسن الصفار، قال: <كُتِبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ^(٣): فِي رَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى امْرَأَةٍ لَيْسَتْ لَهَا بِمَحْرَمٍ، هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهَا، [وَهِيَ] مِنْ وَرَاءِ السُّرِّ، وَيَسْمَعُ كَلَامَهَا إِذَا شَهِدَ عَدْلَانِ أَنَّهَا فُلَانَةٌ بِنْتُ فُلَانٍ، الَّتِي تَشْهَدُكَ وَهَذَا كَلَامُهَا، أَوْ لَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَبْرُزَ، وَيُبَيِّنَهَا بِعَيْنِهَا^(٤)؟ فَوْقَ: تَنْقَبُ^(٥)، وَتُظْهَرُ لِلشُّهُودِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ>. (الصدوق، ١٤٠٤، ج ٣، ص ٦٧-٦٨، ح ٣٣٤٧، الطوسي، ١٣٦٥، ج ٦، ص ٢٥٥، ح ٧).

وجه الدلالة أنه لولا وجوب تستر الوجه عن الأجنبي، لم يكن وجهاً لأمره بالتنقب للظهور والحضور في محضر الشهود، وهذا يقتضي عدم جواز النظر إلى وجه المرأة في حد نفسه، وإنما حمل أمره بالتنقب على صورة استحياء المرأة ونحو ذلك، وهو خارج عما يكون الإمام بصدد بيانه من التكليف والوظيفة الشرعية.

ولكن الذي يظهر من هذه المكاتبة وسائر التصوص في المقام، بقريضة توفقت الشهادة على معرفة المرأة، وتشخيص هويتها بالنظر إلى عينيها كما فرض في سؤال الراوي، عدم ظهور الأمر بالتنقب في وجوب ستر جميع الوجه، بل المقصود بقريضة المقام ستر غير أطراف العينين من سائر مواضع الوجه، ولكن معرفة من يشهد على المرأة، وتشخيصه هويتها بعينيها، إنما يعتبر في جواز شهادته عليها، إذا لم يحضر في المحكمة من يعرفها، وإلا فلا يعتبر ذلك، كما صرح بذلك في صحيحة محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى بن يقطين عن أبي الحسن الأول قال: <لَا بَأْسَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى إِفْرَارِ الْمَرْأَةِ وَلَيْسَتْ بِمُسْفِرَةٍ، إِذَا عُرِفَتْ بِعَيْنَيْهَا، أَوْ حَضَرَ مَنْ يَعْرِفُهَا، فَأَمَّا إِنْ لَا تُعْرَفُ بِعَيْنَيْهَا، وَلَا يَحْضُرُ مَنْ يَعْرِفُهَا، فَلَا يَجُوزُ لِلشُّهُودِ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَيْهَا وَعَلَى إِفْرَارِهَا، دُونَ أَنْ تُسْفَرَ، وَيَنْظُرُوا إِلَيْهَا>. (الكليني، ١٣٦٥، ج ٧، ص ٤٠٠، ح ١، الصدوق، ١٤٠٤، ج ٣، ص ٦٧، ح ٣٣٤٦).

وفي مكاتبة الصغار لما فرض في سؤال الراوي حضور رجلين عدلين يعرفان المرأة بعينيها، ويشهدان أنها فلانة بنت فلانة، فلا يعتبر أن يعرفها الرجل الذي يشهد عليها بنفسه لينظر إلى عينيها وأطرافها، بل يكفي معرفة الرجلين الشاهدين بالنظر إلى عينيها، لا إلى سائر مواضع وجهها، حيث لا مجوز للنظر إلى وجهها بعد حصول معرفة الشاهدين بالنظر إلى عينيها، ومن هنا أمر الإمام بظهورها للشهود بعد التنقب.

هذا، ولكن يمكن كون أمر المرأة بالتنقب لغرض تحفظها عن إمعان النظر في وجهها ولو من غير شهوة، لا لوجوب تستر الوجه في نفسه، كما أن حرمة النظر بهذا النحو مستفادة من نصوص اختصاص جوازه بمريد التزويج بمفهوم الشرط، وقد دلت على ذلك آية الغصن، وعلى ذلك تحمل النصوص المفصلة بين النظرة الأولى والثانية.

وأما الحمل على الاستحباب جمعاً بين هذه المكاتبه، وبين ما دلّ على جواز كشف الوجه والكفين للمرأة من النصوص المعتبرة؛ نظراً إلى رفع اليد عن ظهورها في وجوب الستّر بصراحة تلك النصوص في الجواز، فهو وإن كان بمقتضى الصّناعة، إلّا أنّه فيما إذا كان الدليلان كلاهما ناظرين إلى مورد واحد، ففي فرض اتّحاد موضوعهما لا مناص من هذا الجمع، بخلاف ما إذا كان أحدهما ناظراً إلى مورد غير ما ينظر إليه الآخر كما في المقام. حيث إنّ المكاتبه وردت في النّظر إلى المرأة بمحضر الشّهود في المحكمة، ومن الواضح أنّ نظر الشاهد إلى وجه المرأة في مقام الشّهادة عليها، لا يكون إلّا عن تأمّل وإمعان في خصوصيّات المرأة وشكلها، وعن تحدّق في عينيها؛ ليغرّها بهما كما فرض الرّاوي في سؤاله، وهذا بخلاف النّظر إليها في الشّوارع والأسواق حال المشي. (السّيفي، ١٤١٧، شرح ص ٥٧-٥٨).

واستدلّوا كذلك بالأخبار الدّالة على أنّ النّظر سهم مسموم من سهام إبليس، (البرقي، ١٣٧٠، ج ١، ص ١٠٩، ح ١٠١، الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٥٩، ح ١٢، الصّدوق، ١٣٦٨، ص ٢٦٤). وأنّه زنا العين، (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٥٩، ح ١١، الحرّ العاملي، ١٤١٤، ج ٢٠، ص ١٩١، ح ٢، ص ٣٢٦، ح ٢). إلّا أنّ الظّاهر أنّ هذه الروايات ناظرة إلى النّظرة التي تقترن بالرّيبة، واللّذّة المحرّمة، ويخشى منها صاحبها على نفسه، وهي أجنبيّة عن المقام. (الخوئي، ١٤٢٦، ج ٣٢، ص ٤٩، الخوئي، ١٤٠٤، ج ١، شرح ص ٦٣-٦٤). هذه هي أهمّ ما وجدنا من كلمات الفقهاء القائلين بحرمة النّظر إلى وجه الأجنبيّة وكفّيها، والإنصاف أنّها غير ناهضة بإثبات الحرمة كما يدّعيه أصحابها.

ب - أدلّة القائلين بجواز النّظر:

وإلى هذا الرّأي يذهب جمع من كبار الفقهاء، مثل الشّيخ وجماعة، وصاحب الحدائق والشّيخ الأنصاري، والتّراقي في المستند، والحكيم في المستمسك. (الحكيم، ١٤٠٤، ج ١٤، شرح ص ٢٦). ويمكن الاستدلال لهذا الرّأي أو تأييده بمجموعة من الروايات من

بينها ما يلي:

١ - صحيحة علي بن سويد، قال: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ\$: <إِنِّي مُبْتَلَى بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ الْجَمِيلَةِ، فَيُعْجِبُنِي النَّظَرُ إِلَيْهَا، فَقَالَ لِي: يَا عَلِيُّ لَا بَأْسَ إِذَا عَرَفَ اللَّهُ مِنْ نَيْتِكَ الصِّدْقَ، وَإِيَّاكَ وَالزَّنَا، فَإِنَّهُ يَمَحِقُ الْبِرْكَاتَ، وَيُهْلِكُ الدِّينَ.> (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٤٢، ح ٦).
الظاهر أن المراد من قوله\$: «(لَا بَأْسَ...)» يدل على جواز النظر إلى الأجنبية، مع الأمن من الفتنة، وعدم كونه بقصد الشهوة والرغبة؛ وذلك لظهور كل فعل مسند إلى الفاعل المختار، ومنصرف عن الاتفاقي الصادر عن غير قصد والتفات، فإن الإنسان مجبول على القصد، والإرادة في أفعاله.

ولكن يمكن حمله على ما إذا كان النظر اتفاقياً عن صدفة من غير قصد، كما احتمله في الجواهر، والوسائل، والتحفة وغيرها، (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٨-٧٩، الحر العاملي، ١٤١٤، ج ٢٠، ص ٣٠٨، الجزائري، [ب ت]، ص ٢٦٢، المحقق النراقي، ١٤١٩، ج ١٦، ص ٥٠، ص ٥٢، الفاضل الهندي، ١٤٢٠، ج ٧، ص ٢٦)، وأن الإعجاب والتلذذ إنما حصلوا بعد الفراغ عن النظر ومضي زمانه، وإلا فمن الواضح أن الإمام\$ لا ينفي البأس من النظر الذي يخاف منه الوقوع في الفساد والفتنة حين النظر، فلا طريق من الالتزام بحصول الإعجاب واللذة بعد النظر، لا حينه، كما لا تخلو لفظة (الفاء) في قول السائل، (فيعجبني) من إشعار بتأخر حصوله عن النظر، وذلك بانطباق صورة المرأة في ذهن الناظر؛ بسبب كثرة اتفاق النظر وإن لم يكن عن قصد، ولعل ذلك باقتضاء شغله كما يتفق كثيراً. ثم إن الإعجاب وإن لم يكن بمعنى الالتذاذ لغة، بل بمعنى الانبساط والاستحسان، ولكنه ملازم للذة غالباً في المرأة الجميلة المبتلى بها.

وما يقال: من ظهور الفعل المسند إلى الفاعل المختار، إنما يصح إذا كان بصيغة الفعل؛ نظراً إلى تضمُّنه للإسناد دون مجرد المصدر، فإنه أعم بحسب الاستعمال في الإرادي وغيره، إلا إذا كانت قرينة على إرادة أحدهما كتعلق التكليف، فإنه قرينة على الفعل الإرادي، بخلاف المقام الذي نفي البأس والتكليف عنه، ولا سيما بقرينة قوله: «إني مبتلى بالنظر»

المشعر بعدم ارتكاب النظر عن عمد وقصد. (السيفي، ١٤١٧، شرح ص ٥١).
 وأما ما يقال: من عدم كون النظر الاتفاقي في مظانّ النهي حتى يُنفى عنه البأس؛ لخروجه
 عن اختيار المكلف، فيمكن الجواب: بأنه كذلك فيما إذا لم يكن مقدماته اختيارية، وأما لو
 كان مقدماته اختيارية، فالنهي عنه معقول كما أنّ سؤال الراوي عن حكمه يشهد على كونه
 في مظانّ النهي ولو باعتبار مقدماته، وإلاّ لم يكن يسأل عن حكمه، كما صرح بذلك في
 الجواهر بقوله: «ودعوى عدم صلاحية النظر الاتفاقي؛ لأن يكون موضوعاً لحكم شرعي ولو
 الإباحة، يدفعها منع ذلك باعتبار مقدماته». (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٩).
 وبتطرق هذا الاحتمال، وإمكان الحمل على ذلك تسقط الصحیحة عن الاستدلال بها
 على المطلوب، وهو جواز النظر العمديّ بغير قصد الشهوة واللذّة، والرّيبة^(٦).
 ثمّ إنّ قوله\$: «إياك والزنا» نهی عن عواقب النظر، والمقصود هو النهي عن مقدمات تجرّ
 الناظر إلى الزنا من نظر شهوانيّ أو حديث النفس مع نيّة السوء، ويمكن أن يكون المقصود
 من زنا العين؛ أي النظر بشهوة، كما هو متعلّق المنع في بعض النصوص. (السيفي، ١٤١٧،
 شرح ص ٥٢).

٢ - رواية أبي الجارود عن أبي جعفر الباقر\$ في قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ
 مِنْهَا} (النور، ٣١): «فهي الثياب، والكحل، والخاتم، وخضاب الكفّ [= الكفين]، والسوار.
 والزينة ثلاثة: زينة للناس، وزينة للمحرّم، وزينة للزوج، فأما زينة الناس فقد ذكرنا، وأما زينة
 المحرّم فموضوع القلادة فما فوقها والدملج^(٧) وما دونه، والخلخال وما أسفل منه، وأما زينة
 الزوج فالجسد كُله». (القمي، ١٣٨٧، ج ٢، ص ١٠١، النوري، ١٤٠٨، ج ١٤، ص ٢٧٥،
 ح ٣).

وهذه الرواية وإن كان لا إشكال في دلالتها على جواز النظر إلى الوجه والكفين، حيث
 إنّ النظر إلى الكحل، والخاتم، وخضاب الكفين مستلزم للنظر إليهما قطعاً، (البحراني، [ب
 ت]، ج ٢٣، ص ٥٥، الطباطبائي، ١٤١٩، ج ١٠، ص ٦٧)، إلاّ أنّها مرسلة؛ نظراً إلى عدم
 إمكان نقل عليّ بن إبراهيم عن أبي الجارود من دون واسطة، لأنّ الفاصلة بينهما بطبقات

عديدة، وزياد بن منذر كان معاصراً للإمام الباقرؑ، مضافاً إلى ما رُوي في ذمّه من أنّه أعمى القلب وكذاب كافر. (السّيفي، ١٤١٧، شرح ص ٥٢).

٣ - خبر عليّ بن جعفر عن أخيهؑ، قال: سألته عن الرّجل ما يصلح له أن ينظر إليه من المرأة التي لا تحلّ له؟ قال: <الوجه، والكفّ، وموضع السّوار>. (المجلسي، ١٤٠٣، ج ١٠١، ص ٣٤، ح ١١). والذي يمكن التعليق عليه هنا ما يلي:

أولاً: أنّ سنده ضعيف بعبد الله بن الحسن؛ إذ لم يرد فيه أيّ توثيق ولا مدح؛ ولم نجده مذكوراً في كتب الرّجال حتّى يوثق، (الجواديّ الآملي، ١٤١٦، ج ٢، ص ٥٠). رغم أنّ المحقّق السّبزواري، (السّبزواري، ١٤٢٣، ج ٢، ص ٨٥)، والشّيخ الأنصاري، (الأنصاري، ١٤١٥، ص ٤٨)، وصاحب الجواهر، (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٥)، قالوا عنه: (بإسناد معتبر).

وثانياً: بأنّه أخصّ من المدعى لوروده في النّساء المحارم، لا الأجنبيّة؛ نظراً إلى إسناد عدم الحليّة إلى المرأة نفسها قوله: «لا تحلّ له»، وهو ظاهر في حرمة النّكاح، كقوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ} (النّساء، ٢٣)، فليس المقصود عدم الحليّة من حيث النّظر ولو بقرينة جوابه، حيث إنّ ذلك كان مورد سؤال الرّواي، فكيف يمكن كونه مفروض كلامه؟ وثالثاً: إنّ مدلولها في النّساء المحارم أيضاً غير قابل للالتزام؛ نظراً إلى دلالة التّصوص المعترية، واستقرار السّيرة القطعيّة على خلافه.

وبالجملة: ربّما أمكن تجويز النّظر بمجرد الحاجة، كما يظهر من عبارات عديد من الفقهاء، (الطوسي، ١٤١١، ج ٤، ص ٢٤٧-٢٤٨، م ٣، الطوسي، [ب ت]، ج ٤، ص ١٦٠-١٦١، الراوندي، ١٤٠٥، ج ٢، ص ١٢٩، ابن إدريس الحلّي، ١٤١٠، ج ٢، ص ٦٠٨، المحقّق الحلّي، ١٤٠٩، ج ٢، ص ٤٩٥، الشّهيد الثّاني، ١٤١٤، ج ٧، ص ٤٩، البحراني، [ب ت]، ج ٢٣، ص ٦٣). ومن مورد الإجماع المحكيّ عن المسالك (الشّهيد الثّاني، ١٤١٤، ج ٧، ص ٤٩) بدعوى أنّه من الإضطرار المبيح (الخميني، ١٤١٨، ج ٢، شرح ص ٤١٥).

حکم ما إذا لم يقصد التلذذ ولكن كان يعلم بحصول اللذة:

وأما إذا لم يقصد به التلذذ، ولكن علم بحصول اللذة بالنظر أو لم يعلم به، ولكن تلذذ في أثناء النظر، فهل يجب الكف أم لا ؟

الظاهر الثاني؛ لإطلاق الأدلة، ولأنّ النظر إلى حسان الوجوه من الذكور والإناث لا ينفك عن التلذذ غالباً، بمقتضى الطبيعة البشرية المجدولة على ملاءمة الحسان، فلو حرم النظر مع حصول التلذذ؛ لوجب استثناء النظر إلى حسان الوجوه، مع أنّه لا قائل بالفصل بينهم وبين غيرهم. (الأنصاري، ١٤١٥، ص ٥٣).

ويؤيد ذلك ما رواه في الكافي عن علي بن سويد في الصحيح، قال: <قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ: إِنَّي مُبْتَلَى بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ الْجَمِيلَةِ، فَيُعْجِبُنِي النَّظَرُ إِلَيْهَا، فَقَالَ لِي: يَا عَلِيُّ لَا بَأْسَ إِذَا عَرَفَ اللَّهُ مِنْ بَيْتِكَ الصَّدَقَ...>. (الكليني، ١٣٦٥، ج ٥، ص ٥٤٢، ح ٦، الحرّ العاملي، ١٤١٤، ج ٢٠، ص ٣٠٨، ح ٣).

فإن مراد السائل أنّه كثيراً ما يتفق له الابتلاء بالنظر إلى المرأة الجميلة، وأنّه حين النظر إليها والمكالمة معها - لمعاملة أو غيرها - يتلذذ بالنظر لمكان حسنها، ولعلّ ذلك من جهة كون الرّاوي من أهل الصناعات والحرف التي يكثر مخالطتهم للنساء كالصّانغ والبرّاز، (الكاظمي، [ب ت]، ج ٣، هامش ص ٢٧٣، الجواديّ الآملي، ١٤١٦، ج ٢، ص ٣٦، المؤمن القمي، ١٤١٦، شرح ص ٣٤٦)، حيث يكثر تردّد النساء إليهم، سيّما نساء البوادي اللاتي لا يتسترن، فسأل عن أنّه يجب الكفّ عن النظر عند التلذذ أم لا ؟ فأجاب: بأنّه لا بأس بذلك إذا علم الله تعالى من قصدك مطابقة ما تظهره من أنّ نظرك ليس لمجرد التلذذ، حيث عبّرت عن مخالطتك معهنّ <بالابتلاء بهنّ>، وأنك كاره لإعجابك الحاصل حين النظر، ثمّ حدّره عن الرّنا. (الأنصاري، ١٤١٥، ص ٥٣-٥٤).

وحمل الرواية بعض من عاصرناه (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٦)، على النظرة الاتّفاقية (الفاضل الهندي، ١٤٢٠، ج ٧، ص ٢٦، المحقّق النراقي، ١٤١٩، ج ١٦، ص ٥٠). وحصول الإعجاب - أعني: اللذة بعد النظر - فأجابه: بأنّه إذا علم الله منك الصّدق، أي

أَنَّكَ لم تتعمّد النَّظْرَ، فلا بأس، ولا يخفى بُعد هذا الحمل، بل الظاهر ما ذكرنا من معنى الخبر. (الأنصاري، ١٤١٥، ص ٥٤).

والمراد من الإعجاب ليس هو المقارن للنظر؛ لحرمةه بالاتفاق حتّى ممّن استثنى الوجه والكفّين، بل هو الإعجاب اللاّحق عقيب النَّظْر بتجسّم صورتها الخياليّة، فيحتمل أن يكون مصبّ السّؤال هو حكمه، كما سئل عن العجب اللاّحق للعمل.

فحينئذ اتّضح أنّ المسؤول عنه هو لزوم التّحفّظ، وقطع الرّبط المنتهي إلى النَّظْر قهراً أو اختياراً عن ضرورة الكسب ونحوه، فأجاب: بنفي البأس، وعدم لزوم التّحفّظ الكذائي بقطع الرّبط، إذا علم من نيّته عدم الإنهاء إلى الفاسد، وأنّ الإعجاب اللاّحق لا يتعدّى عن طور الخيال إلى عالم الخارج، فلا مساس لهذه الرّواية باستثناء الوجه والكفّين، بل ظاهرها جواز النَّظْر قهراً أو عمداً عن ضرورة، مع العلم بالانحفاظ. (الجواديّ الأمليّ، ١٤١٦، ج ٢، ص ٣٦-٣٧)، وهذا هو سرّ ما قيّد الجواز بعض الأصحاب بالحاجة، كما عن العلّامة في بعض كتبه. (الحليّ ط.ق)، ج ٢، ص ٥٧٣).

المسألة الثالثة: الإثارة الجنسيّة:

للنّظر والإثارة والإغراء في الشّريعة الإسلاميّة الغرّاء أحكام خاصّة تعرّضت لها كتب الفقه الإسلاميّ، تتناسب وطبيعة الرّجل؛ وأخرى خاصّة بالمرأة تتناسب وخصوصيّاتها، وقد نظّمت العلاقة بينهما، وتناولت مختلف جوانبها، وأحاطت بجزئياتها؛ باعتبارها حاجة ملحة تترتب عليها الكثير من القضايا ذات الصّلة بشؤون الفرد والمجتمع. ونحن نواجه في بحثنا في مسألة النَّظْر والإثارة عنوانين:

الأوّل: الرّيبة والتلذذ وخوف الوقوع في الحرام.

والثاني: الإثارة والتّهييج الجنسيّ.

وكلاهما محرّمان إذا كانا من غير الرّوافد المشروعة، وهما عنوانان متقابلان، يتعلّق أحدهما بالنّظر والمشاهدة، والآخر بالعرض، أمّا الذي يتعلّق بالنّظر والمشاهدة فهو الرّيبة

والتلذذ، وأما الذي يتعلّق بالعرض فهو الإثارة. وفيما يلي نتحدّث عن هذين العنوانين:

الأول: الرّيبة والتلذذ وخوف الوقوع في الحرام:

إنّ كثيراً من علمائنا الكبار وحَتّى علماء أهل السنّة قد استثنوا شيئاً من مسألة جواز التّظر، أحدهما: أن يكون التّظر بقصد اللذّة، والثّاني: إذا خيف الوقوع في الحرام، وغالباً ما يذكرون هذين الاستثنائين بعنوان كونهما من المسلّمات، ونحن نريد أن نبحث حول هذين الاستثنائين.

وفي الجواهر قبل أن يذكر أدلّة هذين الإستثنائين يتعرّض إلى ما يذكره البعض من أنّ الرّيبة شيء غير خوف الفتنة، وبتعبير آخر هل هناك إستثناءان أم ثلاث إستثناءات؟

الأول: قصد اللذّة، والثّاني: خوف الفتنة، والثّالث: الرّيبة. فهل حقّاً الرّيبة تختلف عن خوف الفتنة، أم هما شيء واحد فيكون هناك إستثناءان فقط؟

صاحب الجواهر يعتقد بأنّهما بمعنى واحد، هو أن يكون الإنسان غير قاصد للذّة، ولكنّه يعلم بأنّ هذه التّظرات من الممكن أن تؤدّي إلى ارتكابه للمعصية. إذن الرّيبة والتي هي بمعنى الشكّ والترديد لها نفس معنى خوف الفتنة (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٠)، إلا أنّ البعض يميل إلى اعتبارهما شيئان مختلفان فتكون الاستثناءات ثلاث، وما هو الفرق بينهما حينئذ؟

أما خوف الفتنة فواضح؛ إذ هو خوف الوقوع في الحرام، وأما الرّيبة فقد قالوا: بأنّها عبارة عمّا يخطر في قلب الإنسان وإن كان يعلم بأنّه سوف لن يقع في الحرام، يعني أن تأتي بعض الخطورات إلى قلبه عندما ينظر إلى المرأة الأجنبية، بأن يتصوّر نفسه في حال ارتكاب المعصية معها، فهي إذن عبارة عن الخطورات والتصورات التي تأتي إلى الدّهن، وتجسّم له أشكال ارتكاب المعصية مع تلك المرأة، حتّى لو كان ذلك الشّخص يقطع بأنّه لن يقع في هذا الحرام من أي وقت من الأوقات، فهو مجرد توجّه قلبي، وخطور ذهنيّ يصاحب التّظر، وكثيراً ما قد يكون غير مرتاح من هذه الخطورات. إذن ذكروا أنّ الرّيبة: هي بمعنى

الخطورات بينما خوف الفتنة بمعنى خوف الوقوع في المعصية. (الفاضل الهندي، ١٤٢٠، ج ٧، ص ٢٣، النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٠، الأنصاري، ١٤١٥، ص ٥٥).
ولكن الإنصاف: أنّ الحق كما يقول صاحب الجواهر، أي أنه ليس هناك إلا شيان واستثناءان، إذ لا دليل على التصوّرات ولم يبحث أحد فيها. ثم إن صاحب الجواهر بعد أن يتمّ البحث في هذا التقسيم يقول: <والأمر سهل بعد معلومية الحرمة عند الأصحاب والمفروغية منه> (النجفي، [ب ت]، ج ٢٩، ص ٧٠)، ولذا لا نرى في كلماتهم استدلالاً على ذلك.

ثم يترقى فيقول: <بعدم ثبوت حرمة ذلك بمجرد احتمال الوقوع في المحرّم> (المصدر السابق نفسه)، ويُجيب صاحب الجواهر على هذا الكلام: بأنّ الدليل على هذه المسألة ليس هو الإحتمال، بل كونها مسلّمة من ناحية، وأشعار التّصوص وظهورها وصراحة بعضها من ناحية أخرى، ضرورة كون المستند ما عرفت من تسالم الأصحاب وظهور التّصوص، لا الإحتمال كما هو واضح. (المصدر السابق نفسه).

الثاني: حرمة الإثارة والتّهييج:

لا إشكال في حرمة الإثارة والتّهييج، سواء كان ذلك في طريقة خروج المرأة، أو لبسها، أو في عرض الأفلام السينمائية والمسلسلات التلفزيونية، أو في نشر الصّور والمشاهد التي تعرضها المواقع الإباحية، كما هو المألوف في المجالاتّ والجرائد الإباحية والمبتذلة، وكذلك كتابة القصص الجنسية المثيرة أو البرامج المنحرفة في الرّاديو، وفعل ذلك ذريعة للوقوع في الفواحش بمختلف أنواعها، وسبب لغضب الله تعالى وعقابه وسخطه. والدليل على ذلك أمور عديدة نذكر منها أمرين:

أ - حرمة الإفساد:

ولا شك أنّ أمثال هذه الأعمال تؤدّي إلى إفساد شباب المسلمين وفتياتهم، وسقوطهم في الرّذائل وتدميرهم وانحلالهم، وهو محرّم قطعاً. وكما يحرم النّظر الذي يخاف منه الإنسان

على نفسه من الوقوع في الحرام - وهو حالة الرّيبة - كذلك يحرم نشر وعرض الصّور والحالات التي يخشى منها على الشّباب والشّابات الإفساد والسّقوط في الحرام، ولا شكّ أنّها من مصاديق الإفساد الذي نهى الله تعالى عنه في كتابه.

ب - الكتاب العزيز:

ومما يدلّ على حرمة الإثارة الجنسيّة في القرآن قوله تعالى: {وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ} (التور، ٣١) واضح لمن يقرأ الآية الكريمة أنّها تنهى النّساء عن تحسيس الرّجال بما يخفين من زينتهنّ؛ لئلاّ يؤدّي ذلك إلى الإثارة الغريزيّة للرّجال، ومن اللّفتات القرآنيّة الرّائعة التي تسترعي الانتباه أنّ الآية تقرن الغيرة مع العفّة، إلى درجة أنّه لم يسمح للنّسوة أن يضربن بأرجلهنّ، فيسمع الرّجال أصوات الخلاخل في أرجلهنّ؛ لأنّ ذلك يثير الرّجال، ويورث تحريك الشّهوة، وإثارة الفتنة. (الحائري الطّهراني (المفسّر)، ١٣٣٧، ج٧، ص ٣٤٠).

يمكننا الآن أن نستعرض الحكم الشرعيّ للتّمثيل - سينما أو تلفزيون، أو مسرح، أو فيديو أو الإنترنت، وغيرها - ونستطيع أن نقسّم ذلك إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: في التّمثيل:

- ١ - يجب على المرأة في التّمثيل أن تستر جسمها، وتستر ما عليها من الزّينة.
- ٢ - يستثنى من ذلك الوجه والكفّان وما عليهما من الزّينة الظّاهرة.
- ٣ - يجب عليها أن تتجنّب الأدوار والكلمات والحركات المثيرة.
- ٤ - يجوز لها محادثة الرّجال.
- ٥ - كما يجوز لها أن تصغي إلى حديث الرّجال، ويجوز للرّجال محادثة النّساء.
- ٦ - لا يجوز للرّجال والنّساء المصافحة، كما لا يجوز أن يمسّ أحدهما الآخر بجسمه، إلّا من وراء الثّوب.

ثانياً: في العرض:

١ - يحرم عرض المشاهد المثيرة للجنسين في الأدوار النسائية أو الرجالية أو المختلطة.
٢ - يجوز عرض أدوار النساء السافرات اللاتي لا يلتزمن بالحجاب الشرعي ولا ينتهين إذا نهين، مسلمات كن أم غير مسلمات، إذا كانت الأدوار غير مثيرة، وعليه: يجوز عرض الأفلام السينمائية، والمسلسلات التلفزيونية المستوردة من البلاد غير الإسلامية إذا كانت هذه الأدوار محتشمة وغير مثيرة.

٣ - يجوز بث صوت المرأة من غير تزيين، كما يجوز بث المحادثات بين الجنسين ما لم تقترن بالإثارة الغريزية.

ثالثاً: في المشاهدة:

١ - يحرم النظر إلى جسم النساء وشعورهن من قبل الرجال، كما يحرم النظر إلى جسم الرجال من قبل النساء.

٢ - يجوز النظر إلى وجه المرأة وكفيها من غير تركيز.

٣ - يحرم النظر إلى وجه المرأة مع الريبة والخوف من الوقوع في الحرام.

٤ - يحرم النظر إلى وجه المرأة للتلذذ.

٥ - يجوز النظر إلى وجه المرأة لمتابعة الفلم لغير المتلذذ وإن حصل التلذذ قهراً من دون قصد، إذا كان لا يؤدي إلى الريبة.

٦ - يجوز النظر إلى المرأة السافرة غير الملتزمة بالحجاب، مسلمة كانت أم غير مسلمة،

إذا كانت لا ترتدع بالتهي عن المنكر. (الأصفي، ١٤٢٥، ج ١٢، ص ٢٦٥-٢٦٧).

أهم نتائج البحث:

١ - وجوب التستر والاحتشام للمرأة فإن التبرج يغري الرجال بالنساء، ويحرك الغريزة الجنسية بينهما.

٢ - لا يجوز للمرأة إبداء مواضع الزينة الخفية منها لكل أحد، باستثناء وجوب الحجاب على

- الوجه والكفّين في حالة عدم نشوب فساد، وإلا فيجب تغطيتها.
- ٣ - لاتلازم بين جواز النَّظر وجواز المسّ، فلو قلنا: بجواز النَّظر إلى الوجه والكفّين من الأجنبيّة، لايجوز مسّها، إلا من وراء الثوب.
- 4 - يجوز النَّظر إلى الأجنبيّة أو لمسها، وبالعكس كلما استدعت الضّرورة ذلك، وكانت هذه الضّرورة أهمّ عند الشّارع من حرمة النَّظر واللمس، فيجوز في حدود الضّرورة.
- ٥ - إنّ أدنى حدّ للذّة المحرّمة - إن أريد بالحدّ المرتبة - هو أوّل درجة من الإحساس الجنسيّ.

أخيراً، نسأل الله العليّ القدير أن يوفّقنا للتّفقه في الدين، والانتفاع بتعاليمه التي هي حياة القلوب ونور الأبصار، وصلى الله على محمّد خير خلقه، وآله الأطيبين الأطهّرين، الهداة المهديّين، الذين هم أعلام الدين، ومنار المهتدين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين.

المراجعات

- ١- تقدّم تخريج الرّواية (رواية الفضيل).
- ٢- ما يجوز التّظر إليه من المرأة قبل الرّواج. (أنظر: الأنصاري، ١٤١٥: ٣٨).
- ٣- في بعض النّسخ، كتبت إلى الفقيه.
- ٤- في بعض النّسخ، بينها بعينها.
- ٥- التّقاب ما تشدّ المرأة على وجهها.
- ٦- إنّ ثبوت الدّليل على حرمة التّظر بعنوان الشّهوة والتلذّد، أو تصوّر العمل القبيح الذي هو المعبّر عنه في كلماتهم بالرّيبة على ما هو الظّاهر من كلماتهم، حيث يظهر تسالمهم على الحرمة بهذين العنوانين مطلقاً.
- ٧- قال في مجمع البحرين، الدّمْلُح بِضَمِّ الدَّالِ وَاللَّامِ، وَإِسْكَانُ المِيمِ شَيْءٌ يَشْبَهُ السُّوَارَ، تَلَبَّسَهُ الْمَرْأَةُ فِي عَضُدِهَا. وَفِي الصَّحاحِ، أَنَّهُ المِعْضَدُ. (أنظر: الطريحي، ١٤٠٨، ج ٢، ص ٣٠١، الجوهري، ١٤٠٧: ١ / ٣١٦).

المصادر

القرآن الكريم.

نهج البلاغة

ابن أبي الحديد المعتزلي، عبد الحميد بن هبة الله، شرح نهج البلاغة دار إحياء الكتب العربية، ط٢، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

ابن إدريس الحلبي، محمد بن منصور، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي مؤسسة النشر الإسلامي - قم - ط٢، ١٤١٠هـ.

ابن سيده التحوي، علي بن إسماعيل، المخصّص (السفر الأول)، دار التراث العربي - بيروت.
ابن فهد الحلبي، أحمد بن محمد، المهذب البارع في شرح المختصر التافع، مؤسسة النشر الإسلامي - قم - ١٤١١هـ.

الإشتهاردي، علي بنه، مدارك العروة دار الأسوة، ط١، ١٤١٧هـ.

الإفريقي المصري، محمد بن مكرم، لسان العرب، أدب الحوزة - قم - ١٤٠٥هـ - ١٣٦٣ش.
الأميني، عبد الحسين أحمد، الوضاعون وأحاديثهم مركز الغدير للدراسات الإسلامية، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين، كتاب النكاح المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري - قم - ط١، ١٤١٥هـ.

البحراني، يوسف، الحدائق الناضرة مؤسسة النشر الإسلامي - قم.

البرقي، أحمد بن محمد، المحاسن، دارالكتب الإسلامية - طهران - ط١٣٧٠، ١٣٣٠ش.
الجزائري النجفي، أحمد بن إسماعيل، قلند الدرر في بيان آيات الأحكام بالأثر مكتبة النجاح - النجف الأشرف.

الجزائري، عبد الله بن نور الدين، التحفة السنّية في شرح النخبة المحسنّية (مخطوط)، نسخة مخطوطة، مكتبة آستانه قدس.

الجوّادي الآملي، عبد الله، كتاب الصلّاة (تقرير أبحاث السيّد محمد المحقق الدّاماد) مؤسسة

مشروعية التمثيل للنساء في الأدوار المختلطة □ ١٥٧

- التّشر الإسلاميّ - قم - ط ٢، ١٤١٦هـ.
- الجوهريّ، إسماعيل بن حمّاد، الصّحاح تاج اللّغة وصحاح العربيّة دار العلم للملايين - بيروت - ط ٤، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- الحائريّ الطّهرانيّ (المفسّر)، مير سيّد عليّ، تفسير مقتنيات الدّرر دار الكتب الإسلاميّة - طهران - ١٣٣٧ش.
- الحزّ العامليّ، محمّد بن حسن، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشّريعة مؤسّسة آل البيت لإحياء التّراث - قم - ط ٢، ١٤١٤هـ.
- الحكيم، محسن، مستمسك العروة الوثقى، منشورات مكتبة السيّد المرعشيّ النجفيّ - قم - ١٤٠٤هـ.
- الحليّ الهذليّ، يحيى بن سعيد، الجامع للشّرائع، مؤسّسة سيّد الشهداء - قم - ١٤٠٥هـ.
- الحليّ، حسن بن يوسف، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، مؤسّسة التّشر الإسلاميّ - قم - ط ١، ١٤١٠هـ.
- تبصرة المتعلّمين في أحكام الدّين، مطبعة: أحمددي، انتشارات فقيه - طهران - ط ١، ١٣٦٨ش.
- تذكرة الفقهاء (ط. ق)، المكتبة المرتضويّة لإحياء الآثار الجعفريّة.
- منتهى المطلب (ط. ق)، ط حجرية.
- نهاية الأحكام في معرفة الأحكام مؤسّسة إسماعيليان - قم - ط ٢، ١٤١٠هـ.
- الحميريّ، عبد الله بن جعفر، قرب الإسناد، مؤسّسة آل البيت لإحياء التّراث - قم - ط ١، ١٤١٣هـ.
- الخاجويّ، محمّد إسماعيل بن الحسين، الرّسائل الفقهيّة، دارالكتب الإسلاميّ - قم - ط ١، ١٤١١هـ.
- الخمينيّ، مصطفى، مستند تحرير الوسيلة، مؤسّسة نشر آثار الإمام الخمينيّ، ط ١، ١٤١٨هـ.
- الخونيّ، أبو القاسم، شرح العروة الوثقى (المضاربة، والمساقاة) مؤسّسة إحياء آثار الخونيّ - قم - ط ٢، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- صراط النّجاة (تعليق الميرزا جواد بن عليّ التّبريزي).
- كتاب الطّهارة (التّنقيح في شرح العروة الوثقى - تقرير بحث السيّد الخونيّ للغرويّ) لظفي - قم - ط ٢، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

- _____ معجم رجال الحديث وتفصيل طبقات الرواة، طبعة منقحة ومزودة - ط ٥، ١٤١٣هـ.
الخوئي، محمد تقی، كتاب النكاح [تقرير أبحاث السيد الخوئي]، مطبعة: الآداب - التجف الأشرف مدرسة دار العلم، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- الزّاعب الأصفهاني، حسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، دفتر نشر الكتاب، ط ٢، ١٤٠٤هـ
_____ مفردات ألفاظ القرآن الكريم، طليعة النور - قم - ط ٢، ١٤٢٧هـ
الراوندي، سعد بن هبة الله، فقه القرآن مكتبة المرعشي النجفي - قم - ط ٢، ١٤٠٥هـ
الزبيدي، محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر - بيروت - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- الزمخشري، محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل شركة مكتبة البابي الحلبي، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦م.
السبزواري، عبد الأعلى، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام مكتب آية الله العظمى السيد السبزواري، - قم - ط ٤، ١٤١٦هـ.
السبزواري، محمد باقر بن محمد مؤمن، كفاية الفقه المشتهر (بكفاية الأحكام) مؤسسة النشر الإسلامي - قم - ط ١، ١٤٢٣هـ.
السيفي المازندراني، علي أكبر، دليل تحرير الوسيلة (أحكام الستر والنظر) مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٣٧٥ش.
الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن دار الفكر - بيروت - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام مؤسسة المعارف الإسلامية - قم - ط ١، ١٤١٤هـ.
الصدوق، محمد بن علي، ثواب الأعمال وعقاب الأعمال منشورات الشريف الرضي - قم - ط ٢، ١٣٦٨ش.
- _____ عيون أخبار الرضا | مؤسسة الأعلمي - بيروت - ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
_____ من لايحضره الفقيه مؤسسة النشر الإسلامي - قم - ط ٢، ١٤٠٤هـ - ١٣٦٣ش.
الصيمري البحراني، مفلح بن حسن، تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف مكتبة المرعشي النجفي العامة - قم - ط ١، ١٤٠٨هـ.

مشروعية التمثيل للنساء في الأدوار المختلطة □ ١٥٩

- الطَّبَّاطبَائِي، عليّ بن محمّد، رياض المسائل في بيان أحكام الشَّرع بالدلائل مؤسَّسة النَّشر الإسلاميّ - قم - ط١، ١٤١٩هـ.
- الطبرسيّ، رضي الدين الحسن بن الفضل، مكارم الأخلاق منشورات الشَّريف الرضويّ - قم - ط٦، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- الطبرسيّ، فضل بن الحسن، المؤتلف من المختلف بين أئمّة السَّلف، مطبعة: سيّد الشَّهداء - قم - ط١، ١٤١٠هـ - مجمع البحوث الإسلاميّة - مشهد.
- _____ تفسير جوامع الجامع مؤسَّسة النَّشر الإسلاميّ - قم - ط١، ١٤١٨هـ.
- _____ تفسير مجمع البيان مؤسَّسة الأعلميّ - بيروت - ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- الطبريّ، محمّد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن دار الفكر - بيروت - ١٤١٥هـ.
- الطريحيّ، فخر الدين بن محمّد، مجمع البحرين ومطلع التَّيرين، مرتضويّ - إيران - ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٣٦٢ش.
- الطوسيّ، محمّد بن حسن، الخلاف مؤسَّسة النَّشر الإسلاميّ - قم - ١٤١١هـ.
- _____ المبسوط في فقه الإمامية المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- _____ النَّهاية في مجرّد الفقه والفتاوى انتشارات قدس محمّدي - قم.
- _____ تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، دار الكتب الإسلاميّة - طهران - ط٤، ١٣٦٥.
- العالميّ، محمّد بن عليّ، نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام مؤسَّسة النَّشر الإسلاميّ - قم - ط١، ١٤١٣هـ.
- الفاضل الهنديّ، محمّد بن حسن، كشف اللثام عن قواعد الأحكام (ط. ج) مؤسَّسة النَّشر الإسلاميّ - قم - ط١، ١٤٢٠هـ.
- الفيروزآباديّ، محمّد بن يعقوب، القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللّغة، دار العلم - بيروت.
- القَمِّي السَّبزواريّ، عليّ بن محمّد، جامع الخلاف والوفاق بين الإمامية وبين أئمّة الحجاز والعراق انتشارات زمينه سازان ظهور إمام عصر - قم - ط١.
- القَمِّي، عليّ بن إبراهيم، تفسير القَمِّي، مكتبة الهدى، مطبعة: النَّجف الأشرف، ١٣٨٧هـ.
- الكاظميّ، جواد، مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام المكتبة المرتضوية - طهران.
- الكلينيّ، محمّد بن يعقوب، الأصول من الكافي، دارالكتب الإسلاميّة - طهران - ط٤، ١٣٦٥ش.

- اللكنهوي، محمدباقر بن محمد، إسداء الرغاب في الحجاب، المكتبة المرتضوية، ط١، ١٣٤٧هـ.
المجلسي، محمد باقر بن محمد تقّي، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام
مؤسسة الوفاء - بيروت - ط٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- _____ مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، دار الكتب الإسلامية، ط١، ١٤٠٩هـ - ١٣٦٨ش.
المحقق الحلّي، جعفر بن الحسن، المعبر في شرح المختصر مؤسسة سيّد الشهداء عليه السلام - قم
- ١٣٦٤ش.
- _____ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، انتشارات استقلال - طهران - ط٢، ١٤٠٩هـ.
المحقّق السبزواري، محمد باقر بن محمد مؤمن، كفاية الفقه المشتهر (بكفاية الأحكام)
مؤسسة النشر الإسلامي - قم المشرفة - ط١، ١٤٢٣هـ.
المحقّق النراقي، أحمد بن محمد مهدي، مستند الشيعة في أحكام الشريعة مؤسسة آل
البيت عليهم السلام لإحياء التراث - قم - ط١، ١٤١٩هـ.
- المدرسي، محمد تقّي، الوجيز في الفقه الإسلامي (أحكام الزواج وفقه الأسرة) منشورات البقيع
- طهران - ط١، ١٤١٥هـ.
- المقدّس الأردبيلي، أحمد بن محمد، زبدة البيان في أحكام القرآن المكتبة المرتضوية لإحياء
الآثار الجعفرية - طهران.
- المؤمن القمي، محمد المؤمن، كتاب الصلاة (تقرير بحث المحقق الداماد لمؤمن القمي)
مؤسسة النشر الإسلامي - قم - ط٢، ١٤١٦هـ.
- النجفي، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام دار الكتب الإسلامية -
طهران - ط٣.
- النوري، حسين بن محمد تقّي، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل مؤسسة آل البيت عليهم السلام
لإحياء التراث - بيروت - ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- مجموعة من المؤلفين المختصين، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
مرواريد، عليّ أصغر، ينبيع الفقهية دار التراث/ الدار الإسلامية - بيروت - ط١، ١٤١٠هـ.
مكارم الشيرازي، ناصر، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل.
الأصفي، حكم الأدوار النسائية والمختلطة في الأفلام مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي،

مشروعية التمثيل للنساء في الأدوار المختلطة □ ١٦١

موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ط ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.