

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه علمی

آموزه‌های فقه و اصول و مقارن

دوفصلنامه علمی آموزه‌های فقه و اصول و مقارن
سال اول، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۴

به موجب ماده ۱۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۸ مجلس شورای اسلامی، پروانه انتشار نشریه آموزه‌های فقه و اصول و مقارن در زمینه الهیات و معارف اسلامی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار دوفصلنامه، باگستره سراسری و نوع انتشار مجله‌ای، به نام حوزه علمیه خراسان- مدرسه علمیه عالی نواب در تاریخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۶ به شماره ثبت ۹۲۵۳۰ از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

صاحب امتیاز: مدرسه علمیه عالی نواب (با حمایت حوزه علمیه خراسان)
مدیر مسئول: محمد اسفندیاری ■ سردبیر: بلال شاکری
مدیر اجرایی: سید محمد هاشم موسوی ثابت ■ ویراستار: علی بهشتی‌وند
صفحه آرا و طراح جلد: مبین الدین مردانی ■ نشانی: مشهد، ابتدای خیابان شیرازی، جنب حرم مطهر . مدرسه علمیه عالی نواب
کد پستی: ۱۱۴۳۶۳۳۷۱۹ ■ شماره تلفن: ۰۵۱-۳۲۲۳۰۳۷۰ | داخلی ۵۰۶

E-mail: FAM.Pajoohesh@H-Navvab.ir

FAM.JOURNALS.HOZEHKH.COM

❁ اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی
استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه مشهد، عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه
- دکتر فرزاد پارسا
دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان
- حجت الاسلام محمد حسن ربانی بیرجندی
استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه مشهد، عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه
- حجت الاسلام علی رحمانی
استاد سطوح عالی حوزه علمیه خراسان، استادیار گروه فقه و مبانی اجتهاد مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه
- دکتر بلال شاکری
استاد سطوح عالی حوزه علمیه خراسان، عضو هیئت علمی مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه
- حجت الاسلام علی شفیعی
مدرس سطوح عالی حوزه علمیه خراسان
- دکتر حسین صابری
استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد
- حجت الاسلام سعید ضیائی فر
دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم
- حجت الاسلام محمد رضا کاظمی گلوردی
استاد سطوح عالی حوزه علمیه خراسان، دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی
- حجت الاسلام سید حسن وحدتی شبیری
دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم

❁ داوران و مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

• دکتر زهرا آل اسحق خوئینی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء ع.ا.ه

• دکتر سالم افسری

استادیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان

• حجت الاسلام سید محمد علی ایازی

استاد گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات

• حجت الاسلام جواد ایروانی

استاد گروه علوم قرآنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

• دکتر فرزاد پارسا

دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان

• حجت الاسلام سید عباس دیانت

مدرس سطوح عالی حوزه علمیه خراسان

• حجت الاسلام سعید ضیائی فر

دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم

• حجت الاسلام ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان (پردیس شهید بهشتی) خراسان رضوی

• دکتر نوید نقشبندی

استادیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان

راهنمای تدوین و پذیرش مقاله

ضوابط عمومی

۱. مقاله باید حاصل پژوهش نویسنده در زمینه «فقه و اصول مقارن» باشد و قبلاً در جایی چاپ یا هم زمان به نشریه دیگری ارسال نشده باشد.
۲. مقاله باید در یکی از قالب‌های علمی-پژوهشی (تحلیل، تطبیق، نقد یا نقطه نظر دیدگاه مستدل و تحلیلی نویسنده پیرامون یک مسئله خاص) و با قلم روان و رسای فارسی نگارش شده باشد.
۳. نکته مهم: مجله از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری و گزارشی و ترجمه معذور است.
۴. مقالات باید در قالب word با پسوند docx از طریق سامانه نشریه ارسال شود.
۵. ترتیب مقالات هر شماره، براساس نظر سردبیر نشریه مشخص می‌گردد.
۶. مسئولیت صحت و سقم مطالب مقاله از جهت علمی و حقوقی به عهده نویسنده است.
۷. حق رد یا قبول و نیز ویراستاری مقاله‌ها برای دوفصلنامه محفوظ است.
۸. مقاله‌هایی که در مرحله بررسی توسط اعضاء هیئت تحریریه قرار گرفته اند، بازگردانده نخواهند شد.
۹. تأیید نهایی مقالات برای چاپ در دوفصلنامه، پس از داوری، منوط به موافقت هیئت تحریریه است. همچنین گواهی پذیرش و چاپ مقاله، پس از پذیرش نهایی توسط اعضای محترم هیئت تحریریه صادر می‌گردد.

ساختار مقاله

ساختار مقاله باید شامل قسمت‌های زیر باشد:

- عنوان مقاله: عنوان اثر پژوهشی، مهم‌ترین عبارت یک اثر پژوهشی است و باید این ویژگی‌ها را داشته باشد: واضح و متمایز باشد، جذاب باشد، کوتاه باشد و دقیق و مسئله محور باشد.
- چکیده فارسی: چکیده مقاله حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه باشد و به اختصار، شامل مقدمه یا زمینه (بیان اهمیت و ضرورت مسأله پژوهشی)، هدف، روش، یافته‌ها و نتیجه‌گیری است و گاهی برخی بخش‌ها همانند هدف یا محدودیت نیز به آن افزوده می‌شود. در چکیده از طرح فهرست مباحث یا مرور بر آن‌ها، ذکر ادلة، ارجاع به مأخذ و بیان شعاری خودداری گردد.

- واژگان کلیدی: حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوا که ایفاکننده نقش نمایه موضوعی مقاله باشد.
- تبیین مسئله (درآمد، مدخل، مقدمه): در تبیین مسئله لازم است که مسأله تحقیق تبیین شود و ضرورت و اهمیت پژوهش، جنبه نوآوری بحث، سؤالات اصلی و فرعی، ساختار کلی مقاله و تعریف مفاهیم و اصلاحات اساسی مقاله، مطرح شود.
- پیشینه تحقیق: در این بخش لازم است کتب، مقالات یا پایان نامه های مرتبط و نزدیک به عنوان مقاله شما، بیان شود و وجه نوآوری مقاله شما نسبت به سایر آثار ذکر شده تبیین گردد.
- بدنه اصلی: لازم است در بدنه اصلی مقاله، نوآوری باشد، بنابراین یک مقاله لازم است که به یکی از صورت های زیر باشد:
 - الف. ارائه کننده نظریه و یافته جدید علمی.
 - ب. ارائه کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه.
 - ج. ارائه کننده استدلال جدید برای یک نظریه.
 - د. ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.
 علاوه بر این در بدنه اصلی مقاله لازم است:
 - الف. ماهیت، ابعاد و زوایای مسأله خوب توصیف و تحلیل شود.
 - ب. آراء و دیدگاهها به همراه ادله به طور مستند بیان، تجزیه و تحلیل گردد.
 - د. نظریات رقیب، به طور مستدل نقد و ارزیابی شود.
 - ه. نظریه مقبول ابداع یا اختیار و سپس تبیین و توجیه کافی از آن به عمل آید.
 - و. نتایج و کاربردهای پژوهش مشخص شود.
- نتیجه گیری: نتیجه بیانگر یافته های تفصیلی تحقیق است که به صورت گزاره های خبری موجز بیان میگردد. از ذکر بیان مسأله، جمع بندی، مباحث مقدماتی، بیان ساختار مباحث، ادله، مستندات، ذکر مثال یا مطالب استطرادی در این قسمت خودداری شود.

• پی نوشت

• فهرست منابع

- عنوان انگلیسی
- چکیده به انگلیسی
- واژگان کلیدی به انگلیسی

نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان

۱. اسامی و مشخصات نویسندگان ثبت شده در سامانه نشریه، مبنای درج در مقاله قرار خواهد گرفت؛ بنابراین هنگام درج اسامی نویسندگان، به ترتیب درج نویسندگان توجه داشته باشید.
۲. در صورتی که در سامانه نشریه، نویسنده مسئول مقاله مشخص شده باشد، همان شخص نویسنده مسئول تلقی می شود. در غیر این صورت، فرستنده مقاله به عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می شود.
۳. تمام مکاتبات و اطلاع رسانی های نشریه با فرستنده مقاله صورت می گیرد.
۴. اطلاعات و مشخصات درج شده از نویسنده/ نویسندگان در سامانه نشریه، به عنوان اطلاعات اصلی در نظر گرفته شده و منتشر می گردد؛ از این رو لازم است اطلاعات شخصی و وابستگی سازمانی مندرج در سامانه دقیق و به روز باشد.
۵. شیوه درج وابستگی سازمانی نویسنده / نویسندگان باید دقیق و براساس یکی از الگوی های ذیل باشد:
 - اعضای هیئت علمی: رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر.
 - اساتید حوزوی: سطح علمی (مدرس سطح، استاد سطوح عالی، استاد خارج)، رشته تخصصی حوزه علمیه، محل تدریس، شهر.
 - طلاب: سطح تحصیلی (سطح سه، سطح چهار) رشته تحصیلی، حوزه علمیه محل تحصیل، شهر.
 - دانشجویان: مقطع تحصیلی (کارشناسی، ارشد، دکتری)، رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر.

• افراد و محققان آزاد: مقطع تحصیلی (کارشناسی، ارشد، دکتری)، رشته تحصیلی، شهر.

۶. از اشاره مستقیم یا غیر مستقیم به نام نویسنده/ نویسندگان مقاله در متن، پی نوشت یا اسم فایل مقاله خودداری شود.

۷. به هنگام ارسال مقاله، لازم است فرم تعهدنامه که به امضای نویسنده/ نویسندگان رسیده است در قالب فایل word یا JPG در سامانه ثبت گردد.

شیوه نامه نگارشی

۱. «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، مبنای آیین خط فارسی و معیار وصل و فصل کلمات است.

۲. چکیده مقاله باید یک پاراگراف باشد.

۳. در مورد کلماتی مانند مسأله، جرأت، هیأت، مسؤول، شؤون، رؤوس و همانند آن‌ها، بر اساس قانون فرهنگستان زبان و ادب فارسی برای تطبیق این کلمات با ساختار زبان فارسی، لازم است همزه‌ای که بر روی «الف» قرار گرفته، به همزه‌ای با پایه «ی» تبدیل شود. بنابراین، به صورت مسئله، شئون، هیئت، مسؤول و... نوشته می‌شود.

۴. از به کار بردن کلمات غیردقیقی که در زبان محاوره‌ای مرسوم است، پرهیز شود و مقاله با زبان علمی نوشته شود. همانند: چیز، در واقع، ... یا عبارات‌های خالی از معنی: «نگفته پیدا است».

۵. نشانه های . ، : ...؟! با کلمه قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.

۶. نشانه های دربرگیر مانند پُرانتز و گیومه «()» با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.

۷. برای درج نشانه های احترام، پُرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).

۸. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.

۹. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصراً از کلیدهای Ctrl+Shift+2 استفاده کرد.

۱۰. استفاده از گیومه غیر فارسی نظیر " ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت « » است).

۱۱. نویسنده باید تا جایی که ممکن است از عبارات عربی استفاده نکند و مفاد آن را به زبان فارسی بیان کند (مگر مواردی که استفاده از عبارت عربی ضرورت دارد). همچنین متن مقاله باید به زبان فارسی باشد. از این روال کلمات عربی مانند لذا، ثانیاً، فحوی و... نباید استفاده شود.

۱۲. اگر توضیحات درون پُرانتز، دوباره نیاز به توضیح (در داخل همان پُرانتز) داشته باشند، از قلاب

[...] استفاده شود.

۱۳. اعداد به کار رفته در متن مقاله باید فارسی باشند.
۱۴. تمامی تیترها (غیر از چکیده، واژگان کلیدی و مقدمه یا طرح مسئله) باید شماره گذاری شوند.
۱۵. حجم مقاله حداقل ۵۰۰۰ تا حداکثر ۸۰۰۰ واژه باشد.
۱۶. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۲۵۰ واژه و واژگان کلیدی بین ۳ تا ۷ کلمه باشد.
۱۷. بین «ج» یا «ص» و مانند آن و عدد بعد از آن‌ها، در ارجاعات و فهرست منابع فاصله وجود ندارد.
۱۸. برای شماره گذاری در اولین لایه تیترا از نقطه استفاده شود. برای دومین لایه از خط تیره استفاده شود. تعداد لایه ها نباید از ۴ مورد بیشتر شود. نمونه:

۱. لایه اول

۱-۱. لایه دوم

۱-۲. لایه دوم

۱-۲-۱. لایه سوم

۱-۲-۲. لایه سوم

۱-۲-۲-۱. لایه چهارم

شیوه ارجاع دهی

۱. ارجاع به فهرست منابع در داخل متن، بلافاصله بعد از نقل قول یا اشاره بدان، در داخل دو کمان و با ذکر نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار اثر، جلد و شماره صفحه صورت گیرد. مانند: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۳) (Gaut, ۲۰۰۵/۳۴۵) (آل عمران/۲۳). اگر دو یا چند اثر از یک نویسنده تاریخ انتشار یکسانی داشته باشد، این آثار با ذکر حروف الف، ب و... در منابع فارسی و a و b در منابع انگلیسی پس از سال انتشار از هم متمایز شوند. مانند: طباطبائی، ۱۳۷۴، الف، ج ۲، ص ۴۰).

۲. در صورت تکرار منبع در ارجاعات درون متنی، اگر نویسنده و منبع قبلی، یکسان باشند از «همان»

یا "Ibid" استفاده می‌شود و سپس جلد یا صفحه مدنظر بیان می‌شود. اما اگر نویسنده یکسان و کتاب مختلف باشد، از «همو» یا "Idem" استفاده می‌شود و سپس سال نشر، جلد و صفحه مدنظر ذکر می‌شود.

۳. اگر چند نویسنده برای کتاب یا مقاله وجود دارد، قبل از نام آخرین نویسنده فقط «و» آورده می‌شود و نشانه ویرگول حذف می‌شود.

۴. در ارجاع درون‌متنی برای کتاب یا مقاله دارای سه پدیدآورنده و بیشتر، فقط نام نویسنده اول و برای بقیه قید «همکاران» ذکر می‌شود؛ مثال: (محمدی و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۱۲).

۵. در ارجاع‌دهی درون‌متنی برای مقاله‌های با حداکثر دو پدیدآورنده، تکرار نام همه پدیدآورندگان در ارجاع‌دهی‌های بعدی الزامی است.

۶. زمانی که لازم است یک مطلب را به بیش از یک منبع ارجاع درون‌متنی دهید، از «؛» برای فاصله گذاشتن میان دو منبع استفاده کنید. برای نمونه: (طباطبایی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۸؛ مطهری، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۲).

۷. در ارجاع‌های درون‌متنی الزاماً درج نقطه باید بعد از پرانتز قرار گیرد. همانند: است (طباطبایی، ۱۴۱۴ق، ص ۸).

۸. در نقل‌قول‌های مستقیم، نقطه پایان جمله و پس از پرانتز می‌آید. برای نمونه: یکی از اندیشمندان معاصر در مورد ماهیت حشر در روز قیامت معتقد است: «آنچه در مسئله قیامت مطرح است...» (مطهری، ۱۳۸۶، ص ۲۱۳).

۹. در ارجاعات درون‌متنی اگر از دو صفحه پشت سر هم استفاده شده، شماره صفحات با حرف واو عطف می‌شوند و اگر از چند صفحه استفاده شده بین صفحات اول و آخر «تا» نگاشته می‌شود.

۱۰. تنظیم فهرست منابع بایستی به تفکیک و ترتیب ذیل اقدام شود:

- منابع فارسی: کتاب، مقاله، پایان‌نامه.
- منابع عربی: کتاب، مقاله، پایان‌نامه.
- منابع انگلیسی: کتاب، مقاله، پایان‌نامه.

۱۱. در فهرست پایانی، منابع به صورت زیر معرفی شوند:

• کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده/ نویسندگان، (سال انتشار)، عنوان کتاب با حروف ایرانیک (مورب خوابیده به چپ) و برجسته یا بولد، نام مصحح یا مترجم، شماره چاپ، محل نشر: نام ناشر.

• مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده/ نویسندگان، (سال انتشار)، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه با حروف ایرانیک (مورب خوابیده به چپ) و برجسته یا بولد، شماره مجله و مجموعه، شماره صفحات مربوط به مقاله.

• منابع اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، تاریخ انتشار، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام وبسایت (یا عنوان نشریه الکترونیکی همراه با مشخصات نشریه) با حروف ایرانیک (مورب خوابیده به چپ) و برجسته یا بولد، صفحه/پاراگراف، نشانی اینترنتی، تاریخ دسترسی.

۱۲. در مورد تقریرات درس بایستی نام صاحب درس (صاحب نظر) به عنوان پدیدآورنده ذکر شود؛ مثال: صدر، محمدباقر، (۱۴۱۷ق)، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، چاپ ۳، قم: موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی.

۱۳. در فهرست منابع فقط برای نویسنده اول نام خانوادگی پیش از نام کوچک می آید. در کتب و مقالات با دو و سه نویسنده، نویسنده دوم و سوم به ترتیب با نام کوچک و نام خانوادگی و برای بیش از سه نویسنده، «نام نفر اصلی + دیگران» درج شود. به عنوان نمونه:

قربانی، عباس، مسلم احمدی، سیدمجتبی میردامادی، (۱۴۰۱)، «واکاوی دلالت فراز یا من دل علی ذاته بذاته دعای صباح بر برهان صدیقین»، دوفصلنامه آموزه‌های حکمت اسلامی، ش ۱، ص ۹۳ تا ۱۱۴.

سلحشور سفیدسنگی، زهره و دیگران، (۱۴۰۱)، «بررسی مسئله تجرد ابصار از دیدگاه حکمت متعالیه و عصب شناسی»، دوفصلنامه آموزه‌های حکمت اسلامی، ش ۱، ص ۱۱۵ تا ۱۳۴.

۱۴. چنانچه کتابی فاقد ناشر، محل یا تاریخ نشر باشد، در فهرست منابع اینگونه نوشته می شود:

«بی‌نا» (یعنی فاقد ناشر) - «بی‌جا» (یعنی فاقد محل انتشار) - «بی‌تا» (یعنی فاقد تاریخ انتشار).

۱۵. نظم منابع باید بر اساس الفبای نام خانوادگی نویسندگان باشد.

۱۶. قرآن و نهج البلاغه به ترتیب در ابتدای بخش منابع درج شده و در ردیف الفبایی قرار نمی‌گیرند.

۱۷. تمامی منابع به جز قرآن و نهج البلاغه شماره گذاری گردد.

۱۸. اگر چند اثر از یک نویسنده در یک ردیف الفبایی پشت سر هم قرار گرفتند، حتما باید نام نویسنده درج شود، استفاده از خط تیره برای عدم تکرار نام نویسنده نادرست است.

۱۹. تمام منابعی که در فهرست منابع درج می‌شوند، باید در متن استفاده شده باشند (منابعی که صرفاً برای مطالعه و آگاهی بیشتر مخاطب در متن معرفی شده‌اند، و در متن به آن‌ها ارجاع داده نشده، نباید در بخش کتاب نامه درج گردند).

۲۰. تاریخ‌های ذکرشده در مقاله، اگر هجری شمسی باشند، بدون هیچ نشانه‌ای بیایند، در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری «ق» و برای میلادی، علامت اختصاری «م» بیاید.

۲۱. اگر مقاله یا کتاب مورد ارجاع به زبان انگلیسی انتشار یافته است، پژوهشگر باید در نخستین باری که نام این پدیدآورنده را ذکر می‌کند، در پانویس معادل بیگانه آن را بیاورد.

۲۲. عناوین افراد مانند دکتر، مهندس، آیت الله و امثال آن‌ها به استثنای «سید» که بخشی از نام فرد است در ارجاع درون متنی و فهرست منابع حذف می‌شوند. تنها عناوین امامان و کنیه آن‌ها آورده می‌شود. مانند امام علی علیه السلام یا امیرالمومنین علیه السلام.

۲۳. در صورت نیاز می‌توانید از عنوان محقق در ابتدای نام اشخاص استفاده کنید.

۲۴. تنها استثنائات مجاز در استفاده از عنوان، مختص به علامه حلی، شیخ طوسی و امام خمینی (ره) است.

۲۵. منابع و محتوای مربوط ارجاعات توضیحی مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن در بخش پی نوشت ها آورده شود.

۲۶. تمام پی‌نوشت‌ها در پایان مقاله و قبل از فهرست منابع به ترتیب و با شماره مسلسل آورده شود.

۲۷. دو فصلنامه «آموزه‌های فقه و اصول مقارن» با احترام به قوانین اخلاق در نشریات تابع قوانین کمیته اخلاق در انتشار (COPE) بوده و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در آثار علمی پیروی می‌نماید. از این رو تمامی مقالات قبل از ارزیابی در سامانه مشابهت یاب «سمیم نور» بررسی می‌شوند و در صورت احراز تقلب یا کپی بودن از مرحله ارزیابی خارج می‌گردند. ملاک و میزان تقلب اعم از معیار کمی (مشابهت بیش از ۲۰٪ عبارات) و معیار کیفی (مشابهت بیش از ۳۰٪ محتوا و مدل ارائه، نوآوری) است.

«در مسیر تعالی فقه مقارن؛ از گذشته تا افق های پژوهشی آینده»

بسم الله الرحمن الرحيم

قال رسول الله ﷺ: «ما أتى الله عالماً علماً إلا أخذ عليه الميثاق أن لا يكتمه» (نهج الفصاحه، ص ۶۹۳)

خداوند علم را به عالم نداد، مگر آن که از او پیمان گرفت علم خویش را پنهان نکند.

با یاری خداوند و تلاش جمعی از محققان و پژوهشگران عرصه فقه و اصول، با افتخار نخستین شماره از مجله «آموزه های فقه و اصول مقارن» به جامعه علمی حوزوی و دانشگاهی تقدیم می شود. این مجله با توجه به ضرورت های فقهی و اصولی امروز، به ویژه ضرورت پرداختن به مسائل بارویکرد مقارن، فضایی برای تبادل اندیشه های نو در حوزه فقه و اصول مقارن فراهم کرده است.

دانش فقه همواره به عنوان ابزاری اصلی برای تفسیر و تطبیق دین در محیط های اجتماعی، نقش برجسته ای داشته است و توانسته با تحولات زمانه به روز شود. ما با افتخار در راستای پاسداشت این سنت علمی در پی ایجاد ارتباط بین دانش فقه و اصول با مسائل نوپدید و امروزی هستیم. بنابراین، با تأکید بر مبانی اسلامی و منطق علمی محکم، قصد داریم به همه ابعاد فقهی و اصولی با نگاهی جامع و بی طرفانه بپردازیم و به تقریب دیدگاه های مذاهب اسلامی کمک کنیم.

در آستانه میلاد باسعادت پیامبر خاتم حضرت محمد ﷺ و هفته وحدت، مجله آموزه های فقه و اصول مقارن، با هدف ارتقا و توسعه پژوهش های نوین در عرصه فقه و اصول مقارن، گسترش مرزهای دانش فقه و اصول، ایجاد فضایی برای نقد و بررسی آرای فقهی مذاهب اسلامی، گامی بلند به سوی تقریب دیدگاه های مذاهب اسلامی و ارائه الگوهای اجتهادی پویا، برداشته است. با الهام از میراث غنی فقه های اسلام، به بازخوانی روش مند آموزه های فقهی و اصولی پرداخته و رویکرد مقارن را به مثابه پلی برای گفت و گوی علمی، زمینه ساز وحدت امت اسلامی و پاسخگو به چالش های نوپدید فقهی، انتخاب کرده ایم.

در پایان، از اساتید، پژوهشگران و اندیشمندانی که در زمینه فقه و اصول مقارن فعالیت می کنند، دعوت می کنیم با ارسال مقالات ارزشمند خود، ما را در این مسیر یاری دهند. با لطف خداوند متعال و همکاری علمی شما، این مجله می تواند به جایگاهی شایسته در عرصه مطالعات فقهی و اصولی مقارن دست یابد.

بلال شاکری

فهرست مقالات

- نقش اشتراک لفظی هیئت وائگان آیات الاحکام در پیدایش دیدگاه‌های فقهی..... ۱۷
مرتضی یعقوبخانی
- تطورات مطالعات ساختارپژوهی فقه در امامیه و اهل سنت..... ۳۵
سید محمد رضی آصف آگاه
- واکاوی محل نزاع بین فقه امامیه و اهل سنت در عقد ضمان..... ۶۱
محمد امین کبیری
- جایگاه قضاوت تحکیمی در شریعت از منظر فقه فریقین..... ۸۳
مرتضی دلبریان
- ضابطه انگاری در تعیین نصاب و جنسیت شاهدان واسطه با تطبیقی بر اندیشه‌های فقیهان
امامیه و اهل سنت..... ۱۰۷
سید مهدی میرداداشی، علی کشاورز، سید امیر دبیری
- شیوه‌های مشترک جبران خسارت‌های نقض تعهدات قراردادی در فقه امامیه و حنفیه..... ۱۲۷
حوریه خدائی

نقش اشتراک لفظی هیئت‌واژگان آیات الاحکام، در پیدایش دیدگاه‌های فقهی



مرتضی یعقوب‌بخانی^۱

چکیده

اشتراک لفظی در هیئت واژه‌ها این ظرفیت را دارد تا معانی متفاوت و گوناگونی را به مخاطبان انتقال دهد و منشأ پیدایش دیدگاه‌های اسلامی، به‌ویژه در قلمرو دانش فقه باشد. این نگاشته ضمن معرفی و شناخت ابعاد معنایی اشتراک لفظی هیئت واژگان در آیات الاحکام و با روش تحلیل عقلی و نقلی، درصدد پاسخ به این پرسش است که اشتراک لفظی هیئت واژگان آیات الاحکام چه نقشی در پیدایش اختلاف‌های فقهی دارد؟ این پژوهش با بررسی اشتراک لفظی در هیئت واژه‌های «طهور»، «نجس»، «محيض» و «قوامون» به این یافته‌ها رسیده است: اشتراک لفظی هیئت واژه «طهور» باعث پیدایش دیدگاه پذیرش پاک‌کنندگی آب یا نپذیرفتن آن شده است؛ اشتراک لفظی هیئت واژه «نجس» در ماهیت نجاست مشرکان نقش دارد؛ اشتراک لفظی هیئت واژه «محيض» در چگونگی ارتباط زناشویی در زمان عادت ماهیانه زنان دخیل است و نیز اشتراک لفظی هیئت واژه «قوامون» در حدود وظایف مردان اثرگذار است. این چهارگانه یادشده، منشأ پیدایش و اختلاف دیدگاه‌های فقهی شده است.

واژگان کلیدی: اشتراک لفظی، آیات الاحکام، هیئت واژه، چندمعنایی.

✽ طرح مسئله

پیدایش دیدگاه‌های فقهی در میان مسلمانان، مسئله‌ای پذیرفته شده است. مروری گذرا به کتاب‌های استدلالی در دانش فقه، نشان دهنده گستره این اختلاف‌ها است، به گونه‌ای که در برخی موارد، یک فقیه ممکن است در یک کتاب دیدگاهی و در تألیف دیگر، دیدگاهی متفاوت برگزیند. این اختلاف دیدگاه‌ها در برخی موارد با منشأ ادبی همراه بوده است که آن نیز می‌تواند به دلایل مختلفی همچون آمیختگی زبان عربی با غیرعربی، حفظ مبانی مکاتب ادبی و تأثیر پیش‌دانسته‌ها باشد؛ همچنین پیدایش برخی از دیدگاه‌های ادبی در متون دینی می‌تواند به علت فراموشی قرائن موجود در متون اولیه اسلامی باشد. یکی از مسائل مهم در دانش‌های ادبی و مباحث الفاظ در دانش منطق و اصول فقه، اشتراک لفظی است. پژوهشگران ضمن معرفی اشتراک لفظی و مبانی واژگان، مصادیق آن را مورد بررسی قرار داده‌اند؛ اما نقش اشتراک لفظی هیئت واژگان در پیدایش دیدگاه‌های فقهی از مباحث بسیار مهم و قابل بررسی است که می‌تواند در فهم آیات قرآن کریم نقش ایفا کند؛ از این رو این نگاشته با بهره‌گیری از دانش‌های ادبی، به بررسی نقش اشتراک لفظی موجود در هیئت واژگان آیات الاحکام در پیدایش اختلاف فقهیان مسلمان می‌پردازد؛ همچنین با روش تحلیل عقلی و نقلی تلاش دارد به این سؤال پاسخ دهد که اشتراک لفظی هیئت واژگان آیات الاحکام چه نقشی در پیدایش اختلاف‌های فقهی دارد؟

✽ پیشینه تحقیق

از پژوهش‌های جدید و معاصر که به موضوع اشتراک لفظی واژگان توجه کرده‌اند، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. «نقش اشتراک لفظی در پیدایش اختلاف برداشت مجتهدان از آیات قرآنی» نوشته حسین چراغی‌وش و همکاران. در این پژوهش، اشتراک لفظی موجود در هیئت واژگان مورد توجه نویسندگان نبوده است.

۲. «المشترک اللفظی فی سورة المائدة» نوشته عبداللطیف (۲۰۱۷م). نویسنده با بحث از اشتراک لفظی در اسم، فعل و حرف، تلاش کرده است تا اشتراک لفظی آن‌ها را بدون توجه به پیدایش اختلاف فقهی نمایان سازد.

۳. «المشترک اللفظی فی اللغة العربیة و اصول الفقه» (۲۰۱۱م)، نوشته فاطمه سو - یان - می. در این پژوهش، اشتراک لفظی و بازتاب آن در اصول فقه مورد بررسی قرار گرفته است.

۴. «مسائل الاشتراک اللفظی عند عبدالرحمن جلال الدین السیوطی بین فقه و اصول الفقه» (۲۰۱۹م)، نوشته کمال علوش. او تلاش کرده است با بررسی دیدگاه های سیوطی به بازتاب اشتراک لفظی در فقه و اصول فقه بپردازد.

لازم به ذکر است که در هیچ یک از پژوهش های یادشده، به هیئت و ائگان و به نقش هیئت و ائگان در برداشت های فقهی به دست آمده از آیات الاحکام به صورت منسجم پرداخته نشده است.

۱. مفهوم شناسی اشتراک لفظی

سه دیدگاه در ارتباط با اشتراک لفظی میان زبان شناسان و اصولیان مطرح است. نخستین تعریفی که از اشتراک لفظی در منابع ادبی یافت شده، متعلق به سیبویه (۱۴۰ق) است. او اشتراک لفظی را این گونه معرفی کرده است:

«اتفاق اللفظین و اختلاف المعنیین» «اشتراک لفظی دو لفظ مساوی و یکسان با دو معنای مختلف است» (سیبویه، بی تا، ج ۱، ص ۲۴).

اما دانشمندان مسلمان پس از او تعریفی دقیق تر از اشتراک لفظی ارائه کرده اند: اشتراک لفظی به شرایطی گفته می شود که یک واژه در وضع های جداگانه، بدون آنکه وضعی بر وضع دیگر تقدم داشته باشد، دو یا چند معنا داشته باشد (شریف جرجانی، ۱۴۰۳ق، ص ۹۴؛ هلال هیثم، ۱۴۲۴ق، ص ۳۱؛ ولایی، ۱۳۸۶، ص ۷۱). تعریف سوم: اشتراک لفظی یک واژه در یک بار استعمال و در سیاق واحد دارای معانی گوناگون باشد (رمضان عبدالنواب، ۱۳۶۷، ص ۲۷۶). این تعریف در برخی از منابع اسلامی با عنوان «استعمال لفظ در بیشتر از یک معنا» تعبیر شده است (طیب حسینی، ۱۳۹۰، ص ۱۴۰). زبان شناسان جدید نیز همین برداشت را با عنوان «چند معنایی» یاد کرده اند (صفوی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۱). این نگاشته که مبتنی بر تعریف دوم از اشتراک است، به نقش اشتراک لفظی هیئت و ائگان در پیدایش دیدگاه های فقهی می پردازد.

در اشتراک لفظی، تعیین معنای مراد و مقصود با قرینه معینه است؛ بنابراین در هر مشترک لفظی، یک قرینه برای مشخص کردن معنای مقصود وجود دارد. در غیر این صورت، آن واژه در آن بافت کلامی محمل

است. اشتراک لفظی علاوه بر ماده و ازگان، در هیئت نیز وجود دارد. گواه بر این مسئله، هیئت فعل امر در دانش اصول است که یکی از پرچالش‌ترین مسائل اصولی محسوب می‌شود؛ همچنین در دانش اصول فقه، یکی از مصادیق اجمال در مراد شارع، اجمال در هیئت و ازگان نام برده شده است (مظفر، ۱۴۲۴ق، ص ۲۰۷).

اشتراک لفظی در فهم مخاطبان از آیات قرآن تأثیر دارد؛ البته قرآن کریم در صدد ابهام یا سردرگمی مخاطب نیست تا اینکه اشتراک لفظی عامل آن باشد، بلکه این ماهیت زبان است که ممکن است معنای هیئت یک کلمه با معنای دیگر آن اشتباه شود؛ بنابراین توجه به این نکته ضروری است که مسائلی همچون اشتراک لفظی محصول زبان بشری است و با تفکری یا با بررسی مبانی زبان شناسی قابل حل شدن است.

۲. اقسام اشتراک لفظی در آیات الاحکام

پژوهش در مورد آیات الاحکام از دو جهت دارای اهمیت است: جهت اول، ارزشمندی تفکر در آیات قرآن با قطع نظر از نوع محتوای آن (نساء/ ۸۲)؛ جهت دوم، منبع استنباط بودن و لزوم مراجعه به آن است (ایروانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۱). این اهمیت به گونه‌ای است که سنت را نیز باید بر قرآن عرضه کرد و در صورت موافقت سنت با قرآن، می‌توان آن را پذیرفت (کلینی، ۱۴۳۰ق، ج ۱۰، ص ۷۰).

پژوهشگران علوم اسلامی برای مفهوم اصطلاحی آیات الاحکام تعاریف گوناگونی بیان کرده‌اند. برخی آیات الاحکام را به مجموعه‌ای از آیات اطلاق کرده‌اند که یا در بردارنده حکم شرعی است یا از آن حکم شرعی استنباط می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۳، ۱۶). برخی نیز مانند ذهبی (۱۳۹۷ق)، آیات الاحکام را اینگونه تعریف کرده‌اند که در بردارنده احکام فقهی متعلق به مصالح دنیا و آخرت مردم هستند (ذهبی، ۱۳۹۶ق، ج ۲، ص ۴۳۲). از دو تعریف یاد شده می‌توان آیات الاحکام را به آیات مرتبط با احکام فقهی دانست.

اشتراک لفظی در هر دو قسم خود یعنی اشتراک لفظی در ماده و هیئت، قابل بررسی است. آنچه بیشتر میان ادیبان و زبان‌شناسان مشهور است، قسم اول یعنی ماده کلمه، بدون بررسی هیئت آن است؛ به عنوان مثال واژه «قروء» در آیه ۲۲۸ سوره بقره که مشترک لفظی میان پاکی و حدث است؛ اما اشتراک لفظی در هیئت نیز از اهمیت بسزایی برخوردار است. در ادامه، به موارد مشهور و پرکاربرد این اشتراک لفظی در زبان عربی پرداخته می‌شود تا از این رهگذر به اهمیت و اقسام آن اشاره شود.

۲-۱. اشتراک لفظی هیئت واژگان

اشتراک لفظی، توصیفی از تعدّد وضع و معنای واژگان است. این توصیف که در مباحث الفاظ دانش منطق برای پرهیز از خطا تبیین شده است، تلاش دارد تا واژگان را به اعتبار تعدّد معنا، به مشترک، منقول، مرتجل، حقیقت و نیز مجاز تقسیم کند.

همچنین از نکات بسیار مهم در مشترک لفظی این است که هیچ یک از معانی بردیگری ترحیح ندارد؛ یعنی احتمال مقصود گوینده در هر کدام از معانی در مشترک لفظی وجود دارد و در صورتی که گوینده قرینه معین مشخص نکند، کلام مجمل است. برخی از منطق دانان وجه تسمیه مشترک لفظی را مساوی دانسته اند و مشترک بودن معانی را علت نام گذاری مشترک لفظی می دانند (رائد الحیدری، ۱۳۸۵، ص ۵۹).

یکی از معانی حرفی در مباحث الفاظ، هیئت واژه ها است. معنای حرفی، استقلال ندارد و برای تحقیقش وابسته به واژه ها است؛ همچنین عین ربط میان معانی اسمی و استقلالی است؛ از این رو اشتراک لفظی توصیفی از هیئت واژه است. بیشتر اسم ها و فعل ها دارای هیئت هستند؛ اما هیئت برخی از آن ها با هیئت واژه های دیگر اشتراک لفظی دارد. در این بخش به موارد مشهور از این نوع هیئت های مشترک اشاره می شود:

- اشتراک لفظی هیئت فعل «یُفَعَلُ» با فعل مضارع مجهول ثلاثی مجرد و فعل مضارع مجهول ثلاثی مزید باب افعال؛

- اشتراک لفظی هیئت «مَفْعِل، مَفْعَل» که هیئت آن میان مصدر میمی و اسم مکان و زمان مشترک است؛

- اشتراک لفظی تمام صیغه ها و هیئت های فعل مضارع در زمان حال و آینده؛

- اشتراک لفظی اسم مفعول ثلاثی مزید با مصدر میمی، اسم مفعول، اسم مکان و اسم زمان؛

- اشتراک لفظی هیئت «فَعِل» با صفت مشبّه و اسم مبالغه؛

- اشتراک لفظی هیئت «مَفْعَال» با اسم مبالغه، اسم فاعل و اسم آلت؛

- اشتراک لفظی هیئت «فَعَال» با اسم منسوب و اسم مبالغه؛

- اشتراک لفظی هیئت «فاعل» با اسم فاعل و اسم منسوب؛

- اشتراک لفظی هیئت «فعول» با مصدر و اسم فاعل.

در برخی از واژگان نیز، ترکیبی از هیئت و ماده باعث پدید آمدن اشتراک لفظی می شود؛ به عنوان مثال، هیئت «منفعل» در صورتی که اجوف باشد، با اسم فاعل و اسم مفعولی همچون «منقاد» مشترک است، یا اشتراک لفظی هیئت اسم مضاف در حالت اسم فاعلی مانند «معلمی» با اسم فاعل و اسم مفعول مشترک است که در این گونه موارد، در ترکیب آن ها اشتراک لفظی رخ داده است؛ از این رو پرداختن به هیئت واژگان می تواند به فهم زبان عربی، قرائت صحیح قرآنی، ضبط شعر عربی و ساخت واژگان جدید کمک شایانی نماید.

۲-۲. اشتراک لفظی هیئت واژه و پیدایش آراء فقهی

اختلاف دیدگاه در میان فقیهان مسلمان گوناگون است. اختلاف های معرفتی و اختلاف در منابع فقهی را می توان از مهم ترین عوامل برشمرد (سلمانپور، ۱۳۸۳، ص ۸۱؛ استرآبادی، بی تا، ص ۲۹). در ادامه به مواردی از اختلاف های مرتبط با اشتراک لفظی پرداخته می شود.

۲-۱. واژه «طهور»

این واژه دو بار در قرآن کریم به کار رفته است که هیئت آن در آیه ۴۸ سوره فرقان موجب پیدایش دیدگاه های فقهی شده است:

«وَهُوَ الَّذِي أَرْسَلَ الرِّيحَ بُشْرًا بَيْنَ يَدَيْ رَحْمَتِهِ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا»

«و اوست آن کس که بادهارا نوید پیشاپیش رحمت خویش [باران] فرستاد و از آسمان، آبی پاک فرود آوردیم» (فرقان/ ۴۸).

یکی از احکام مشترک میان مذاهب اسلامی، پاک بودن (طاهر) و پاک کنندگی (مطهر) آب است. در استنباط حکم پاک کنندگی آب، از کلمه «طهور» در این آیه، میان فقیهان اختلاف است. در ارتباط با هیئت این واژه، چهار دیدگاه مشهور با منشأ اشتراک لفظی مطرح شده است.

دیدگاه اول: این واژه مصدر ثلاثی مجرد و ثلاثی مزید از باب تفعّل است (زنجشیری، ۱۴۰۷ق، ج ۳،

ص ۲۸۴؛ فیومی، مصباح المنیر، واژه طهر). براساس این دیدگاه، تنها طاهر بودن و مبالغه در طاهر بودن آب رami توان از آیه برداشت کرد و این آیه دلالتی بر پاک کنندگی آب ندارد.

دیدگاه دوم: این واژه به معنای اسم فاعل است؛ مانند واژه «عجوز» به معنای «عاجز». براساس این دیدگاه، تنها طاهر بودن آب رami توان از آیه برداشت کرد؛ زیرا براساس قواعد صرفی، اگر اصل یک کلمه لازم باشد، مشتقات آن کلمه نیز لازم هستند؛ پس «طهور» نمی تواند متعدی (مطهر) باشد؛ زیرا «طَهَّر» لازم است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، واژه طهر؛ نووی، بی تا: ج ۱، ص ۸۴).

دیدگاه سوم: این واژه به معنای آلیت است؛ یعنی «طهور» به آن چیزی که به وسیله آن طهارت انجام می شود اطلاق می شود؛ مانند «فطور» و «سحور» به معنای ابزار افطار و سحر (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، واژه طهر؛ جوهری، ۱۴۰۴ق، واژه طهر؛ غروی، بی تا، ج ۲، ص ۴). براساس این دیدگاه، طاهر بودن و مطهر بودن آب رami توان از آیه برداشت کرد. به این بیان که اگر آب ابزار پاک کنندگی باشد، باید ذاتاً ویژگی پاکی را دارا باشد، در غیر این صورت، آب نمی تواند پاک کننده باشد (جبعی عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۸۹).

دیدگاه چهارم: این واژه صیغه مبالغه است، مانند «غفور» به معنای «بسیار بخشنده» (طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰؛ ابن عاشور، ۱۳۹۳، ج ۱۹، ص ۴۸). ابن عاشور معتقد است توصیف آب به «طهور» به معنای «مطهر للغير» است؛ زیرا عدول از اسم فاعل «طاهر» به «طهور» اقتضای معنای بیشتری را دارد و اقتضای معنای بیشتر در این آیه، «مطهریت للغير» است. او این اقتضا را اقتضای التزامی می داند (ابن عاشور، ۱۳۹۳، ج ۱۹، ص ۴۸).

باتوجه به دیدگاه های یادشده، هیئت «فعول» مشترک در مصدر، اسم فاعل، آلیت و اسم مبالغه است. هیچ یک از دیدگاه های اشاره شده از جهت صرفی، ترجیحی ارائه نکرده اند. هرکدام از این دیدگاه ها بر قواعد ادبی تکیه دارند و نمی توان از جهت لفظی، دلیلی بر انتخاب هریک از آنها داشت.

باید توجه داشت که معنای پاکی آب، پاک کنندگی آن، وسیله تطهیر بودن آب و مبالغه در پاکی و نیز پاک کنندگی آب از واژه طهور، مورد پذیرش مذاهب اسلامی است.

به نظر می رسد سخن محقق خوئی (۱۴۱۳ق) در این ارتباط، سخنی درست باشد. او معتقد است مفاهیم فقهی همچون طهارت در آغاز نزول وحی مطرح نبوده است، به ویژه آنکه سیاق آیه در صدد بیان نعمت های

خداوند است، نه بیان مباحث جزئی همچون پاکی یا پاک کنندگی آب (خوئی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۷).

محقق خوئی در نقد دیدگاه چهارم معتقد است که شدت و ضعف در امور انتزاعی، همچون تطهیر و طهارت بی معنا است؛ به عنوان مثال تصور شدت در ملکیت کتاب نسبت به ملکیت خانه بی معنا است؛ زیرا حکم ملکیت میان اشیا مساوی است؛ بنابراین نمی توان تصور کرد حکم خداوند به طهارت چیزی شدیدتر از طهارت چیز دیگر است؛ از این رو یا آب پاک کننده است یا نیست؛ پس معنا ندارد که طهارت شدت و ضعف داشته باشد. او در نقد دیدگاه صرف پاک بودن آب می گوید این معنا از آیه ظهور ندارد؛ زیرا بر این اساس می توان اشیای دیگر را ظهور نامید. خوئی معتقد است این واژه به معنای پاک بودن ذاتی و پاک کنندگی از امور مشمئزکننده (به معنای لغوی) برای انسان است و هیچ ارتباطی به طهارت اصطلاحی ندارد (همان).

ابن عاشور در دیدگاه چهارم معتقد است می توان وصف مبالغه بودن آب را این گونه تصور کرد که آب باران نسبت به آب های دیگر پاک کنندگی بیشتری دارد (ابن عاشور، ۱۳۹۳، ج ۱۹، ص ۴۸)، اما این سخن درست نیست؛ زیرا همان گونه که ابن عاشور گفته است، این آیه در مقام بیان نعمتی از نعمت های خداوند است و معنا ندارد که در مقام مقایسه میان آب ها در پاکی یا پاک کنندگی آن ها باشد.

۲-۲-۲. واژه «نَجَسٌ»

این واژه تنها یک بار در قرآن به کار رفته، آن هم در آیه ۲۸ سوره توبه است:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا...»

«ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید، حقیقت این است که مشرکان ناپاکند، پس نباید از سال آینده به مسجد الحرام نزدیک شوند» (توبه/ ۲۸).

در این آیه، مشرکان نجس شمرده شده اند. برخی از فقهای نجاست مشرکان را عینی (طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۷۰) و برخی نیز آن را باطنی و اعتقادی می دانند (ابوبکر رازی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۱۴؛ غروی، بی تا، ج ۲، ص ۴۵). اختلاف در این آیه برخلاف واژه قبلی است؛ زیرا اختلاف در آیه قبل، ثمره مشخص فقهی به دنبال نداشت؛ اما در این آیه دو دیدگاه میان فقهای مسلمان درباره نجاست مشرک مطرح شده است. دانشمندان

امامیه معتقدند که مشرک نجاست باطنی دارد. استدلال آن‌ها به همین آیه است. سید مرتضی (۴۳۶ ق) معتقد است نجاست باطنی شعار و وجه تمایز امامیه با مذاهب دیگر است (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۸۳). اما اهل سنت نجاست مشرک را اعتقادی می‌دانند و مشرکان را نجس نمی‌دانند (مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۷، ج ۳۹، ص ۴۲۱).

دیدگاه اول: واژه نجس، مصدر است.

برخی از فقیهان و مفسران برای اثبات نجاست عارضی مشرک، نجس را مصدر می‌دانند. حمل آن را بر «مشرکون» با تقدیر واژه «ذو» به معنای «صاحب» صحیح دانسته‌اند و براساس این تقدیر، مشرکان به واسطه شرب خمر، صاحب نجاست هستند و نجاست آنان ذاتی نیست، بلکه عارضی است. برخی نیز بدون تقدیر واژه «ذو» و با تأویل بردن مصدر به اسم فاعل، در صدد توجیه لفظی آیه برآمده‌اند (جبجعی عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۰؛ خوئی، بی‌تا، ج ۳، ص ۷۸؛ عاملی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۹۴؛ نووی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۶۲؛ ابوحیان، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۳۶۱؛ جوهری، ۱۴۰۴ ق، واژه نجس). اگرچه برخی نیز معتقدند که نیاز به تقدیر گرفتن واژه «ذو» در آیه نیست، بلکه می‌توان حمل مصدر بر ذات «مشرکون» را به دلیل مبالغه دانست (کاظمی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۰).

دیدگاه دوم: واژه نجس، صفت مشبهه است.

برخی از فقیهان و مفسران براساس تصریح دانش لغت معتقدند واژه نجس صفت مشبهه است. اشکال تطبیق نداشتن مبتدا (مشرکون) و خبر (نجس) از جهت مفرد، مثنی و جمع را با تأویل بردن «نجس» جواب داده‌اند؛ به این معنا که مشرکان نوعی از نجاست هستند. براساس این سخن، نجاست ذاتی آن‌ها ثابت می‌شود (فیروزآبادی، ۱۴۲۰ ق، واژه نجس؛ انصاری، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۰۰؛ ابن عاشور، ۱۳۹۳، ج ۱۰، ص ۶۲)؛ اما ابن عاشور در تحلیل ارتباط میان صفت مشبهه با نجاست معنوی مشرک معتقد است که نجاست آن‌ها معنوی و نفسانی است. نجاست صفت ملازمی برای مشرک است. اینکه خداوند نجاست آن‌ها را به صفت شرک ورزی منوط کرده است، فهمیده می‌شود که نجاست آن‌ها معنوی نفسانی است، نه نجاست ذاتی. ابن عاشور نجاست معنوی را این‌گونه معرفی کرده است که خداوند مشرک را نجس کرده است؛ زیرا می‌خواسته فردی را که صفت شرک ورزی دارد تحقیر کند تا مردم را از او دور کنند و شایستگی بخشش و فضل را نداشته باشد (ابن عاشور، ۱۳۹۳، ج ۱۰، ص ۶۲).

برخی از فقیهان بدون اشاره به دو دیدگاه یادشده، قرائنی را در بافت آیه بیان کرده‌اند که نجاست ذاتی مشرک را اثبات می‌کند:

برخی از فقیهان، نهی در آیه را دلیل برای نجاست باطنی آن‌ها می‌دانند و معتقدند معنای نجاست لغوی که نجس به معنای کثیف است، نه بر برخی از مشرکانی که از جهت ظاهری تمیز هستند صدق می‌کند و نه تمیز بودن از وظایف ربانی و خداوند است تا از آن منعی شده باشد. همچنین منع از نزدیک شدن به مسجد الحرام در میان فقیهان به عنوان یک قرینه تلقی شده است (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۸۳).

طوسی از فقیهان امامیه معتقد است منع از نزدیک شدن به مسجد الحرام به سبب شرکی است که جاری مجرای کثیفی است (طوسی، بی تا، ج ۵، ص ۲۰۱)؛ بنابراین این جمله می‌تواند قرینه‌ای برای نجاست باطنی آن‌ها باشد.

به نظر می‌رسد مفهوم نجاست به معنای فقهی آن، در زمان نزول قرآن مطرح نبوده است. از سوی دیگر، در منابع حدیثی امامیه روایتی درباره نجاست ظاهری مشرک، به ویژه در ارتباط با این آیه بیان نشده است، در حالی که یکی از مسائل اختلافی میان امامیه و اهل سنت نجاست مشرک است.

از طرفی، هم دیدگاه کسانی که معتقدند نجاست مشرک باطنی است و هم فقیهانی که نجاست مشرک را عارضی می‌دانند، به مصدر بودن اشاره دارند. کسانی که معتقدند نجاست مشرک باطنی است نیز به صفت مشبهه معتقدند.

به نظر می‌رسد دیدگاه اجمال در واژه نجس صحیح است، به این صورت که هم شامل نجاست ذاتی و هم نجاست باطنی می‌شود. برای برطرف شدن اجمال باید از دلایل غیرلفظی بهره جست. به عبارت دیگر، واژه نجس مشترک لفظی میان مصدر و صفت مشبهه است و هیچ یک بر دیگری برتری ندارد (مروارید، ۱۳۹۰، ص ۳۳؛ مینجی، ۱۴۰۰، ص ۵۳).

۲-۳. واژه «محيض»

واژه «محيض» سه مرتبه در قرآن بیان شده است که دو مرتبه آن در آیه ۲۲۲ سوره بقره به کار رفته است:

«وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا

تَطَهَّرْنَ فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ»

از تو درباره عادت ماهانه [زنان] می پرسند، بگو: «آن، رنجی است؛ پس هنگام عادت ماهانه، از [آمیزش با] زنان کناره گیری کنید و به آنان نزدیک نشوید تا پاک شوند؛ پس چون پاک شدند، از همان جاکه خدا به شما فرمان داده است با آنان آمیزش کنید. خداوند توبهکاران و پاکیزگان را دوست می دارد» (بقره/۲۲۲).

در ارتباط با واژه اول حیض در آیه، دو دیدگاه میان فقیهان و مفسران وجود دارد. دیدگاه مشهور معتقد است این واژه مصدر است (جبعی عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۹۲؛ ابوبکر رازی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۱۶؛ استرآبادی، ۱۳۵۶ق، ج ۱، ص ۱۶۸). برخی نیز معتقدند این واژه صلاحیت مصدر با اسم زمان را نیز دارد (همان، ۱، ص ۱۸۱). براساس مصدر بودن، آیه این گونه معنا می شود: «از حیض شدن سؤال می شود»؛ اما اگر حیض در آیه به اسم زمان معنا شود، به معنای این است که از زمان حیض شدن سؤال می شود (راوندی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۵۳؛ موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۱۰).

با توجه به پاسخ خداوند درباره حیض که آن را «أُذِی» معرفی کرده و نوع ارتباط آن را با فعل امر «فاعتزلوا» مشخص کرده است، دیدگاه مصدر بودن با سیاق سازگارتر است. معنای زمان بودن در واژه نخست «حیض» در آیه، با پاسخ خداوند همخوانی ندارد.

درباره واژه دوم «حیض» در این آیه نیز، دو دیدگاه مشهور میان فقیهان مسلمان وجود دارد:

دیدگاه اول: حیض بر وزن «مفعِل» اسم مکان است (طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۷؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۴۱۵)؛

دیدگاه دوم: اسم زمان است.

براساس دیدگاه اول که اکثر فقیهان امامیه معتقدند و یکی از دو دیدگاه شافعی است، در زمان عادت زنانه، تنها دخول حرام است، اما لذت جویی در غیر آن اشکال ندارد (طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۷؛ مجموع من المؤلفین، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۸۱).

براساس دیدگاه دوم که سید مرتضی (۴۳۶ق)، مالک (۱۷۹ق)، حنفیه و ظاهریه به آن معتقد هستند، لذت جویی از زنان از ناف تازانو جایز نیست (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۱، ص ۲۵۰؛ عبدالغفار، بی تا، ج ۴، ص ۳).



فقه امامیه برای دیدگاه اول چهار دلیل ذکر کرده است: ۱. اجماع، ۲. عموم اباحه در تلذذ در آیه بعد (بقره/۲۲۳)، ۳. وضع «محیض» برای اسم مکان، و ۴. روایت اسحاق بن عمار (کلینی، ۱۴۳۰، ج ۵، ص ۵۳۸؛ طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۷). اهل سنت نیز برای دیدگاه اول روایت اُنس را ذکر کرده‌اند (بخاری، بی تا: ج ۱، ص ۴۰۳) و برای دیدگاه دوم نیز به روایت عایشه استناد کرده‌اند (بخاری، بی تا، ج ۱، ص ۶۷).

براساس دیدگاه اول که واژه «محیض» اسم مکان است، تنها آمیزش جنسی اشکال دارد؛ اما اگر «محیض» اسم زمان باشد، تمام لذت جویی در ایام حیض ممنوع است؛ زیرا زمان در ممنوعیت موضوعیت دارد، برخلاف دیدگاه اول که محل حیض موضوعیت دارد.

در دانش صرف، هیئت «مفعّل» مشترک است میان مصدر میمی، اسم مکان و اسم زمان. ابن حاجب معتقد است مصدر ثلاثی مجرد به صورت قیاسی و اطرادی بر وزن «مفعّل» است (ابن حاجب، بی تا، ج ۱، ص ۶۷). برخی از ادیبان این اشتباه ابن حاجب را تصحیح و بیان کرده‌اند که در مواردی نیز بر وزن «مفعّل» ذکر شده است؛ مانند «مَوْعِد و مَوْجَل». کلمه محیض براساس قواعد صرفی بر وزن «مفعّل» باید ذکر شود؛ اما برخلاف قاعده است، بلکه براساس سماع «مفعّل» است (استرآبادی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۶). اشتراک لفظی هیئت «مفعّل» میان مصدر میمی، اسم مکان و اسم زمان، در پیدایش این اختلاف مؤثر است. در چنین مواردی باید از قرائن بهره جست. براساس دیدگاه مشهور شیعه، قرینه لفظی و عمومیت در واژه «فَاتُوا حَرَثَكُمْ» در آیه ۲۲۳ دلالت بر اسم مکان دارد که می‌تواند قرینه‌ای برای معین کردن معنای این واژه محسوب شود (طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۷).

۲-۲-۴. واژه «قَوَامُون»

واژه قوامون تنها یک مرتبه و آن هم در آیه ۳۴ سوره نساء به کار رفته است:

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»

«مردان، سرپرست زنانند، به دلیل آنکه خدا برخی از ایشان را بر برخی برتری داده و [نیز] به دلیل آنکه از اموالشان خرج می‌کنند» (نساء/۳۴).

فقیهان مسلمان از این آیه به واسطه واژگان «الرجال»، حرف «علی»، حرف «باء» و «قوامون» و نیز از اطلاق آیه، قیومت و سرپرستی مردان را استنباط کرده‌اند؛ اگرچه در محدوده این سرپرستی میان فقیهان اختلاف

زیاد مشاهده می‌شود؛ اما آنچه میان فقیهان مسلمان پذیرفته است، قیومیت مردان بر زنان در خانه است.

واژه «قوامون»، جمع سالم مذکر قوام است. «قوام» صیغه مبالغه است و اگر با حرف «علی» همراه باشد، دوام قیومیت مردان بر زنان را می‌رساند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۴۹۷). در اینکه «قوام» صیغه مبالغه، «قیام» (مصدر) یا «قائم» (اسم فاعل) یا قیّم است، میان دانشمندان مسلمان اختلاف است. این اختلاف در برداشت‌های فقهی نیز تأثیرگذار بوده است.

براساس اینکه «قوام» صیغه مبالغه «قیام» یا «قائم» باشد، «قیومیت» به معنای پاسداری مرد از زن معنا می‌شود و مفاهیمی چون سرپرستی و تسلط مرد بر زن، از آیه استنباط نمی‌شود. فقیهانی مانند شیخ طوسی «قوام» را به تکفل در نفقه و پوشاک، که از مصادیق پاسداری مرد از زن می‌تواند باشد، معنا کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۳). به تعبیر دیگر، مرد، خدمتگزار زن است.

اگر «قوام» صیغه مبالغه قیّم باشد، به معنای سیطره و تسلط توأم با قدرت مرد بر زن معنا می‌شود. براساس این معنا، مرد به معنای ولی برای زن محسوب می‌شود (فیض کاشانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۰۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۲؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۵۸؛ آیات الاحکام، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۳۶). همچنین از این برداشت عدم جواز قضاوت زنان نیز استنباط می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۹۷).

برخی از فقیهان و مفسران، «قوام» را صیغه مبالغه دانسته‌اند اما در معنای آن اختلاف دارند، به گونه‌ای که برخی این «قوامیت» را توسعه داده‌اند و برخی نیز تضییق کرده‌اند؛ مانند معانی محافظت، اصلاح امور (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، واژه قوم)، اختیار داشتن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، واژه قوم)، ولایت و سیاست (طریحی، ۱۳۷۵، واژه قوم)، متکفل بودن کارهای زنان (راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۱۶). برخی نیز این «قوامیت» را با قوامیت والیان بر رعیت تشبیه کرده‌اند (زنجبیری، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۵۰۵).

به نظر می‌رسد معنای این واژه مجمل است؛ زیرا قرینه در بافت آیه شایستگی برای هر دو دیدگاه را دارد؛ زیرا به برخی از وظایف زناشویی در بافت آیه اشاره دارد؛ اما هنگامی که به سیاق توجه می‌شود، موضوع به وظایفی که در حریم خانه است، متوقف نشده است؛ همچنین فضای حاکم بر سوره نساء نیز می‌تواند این فرض را تقویت کند که مدنظر «قوامیت» صرفاً محیط خانه نیست.

نتیجه‌گیری

اشتراک لفظی هیئت واژگان در پیدایش دیدگاه‌های فقهی نقش دارد. این نقش آفرینی ضمن چهار واژه «طهور»، «نجس»، «محيض» و «قوامون» به این صورت است که:

- اشتراک لفظی هیئت واژه «طهور» در آیه ۴۸ سوره فرقان در پیدایش دو حکم وضعی پاک‌کنندگی آب و صرفاً پاک بودن نقش اصلی را ایفا کرده است؛ زیرا در صورتی که واژه «طهور» مصدر یا اسم مبالغه باشد، حکم یاد شده استنباط می‌شود.

اشتراک لفظی هیئت واژه «نجس» در آیه ۲۸ سوره توبه در پیدایش حکم فقهی نجاست عارضی مشرک یا نجاست ذاتی آن نقش آفرین است، گرچه هریک از دیدگاه‌ها در هیئت این واژه هم‌نظر هستند؛ به این معنا که قائلان به مصدر بودن، ممکن است برای نجاست باطنی یا نجاست ذاتی به آن استناد کنند.

- اشتراک لفظی هیئت واژه «محيض» در آیه ۲۲۲ سوره بقره در پیدایش حکم فقهی موارد حرام در ارتباط زناشویی با همسر نقش دارد. واژه «محيض» در عبارت «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ» دو معنای مصدری (حيض شدن) و اسم زمان (زمان حيض شدن) دارد. همچنین این واژه در عبارت دیگری در همان آیه: «فَاعْتَرِلُوا الْيَسَاءَ فِي الْمَحِيضِ» مشترک است میان اسم زمان و مکان. براساس دیدگاه اول، در زمان عادت زنانه، تنها دخول حرام است؛ اما لذت جویی‌های دیگر اشکال ندارد؛ لکن براساس دیدگاه دوم، لذت جویی از زنان از ناف تا زانو جایز نیست.

اشتراک لفظی هیئت «قوامون» در آیه ۳۶ سوره توبه در پیدایش مفهوم رابطه میان همسران یا مردان و زنان تأثیرگذار است. برخی این ارتباط را تسلط می‌دانند و برخی آن را خدمت‌گذاری مردان نسبت به زنان تعریف کرده‌اند.

از مجموع چهار واژه، دو واژه «نجس» و «قوامون» مجمل هستند و واژه «طهور» (پاکی از امور مسمئ‌کننده) و «محيض» به معنای اسم مکان هستند.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن حاجب، ابو عمرو، (بی تا)، الشافیه فی التصریف، بی نا.
۲. ابن عاشور، محمد بن طاهر، (۱۳۹۳ق)، التحریر و التنویر، تونس: دار التونسیه.
۳. ابن منظور، محمد ابن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر.
۴. أبوالبقاء الشافعی، کمال دین، (۱۴۲۵ق)، النجم الوهاج فی شرح المنهاج، بیروت: دار المنهاج.
۵. ابوبکر رازی، احمد بن علی الجصاص الحنفی، (۱۴۱۵ق)، احکام القرآن، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. ابو حیان، محمد بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، البحر المحیط فی التفسیر، بیروت: دارالفکر.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۴ق)، الصحاح، بیروت: دارالعلم.
۸. استرآبادی، محمد بن علی، (بی تا)، آیات الاحکام، تهران: معراجی.
۹. استرآبادی رضی، محمد بن حسن، (۱۳۹۵ق)، شرح شافیه ابن حاجب، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۰. استرآبادی رضی، محمد بن حسن، (۱۳۵۶ق)، شرح شافیه، بیروت: دارالکتب.
۱۱. انصاری، مرتضی، (بی تا)، کتاب طهارت: بی نا.
۱۲. ایروانی، محمد باقر، (۱۴۲۵ق)، دروس تمهیدیه فی تفسیر آیات الأحکام من القرآن، بیروت: دار الکمیل.
۱۳. بخاری، محمد بن اسماعیل، (بی تا)، صحیح البخاری: بی نا.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: جامعه مدرسین.
۱۵. جصاص، احمد بن علی، (۱۴۱۵ق)، آیات الاحکام، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷ق)، موسوعه الامام الخوئی، قم: موسسه آیت الله خوئی.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، دروس فی الفقه الشیعه، بی نا.
۱۸. ذهبی، محمد حسین، (۱۳۹۶ق)، التفسیر و المفسران، بیروت: دارالاحیاء تراث العربی.
۱۹. رائد الحیدری، (۱۳۸۵ش)، المقر فی شرح المنطق المظفر، قم: ذوالقربی.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: دارالعلم.
۲۱. راوندی، قطب الدین، (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، قم: مرعشی نجفی.
۲۲. زمخشری، محمود بن عمر، (۱۴۰۷ق)، کشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقوال فی وجوه التاویل، بیروت: دارالکتب العربیه.
۲۳. رمضان عبد التواب، (۱۳۶۷ش)، مباحثی در فقه اللغه و زبان شناسی عربی، مشهد: آستان قدس رضوی.
۲۴. سلمانپور، محمد جواد، (۱۳۸۸ش)، علل اختلاف مبانی و فتاوی مجتهدان، قم: مقالات و بررسی ها.
۲۵. سیبویه، عمرو بن عثمان، (بی تا)، الکتاب، بی نا.

۲۶. شریف جرجانی، علی ابن محمد، (۱۴۰۳ق)، التعریفات، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۷. صفوی، کوروش، (۱۳۹۸ش)، درآمدی بر معناشناسی، تهران: انتشارات سوره مهر.
۲۸. طریحی، فخرالدین، (۱۳۷۵ش)، مجمع البحرین، تهران: مرتضوی.
۲۹. طوسی، محمدبن الحسن، (بی تا)، الخلاف، بی نا.
۳۰. طوسی (۱۳۸۷ق)، تفسیر التبیان، بی نا.
۳۱. طوسی (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مکتبه المرتضویه.
۳۲. طیب حسینی، سید محمود، (۱۳۹۰ش)، درآمدی بر دانش مفردات قرآن، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۳. عاملی، محمدبن علی، (۱۴۱۱ق)، مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، بیروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۳۴. عبدالغفار، محمد حسن، (بی تا)، أثر الاختلاف فی القواعد الأصولية فی اختلاف الفقهاء، بی نا.
۳۵. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۲ش)، آیات الاحکام، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳۶. غروی، میرزا علی، (بی تا)، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، بی نا.
۳۷. فاضل مقداد، (۱۴۱۹ق)، کثر العرفان فی فقه القرآن، بی نا.
۳۸. فخر رازی، محمدبن عمر، (۱۴۲۰ق)، مفاتیح الغیب، بیروت: دار احیاء التراث العرب.
۳۹. فیروز آبادی، مجدالدین، (۱۴۲۴ق)، قاموس المحيط، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۴۰. فیض کاشانی، محسن، (۱۴۱۸ق)، الاصفی فی تفسیر القرآن، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۱. فیومی، محمدبن علی، (۱۴۲۵ق)، مصباح المنیر، بیروت: مکتبه العصریه.
۴۲. کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۴۳۰ق)، الکافی، قم: دارالحديث.
۴۳. کاشف الغطاء، حسن، (بی تا)، أنوار الفقاهة (کتاب الطهارة)، بی نا.
۴۴. کاظمی، فاضل، (بی تا)، مسالك الأفهام إلى آیات الأحکام، بی نا.
۴۵. مجموعه من المؤلفین، (۱۴۱۳ق)، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دمشق: دارالقلم.
۴۶. مجموعه من المؤلفین (۱۴۲۷ق)، الموسوعة الكويتية، کویت: دار السلاسل.
۴۷. مروارید، محمد، (۱۳۹۰ق)، تقرير درس تفسير آیات الاحکام.
۴۸. مشکینی، علی، (۱۳۷۱ش)، اصطلاحات الاصول، قم: الهادی.
۴۹. رضی، محمدبن حسن، (۱۳۵۶ق)، شرح شافیه، بیروت: دارالکتب.
۵۰. کاظمی، جوادبن سعد، (بی تا)، مسالك الأفهام إلى آیات الأحکام، بی نا.
۵۱. مظفر، محمد رضا، (۱۴۲۴ق)، اصول فقه، قم: بوستان کتاب.
۵۲. موسوی همدانی، سید محمد باقر، (۱۳۷۴ش)، ترجمه المیزان، قم: دارالعلم.
۵۳. میانجی، محمد باقر ملکی، (۱۴۰۰ق)، بدائع الکلام فی تفسیر آیات الأحکام، بیروت: مؤسسة الوفاء.

۵۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۱ق)، جواهر الکلام، قم: موسسه دائره المعارف.
۵۵. نووی، ابوزکریا، (بی تا)، المجموع فی شرح المذهب، بیروت: دارالفکر.
۵۶. ولایتی، عیسی، (۱۳۸۶ش)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران: نی.
۵۷. هیثم، هلال، (۱۴۲۴ق)، معجم مصطلحات الاصول، بیروت: دارالجيل.

تطورات مطالعات ساختارپژوهی فقه در امامیه و اهل سنت

سید محمد رضی آصف آگاه^۱



چکیده

ساختار علم فقه، یکی از مباحث فلسفه فقه است. تاکنون مقاله مستقلی درباره سیر تطور ساختار علم فقه نگاشته نشده است. همان گونه که علم فقه در قرون گذشته تطورات گوناگونی را گذرانده است، ساختار این علم نیز تحولات گوناگونی داشته است. این مقاله درصدد است با روش توصیفی-تحلیلی، سیر تطور و تحولات ساختاری علم فقه را به صورت مقارن، از ابتدا تاکنون بررسی و بیان کند. این مقاله می خواهد در ضمن دو عنوان کلی مطالعات ساختارشناسی و طرح واره های تطورشناسی در ساختار دانش فقه، سیر تطور مطالعات ساختارپژوهی مقارن فقه را نیز بیان کند. دستاورد این مقاله، بیان تطورات ساختاری در فقه امامیه و اهل سنت است که در ادامه به صورت چکیده بیان می شود. ساختارپژوهی دست کم به دو گونه مطالعه ساختارشناسی و ساختاربندی اطلاق می شود. ساختارشناسی علم فقه چندان تطوری نداشته است؛ اما در میان امامیه از قرن هشتم هجری، شهید اول و در میان اهل سنت در قرن هشتم، محمد آملی این مباحث را آغاز کردند. مباحث ساختارشناسانه پس از طی سه دوره طراحی معیار و سپس رکود آن و دوره مجدد طراحی معیار، در قرن پانزدهم به اوج خود رسید. تطورات ساختاربندی علم فقه نسبت به دیگر علوم، بیشتر بوده است. این ساختاربندی در میان امامیه از قرن پنجم توسط حلبی، و در بین اهل سنت در قرن ششم توسط غزالی آغاز شد و در چهار مرحله پیدایش، تثبیت، رکود و نهضت ساختاربندی ادامه یافت.

واژگان کلیدی: فلسفه فقه، ساختار علم فقه، سیر تطور ساختار فقه، تبویب فقه، ساختارپژوهی، ساختارشناسی، ساختاربندی.

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۵

این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی است با نام ساختار مطلوب فقه که در پژوهشکده فقه و حقوق، از پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در حال نگارش است.

۱. استاد یارگروه فلسفه فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

m.asefagah@isca.ac.ir

ساختارپژوهی یکی از مسائل فرادانشی فلسفه هر علمی از جمله علم فقه است. مباحث ساختارپژوهی حداقل در دو حوزه کلان ساختارشناسی و ساختاردهی قرار دارد.

در مباحث ساختارشناسی از اهمیت و ضرورت، پیشینه، اهداف و فواید، روش های ساختارشناسی و... بحث می شود و در ساختاربندی از مباحثی مانند اهداف ساختاربندی، معیارهای ساختاربندی، شاخص های ارزیابی، روش های ساختاربندی و کارکردهای ساختاربندی بحث می شود.

در ساختارپژوهی دانش فقه، به پرسش های متعددی پاسخ داده می شود که برخی از مهم ترین آن ها در این مباحث مطرح می شود:

۱. تطور تاریخی ساختارها: الگوهای ساختاری که در تاریخ علم فقه پدید آمده و اعمال شده است یا فقط پیشنهاد شده اند، چیستند؟

۲. ساختار مطلوب: دانش فقه چه ساختاری باید داشته باشد؟ در این مقاله مبحث اول با عنوان سیر تطور دانش فقه مورد بررسی قرار می گیرد.

کتاب ها و مقاله های متعددی با موضوع دوره های علم فقه نوشته شده است؛ اما تاکنون نوشتاری درباره تطورات ساختارپژوهی یافت نشد. خلأ نگاه درجه دو به مطالعات ساختارپژوهی، نویسنده را بر آن داشت تا سیر تطور ساختاری علم فقه را بیان کند تا از یک طرف مباحث ساختارپژوهانه از مهجوریت درآید و از طرف دیگر، چالش ها و ظرفیت های ساختاری فقه امامیه و اهل سنت روشن شود. در این مقاله ابتدا مفاهیم و اصطلاحات مرتبط بیان می شود که بیشتر آن ها از زبان نویسنده است و سپس تطورات مطالعات ساختارپژوهی و طرح واره های تطورشناسی ذکر می شود.

ساختار

برخی از دانشوران فقه، ساختار را این گونه تعریف کرده اند: چیدمانی که مباحث یک علم را صورت بندی می کند و از دو سامانه افقی و عمودی تشکیل شده است. در سامانه افقی، چگونگی ترتیب یافتن محورهای اصلی دانش در کنار هم مد نظر قرار می گیرد و در سامانه عمودی، ترتیب منطقی مباحث زیرمجموعه و زیرفصل های هر محور قرار دارد.

ساختار دانش از یک وضعیت شبکه‌ای هرم‌سان برخوردار است: شبکه‌ی عرضی و افقی، و شبکه‌ی طولی و عمودی (رشاد، ۱۳۹۰).

ساختار علم، شیوه‌ی آرایش و روش ساماندهی اجزای یک علم براساس ارتباط معقول و منسجم میان اجزای برای دستیابی به اهداف آن علم است (آصف آگاه، ۱۴۰۳، ص ۷۹-۸۰). مراد از ساختار، طرح جامع یک علم است که در آن دسته‌بندی کامل آن علم از کلی‌ترین عنوان یا عناوین شروع، تا عناوین جزئی و جزئی‌تر به صورت یک مجموعه‌ی به هم پیوسته ادامه می‌یابد.

مراد از فقه در این مقاله، بالأصله دانش فقه و فقه استدلالی است که مربوط به مقام استنباط است؛ اما از آنجا که تعدادی از ساختارها مربوط به فقه فتوایی که مرحله‌ای پس از استنباط است و به صورت رساله‌های عملیه عرضه می‌شود، به تبع آن سیر تطور ساختار فقه شامل فقه فتوایی هم می‌تواند باشد.

خرده‌ساختار و تبویب

هر ساختار می‌تواند از خرده‌ساختارهایی تشکیل شود که بخش‌های اصلی ساختار را تشکیل می‌دهند. خرده‌ساختارهایی مانند ساختار عبادی، ساختار معاملی و ساختار سیاسی یا ساختار فردی، ساختار خانوادگی و ساختار اجتماعی.

مراد از تبویب در این تحقیق، باب‌بندی مسائل علم است که در بیش از پنجاه باب در کتاب‌های فقهی به نمایش درآمده است. درحقیقت تبویب، خرده‌ساختار است و بیانگر تقسیم‌یابی است و در سیر تطور ساختار قرار نمی‌گیرد.

پیشینه‌ی اصطلاح تبویب

حداقل سه گونه دسته‌بندی می‌توان بیان کرد:

۱. دسته‌بندی رده‌ی اول: تقسیم‌بندی کل فقه به چند بخش و رده‌ی اصلی مانند عبادات و معاملات است؛
۲. دسته‌بندی رده‌ی دوم: تصور رایج از تبویب تقسیم‌بندی فقه به ابواب پنجاه و چندگانه مانند صلات و صوم است؛
۳. دسته‌بندی رده‌ی سوم: در تقسیم‌بندی اولیه‌ی کتاب‌های حدیثی فقه، تبویب به معنای دسته‌بندی

درون باب است.

کتاب‌های اصول اصحاب، غالباً دسته‌بندی نداشته‌اند و غیرمبوّب بوده‌اند؛ البته در اوایل قرن سوم تعدادی از آن‌ها دسته‌بندی شده‌اند (نجاشی، ۱۳۶۵ق، ص ۸۳، ۲۵۲؛ طوسی، ۱۴۲۰ق، ص ۶۱، ۱۸۳). نجاشی در شرح حال تعدادی از روایان مانند رفاعه بن موسی الأسدی النخاس، وهیب بن حفص می‌نویسد:

«له کتاب مبوّب فی الفرائض...» (نجاشی، ۱۳۶۵ق، ص ۴۳).

مراد از عبارت «مبوّب» باب‌بندی کل فقه به ابوابی مانند صلات و صوم نیست؛ زیرا کتاب‌های حدیثی اولیه موضوعی بودند و هریک از ابواب کنونی فقه «کتاب» نامیده می‌شدند و دسته‌بندی ذیل هر کتاب مانند کتاب صلات، تبویب نامیده می‌شد. هرگاه کتاب حدیثی شامل چند کتاب مانند کتاب صلات، زکات می‌شد «جامع» نامیده می‌شد، نه «کتاب».

تلقی نگارنده از ساختار، دسته‌بندی رده‌اول فقه (بخش‌های اصلی فقه) است. دسته‌بندی رده‌دوم فقه (ابواب فقهی) «تبویب» نامیده می‌شود و دسته‌بندی رده‌سوم (درون باب) را می‌توان «تصنیف» نامید؛ البته چنانکه گذشت، در ابتدای شکل‌گیری کتاب‌های حدیثی، مراد از تبویب اصطلاح سوم بود نه اصطلاح اول، اما اکنون چنین اصطلاحی نیست.

تا پایان قرن چهارم ساختاری یافت نشد؛ زیرا علما در پی حفظ روایاتی بودند که به دستشان می‌رسید و به ترتیبی که روایات را اخذ می‌کردند، آن‌ها را می‌نوشتند؛ اما اولین ساختارهای فقهی در قرن پنجم طراحی شد (آصف آگاه، ۱۴۰۳، ص ۷۱).

۱. تطورشناسی

مراد از سیر تطور، بیان تحولات و فرازها و فرودها و ویژگی‌های آن‌ها در یک دوره تاریخی است و مراد از سیر تطور ساختار علم فقه، بیان تحولات ساختار فقه در طول قرون گذشته بر علم فقه است.

مراد از ساختارشناسی، مطالعه درجه‌دوم درباره ساختار است. هرگونه بحث پیرامون ساختار، معرفی ساختارهای پیشین و نقد و بررسی آن‌ها است. مهم‌ترین مباحث ساختارشناسی عبارت‌اند از: تعریف ساختار و ویژگی‌های آن، تفاوت ساختار و تبویب، بیان انواع ساختار، بیان اهداف ساختاردهی، بیان

مبانی ساختاردهی، بیان اهمیت و ضرورت نیاز به ساختار، بیان ملاک‌ها و معیارهای ساختاردهی، بیان شاخص‌های ارزیابی ساختار، توجیه عقلی و عقلایی ساختار، روش‌های ساختاردهی، آسیب‌شناسی و ظرفیت‌شناسی ساختار، وضعیت‌شناسی و آینده‌پژوهی ساختار فقه، ویژگی‌های ساختار مطلوب و....

مراد از ساختاربندی، طراحی و پیشنهاد ساختار در یک نظام خوشه‌ای. تبویبی است.

سیر تطور ساختاری فقه را در دو عنوان بررسی خواهیم کرد: سیر تطور بحث از ساختار (ساختارشناسی)، سیر تطور طراحی ساختارهای فقهی (ساختاربندی).

۱-۱. تطورات مطالعات ساختارشناسی فقه

ساختارشناسی فقه، تطورات نه‌چندان زیادی داشته است. در ادامه نیم‌نگاهی به این تطورات خواهیم داشت و سیر تطور بحث از ساختار فقه (ساختارشناسی) را بیان می‌شود:

۱-۱-۱. تطورات مطالعات ساختارشناسی فقه امامیه

سیر تطور ساختارشناسی دانش فقه نزد فقیهان امامیه در ادامه می‌آید.

۱- دوره طراحی معیار ساختار و توجیه ساختار محقق حلی (قرن ۸ و ۹)

قرن هشتم اولین مباحث ساختارشناسی شکل گرفت. در این دوره فقیهان بیشتر در پی توجیه ساختار مقبول محقق حلی بودند. برای این توجیه، به طراحی معیار پرداختند و معیارهایی برای ساختاربندی طراحی کردند که عبارت‌اند از: دنیوی و اخروی بودن، قصد تقرب، جلب منفعت و دفع ضرر، حفظ مقاصد شریعت و مطلوبیت ذاتی.

شهید اول (قرن ۸)، اولین فقیهی است که درباره ساختارشناسی مطالبی بیان کرد. ایشان بر پایه معیار غرض تشریع (دنیوی و اخروی بودن)، ساختار چهاربخشی محقق حلی را توجیه نمود (عاملی مکی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۳۰-۳۱). فاضل مقداد (قرن ۹) سه معیار (امور دنیوی و اخروی، جلب منفعت و دفع ضرر، حفظ مقاصد شریعت) برای ساختاربندی بیان و با آن‌ها ساختار شرایع را توجیه کرد (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۱۴-۱۵).

۲- دوره رکود مباحث ساختارشناسانه (قرن ۱۲-۱۰)

از قرن دهم تا دوازدهم ساختارشناسی رونق نداشت و فقهی یافت نشد که به مباحث ساختارشناسانه بپردازد، به گونه‌ای که ساختار را تعریف کند یا ساختاری را توجیه و معیار و ملاک آن را بیان کند.

۳- دوره مجدد طراحی ساختار و مباحث ساختارشناسانه (قرن ۱۴-۱۳)

در قرن سیزدهم و چهاردهم برخی از فقیهان ساختار محقق حلی را توجیه کردند. سید محمد جواد عاملی (قرن ۱۳) دو معیار قصد قربت و حفظ مقاصد شریعت را ذکر و ساختار محقق حلی را با آن‌ها توجیه کرد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۷-۸). علامه بحر العلوم با پی را به مباحث ساختارشناسی اختصاص داد و در سه عنوان تبویب فقه و معیار آن، عدد عبادات، مقصود از عبادت مقداری از مباحث تبویب و ساختارشناسی را به اختصار بیان کرد (بحر العلوم، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۸). شیخ جعفر کاشف الغطا، معیار مطلوبیت ذاتی را طراحی کرد و با آن ساختار محقق را توجیه نمود (کاشف الغطا، مخطوط، ص ۱).

۴- دوره نهضت ساختارشناسی (قرن ۱۵ تا کنون)

در این دوره بسیاری از دانشوران فقه پژوه مباحثی پیرامون ساختار به شرح ذیل مطرح کردند:

شهید مطهری برخی از ساختارهای فقهی را معرفی و کتاب شرایع الاسلام محقق حلی را نقد کرده است (مطهری، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۹۲-۱۲۵).

آیت الله عمید زنجانی در فقه سیاسی، برخی از ساختارهای فقهی اهل سنت و امامیه را نقد کرده است (زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۳).

آیت الله مشکینی ساختار فقهی محقق حلی و ساختار پیشنهادی شهید صدر را معرفی کرده است و ساختار شهید صدر را نقد نموده است (مشکینی، بی تا، ص ۴۰۴-۴۰۶؛ مشکینی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲).

آیت الله آصفی تعدادی از ساختارهای فقهی را معرفی کرده است و ساختار شرایع و زرقاء را نقد نموده است. ایشان ساختار شهید صدر را فی الجمله پذیرفته است (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۸-۴۲).

آیت الله وحید خراسانی در درس خارج فقه سال ۱۳۹۲ تعدادی از ساختارهای فقهی را معرفی و نقد کرده است.

آیت الله اعرافی تعدادی از ساختارهای فقهی را ذکر و بررسی کرده است و ساختار جدیدی را برای فقه پیشنهاد نموده است (اعرافی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۸۶-۱۰۰).

آیت الله سبحانی برخی از ساختارهای فقهی را گزارش کرده است (سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۷۸).

در کتاب دائرة المعارف فقه مقارن برخی از ساختارهای فقهی امامیه و اهل سنت معرفی شده و یک ساختار برای فقه پیشنهاد شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۴۷).

آیت الله هاشمی شاهرودی بعضی از ساختارهای فقهی را گزارش و نقد کرده است و ساختار جدیدی برای فقه طراحی کرده است (هاشمی شاهرودی، درس خارج فقه، جلسه ۴۵۷).

آیت الله مبلغی (مبلغی، ۱۳۹۷) و آیت الله رشاد (رشاد، ۱۳۹۰) مقداری از مباحث ساختارپژوهی را بیان کرده است؛ مباحثی مانند: تعریف، ضرورت، اهداف و آسیب شناسی.

مهدی انصاری قمی، ساختار غزالی و شافعیه از اهل سنت و ساختارهای سَلار، حلبی، ابن براج، محقق حلبی و فیض کاشانی از امامیه را معرفی نموده است (فیض کاشانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۸-۲۱).

سید حسین مدرسی برخی از ساختارهای فقهی امامیه و اهل سنت را معرفی کرده است (مدرسی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۰-۲۹).

شیخ علی خازم ابواب فقه را به طور مبسوط معرفی کرده است و تعدادی از ساختارهای فقهی را نقد نموده است (خازم، بی تا، ص ۳۶-۸۱).

یعقوبعلی برجی تعدادی از ساختارهای فقهی امامیه و اهل سنت را معرفی و نقد نموده است و یک ساختار پیشنهاد نموده است (برجی، ۱۳۷۴، ص ۲۴۱-۲۶۲).

رضا اسلامی، تبویب فقه شیعه و فقه اهل سنت را مفصل بیان کرده است و تعدادی از ساختارهای فقهی امامیه و اهل سنت را معرفی و نقد کرده است (اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۷-۲۵۴، ۵۳۱-۵۵۰).

حسین حسن زاده تعدادی از ساختارهای فقهی امامیه و اهل سنت را با نمودار بیان و ارزیابی کرده است (حسن زاده، ۱۳۸۳، ص ۲۶۱-۲۹۳).

کرباسی زاده تعدادی از ساختارهای فقهی را ذکر و ارزیابی کرده است. ایشان ساختار مفصلی را برای فقه پیشنهاد نموده است (کرباسی زاده، ۱۳۹۳، ص ۱۱۳-۱۴۷).

۱-۲. تطورات مطالعات ساختارشناسی فقه اهل سنت^۲

در کتاب‌های اهل سنت مباحث ساختارشناسانه چندانی یافت نشد؛ ولی برخی از دانشوران فقه اهل سنت ساختارهای مذاهب فقهی را به اجمال و ضمن چند جمله یا چند صفحه از کتاب خود بررسی کرده‌اند که بیشتر مربوط به قرن پانزدهم است. سیر تطور ساختارشناسی دانش فقه نزد فقیهان اهل سنت از این قرار است:

- محمد آملی (۷۵۸ق) برخی از ساختارهای اهل سنت را توجیه کرده است (آملی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۴۵۰).
- فاروقی تهمانی (۱۱۵۸ق) بحث مختصری از ساختار شافعیه نموده است (فاروقی، ۱۸۶۲م، ج ۲، ص ۱۰۴۶).
- محمد دسوقی (۱۲۳۲ق) به تعدادی از ساختارهای اهل سنت اشاره کرده است (دسوقی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۲-۳۳).
- محمد یوسف موسی (۱۳۸۰ق) به اختصار برخی از ساختارهای اهل سنت را معرفی کرده است (یوسف موسی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۱۴-۱۱۷).
- محمد مصطفی شلبی (۱۴۰۱ق) تقسیم عبادات و معاملات را به اختصار بیان نموده است (شلبی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۲).
- عمر سلیمان اشقر (۱۴۳۳ق) تعدادی از ساختارهای فقهی اهل سنت را معرفی کرده است (اشقر، ۱۴۲۵ق، ص ۳۹-۴۰).
- بدران ابوالعینین بدران تعدادی از ساختارهای فقهی را ذکر نموده است (بدران، بی تا، ص ۱۴-۱۹).
- ابراهیم عبدالرحمن ابراهیم به اختصار چند ساختار فقهی اهل سنت را معرفی کرده است (ابراهیم عبدالرحمن، ۲۰۰۶م، ص ۱۲-۱۴).

۲-۱. طرح‌واره‌های تطورشناسی در ساختار دانش فقه

سیر تطور ساختارهای فقهی در امامیه و اهل سنت تفاوت‌هایی دارد؛ از این رو سیر تطور ساختارهای فقهی را در طرح‌واره‌های تطورشناسی پی می‌گیریم.

۱-۲-۱. طرح‌واره‌های تطورشناسی در ساختار فقه امامیه

ساختارهای امامیه در طول تاریخ، تطورات گوناگونی را پشت سر گذاشته‌اند. دو طرح‌واره و سیر تطور مطرح شده است و نگارنده طرح‌واره و سیر تطور سوم را بیان می‌کند.

۱-۲-۱-۱. طرح‌واره و سیر تطور اول

آیت‌الله مبلغی (معاصر) تطورات پیکربندی فقه را در چهار دوره چنین ترسیم کرده است:

دوره اول: پیکربندی براساس وحدت موضوعی روایات گوناگون؛ در این دوره کتاب‌های فقهی غیرتفریعی مانند مقنع، مقنعه و نهاییه که به صورت متن روایات است، براساس قرابت موضوع در ابواب مختلف تنظیم شد.

دوره دوم: ابداع طرح‌هایی برای پیکربندی فقه؛ در این دوره دسته‌بندی فقه براساس نظریه‌هایی مانند حسن و قبح (در ساختار حلی)، مقاصد شریعت، اهداف دنیوی و اخروی (در ساختار محقق حلی) شکل گرفت و فقه به صورت اجتهادی درآمد. در این دوره فقیهان سعی کردند ادبیات اجتهادی فقه را در یک پیکربندی مدون نظم دهند. سلالر، حلی، ابن براج و محقق حلی از این دسته‌اند. شهید اول در میانه دوره دوم و سوم است؛ زیرا ایشان در القواعد والفوائد طرحی نو ارائه کرد، اما در تألیفات فقهی خود از ساختار محقق حلی پیروی کرد.

دوره سوم: رکود؛ این دوره بعد از محقق حلی شروع شد و تا دوران معاصر ادامه دارد. ساختار محقق حلی بر ذهن فقیهان سایه افکند و طرحی نو ارائه نشد.

دوره چهارم: ابداع‌های در حاشیه؛ در این دوره طرح‌های پیشنهادی متعددی ارائه شد؛ اما کمتر فراگیر شد و حتی خود نویسنده هم در کتاب‌های فقهی خود از آن طرح پیروی نکرد.

۱-۲-۱. طرح‌واره و سیر تطور دوم

برخی از دانشوران فقه با تغییر اندکی در بیان تطورات یادشده، نوشته‌اند که در بررسی تاریخی ساختارهای فقه شیعه به لحاظ ساختار، سه دوره داشته است:

دوره اول: دوره ارائه ساختارهای بسیط غیر متکی به منطقی خاص (از فقه‌های اقدم تا شیخ طوسی). از کلینی (۳۲۹ ق) تا شیخ طوسی در کتاب‌های مقنع، هدایه، مقنعه، فقه الرضا ابواب فقهی بدون منطق خاصی جمع‌آوری می‌شد. گویا دغدغه اصلی آن دوره جمع‌آوری سرمایه‌ها و تراث حدیثی-فقهی بود.

دوره دوم: دوره ابداع ساختارهای فقهی (از سلار تا شهید اول). از سلار (۴۴۸ ق) این دوره شروع شد. این ساختار بر پایه عبادات و معاملات و احکام چینش شد. حلبی (۴۴۷ ق) ساختارش را بر اساس قاعده حسن و قبح عقلی استوار کرد. محقق حلی (۶۷۶ ق) ساختار خود را ابتدا به چهار بخش عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تقسیم کرد و هر بخش را به شش قسم تقسیم کرد که عبارت‌اند از: ارکان، فصول، مقدمات، انظار، فقرات، بحوث و اجزاء. شهید اول (۷۸۶ ق) با هشت پیش فرض و معیار ساختار خود را چینش کرد که عبارت‌اند از: پیش فرض‌های علم کلام و فلسفه تشریع احکام، جلب منفعت و دفع مفسده بالاصالة و بالتبع، اهداف دنیوی و اخروی، حواس پنج‌گانه، وسایل و اسباب، ضرورت زندگی اجتماعی و ملزومات آن، مانند وجود شریعت و سانس، که امام یا نائب او است.

دوره سوم: دوره رکود و ابداع‌های در حاشیه (بعد از شهید اول تا دوران معاصر). فیض (۱۰۹۰ ق) با دیدگاه جامعه‌شناختی ساختار خود را چینش کرد. سید محمد جواد عاملی (۱۲۲۶ ق) بر پایه نظریه مقاصد شریعت، فقه را به چهار بخش عبادات، معاملات، عادات و سیاسات تقسیم کرد. شهید صدر (۱۴۰۰ ق) با هماهنگ‌سازی میان فقه و حقوق تقسیمی چهاربخشی را ارائه کرد.

علت نامیدن این دوره به دوره رکود آن است که هرچند در این دوره ابداع‌هایی وجود داشت، اما این ابداعات به صورت حرکت مستمر وارد بدنه فعالیت‌های فقهی نشد یا توسط فقها پی‌گیری نشد و در حاشیه ماند. راکد ماندن ساختار در آن چند قرن بسیار نامطلوب بود و فضای ایجاد و رونق اندیشه‌های جدید را بست (هالایان، ۱۴۰۳، ص ۲۰).

نقد و بررسی

این دو سیر تطور و دوره‌شناسی کامل نیستند و اشکال‌هایی دارند، از جمله:

۱. دوره اول به عنوان یک دوره ساختار یا پیکربندی فقه محسوب نمی‌شود؛ زیرا در این دوره تنها تبویب ارائه شده است و چنانکه گذشت، میان تبویب و ساختار تفاوت است.

۲. دوره دوم، دو دوره مجزا است که در یک دوره جای گرفته‌اند و لازم است به دو دوره تفکیک شوند: دوره پیدایش ساختاربندی فقه و دوره تثبیت ساختار فقه.

۳. دوره چهارم دوره طلایی ساختاربندی است و از نظر طراحی ساختار در تمام تاریخ فقه نظیر ندارد. نامیدن این دوره به «ابداع‌های در حاشیه» مناسب نیست؛ زیرا این دوره، دوره طراحی ساختارهای گوناگون است و به این جهت، سزاوار نیست به یک دوره اختصاص یابد. بله، تدوین فقه براساس ساختار طراحی شده، دوره‌ای جداگانه است که می‌تواند دوره پنجم ساختاربندی نام گیرد.

۱-۲-۳. طرح‌واره و سیر تطور سوم (تحولات ساختاربندی فقه در امامیه)

سیر تطور ساختارهای فقهی امامیه را می‌توان به طور خلاصه در چند دوره بیان کرد:

۱- دوره پیدایش و تدوین ساختار علم فقه؛ دوره گذار از تبویب به ساختار (قرن ۵ و ۶)

قرن پنجم در فقه امامیه، دوره تأسیس ساختار است. در این قرن اولین ساختار فقهی امامیه شکل گرفت و پس از آن دو ساختار دیگر نیز طراحی شد. ویژگی این دوره، گذر از تبویب به ساختار است. قبل از این دوره، یعنی تا قبل از قرن پنجم، تبویب‌های فقهی یافت شد و فقیهان ابواب فقهی را با نام کتاب (کتاب الطهارة، کتاب الصلاة و...) تبویب کردند؛ اما در این دوره، تبویب‌های فقهی در چارچوب کلی تر قرار داده شدند و ابواب فقهی ذیل یک عنوان عام تر قرار گرفتند و ابواب حدود پنجاه و چندگانه فقه در چند بخش، مانند عبادات و معاملات جای گرفتند.

اولین ساختار از ابوالصلاح حلبی (۴۴۷ ق) در کتاب الکافی فی الفقه است. ایشان ساختار سه بخشی عبادات و محرمات و احکام را نگاشت (حلبی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۹ به بعد). این ساختار هر چند نقاط ضعف‌هایی دارد، اما ساختاری بی‌سابقه است؛ پس از او سلار (۴۴۸ ق) در کتاب المراسم ساختار بدیعی را طراحی



کرد و فقه خود را براساس آن تدوین کرد. ایشان ساختار دو بخشی عبادات و معاملات را نگاشت (دیلمی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۸ به بعد). این ساختار پایه ساختار محقق حلی در شرائع الاسلام شد؛ پس از حلی و سلار، ابن براج (۴۸۱ق) در کتاب المذهب ساختار دو بخشی (عبادات و غیر عبادات) را با معیار «مقدار ابتلا» طراحی کرد (طرابلسی، ۱۴۰۶ ص ۱۸).

ویژگی‌های این دوره عبارت‌اند از:

۱. تدوین فقه بر پایه ساختار: در این دوره سه ساختار یافت شد و براساس دو ساختار، فقه تدوین شد. حلی و سلار، کتاب فقهی خود را براساس طرح ساختاری خود نگاشتند و دو کتاب الکافی فی الفقه و المراسم را نوشتند؛ البته قاضی ابن براج ساختار معرفی کرد، ولی کتاب المذهب را بر پایه ساختار پیشنهادی اش نگاشت؛ در نتیجه می‌توان گفت در این قرن دو ساختار مدون شکل گرفت. تدوین فقه براساس ساختار، ویژگی بارز این دوره است؛ زیرا دو سوم ساختارها مدون گشتند. در تاریخ فقه فقط چهار ساختار تدوین شده که دو عدد آن در این دوره بوده است.

۲. طراحی ساختارهای درون فقهی و مستقل: ساختارهای طراحی شده در این دوره بر پایه استقصای مسائل و ابواب فقهی است؛ به این نحوه که با تجميع مسائل فقهی، ابواب فقهی در طول حیات فقه تاقرن پنجم شکل گرفت. در قرن پنجم ابواب فقهی در بخش‌های اصلی چندگانه سامان‌دهی شد و این گونه، ساختارهای فقهی شکل گرفت.

۲- دوره تثبیت ساختار علم فقه (قرن ۷)

در قرن هفتم محقق حلی ساختار فقه را در چهار بخش عبادات، عقود، ایقاع و احکام طراحی کرد (حلی، ۱۳۸۹ق، ص ۸). این ساختار را فقیهان امامیه پذیرفتند و تاکنون قبول شده در علم فقه است. در این دوره با پذیرش ساختار ازسوی فقیهان، ساختار علم فقه تثبیت شد. ویژگی‌های این دوره از این قرارند:

۱. مقبولیت ساختار: این ساختار ازسوی فقیهان پذیرفته شد و تاکنون ادامه یافته است.
۲. مشهورترین، رایج‌ترین و مهم‌ترین ساختار پذیرفته شده در تاریخ علم فقه است.

۳- دوره رکود ساختار بندی: دوره تقلید در ساختار (قرن ۸ تا ۱۵)

بعد از محقق حلی در قرن هفتم، ساختار بندی به رکود رفت و دوره تقلید از ساختار محقق حلی در شرائع الاسلام شروع شد. دوره تقلید، قرن ها طول کشید و در ساختار مدونی که محقق حلی ترسیم کرد تاکنون ادامه دارد؛ هرچند در طراحی، ساختارهای بسیاری پیشنهاد شد؛ اما تاکنون به مرحله تدوین ساختار برای علم فقه نرسیده است.

شهید اول (۷۸۷ق) ساختار دوجنشی عبادات و معاملات را براساس غرض اهم به تفصیل طراحی کرد (عاملی مکی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۱). فاضل مقداد (۸۲۶ق) ساختار پنج بخشی عبادات، معاملات، تناکح، عقوبات و احکام را ارائه نمود (سیوری، ۱۴۰۳، ص ۱۶۸-۴۸۶). فیض کاشانی (۱۰۹۱ق) چهار ساختار در کتاب های مفاتیح الشرائع، النخبه، الوافی والشافی طراحی کرد. ساختار دوجنشی مفاتیح الشرائع (عبادات و سیاسات، عادات و معاملات) ساختار جدید و دارای نوآوری است (فیض کاشانی، ۱۴۱۸ق، ص ۷). سید محمد جواد عاملی (۱۲۲۶ق) ساختار چهار بخشی عبادات، سیاسات، عادات و معاملات را با الهام از ساختار دوجنشی فیض کاشانی طراحی کرد (سید محمد جواد عاملی، ۱۴۱۹ق، ص ۷-۸).

۴- دوره نهضت ساختار بندی (قرن ۱۵ تاکنون)

قرن پانزدهم را می توان قرن نهضت ساختار بندی نامید. در این قرن ساختارهای زیادی طراحی شدند. براساس بررسی های انجام شده می توان گفت اولین ساختار ناظر به حقوق در امامیه توسط شهید صدر (۱۴۰۰) طراحی شد (صدر، ۱۴۲۳ق، ۱۴۲-۱۴۴). این ساختار از چهار بخش عبادات، اموال، سلوک خاص و سلوک عام تشکیل شده است. به واسطه نوآوری و ویژه ای که در ساختار شهید صدر بود. فقیهان متعددی با الهام از ایشان ساختارهایی را برای فقه پیشنهاد کردند.

آیت الله سید محمد حسین فضل الله ساختار دوجنشی عبادات و معاملات را برای فقه طراحی کرد (فضل الله، ج ۱، ص ۹). آیت الله مشکینی ساختار شش بخشی (عبادات، شئون فردی، شئون عائلیه، احوال شخصی، ولایات و شئون قضایی و جزایی) را برای فقه پیشنهاد نمود (مشکینی، ۱۴۱۸ق، ص ۵-۶). آیت الله عبدالهادی فضلای ساختار هفت بخشی (عبادات، احوال شخصیه، معاملات مالیه، اطعمه و اشربه، الزامات شخصیه، حکم و عقوبات) را ارائه کرد (فضلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۱). آیت الله یزدی ساختار چهار بخشی عبادات،

حکومیات، عقود و ایقاعات، اجتماعیات را برای فقه طرح کرد (یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۷-۲۸).

آیت الله عمید زنجانی ساختار هفت بخشی (فقه عام، فقه قضایی، فقه مدنی، فقه خانواده، فقه اقتصادی، فقه عبادی و فقه سیاسی) را عرضه کرد (زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۷). آیت الله مؤمن ساختار سه بخشی احکام متعلق به تمام مکلفان، احکام قضایی و احکام جامعه و حکومت را پیشنهاد کرد (مؤمن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۵-۶). آیت الله اشتیاردی ساختار دو بخشی را برای فقه جوارحی به اعتبار سلوک با خدا و سلوک با خلق تنظیم کرد (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵-۶). آیت الله هاشمی شاهرودی ساختار چهار بخشی (عبادات، اموال، عسرت و سلوک، حکومت و سیاسات) را بنیان نهاد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۳، درس خارج فقه، ج ۴۵۸). گرجی ساختار شش بخشی (رابطه با خدا، احوال شخصیه، روابطی که به انشاء نیاز دارد، خوردنی ها و آشامیدنی ها، قضا و شهادات، حکومت) را برای فقه پیشنهاد کرده است (گرجی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۱-۲۲).

آیت الله اعرافی ساختار چهار بخشی ارتباط با خدا (فقه عبادی)، ارتباط با خود (فقه اخلاقی)، ارتباط با دیگران (فقه سیاسی، اقتصادی، تربیتی، اجتماعی) و نیز ارتباط با طبیعت (فقه محیط زیست) را برای فقه ارائه کرد (اعرافی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۹۸-۱۰۰). آیت الله شیخ محسن اراکی ساختار سه بخشی فقه عام، فقه سلوک فردی (سلوک با خدا، خود، انسان و غیر انسان) و فقه سلوک اجتماعی (واجبات جامعه، دولت و مردم) را پیشنهاد کرد (سلسله نشست های تخصصی مطالعه نوآوری و دانش های دینی، شماره ۱۴۹، ص ۸). ساختار پنج بخشی (عبادات، مسائل اقتصادی، نظام خانواده، احکام حلال و حرام، سیاسات) در کتاب دائرة المعارف فقه مقارن (زیر نظر آیت الله مکارم شیرازی) برای فقه پیشنهاد شد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۵۲-۴۵۳).

آل نجف ساختار چهار بخشی را بر پایه ارتباطات چهارگانه انسانی تنظیم کرده است (آل نجف، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸ به بعد). بی آزار شیرازی ساختار چهار بخشی (عبادات، مسائل اقتصادی، مسائل خانوادگی، مسائل سیاسی و حقوقی) را برای توصیه کرده است (بی آزار شیرازی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۵-۵۹). برجی ساختار پنج بخشی (احکام عبادی، اقتصادی، آداب شخصی و اجتماعی، قضایی و جزایی، سیاسی) را برای فقه پیشنهاد کرده است (برجی، ۱۳۷۴، ص ۲۴۱). حسن زاده ساختار دو بخشی عبادات و معاملات را با تنظیمی خاص برای فقه طرح کرده است (حسن زاده، ۱۳۸۳، ص ۲۹۳-۲۹۵).

ساختارهای پیشنهادی در این قرن دارای ویژگی‌های ذیل هستند:

۱. دوره نوآوری ساختاری: در این دوره ساختارها با معیارهای گوناگونی طراحی شدند و از این جهت دارای نوآوری هستند. نوآوری‌های ساختاری در این دوره عبارت‌اند از: ساختاربندی فقه بر پایه معیار ارتباطات انسانی، مانند ساختار آیت‌الله اعرافی، معیار مراحل طبیعی زندگی در ساختار آیت‌الله فضل‌الله، معیار نیازهای بشر در ساختار بی‌آزار شیرازی.

۲. دوره ساختارهای پیشنهادی: این دوره را می‌توان دوره طراحی ساختار نامید؛ زیرا دانشوران فقه تنها موفق به ارائه مدل ساختاری خود شدند؛ اما نتوانستند این مدل و ساختار را در فقه پیاده کرده و یک ساختار مدون فقهی ارائه کنند.

۳. دوره ساختارهای ناظر به حقوق: برخلاف دوره‌های پیشین که ساختارهای فقهی، ساختارهای مستقل‌اند؛ به این معنا که مستقل از حقوق طراحی شده‌اند. در این دوره ساختارهای فقهی با نیمی‌نگاهی به فقه طراحی شده‌اند. ساختار شهید صدر، آیت‌الله عمید زنجانی، آیت‌الله هاشمی شاهرودی، آیت‌الله اراکی، آیت‌الله اعرافی از این دسته‌اند.

۴. دوره ساختارهای سلوک محور: تعداد قابل توجهی از ساختارهای پیشنهادی در این دوره بر پایه سلوک طراحی شده‌اند. در ابتدای این قرن شهید صدر ساختار فقهی سلوک محور را طراحی کرد و به دنبال او فقیهان متعددی به نحوی از این ساختار بهره بردند. در این میان، ساختارهای آیت‌الله هاشمی شاهرودی و آیت‌الله اراکی بیشتر سلوک محورند.

۵. دوره ساختارهای بر پایه روابط انسانی: یکی از ویژگی‌های بارز ساختاری در این دوره، طراحی ساختار با معیار روابط انسانی است. ساختارها در دوره‌های قبل درون فقهی و بر پایه دسته‌بندی ابواب و مسائل فقهی بود، اما در این دوره ساختارهای بیرون فقهی و بر پایه روابط انسانی شکل گرفت. ساختار آیت‌الله اعرافی از این دسته‌اند.

۶. دوره ساختاربندی بر پایه فقه‌های تخصصی: در این دوره که هنوز ادامه دارد، توجه به فقه‌های تخصصی و نوین معطوف است و تلاش‌های زیادی شده تا فقه‌های نوین سامان دهی شوند؛ اما هنوز به نتیجه نرسیده است.

۷. دوره ساختارهای فقه تقنین: در فقه امامیه از زمان نگارش تحریر مجله الاحکام، فقه در عرصه قانون نمود یافت. زمینه فقه قانون گذاری از مشروطه فراهم شد. بعد از انقلاب اسلامی فقه تقنین مورد توجه قرار گرفت؛ اما تاکنون ساختار فقه تقنین به روشنی تبیین نشده است.

۸. دوره ساختارهای فقه فتوایی: در این دوره سعی بر آن است تا فقه فتوایی بر پایه نیاز اصناف مکلفان و سبک زندگی مردم طراحی شود. تاکنون این تلاش ها به ثمر نرسیده است؛ اما بارقه هایی از امید در به نتیجه رسیدن آن در این قرن دیده می شود.

۹. دوره ساختارهای اجتماعی-سیاسی: ساختارهای فقهی دوره های پیشین بیشتر ساختار فردی بودند؛ اما ساختارهای فقهی در این دوره تا حدودی ناظر به مسائل اجتماعی و سیاسی هستند.

۱۰. دوره ساختارهای ناظر به نیاز: ساختارهای فقهی در این دوره، به طور نسبی و حداقلی ناظر به نیازها طراحی شده اند؛ هرچند فاصله زیادی با برآورده شدن تمام نیازهای انسانی، بلکه نیازهای مورد تقاضای جامعه و نظام اسلامی و انسان معاصر دارند.

۱۱. دوره ساختارهای بر پایه سنخ موضوع: در این دوره ساختارهای متنوعی پیشنهاد شد؛ اما یکی از ساختارهای رایج که امید آن می رود در آینده مورد اقبال قرار گیرد، ساختار براساس سنخ موضوعات است. ساختار فقه اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، اجتماعی بر این پایه طراحی شده اند.

۱-۲-۲. طرح واره تطورشناسی در ساختار فقه اهل سنت

تطورات ساختارهای اهل سنت را می توان این گونه ترسیم کرد:

۱- دوره تأسیس ساختار علم فقه (قرن ۶)

ساختار بندی علم فقه از منظر اهل سنت از قرن ششم توسط غزالی ترسیم شد. وی ساختار چهار بخشی (عبادات، عادات، منجیات و مهملکات) را تنظیم و احیاء علوم الدین را براساس آن نگاشت (غزالی، ج ۱، ص ۴۰۳).^۲ به زعم برخی، این ساختار با تغییراتی در ساختار فقهی حنبلی ها (عبادات، معاملات) به کار گرفته شده است (آملی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۴۵۰) و از نظر برخی دیگر، این تقسیم بر متون فقه شافعی تاثیر گذاشته و براساس آن فقه به چهار دسته تقسیم شده است: عبادات، معاملات، مناکحات و جنایات (مدرسی طباطبائی، ۱۴۱۰، ق، ص ۲۰).

۲- دوره رکود (از قرن ۶ تا قرن ۴۱)

از قرن ششم تا قرن چهاردهم ساختار بسیار کمی یافت شد. قرن هشتم ساختار دو بخشی (عبادات و معاملات) ابن جزی است (ابن جزی، ۱۹۶۸ م، ص ۹۱۶). قرن دهم ساختار ابن نجیم است که ساختار سه بخشی (عبادات، معاملات و مزاجر) است (ابن نجیم، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۱۹). در قرن سیزدهم ابن عابدین ساختار سه بخشی (عبادات، معاملات و عقوبات) را برای فقه طراحی کرد (ابن عابدین، ۱۴۲۶ ق، ج ۱، ص ۸۵ به بعد) که گویا همان ساختار ابن نجیم است و تنها بخش سوم از نظری لفظی متفاوت است. ابن نجیم نام آن را مزاجر و ابن عابدین عقوبات نامیده است. این سه فقیه ساختار خود را مدون نکرده و فقه خود را در ساختار طراحی شده خویش قرار ندادند.

بسیاری از کتاب‌های اهل سنت تا قرن چهاردهم از همان تبویب‌های درون مذاهب اهل سنت پیروی کردند و در حد تبویب باقی ماندند؛ از این رو ساختار جدیدی یافت نشد.

۳- دوره نهضت پیروی از ساختار حقوق (۲۲۳۱ ق. تا کنون)

از قرن چهاردهم دانشوران فقه اهل سنت به ساختار علم حقوق رو آوردند و نهضت پیروی از ساختار علم حقوق شروع شد. زرقاء، اولین نفری بود که ساختاری ناظر به علم حقوق طراحی کرد؛ پس از او بسیاری از دانشوران اهل سنت از او پیروی کردند و ساختارهای پیرو و ناظر به حقوق رواج یافت (آصف آگاه، ساختار علم فقه، ص ۴۳۰ به بعد).

مصطفی زرقاء (۱۳۲۲ ق) ساختار هفت بخشی (عبادات، احوال شخصیه، معاملات، سیاست شرعی، عقوبات، سیر و حقوق بین الملل، آداب) برای فقه طراحی کرد (زرقاء، ۱۹۶۷ م، ج ۱، ص ۵۵-۵۶). خضری بک (۱۳۴۵ ق) ساختار دو بخشی رابطه با خدا و رابطه با بندگان را برای فقه عرضه کرد (خضری بک، ۱۹۹۲ م، ص ۳۳). خلاف (۱۳۷۵ ق) ساختار هشت بخشی (عبادات، احوال شخصیه، معاملات مدنی، احکام جنایی، مرافعات، احکام دستوری، احکام دولتی، احکام اقتصادی و مالی) برای فقه طراحی کرد (خلاف، ۱۹۹۲ م، ص ۳۲-۳۳). شلتوت (۱۳۸۳ ق) ساختار پنج بخشی (عبادات، نظام خانواده، اموال، عقوبات، امت در اسلام) برای فقه پیشنهاد کرد (شلتوت، بی تا، ص ۷۳).

در قرن پانزدهم ساختارهای متعددی برای فقه از سوی اهل سنت پیشنهاد شد که به دو دسته

ساختارهای متناظر با حقوق و ساختارهای مستقل قابل تقسیم‌اند.

الف. ساختارهای متناظر با حقوق

وهبه زحیلی ساختار شش بخشی (عبادات، نظریه‌های فقهی، معاملات، ملکیت، فقه عام و دولت، احوال شخصی) برای فقه طراحی کرده است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۴۰).

جمال عطیه ساختار شانزده بخشی ذیل را برای فقه پیشنهاد کرد: شریعت، ایمان، اخلاق، مقاصد شریعت، حقوق بشر، ضوابط شرعی علوم، شعائر، احوال شخصیه، معاملات مدنی و تجاری، تشریع جزایی، نظام حکومت، قضاوت، نظام اداری، نظام مالی و اقتصادی، روابط بین المللی و روابط خاص میان دولت‌ها. این ساختار گسترده‌ترین ساختار فقهی در تاریخ ساختاردهی فقه است (جمال عطیه، ۱۴۲۰ق، ص ۷۵-۱۴۰).

موسوعه فقهیه کویتیه ساختار هفت بخشی (عبادات، احوال شخصیه، معاملات، مرافعات، قانون اساسی، سیر، حظر و اباحه، قانون جزایی و جنایی) برای فقه پیشنهاد کرده است (وزاره الاوقاف والشؤون الاسلامیه، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۷-۴۹).

ب. ساختارهای مستقل

احمد عطا ساختار سه بخشی (حلال و حرام میان انسان و خدا، حلال و حرام میان انسان و خود، حلال و حرام در روابط انسانی) را بر پایه حلال و حرام مطرح کرد (عطا، ۱۳۹۲، ص ۷).

علویط ساختار سه بخشی (احکام دینی، دینی-دنیوی، دنیوی-دینی) پیشنهاد کرد (علویط، ۲۰۱۴م، ص ۵-۱۰).

زیدان ساختار نه بخشی (عبادات، ایمان و ندور، اضاحی، حظر و اباحه، حقوق و تکالیف، جرایم و عقوبات، احکام خانواده، تصرفات مالی، مرضی و موتی) را توصیه کرد (زیدان، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۰-۱۵).

۲. تحلیل تطورات مطالعات ساختارپژوهی فقه در امامیه و اهل سنت

مباحث ساختارشناسانه در طول تاریخ فقه مهجور بوده است و تعداد کمی از فقیهان در حد چند سطر یا چند صفحه به آن اشاره کرده‌اند. در قرن پانزدهم بحث ساختارشناسی و تبویب‌شناسی مورد توجه اندکی از دانشوران فقه امامیه و اهل سنت قرار گرفت و بیشتر معطوف به طراحی معیار برای ساختار و تبویب و توجیه آن بود. گویا این مهجوریت ناشی از شکلی و تزئین دانستن ساختار است؛ در حالی که فقیهان بیشتر محتوای فقه را کنکاش کرده‌اند.

تطورات ساختارشناسی کمتر از ساختاربندی بوده است. وجه آن را می‌توان چنین تحلیل کرد که نگاه درجه دوم به مطالعات علمی از جمله ساختار و تحلیل و بررسی آن، امری راجعی در میان فقیهان و دانشوران فقه نبوده است. مقایسه ساختارشناسی در امامیه و اهل سنت پرده از این واقعیت برمی‌دارد که ساختارشناسی در میان فقیهان امامیه بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. مباحث مربوط به ساختاربندی در امامیه و اهل سنت در قرن پانزدهم و مقداری قبل از آن، تا اندازه‌ای رونق یافت و ساختارهای متعددی پیشنهاد شد. با مقایسه ساختاربندی نزد امامیه و اهل سنت می‌توان گفت ساختارهای اهل سنت بیشتر پیرو ساختار حقوق شده است. از زرقاء به بعد، دانشوران فقه در طراحی ساختار فقه از ساختار حقوق وام گرفته‌اند؛ اما ساختارهای امامیه یا مستقل از حقوق‌اند یا ناظر به حقوق هستند (نه پیرو) و تلاش شده است تا به ظرفیت‌های ساختاری حقوق در ساختار فقه توجه شود.

ارائه طرح‌واره‌های تطورشناسی در ساختار امامیه یافت شد و در این مقاله سه طرح‌واره تطورشناسی بیان شد؛ اما در میان اهل سنت طرح‌واره تطورشناسی و سیر تطور ساختارهای اهل سنت یافت نشد؛ هرچند اهل سنت کتاب‌های متعددی با عنوان مدخل برای شریعت و فقه نگاشته‌اند، اما ساختارها را تطورشناسی نکرده‌اند.

پیشنهاد نویسنده آن است که مباحث درجه دوم ساختارشناسانه ترویج شود و اساتید و دانشوران فقه به آن اهتمام ورزند و در درس‌های خارج و دانشگاه‌ها و به‌ویژه پژوهشگاه‌ها به این گونه مباحث پرداخته شود.

نتایج به دست آمده از این مقاله را می‌توان در ادامه این گونه بیان کرد:

۱. همان گونه که علم فقه در قرون گذشته تطورات متعددی را گذرانده، ساختار علم فقه نیز تحولات گوناگونی داشته است.
۲. سیر تطور ساختار علم فقه، فراز و فرودهای ساختاری علم فقه را در طول حیات این علم نشان می‌دهد.
۳. ساختار پژوهی دست کم به دو گونه مطالعه ساختارشناسی و ساختاربندی اطلاق می‌شود.
۴. ساختارشناسی علم فقه در امامیه چندان تطوری نداشته است و از قرن هشتم قمری توسط شهید اول شروع شد و در قرن پانزدهم به اوج خود رسید.
۵. سیر تطور ساختارشناسی در امامیه چهار دوره داشت: طراحی و توجیه ساختار محقق، رکود مباحث ساختارشناسانه، دوره مجدد طراحی ساختار و مباحث ساختارشناسانه، نهضت ساختارشناسی. در دوره اول بیشتر به توجیه ساختار محقق حلی پرداختند؛ در دوره‌های بعد، بیشتر به معرفی و نقد ساختارها اشاره کردند و در قرن پانزدهم برخی از مطالعات درجه دوم ساختار به صورت بسیار اجمالی شکل گرفت.
۶. ساختارشناسی در اهل سنت تطوری نداشته است و چند نفر از عالمان قرن پانزدهم اهل سنت در حد معرفی و نقد تعدادی از ساختارهای فقهی، به مباحث ساختارشناسانه اشاره کرده‌اند.
۷. تطورات ساختاربندی علم فقه در امامیه نسبت به علم فقه اهل سنت بیشتر بوده است و از قرن پنجم توسط حلی آغاز شد و در چهار مرحله پیدایش، تثبیت، رکود و نهضت ساختاربندی ادامه یافته است.
۸. تطور چهارگانه ساختاربندی دانش فقه در امامیه چنین است: در دوره اول، گذر از تبویب به ساختار و تدوین فقه بر پایه ساختار است؛ دوره دوم تثبیت ساختار فقه با طراحی ساختار فقه توسط محقق حلی در شرایع الاسلام و مقبولیت یافتن میان فقیهان است؛ دوره سوم دوره رکود است، به گونه‌ای که طی هفت قرن فقط چهار ساختار طراحی شد؛ دوره چهارم قرن شکوفایی طراحی ساختار است.
۹. سیر تطور ساختاربندی علم فقه در اهل سنت سه مرحله تأسیس، رکود و نهضت ساختاربندی داشته است. ساختاربندی در اهل سنت از قرن ششم شروع شد و پس از زمانی طولانی در رکود بودن، در قرن چهاردهم و پانزدهم چندین ساختار طراحی شد.
۱۰. تطور ساختار فقه در اهل سنت در قرن ۱۴ و ۱۵ و در امامیه در قرن ۱۵ از تمام قرون بیشتر است و این نشانگر آن است که مباحث فلسفه فقه از جمله بحث ساختار فقه رونق یافته و از مهجوری

بیرون آمده است.

۱۱. طراحی ساختار در امامیه در قرن پانزدهم، ویژگی‌هایی مانند ناظر به حقوق، ناظر به نیاز، سلوک محور، بر پایه روابط انسانی و نیز بر پایه فقه‌های تخصصی دارد و در آن انواع فقه‌های نوین، مانند فقه اجتماعی، فقه حکومتی، فقه تقنین مدنظر گرفته شده است. در اهل سنت از سال ۱۳۳۲ق با ظهور زرقاء بیشتر ساختارهای متناظر با حقوق شکل گرفت. این ساختارهای به‌نوعی پیروی از ساختار حقوق بوده و از آسیب‌های طراحی ساختار فقه نزد اهل سنت به‌شمار می‌آید.

❁ پی‌نوشت

۱. شرح القواعد، کتاب متاجر، ص ۱.
۲. مقاله‌ای یافت نشد که سیر تطور ساختار فقه اهل سنت را بیان کرده باشد، از این رو تنها طرح‌واره‌ای است که به این مقاله اختصاص دارد.
۳. البته اگر کتاب احیا العلوم را فقهی یا ناظر به فقه بدانیم.

فهرست منابع

۱. آصف آگاه، سید محمد رضی، (۱۳۹۸)، ساختار علم فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲. آصف آگاه، سید محمد رضی، (۱۳۹۸)، معیارهای ساختار بندی علم فقه و شاخص های ارزیابی آن، مجله جستارهای فقهی اصولی، ۵، (۱۷)، ص ۵۳-۸۲.
۳. آل نجف، عبدالکریم، (۱۴۲۹ق)، الحلال و الحرام فی الشریعة الإسلامية، قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية.
۴. ابراهیم عبدالرحمن ابراهیم، (۲۰۰۶م)، المدخل لدراسة الفقه الاسلامی، عمان: دار الثقافة.
۵. ابن زهره، محمد، (بی تا)، الکافی فی الفقه، بیروت: دار المعارف.
۶. ابن جزی، (۱۹۶۸م)، قوانین الاحکام الشرعیة و مسائل الفروع الفقہیة، بیروت: دارالعلم للملایین.
۷. ابن عابدین، محمد امین، (۱۴۲۶ق)، حاشیة ردالمختار، بیروت: دار الفکر.
۸. ابن نجیم مصری، زین الدین، (۱۴۱۸ق)، البحر الرائق، تحقیق: شیخ زکریا عمیرات، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۹. اسلامی، رضا، (۱۳۸۴)، مدخل علم فقه، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
۱۰. اشقر، عمر سلیمان، (۱۴۲۵ق)، المدخل الى الشریعة و الفقه الاسلامی، عمان: دار النفائس.
۱۱. اعرافی، علیرضا، (۱۳۸۷)، فقه تربیتی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۲. اقبال، محمد، (۱۳۸۶)، فقه مقارن، قم: موسسة النشر الاسلامی.
۱۳. بدران، بدران ابوالعینین، (بی تا)، تاریخ الفقه الاسلامی و نظریة المملکیة و العقود، بیروت: دار النهضة العربية.
۱۴. برجی، یعقوب علی، (۱۳۷۴)، نگاهی به دسته بندی های فقه، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، ش ۳، ص ۲۴۱-۲۶۲.
۱۵. بی آزار شیرازی، عبدالکریم، (۱۳۷۳)، رساله نوین، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۱۶. جمال عطیه و وهبه زحیلی، (۱۴۲۰ق)، تجدید الفقه الاسلامی، دمشق: دار الفکر.
۱۷. حسن زاده، حسین، (۱۳۸۳)، بررسی ساختار فقه، مجله قبسات، ۹، (۳۲)، ص ۲۶۱-۲۹۳.
۱۸. حلبی، ابوالصلاح، (۱۳۸۷)، الکافی فی الفقه، (محقق: رضا استادی)، قم: بوستان کتاب.
۱۹. حلی، جعفر، (۱۳۸۹ق)، شراعی الإسلام، تهران: استقلال.
۲۰. خازم، علی، (بی تا)، مدخل الى علم الفقه عند المسلمین الشیعة، بیروت: دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۱. خضری بکم، حمد، (۱۹۹۲م)، تاریخ التشريع الاسلامی، بیروت: دارالفکر العربی.
۲۲. خلاف، عبدالوهاب، (۱۹۹۲م)، علم اصول الفقه، دمشق: دارالمتحدة.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق)، دائرة المعارف فقه مقارن، قم: مدرسه امام علی.
۲۴. دسوقی، محمد، (۱۴۱۱ق)، مقدمة فی دراسة الفقه الاسلامی، دوحه: دار الثقافة.

۵۰. مبلغی، احمد، (۱۳۹۷)، خبرگزاری تقریب، (۹۷/۲/۳)، شبکه اجتهاد، ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۷.
۵۱. مدرسی طباطبایی، حسین، (۱۴۱۰ق)، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، مترجم: محمد آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۵۲. مدکور، محمد سلام، (۱۴۲۵ق)، تاریخ الفقه، مصر: دارالکتاب الحدیث.
۵۳. مشکینی، علی، (۱۴۱۸ق)، الفقه المأثور، قم: الهادی.
۵۴. مشکینی، علی، (بی‌تا)، مصطلحات الفقه، بی‌جا: بی‌نا.
۵۵. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۵)، مجموعه آثار، قم: صدرا.
۵۶. موسی، محمد یوسف، (۱۴۳۰ق)، المدخل لدراسة الفقه الاسلامی، قاهرة: دارالفکر العربی.
۵۷. مؤمن، علی، (۱۴۲۵ق)، الولاية الإلهية الإسلامية أو الحكومة الإسلامية، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۵۸. نجاشی، (۱۳۶۵ق)، الرجال، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۵۹. وزارت الاوقاف والشؤون الإسلامية، (۱۴۰۴ق)، الموسوعة الفقهية الكويتية، كويت: ذات السلاسل.
۶۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۹۳/۰۷/۲۵)، سایت آیت الله هاشمی شاهرودی، درس خارج فقه، جلسه ۴۵۸: <https://www.hashemishahroudi.org/fa/lessons>
۶۱. هاللیان، سعید، (۱۴۰۳)، نگاه درجه دوم به دانش فقه، ذیل عنوان ساختار و تبویب، مجله رهنما پژوهش، ش ۳۳-۳۴.
۶۲. یزدی، محمد، (۱۴۱۵ق)، فقه القرآن، قم: اسماعیلیان.

واکاوی محل نزاع بین فقه امامیه و اهل سنت در عقد ضمان



محمد امین کبیری^۱ ID

چکیده

عقد ضمان از مهم‌ترین عقود است که در روابط میان اشخاص حقیقی و حقوقی جامعه جریان دارد. معروف است که فقه امامیه در باب ضمان، قائل به نقل ذمه به ذمه است و در مقابل، فقه اهل سنت ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌داند؛ به این معنا که طلبکار حق مطالبه از ضامن و مضمون عنه را با هم دارد؛ اما اینکه دقیقاً محل نزاع در این بحث چیست، نیاز به تأمل بیشتری دارد که بعد از بیان احتمالات مسئله روشن خواهد شد. هریک از این احتمالات، شواهدی در کلمات فقها دارد و از سویی، پس از تتبع و تأمل به دست می‌آید که در ماهیت ضمان ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت و جزئیات آن اختلاف نظر وجود دارد؛ همچنین برداشت‌های فقهای امامیه از ضمان ضم ذمه به ذمه برداشت‌های متفاوتی است. هدف این تحقیق، اولاً بررسی دقیق ضمان ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت، سپس نقد و بررسی برداشت‌های فقهای امامیه از آن و در نهایت، ارائه تصویری صحیح و معقول از محل نزاع در بحث نقل ذمه و ضم ذمه است.

واژگان کلیدی: عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه، ضم ذمه به ذمه، امامیه، اهل سنت.

✽ طرح مسئله

ایجاد وثیقه برای بدهی‌ها از اموری است که امروزه اهمیت زیادی پیدا کرده است. عقد ضمان یکی از عقود است که در راستای این هدف طراحی شده است، هرچند در مورد اینکه موجب نقل ذمه یا ضم ذمه می‌شود، بین امامیه و اهل سنت اختلاف شده است. در قانون مدنی آمده است:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود» (قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۴، ماده ۶۹۸).

اما اکثر عقد ضمان‌هایی که در بازار و عرف جامعه انجام می‌شود، از باب نقل ذمه به ذمه نیست. از قانون تجارت برمی‌آید که ضمان ضم ذمه به ذمه را پذیرفته است:

«ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب، به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد» (قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، ماده ۴۰۲).

برای حل این موضوع، برخی از حقوق دانان به قرینه ماده اخیر و سایر شواهد گفته‌اند قانون مدنی که ضمان را موجب نقل ذمه می‌داند، قاعده‌ای تکمیلی را بیان می‌کند که می‌توان برخلاف آن توافق کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۵-۲۲۷)؛ اما صحت این ادعا از نظر فقهی محتاج اموری است؛ از جمله اینکه محل نزاع بین امامیه و اهل سنت و دامنه این اختلاف روشن شود؛ برای مثال اگر این اختلاف، اختلاف در ماهیت و اقتضای ضمان باشد، توافق برخلاف آن صحیح نخواهد بود؛ زیرا این توافق، مخالف مقتضای عقد است، مگر اینکه توافق به نحو ضم ذمه به ذمه در قالب عقدی مستقل (غیر از ضمان اصطلاحی) مطرح شود که بحث دیگری است؛ بنابراین با توجه به اینکه پیش از این، تحقیقی که به تبیین محل نزاع در این بحث پرداخته باشد یافت نشد، لازم است این مسئله مورد بررسی قرار گیرد تا دامنه اشتراکات و اختلافات بین فقه امامیه و اهل سنت در عقد ضمان روشن شود.

در این تحقیق، ابتدا مروری بر ضمان ضم ذمه به ذمه در فقه عامه شده است و به اختلافاتی اشاره

می‌شود که بین آن‌ها در این بحث وجود دارد. سپس احتمالاتی که ممکن است محل نزاع در بحث نقل ذمه و ضم ذمه باشد مورد بررسی قرار می‌گیرد و احتمالی ارائه خواهد شد که نسبت به سایر احتمالات معقولیت بیشتری دارد.

۱. مروری بر ضم ذمه به ذمه در فقه اهل سنت و محورهای اختلافی آن

در بین فقهای اهل سنت، نظریه ضم ذمه پذیرفته شده است و تنها به عده‌ای از جمله ابو ثور، ابن ابی لیلیا و ابن شبرمه نسبت داده شده که ضمان را ناقل می‌دانند (ابن قدامه، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۰۸؛ زحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵)؛ البته هر چند مبنای ضم ذمه به ضمه به غالب فقهای اهل سنت نسبت داده شده است؛ اما بعد از تتبع به این نتیجه می‌رسیم که در جزئیات این مطلب در بین آن‌ها اختلاف وجود دارد. قبل از بیان موارد اختلافی، مناسب است به قدر مشترک بین همه نظرات اشاره شود. نقطه مشترک اصلی بین قائلین به نظریه ضم ذمه به ذمه این است که ضمان ناقل نیست و چنین نیست که ذمه مضمون عنه بری شده باشد و امکان مراجعه به او وجود نداشته باشد؛ همچنین روشن است که ضم ذمه به ذمه، به این معنا نیست که طلبکار دو طلب پیدا می‌کند و به دارایی‌هایش افزوده می‌شود. در ادامه به سه محور از مواردی که در میان اهل سنت اختلاف است اشاره می‌شود و برداشت فقهای امامیه نسبت به این سه محور بیان خواهد شد.

۱-۱. محور اختلافی اول: ضم در دین یا ضم در مطالبه

محور اول این است که آیا در ضمان ضم ذمه به ذمه، ضامن بدهکار می‌شود و از نظر وضعی ذمه او مشغول می‌شود یا اینکه صرفاً حق مطالبه از ضامن (درکنار مضمون عنه) وجود دارد و آنکه از نظر وضعی مدیون است تنها مضمون عنه است؟ طبعاً اینکه ذمه ضامن مشغول شده و بدهکار شود، هم از نظر تحلیلی و هم آثار عملی بسیار متفاوت است، باینکه صرفاً متعهد باشد و حق مطالبه از او وجود داشته باشد. در مورد نظر اول تعبیر به «ضم در دین» و در مورد نظر دوم تعبیر به «ضم در مطالبه» شده است. برخی نیز گفته‌اند اساساً ضمان ضم ذمه به ذمه دو صورت دارد و به هردو شکل می‌تواند واقع شود (السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۱۶۱). می‌توان گفت ضم در مطالبه، معادل چیزی است که در فقه امامیه از آن با نام «ضمان عرفی» یاد شده است (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۳۵۶ و ۳۵۹؛ زین الدین، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۴).

برخی از اهل سنت هردو نظر (ضم در دین و ضم در مطالبه) را مطرح کرده، به اکثر مشایخ خود



نسبت داده‌اند که اثر عقد ضمان، ثبوت حق مطالبه از ضامن است نسبت به دینی که بر ذمه مضمون عنه است. درحقیقت، ضامن نسبت به دینی که بر ذمه دیگری است مسئول می‌شود؛ یعنی دین واحد است و مطالبه شونده متعدد؛ سپس می‌گوید برخی از مشایخ ما بر این عقیده‌اند که دین بر ذمه ضامن هم ثابت می‌شود و مطالبه از آثار آن است؛ از این رو دو دین و دو حق مطالبه وجود دارد (علاء الدین کاشانی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۰). طبعاً مراد از تعدد دین، این نیست که مضمون له دارای دو طلب شده است و بتواند هر دو را استیفای کند؛ بلکه نظیر واجب کفائی است که با پرداخت یکی، دین از ذمه دیگری ساقط می‌شود.

شاید برخی برای دفع همین اشتباه است که به جای تعدد دین، به دین واحد که در دو ذمه وجود دارد تعبیر کرده‌اند. زحیلی می‌نویسد: درمقابل حنفیه که ضمان را ضم در مطالبه دانسته‌اند و معتقدند دین فقط در ذمه بدهکار اصلی ثابت است، مالکیه و شافعیه و حنابله ضمان را «ضم در دین» می‌دانند و قائل به ثبوت دین در دو ذمه‌اند. به تعبیری، دین امر اعتباری است و مانعی نیست از اینکه دین واحد در دو ذمه اعتبار شود، برخلاف عین که در زمان واحد امکان ندارد در دو ظرف موجود باشد (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۴۳)؛ بنابراین طبق این تحلیل، «تعدد دین» و «ثبوت دین واحد در دو ذمه» دو تعبیر با مراد یکسان‌اند که هر دو درمقابل ضم در مطالبه قرار می‌گیرد.

یکی از ادله اثبات نظریه ضم در دین، این است که اگر طلبکار دین خود را به ضامن ببخشد، این هبه قطعاً صحیح است؛ درحالی که هبه دین جز به «من علیه الدین» صحیح نیست. همچنین گفته شده است طلبکار می‌تواند با ضامن معامله‌ای انجام دهد و ثمن آن را دینی که بر ذمه ضامن است قرار دهد؛ درحالی که خرید کالا با دین فقط از «من علیه الدین» صحیح است. درمقابل این نظر، حنفیه گفته‌اند هر چند اعتبار دین واحد در دو ذمه معقول است؛ اما دلیلی بر آن وجود ندارد؛ زیرا غرض از ضمان، حصول توثیق است که با وجود حق مطالبه ثابت است (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۴۳-۴۱۴۴).

واضح است که این اختلاف دارای ثمراتی است، مثل بحث فروش و هبه دین که به آن اشاره شد؛ همچنین از ثمرات بسیار مهم این اختلاف این است که اگر ضمان، ضم در مطالبه باشد نه دین، در صورت موت، ضامن نباید دین را از ترکه او بردارد؛ بلکه در این صورت، عقد ضمان از بین می‌رود و مثل کفالت (تعهد به احضار دیگران) خواهد بود؛ زیرا دینی در کار نیست تا باقی باشد.

همانطور که برخی از اهل سنت گفته‌اند، این اختلاف صرفاً اختلاف نظری است، و گرنه از جهت آثار و

ثمرات، آثار نظریهٔ ضم در دین و ثبوت دین در ذمهٔ ضامن، مورد قبول همه است؛ زیرا احکامی که لازمهٔ این نظر است نیز مورد اتفاق اند؛ به عنوان مثال روایات حنفیه هم دلالت می‌کند بر اینکه در صورت موت ضامن، دین حال شده و از اموال او برداشته می‌شود که این حکم مخالف نظریهٔ ضم در مطالبه است (عابدین الدمشقی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۲۸۲).

بنابراین در جمع‌بندی می‌توان گفت از لحاظ نظری، غالب اهل سنت (به جز حنفیه) ضمان ضم ذمه به ذمه را موجب اشتغال ذمهٔ ضامن می‌دانند، نه صرف تعهد و حق مطالبه (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۴) و از لحاظ احکام و آثار عملی، همهٔ آن‌ها (حتی حنفیه) قائل به این نظرند. با توجه به این مطلب، به این نتیجه می‌رسیم که برداشت برخی فقهای امامیه از ضم ذمه به ذمه که آن را صرفاً تعهد به پرداخت دینی دانسته‌اند که در ذمهٔ دیگران ثابت است (خمینی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۴) برداشتی نادرست است؛ همچنین برخی دیگر از آنجایی که طلبکار مستحق یک مال است نه دو مال، گفته‌اند دین واحد نمی‌تواند در دو ذمه وجود داشته باشد؛ پس ضم ذمه به ذمه را به ضمیمه شدن عهده به اشتغال ذمه تفسیر کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۲)، به این معنا که با تحقق عقد ضمان، ذمهٔ ضامن به دین مشغول نمی‌شود، بلکه صرفاً تعهد به پرداخت دارد؛ اما چنان که گفته شد، ضمان ضم ذمه به ذمه مورد قبول اهل سنت (فارغ از صحت و عدم صحت آن)، این است که دین واحد در دو ذمه قرار می‌گیرد و آثار مدیون بودن ضامن مترتب می‌شود، نه اینکه صرفاً تعهد به پرداخت داشته باشد.

البته برداشت اکثر فقهای امامیه را می‌توان صحیح و مطابق واقع تلقی کرد. برخی ضمان ضم ذمه به ذمه را تفسیر کرده‌اند به اینکه ذمهٔ ضامن در کنار بدهکار اصلی مشغول به دین می‌شود؛ اما طلبکار، مالک یکی از این دو «ما فی الذمه» به نحو بدلی است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۸۶)؛ همچنین اشکالات عقلی برخی فقهای امامیه به ضم ذمه به ذمه، مبنی بر عدم امکان ثبوت دین واحد در دو ذمه (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۴۳) و پاسخ برخی به این اشکال عقلی (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۷۴؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۸۴)، نشان‌دهندهٔ برداشت صحیح از این نظریه است. حاصل اینکه فقه امامیه و فقه اهل سنت هر دو ضمان را موجب اشتغال ذمهٔ ضامن می‌دانند (نه صرف حق مطالبه) و اختلاف، در بریء شدن ذمهٔ مدیون اصلی است.

۲-۱. محور اختلافی دوم: توافق برخلاف ضم ذمه به ذمه

محور دوم اختلاف بین اهل سنت، نقطه مقابل اختلافی است که بین فقهای امامیه رخ داده است. فقهای شیعه که ضمان را نقل ذمه به ذمه می دانند، در اینکه آیا می توان با توافق طرفین عقد ضمان را به نحو ضم ذمه منعقد کرد یا نه اختلاف دارند. برخی گفته اند صحت چنین ضمانی گرچه مخالف مشهور است، اما بعید نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۱۷۶)؛ چنان که برخی صریحاً قائل به صحت شده اند (یزدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۲؛ یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰). در مقابل بسیاری از صاحبان حاشیه بر عروه از جمله محقق اصفهانی، بروجردی، عراقی، امام خمینی، نائینی و خوئی در صحت آن اشکال کرده اند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۱). در بین اهل سنت نیز این اختلاف وجود دارد که آیا می توان برخلاف ضم ذمه توافق کرد و عقد ضمان را طوری واقع کرد که نتیجه نقل ذمه را داشته باشد. این بحث در کتب اهل سنت با عنوان «ضمان به شرط برائت ذمه اصیل» مطرح شده است.

زحیلی ضمان به شرط برائت ذمه اصیل را صحیح می داند؛ اما به شافعیه نسبت می دهد که چنین شرطی را صحیح نمی دانند. استدلال شافعیه بر عدم صحت این شرط این است که مخالف مقتضای ضمان است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۹۱). برخی قائل به بطلان اصل ضمان شده اند و برخی گفته اند ضمان صحیح است و فقط شرط باطل است (الدّمیری، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۵۰۶)؛ اما وجه صحت چنین شرطی نزد فقهای عامه روایتی است که در آن ابوقتاده ضامن دو دینار از طرف میتی شد و با مداخله پیامبر اکرم ﷺ این ضمانت به نحو برائت ذمه میت واقع شد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۵). برخی نیز گفته اند این شرط صحیح است و طلبکار دیگر حق مطالبه از مضمون عنه را ندارد؛ اما این شرط، عقد ضمان را به عقد حواله تبدیل می کند و هر چند اسمی از عنوان حواله به میان نیامده است اما حواله واقع می شود؛ زیرا آنچه مهم است معنا و مقصود است، نه تعبیر (السمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۴۷؛ السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۴۶)؛ بنابراین فراوان تعبیر شده است که «ضمان به شرط برائت اصیل، حواله است؛ همان طور که حواله به شرط ضمان اصیل، ضمان است» (البابری، ۱۳۸۹، ج ۶، ص ۱۵۸؛ الحلبي، ۱۴۱۹، ص ۱۸۴؛ جماعة من علماء الهند الأعلام، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۳۰۵؛ دبیان بن محمد الدبیان، ۱۴۳۲، ج ۱۳، ص ۵۷۷).

۱-۳. محور اختلافی سوم: جواز مطالبه مطلق از ضامن

اختلاف سوم این است که آیا مضمون له مطلقاً می تواند از ضامن مطالبه دین کند یا اینکه فقط بعد از عدم امکان مطالبه از مضمون له چنین حق دارد. به مالک نسبت داده شده که تنها بعد از عدم امکان مطالبه از مضمون عنه، می توان دین را از ضامن مطالبه کرد؛ زیرا ماهیت ضمان را وثیقه دانسته است و آن را به رهن تشبیه کرده است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵). دلیل دیگری که برای این نظر ذکر شده، این است که ضامن فرع و مضمون عنه اصل است و با امکان رجوع به اصل، نوبت به رجوع به فرع نمی رسد (العثیمین، ۱۴۲۲، ج ۹، ص ۱۸۷). برخی اضافه کرده اند که مطالبه از ضامن با وجود امکان مطالبه از مضمون عنه قبح عرفی دارد و معهود این است که تنها در فرض عدم امکان به ضامن مراجعه می کنند (الفوزان، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۷۶)؛ همچنین در استدلال دیگری، به محسن و متبرع بودن ضامن تمسک شده و گفته اند از نظر اخلاقی مناسب این است که از شخص احسان کننده مطلقاً مطالبه صورت نگیرد (الخلیل، بی تا، ج ۴، ص ۱۲۳). این نظر منافاتی با نظر «ضم در دین» و مدیون بودن ضامن ندارد و در حقیقت، ذمه ضامن مشغول به دینی است که جواز مطالبه آن مشروط به عدم امکان مطالبه بدهکار اصلی است.

اما در مقابل، برخی گفته اند حق مطالبه از ضامن مطلقاً وجود دارد؛ زیرا ضامن بعد از قبول ضمانت، بدهکار می شود و هم سطح با بدهکار اصلی است (العثیمین، بی تا، ج ۱، ص ۴۷۹۵)؛ همچنین برای این نظر به برخی ادله لفظی مثل روایت «الزعم غارم» استدلال شده است که ضامن را مطلقاً مسئول می داند (الخلیل، بی تا، ج ۴، ص ۱۲۲؛ الهاجری، ۱۴۲۹، ص ۳۰۷). برخی دیگر نیز این نظر را قائل شده اند و قیاس ضمان به رهن را مردود دانسته اند (المقدسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۰۹).

با توجه به این مطالب روشن شد که این مسئله بین اهل سنت مورد اختلاف بوده و اینکه برخی فقهای امامیه ضم ذمه به ذمه را مساوی با یکی از این دو احتمال دانسته اند، صحیح نیست. برخی از فقهای امامیه ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت را به تقویت شدن ذمه مضمون عنه تفسیر کرده اند و گفته اند در صورت عدم پرداخت مضمون عنه، امکان مطالبه از ضامن وجود دارد (بروجردی، ۱۴۱۳، ق، ص ۱۲۸)؛ همچنین برخی گفته اند ضم ذمه به ذمه، تعهد به پرداخت دین در صورت عدم پرداخت مدیون است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ص ۴۸۹)؛ اما از طرف دیگر، برخی معنای ضم ذمه به ذمه را این دانسته اند که ضامن در عرض بدهکار اصلی، نسبت به دین مسئول است و طلبکار مطلقاً می تواند به هر یک مراجعه کند (صدر، ۱۴۰۱،



ص ۲۳۱؛ فیاض، بی تا- الف، ج ۲، ص ۳۷۳). از آنچه گذشت روشن شد که هیچ یک از این دو مطلب صحیح نیست و ضم ذمه به ذمه به هردو احتمال بین فقهای اهل سنت مطرح است؛ از این رو برخی از فقهای امامیه توجه داشته اند که نظریه ضم ذمه به ذمه قابلیت هر دو احتمال (ماهیت وثیقه ای یا امکان تعدد مطالبه مستقل) را دارد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۲؛ یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۶۴۳).

۲. بررسی احتمالات در محل نزاع بین فقه امامیه و اهل سنت

در ادامه، احتمالاتی که در مورد محل نزاع وجود دارد مطرح شده است و شواهد و مبعّدات هر یک از آنها بیان می شود. اکثر این احتمالات، شواهدی در کلمات فقهای امامیه و اهل سنت نیز دارد. نکته قابل تذکر این است که چنین نیست که این احتمالات غیر قابل جمع باشند؛ بلکه ممکن است نزاع بین فقه امامیه و فقه اهل سنت در دو یا سه جهت باشد؛ اما با وجود این، در انتهای بحث معقول ترین و قابل قبول ترین تصویری که برای محل نزاع وجود دارد ارائه خواهد شد.

۲-۱. احتمال اول: اختلاف در بحث لغوی

احتمال اول این است که اختلاف در اینکه ضمان نقل ذمه است یا ضم ذمه، بازگشت به این داشته باشد که ریشه این کلمه چیست؛ به این معنا که اهل سنت ضمان را مشتق از «ضَمَّ» دانسته اند؛ از این رو قائل به ضم ذمه به ذمه شده اند و امامیه آن را مشتق از «ضَمَنَ» دانسته اند و قائل به نقل ذمه به ذمه شده اند. طبق اشتقاق از «ضَمَّ»، ضمان از نظر لغوی به معنای ضمیمه شدن است و تناسب آن با ضم ذمه به ذمه واضح است، و چنان که برخی گفته اند طبق اشتقاق از «ضَمَنَ»، ضمان از باب تضمین است و با نقل ذمه تناسب دارد؛ زیرا ضامن دین را در ضمن ذمه خود قرار می دهد که عبارت است از نقل ذمه (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۷۹). برخی مناسبت دیگری نیز اضافه کرده، گفته اند وجه تسمیه ضمان طبق مبنای نقل ذمه، این است که ذمه ضامن، دین را در برگرفته و متضمن آن می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱).

از شواهد این احتمال این است که برخی از فقهای اهل سنت تصریح کرده اند که ضمان از ماده ضَمَّ مشتق شده است؛ بلکه با توجه به این اشتقاق گفته اند ضمان اقتضای ضم ذمه به ذمه می کند و نظریه ضم ذمه را لازمه این اشتقاق دانسته اند (المقدسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۰۹). در مقابل، بسیاری از فقهای شیعه

گفته‌اند طبق نظریه نقل ذمه، ضمان مشتق از «ضَمَن» است و به قائلان به نظریه ضَم ذمه به ذمه نسبت داده‌اند که ضمان را مشتق از «ضَمَّ» می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۲۲، ص ۴۱۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۲۷۹ و ۴۳۶). برخی از فقهای شیعه در کنار ادله‌ای که بر اثبات نقل ذمه ورد ضَم ذمه ذکر کرده‌اند، این دلیل لغوی را اضافه کرده‌اند و اشتقاق ضمان از «ضَمَن» و وجود این سه حرف در سایر مشتقات این ماده را شاهد یا دلیل بر رد نظریه ضَم ذمه به ذمه دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۴۴؛ نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳).

به نظر می‌رسد این بحث‌ها نادرست است و نباید اختلاف بین فقه امامیه و فقه اهل سنت را به بحث لغوی ارتباط داد، بلکه آنچه در مباحث قراردادها مهم است، شناخت ماهیت و مضمون معاملی قرارداد و احکام مترتب بر آن است؛ بنابراین هیچ اشکالی در این نیست که کسی ضمان را مشتق از ضَمَن بداند و در عین حال قائل به ضَم ذمه به ذمه شود، همان‌طور که برخی از اهل سنت بین این دو نظر جمع کرده‌اند (جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۶۳).

شواهد متعددی وجود دارد بر اینکه اختلاف بین فقه امامیه و فقه اهل سنت در بحث نقل و ضَم، به اشتقاق لغوی ماده ضمان ارتباطی ندارد. واضح است ضمان از ماده «ضَمَن» مشتق شده و وجود حرف نون در سایر مشتقات این کلمه (ضامن، مضمون، غنه، مضمون، له و غیره) بهترین دلیل است بر اینکه ضمان مشتق از ضَمَن است نه «ضَمَّ»؛ از این رو کسانی که ضمان را مشتق از ضَم دانسته‌اند مرتکب اشتباه شده‌اند، مگر اینکه چنان که برخی احتمال داده‌اند مرادشان نتیجه ضمان بوده باشد، نه اشتقاق لفظی آن (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۶۵)؛ همچنین اشتقاق ضمان از «ضَمَن» هیچ دلالتی بر نقل ذمه ندارد؛ زیرا متضمن بودن و در برداشتن دین اعم است از اینکه به نحو نقل ذمه باشد یا ضَم ذمه و چنان که اشاره شد برخی از اهل سنت همین را قائل شده‌اند. اساساً در کتب فقهی قدیم اهل سنت از عقد ضمان تحت عنوان کفالت نام برده می‌شود و کلمه ضمان شناخته شده نیست تا بحث از اشتقاق لغوی آن باشد (الشافعی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۳۴؛ علاء الدین کاشانی، بی تا، ج ۶، ص ۱۰).

نتیجه اینکه اولاً اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت به هیچ وجه در اشتقاق لغوی ضمان نیست؛ ثانیاً واضح است که ضمان از «ضَمَن» مشتق شده است نه از «ضَمَّ»؛ ثالثاً منافاتی بین اشتقاق ضمان از «ضَمَن» و قائل شدن به نظریه ضَم ذمه وجود ندارد؛ رابعاً کسانی از اهل سنت که اشتقاق ضمان از ضَم



را دلیل بر نظریهٔ ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند و فقهای از شیعه که اشتقاق ضمان از ضمن را دلیل بر رد این نظریه دانسته‌اند، مرتکب مسامحه شده‌اند؛ زیرا ارتباطی بین این دو مسئله وجود ندارد.

۲-۲. احتمال دوم: اختلاف در ماهیت ضمان

احتمال دوم این است که اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت در ماهیت عقد ضمان باشد؛ به این معنا که امامیه حقیقت ضمان را به معنای نقل ذمه یا تعهد به دین به نحو نقل ذمه به ذمه بدانند؛ اما اهل سنت ماهیت ضمان را ضم ذمه بدانند. تعبیرات برخی از فقیهان که از این اختلاف، تعبیر به اختلاف در معنای ضمان (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ص ۱۹) یا اختلاف در حقیقت ضمان (مشکینی، ۱۳۹۲، ص ۳۵۲) یا «معنای ضمان معهود» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۳۴) کرده‌اند، می‌تواند شاهد بر این احتمال باشد.

در راستای همین مطلب، عده‌ای از فقهای متأخر عنصر نقل ذمه به ذمه را در تعریف ماهیت ضمان ذکر کرده‌اند. برخی ضمان را به نقل مال از ذمهٔ مضمون عنه به ذمهٔ ضامن تعریف کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۲۳۳؛ تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۱۵۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۰۹؛ فیاض، بی‌تا- ب، ج ۲، ص ۳۷۲). برخی نیز به فقه امامیه نسبت داده‌اند که ضمان را نقل حق یا انتقال حق از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌داند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، بخش ۱، ص ۸۳). برخی دیگر از فقها ضمان اصطلاحی را به نقل ذمه به ذمه تعریف نکرده‌اند؛ بلکه ماهیت ضمان را تعهد دانسته‌اند، نه مطلق تعهد. در این تعریف گفته شده که ضمان عبارت است از تعهد به دین دیگری به طوری که دین از ذمهٔ مدیون به ذمهٔ ضامن منتقل شود (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۷۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳۵).

اما به نظر می‌رسد این تعاریف دقیق نیست؛ بلکه از باب خلط بین ماهیت و اثر است و اینکه امامیه دربارهٔ ضمان قائل به نظریهٔ نقل ذمه به ذمه است؛ به این معنا نیست که ماهیت ضمان را نقل ذمه به ذمه بدانند؛ از این رو برخی از فقیهان دقت داشته و گفته‌اند ضمان عقدی است که ثمرهٔ آن نقل ذمه به ذمه است (محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۹۲). با مراجعه به کتب قدیمی‌تر از فقیهان نیز معلوم می‌شود که نقل ذمه را در تعریف ماهیت ضمان ذکر نکرده‌اند. بسیاری از فقیهان، ضمان را به عهده گرفتن مال دانسته‌اند (ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ عاملی شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۵؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۴۵۹)؛ همچنین بسیاری در تعریف ضمان گفته‌اند عقدی است که برای به عهده گرفتن مال تشریع شده است

(بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۷۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۲؛ محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۸). گاهی نیز ضمان را به «به عهده گرفتن مال ثابت در ذمه» تعریف کرده اند که معادل به عهده گرفتن دین است (اراکي، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۹۹؛ موسوی سبزواری، بی تا، ص ۳۶۱).

بنابراین ماهیت عقد ضمان عبارت است از به عهده گرفتن دین دیگران، بدون اینکه نقل ذمه و بریء شدن ذمه مدیون اصلی در آن مدخلیتی داشته باشد؛ از سوی دیگر، به عهده گرفتن دین به دو نحو تکلیفی و وضعی قابل تصور است: گاهی به عهده گرفتن دین، صرفاً به نحو تکلیفی بوده و بیش از التزام به پرداخت، به همراه حق مطالبه متعهدله نیست؛ اما گاهی به عهده گرفتن دین، به معنای مدیون شدن و بدهکاری است که آثار مختص خود را دارد. برخی از فقیهان به این مطلب توجه داشته و گفته اند ضمان به معنای عام خود عبارت است از تعهد به مال دیگران و شامل هر دو قسم می شود (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۱؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)؛ با وجود این از مسلمات بین فقهای امامیه این است که در عقد ضمان اصطلاحی (نه ضمان در معنای عام)، دین در ذمه مدیون ثابت شده است و چنین نیست که صرفاً وجوب تکلیفی ادا باشد؛ بلکه تعبیر به نقل ذمه به ذمه که بسیار زیاد به کار رفته است (هرچند ماهیت ضمان نیست) همین مفهوم را دارد. به تعبیر شیخ طوسی، طلبکار حق رجوع به مضمون عنه را ندارد؛ زیرا ضمان موجب نقل مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می شود؛ از این رو فقط حق مطالبه از کسی را دارد که مال در ذمه اش ثابت است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۱۵)؛ همچنین بسیاری از فقیهان فرموده اند در صورت موت ضامن، دین را از ترکّه او برمی دارند (طوسی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۴)؛ بلکه اگر به نحو مؤجل ضمانت کرده بود، دین حال می شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۷؛ محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۹). همه این مطالب نشانگر آن است که ضمان اصطلاحی در فقه امامیه، مدیون شدن را به دنبال دارد و صرف تکلیف به پرداخت نیست.

بنابراین ماهیت عقد ضمان عبارت است از به عهده گرفتن و تحمل دین دیگران به معنای مدیون شدن به نحو وضعی؛ چنان که خواهیم گفت، به عهده گرفتن دین لزوماً به معنای منتقل شدن ذمه مدیون اصلی و برائت ذمه او نیست و امامیه اگر قائل به نقل ذمه است، از این باب است که حکم ضمان را نقل می داند، نه اینکه نقل ذمه اقتضای ذات ضمان باشد؛ در نتیجه اینکه در تعبیرات برخی فقیهان، به عهده گرفتن دین دیگران به معنای نقل ذمه و برائت ذمه مدیون دانسته شده است (رشتی، ۱۳۱۱، ص ۲۷۸؛ بجنوردی،



۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۸) یا اینکه نقل ذمه، لازمه و مقتضای ماهیت ضمان دانسته شده است (بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵)، مطلب ناتمامی است. طبعاً لازمه این مطلب این است که به عهده گرفتن دین دیگران به نحو ضم ذمه، امری خارج از ماهیت ضمان باشد که خلاف ارتکازات عقلایی است. در ادامه (ذیل احتمال چهارم) شواهد بیشتری بر این مطلب ذکر خواهد شد.

۲-۳. احتمال سوم: اختلاف در تفسیر اراده طرفین ضمان

احتمال سوم در مورد محل نزاع این است که اختلاف بین امامیه و اهل سنت در تفسیر اراده‌ای باشد که از طرفین عقد ضمان واقع می‌شود؛ به این معنا که هم امامیه و هم اهل سنت معترف اند که عقد ضمان می‌تواند به نحو نقل ذمه به ذمه واقع شود؛ یعنی ضامن متعهد به دین بدهکار شود، به این نحو که دین به او منتقل شود و ذمه مدیون اصلی بریء شود؛ همان طور که عقد ضمان می‌تواند به نحو ضم ذمه به ذمه واقع شود و اراده ضامن و مضمون له بر این باشد که علاوه بر امکان مراجعه به ضامن، دین بر ذمه بدهکار اصلی باقی باشد. طبق این احتمال، هیچ‌یک از این دو فرض خارج از ماهیت ضمان نیست و اختلاف بین دو گروه در این است که آنچه در عالم واقع و اراده طرفین رخ می‌دهد کدام است؟ طبق این احتمال، امامیه قائل به نقل ذمه‌اند، از این باب که معتقدند ضامن در عقد ضمان اراده نقل ذمه مدیون به ذمه خود می‌کند؛ در حالی که اهل سنت چون از اراده طرفین ضمان برداشت ضم ذمه می‌کنند، قائل به نظریه ضم ذمه به ذمه شده‌اند. از تعابیر برخی فقیهان به دست می‌آید که نقل ذمه به ذمه را مورد اراده طرفین عقد ضمان می‌دانند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۵۲).

نتیجه این احتمال آن است که اختلاف جدی بین امامیه و اهل سنت وجود نداشته باشد و فقه اهل سنت بپذیرد که اگر طرفین عقد ضمان اراده نقل ذمه به ذمه کرده باشند، نقل واقع می‌شود، همچنان که فقه امامیه باید بپذیرد که اگر عقد ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه اراده شد، ذمه بدهکار اصلی بریء نمی‌شود؛ اما به نظر می‌رسد این احتمال در مورد محل نزاع صحیح نیست. تفسیر اراده طرفین امری نیست که اختلاف نظر فقهی در آن جایگاهی داشته باشد، خصوصاً با توجه به اینکه عرف واحد است و دو برداشت متفاوت از تفسیر اراده بعید می‌نماید (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۵۰). از طرف دیگر، این اختلاف به شیعه و سنی ارتباطی ندارد و ممکن است بین فقهای شیعه یا بین فقهای اهل سنت نیز چنین اختلاف تفسیری وجود داشته باشد؛ همچنین اکثر ادله‌ای که طرفین برای نظریه خود اقامه کرده‌اند، نشان دهنده این است که

اختلاف به هیچ وجه در تفسیر اراده طرفین عقد ضمان نبوده است.

۲-۴. احتمال چهارم: اختلاف در حکم ضمان

احتمال چهارم این است که اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت در حکم عقد ضمان باشد. مطابق این احتمال، اختلاف نه در اشتقاق لغوی است و نه در تفسیر اراده طرفین و نه در ماهیت عقد ضمان، بلکه اختلاف در این است که آیا بعد از به ذمه گرفتن دین دیگران، حکم به برائت ذمه مدیون اصلی می شود یا خیر؟ بنابراین، مورد قبول طرفین است که نه نقل ذمه و نه ضم ذمه، هیچ یک در ماهیت عقد ضمان مدخلیت ندارد، بلکه اختلاف در حکم این عقد است؛ البته مراد از حکم عقد ضمان، اعم است از اینکه حکم شرعی تبعی باشد یا حکم عقلی یا حکم عقلایی. در حقیقت حکم ضمان به معنای امر خارج از ماهیت ضمان است، در مقابل احتمال دوم که ماهیت ضمان را نقل ذمه یا ضم ذمه می دانست. به نظر می رسد احتمال صحیح همین است که اختلاف در حکم ضمان است؛ اما بعد از تأمل می یابیم که خود این احتمال را باید به فروض مختلفی تقسیم کرد. قبل از بیان فروض مختلف این احتمال، شواهد اثبات آن در فقه امامیه و فقه اهل سنت بیان می گردد.

از مهم ترین شواهد این مطلب که اختلاف در حکم مترتب بر ضمان است، مراجعه به ادله ای است که برای اثبات نظریه نقل ذمه یا ضم ذمه اقامه شده است. اولین و بیشترین ادله ای که به آن ها استدلال شده، روایاتی است که در آن ها حکم به برائت یا عدم برائت ذمه مدیون شده است. طبعاً چنین استدلال هایی کاشف از این است که اختلاف بین امامیه و اهل سنت در حکم عقد ضمان است. بسیاری از فقهای امامیه (خصوصاً فقهای قدیم) برای اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه، فقط به برخی روایات استدلال کرده اند که در آن ها معصوم علیه السلام حکم به برائت ذمه مدیون کرده است (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۷؛ همو، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۶۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۸۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۱۵؛ علامه حلی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص ۴۲۴؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۴۳۵). تنها در کلام برخی از متأخرین است که اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه، به ماهیت عقد ضمان گره خورده است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۷۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۸؛ بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵). در فقه اهل سنت نیز اولین و بیشترین دلیلی که به آن برای اثبات نظریه ضم ذمه به ذمه تمسک شده است، ادله تبعی، یعنی احادیثی است که از طرق عامه نقل شده است؛ بلکه تعداد شاذی از ایشان که قائل به نقل ذمه به ذمه اند، به برخی احادیث دیگر

استدلال کرده‌اند (المقدسی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۰۸).

همچنین استدلال به اجماع از طرف فقهای امامیه همین امر را نشان می‌دهد. بسیاری از فقهایان برای اثبات اینکه عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است، به روایات و اجماع استدلال کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۱؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۲۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۲)؛ بنابراین این سنخ از استدلال‌ها نشان می‌دهد که اختلاف در حکم ضمان است و به ماهیت آن ارتباطی ندارد. اینکه گفته شود حکم روایات و اجماع فقها بر برائت ذمه مدیون، به خاطر این است که ماهیت ضمان جز نقل ذمه به ذمه نیست، اولاً ادعای بی‌دلیلی است و ثانیاً خلاف ظاهر است، وگرنه مناسب بود فقها این گونه استدلال کنند که اقتضای ضمان این است که ذمه بدهکار بریء شود، نه اینکه به دلیل تعدی (اجماع و روایات) تمسک کنند؛ بلکه به نظر می‌رسد حتی ادله عقلی که بر اثبات نقل یا ضم ارائه شده است، با این ادعا هماهنگ است؛ به عنوان مثال این استدلال که «دین واحد معقول نیست دو ذمه را مشغول کند» برای اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۳) بیانگر این است که حکم عقلی عقد ضمان این است که موجب نقل ذمه به ذمه می‌شود و ارتباطی به ماهیت این عقد ندارد. هرچند این استدلال عقلی ناتمام است؛ اما غرض در این بحث اثبات این مطلب است که محل نزاع، حکم و اثر ضمان است نه ماهیت آن.

از طرف دیگر، برخی از فقهای امامیه نقل ذمه به ذمه را ذیل عنوان «احکام ضمان» و بعد از بیان ماهیت، مشروعیت و ارکان ضمان ذکر کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۴۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۲). برخی تعبیر کرده‌اند که وقتی ضمان به نحو صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۶۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۸۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۱۱). همه این شواهد نشانگر آن است که نقل ذمه به ذمه، حکم عقد ضمان است نه ماهیت آن؛ از این رو نزاع در حکم عقد ضمان است. در ادامه به فروض مختلف احتمال چهارم اشاره می‌کنیم.

فرض اول این است که عقد ضمان می‌تواند به نحو نقل ذمه و ضم ذمه اراده شود؛ اما فقه امامیه قائل به این است که حکم عقد ضمان نقل ذمه است مطلقاً، در حالی که طبق فقه اهل سنت حکم عقد ضمان ضم ذمه است مطلقاً. طبق این فرض، فقه امامیه اجرای عقد ضمان حتی با اراده ضم ذمه را موجب نقل ذمه می‌داند و فقه اهل سنت اجرای عقد ضمان حتی با اراده نقل ذمه را موجب ضم ذمه به ذمه می‌داند.

برخی از فقیهان امامیه گفته‌اند تصریح طرفین ضمان به ضم ذمه به ذمه، نمی‌تواند مشروعیت بخشی کند و اگر چنین تصریحی کنند ظاهر این است که اصل ضمان (نقل ذمه) صحیح است و این تصریح باطل است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۸۸) در فقه اهل سنت نیز برخی گفته‌اند شرط برائت ذمه اصيل، باطل است؛ اما اصل ضمان صحیح است (الدّمیری، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۵۰۶). این فرض از این جهت بعید می‌نماید که خلاف قصد متعاقدين لازم می‌آید؛ لذا چنان‌که برخی گفته‌اند جداً بعید است که طرفین قصد نقل کنند و شارع حکم به ضم کند یا قصد ضم کنند و شارع حکم به نقل کند (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰).

فرض دوم این است که ضمان می‌تواند هم به نحو نقل ذمه و هم ضم ذمه اراده شود؛ اما فقه امامیه قائل به این است که عقد ضمان در صورت اول صحیح و در صورت دوم باطل است، چنان‌که طبق فقه اهل سنت قضیه برعکس است. طبق این فرض (برخلاف فرض قبلی) فقه امامیه اجرای عقد ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه را بی‌اثر می‌داند، چنان‌که فقه اهل سنت اجرای عقد ضمان به نحو نقل را بی‌اثر می‌داند. ظاهر عبارت فقیهانی که صحت ضمان به نحو اراده ضم ذمه را محل اشکال دانسته‌اند، این است که آن را اساساً باطل می‌دانند (خویی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۲۷؛ یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۱)؛ همچنین برخی از فقهای عامه گفته‌اند شرط برائت ذمه اصيل، مخالف مقتضای ضمان است (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۹۱) که نتیجه آن، بطلان اصل عقد و شرط است.

فرض سوم که از سایر فروض منطقی‌تر به نظر می‌رسد این است که در عین حال که می‌توان ضمان را به نحو نقل ذمه یا ضم ذمه اراده کرد، می‌توان ذات به عهده گرفتن دین دیگران را اراده کرد، بدون لحاظ و در نظر گرفتن اینکه ذمه مدیون اصلی بریء شود یا نشود؛ چنان‌که گذشت، ماهیت ضمان عبارت است از به عهده گرفتن دین دیگران و ضمان اصطلاحی نیز به معنای به عهده گرفتن دین دیگران به نحو وضعی و اشتغال ذمه به آن است. طبق این تحلیل در مورد ماهیت عقد ضمان، می‌توان ضمان را به معنای ذات اشتغال ذمه به دین دیگران انشاء کرد، بدون اینکه نظر و لحاظی به اینکه ذمه بدهکار اصلی بریء شود یا نه، وجود داشته باشد؛ بنابراین نقل ذمه و ضم ذمه، امور خارج از ماهیت عقد ضمان‌اند.

برای اثبات این مدعا می‌توان به عبارت محقق حکیم استشهد کرد. ایشان می‌نویسد:

«آنچه مورد اختلاف بین امامیه و اهل سنت است خارج از مفهوم و ماهیت ضمان بوده، بلکه از احکام آن است و آنچه ماهیت عقد ضمان

راتشکیل می‌دهد ذات به عهده گرفتن دین است بدون توجه به نقل یا ضم ذمه» (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۵۰).

از شواهدی که بر این مطلب آورده، این است که فقها ضمان را به تعهد به مال تفسیر کرده‌اند، در مقابل کفالت که صرفاً تعهد به نفس است نه بیشتر؛ اما برخی از حاشیه‌نویسان عروه گفته‌اند بعید است که ذهن ضامن خالی از حیث نقل و ضم باشد و نمی‌توان ضمان را بدون اراده نقل یا ضم انشاء کرد؛ از این رو ادعا کرده‌اند که ضمان نزد عقلایی از این دو حالت را دارد و یکی از این دو حالت، محتوا و ماهیت ضمان است، نه اینکه حکم آن باشد (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰). از آنچه گفتیم روشن شد که این ادعا صحیح نیست و حالت سوم وجود دارد که آنچه اراده شده است صرفاً تعهد به دین مضمون عنه است و خصوصیت نقل و ضم اساساً مورد لحاظ طرفین نیست.

به نظر می‌رسد معقول‌ترین وجه در تصویر محل نزاع، همین وجه است که مرحوم حکیم نیز به آن اشاره دارد. طبق این وجه، اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت، مخصوص موردی است که از ضمان فقط، «به عهده گرفتن» اراده شده است و اراده نقل ذمه یا ضم ذمه نشده است؛ اما اینکه طبق مبانی فقه امامیه بتوان ضمان ضم ذمه در صورت توافق را تصحیح کرد، نیازمند بررسی میزان دلالت ادله‌ای است که برای اثبات نظریه نقل ذمه ارائه شده است. به تعبیر دیگر، باید ملاحظه کرد که این ادله می‌توانند مانع صحت ضمان ضم ذمه در صورت توافق بر آن باشند یا خیر که از موضوع این تحقیق خارج است؛ با وجود این، چنان که گذشت در فقه امامیه برخی فقیهان متمایل به صحت ضمان در فرض اراده ضم ذمه به ذمه شده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۱۷۶؛ یزدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۲؛ شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۹)؛ هرچند گفته شده است ظاهر کلمات فقها این است که چنین ضمانی صحیح نیست (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱)؛ در مقابل برخی از فقهای اهل سنت نیز ضمان به شرط ابراء مضمون عنه را پذیرفته‌اند که طبعاً نتیجه آن نقل ذمه است؛ هرچند گفته شد که این مسئله مورد اختلاف است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۴۶).

❁ نتیجه‌گیری

وجه مشترک بین قائلین به نظریه ضم ذمه به ذمه در مقابل فقهای امامیه، این است که ضمان ناقل نیست و چنین نیست که با تحقق عقد ضمان، ذمه مضمون عنه بریء شده باشد و امکان مراجعه به او وجود نداشته باشد؛ هرچند در تفاسیل و جزئیات این مطلب اختلافاتی وجود دارد؛ از طرف دیگر، اینکه محل نزاع در این بحث، اختلاف در ریشه لغوی ضمان باشد نادرست است و شواهد زیادی برخلاف آن وجود دارد؛ همچنین اینکه اختلاف در تفسیر اراده طرفین عقد ضمان باشد صحیح نیست. احتمال سوم این است که اختلاف در حقیقت و ماهیت عقد ضمان باشد که هرچند از دو احتمال قبلی قریب‌تر است؛ اما شواهدی برخلاف آن نیز وجود دارد. در این تحقیق احتمال چهارم ترجیح داده شد که مطابق این احتمال، نزاع در اثر و حکم عقد ضمان است. شواهد متعددی بر صحت این احتمال وجود دارد، به ویژه ملاحظه ادله‌ای که طرفین به آن‌ها استدلال کرده‌اند. ذیل احتمال چهارم نیز سه فرض مطرح شد و در نهایت این نظر تقویت شد که ماهیت ضمان اصطلاحی عبارت است از به ذمه گرفتن دین دیگران و این مضمون می‌تواند مستقلاً و بدون لحاظ نقل ذمه (برائت ذمه مدیون) و ضم ذمه انشاء شود و شواهدی وجود دارد که بر اساس آن می‌توان محل نزاع را این فرض دانست.

فهرست منابع

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسين، (۱۳۵۹)، تحرير المجلة، چاپ اول، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
۲. ابن زهره، حمزه بن علي، (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، چاپ اول، قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
۳. ابن فهد حلي، احمد بن محمد، (۱۴۰۷ق)، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علمية بقم. مؤسسة النشر اسلامي.
۴. اراكي، محمد علي، (۱۴۱۴ق)، المسائل الواضحة، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزة علميه قم.
۵. اشتهازي، علي پناه، (۱۴۱۷ق)، مدارك العروة، چاپ اول، تهران: منظمة الاوقاف والشؤون الخيرية. دار الأسوة للطباعة والنشر.
۶. اصفهاني، ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، وسيلة النجاة، چاپ اول، قم: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۷. ايرواني، باقر، (۱۴۲۷ق)، دروس تمهيدية في فقه استدلالی على المذهب الجعفري، چاپ دوم، قم: مؤسسة الفقه للطباعة والنشر.
۸. البابرتي، أكمل الدين، (۱۳۸۹)، العناية شرح الهداية، چاپ اول، لبنان: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
۹. بجنوردي، حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية (بجنوردي)، چاپ اول، قم: نشر الهادي.
۱۰. بروجردي، حسين، (۱۴۱۳ق)، تقريرات ثلاثة، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علميه بقم. مؤسسة النشر اسلامي.
۱۱. بهبهاني، محمد باقر بن محمد اکمل، (۱۴۱۷ق)، حاشية مجمع الفائدة والبرهان، چاپ اول، قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني.
۱۲. تبريزي، جواد، (۱۳۸۹)، إرشاد الطالب في شرح المكاسب، چاپ اول، قم: دار الصديقة الشهيدة عليه السلام.
۱۳. تبريزي، جواد، (۱۴۲۶ق)، منهاج الصالحين، چاپ اول، قم: مجمع الامام المهدي عليه السلام.
۱۴. جزيري، عبد الرحمن، (۱۴۱۹ق)، الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب اهل البيت عليه السلام، جلد ۱، بيروت: دار الثقلين.
۱۵. جماعة من علماء الهند الأعلام، (۱۴۱۱ق)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، جلد ۱، بيروت: دار صادر.
۱۶. حائري طباطبائي، علي بن محمد علي، (۱۴۱۸ق)، رياض المسائل، چاپ اول، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۱۷. حر عاملي، محمد بن حسن، (۱۴۱۲ق)، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، دار إحياء التراث العربي.
۱۸. حسيني عاملي، محمد جواد بن محمد، (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم:

- جماعة المدرسين در حوزه علمیه بقم. مؤسسة النشر اسلامی.
۱۹. حکیم، محسن، (۱۳۷۴)، **مستمسک العروة الوثقی**، قم: دارالتفسیر.
۲۰. الحلبي، ابراهيم، (۱۴۱۹ق)، **ملتقى الأبحر في فروع الحنفية**، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۱. حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴ق)، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، چاپ اول، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی رحمته الله علیه.
۲۲. حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۲۵ق)، **کنز العرفان في فقه القرآن**، چاپ اول، قم: مرتضوی.
۲۳. الخلیل، احمد، (بی تا)، «شرح زاد المستقنع»، بی جا.
۲۴. خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۷۸)، **الرسائل العشرة**، قم: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام خمینی (قدس سره).
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحين**، چاپ ۲۸، قم: نشر مدينه العلم.
۲۶. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۰۹ق)، **مبانی العروة الوثقی**، چاپ اول، قم: منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی.
۲۷. دبیان بن محمد الدبیان، (۱۴۳۲ق)، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، چاپ دوم، بی جا.
۲۸. الدویری، کمال الدین، (۱۴۲۵ق)، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، چاپ اول، جدة: دارالمنهاج.
۲۹. رشتی، حبیب الله بن محمد علی، (۱۳۱۱)، **کتاب الإجارة (رشتی)**، بی جا.
۳۰. روحانی، محمد صادق، (۱۴۱۲ق)، **فقه الصادق عليه السلام**، چاپ اول، قم: دارالکتاب.
۳۱. الرخيلي، وهبة بن مصطفى، (بی تا)، **الفقه الاسلامي وادلته**، چاپ دوازدهم، دمشق: دارالفکر.
۳۲. زين الدين، محمد امين، (۱۴۱۳ق)، **کلمة التقوى**، قم: مطبعة مهر.
۳۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحکام في بيان الحلال والحرام**، چاپ ۴، قم: موسسه المنار.
۳۴. السمرقندی، محمد بن احمد بن ابی احمد، ابوبکر علاء الدین، (۱۴۱۴ق)، **تحفة الفقهاء**، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳۵. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷ق)، **منهاج الصالحين**، چاپ ۵، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی رحمته الله علیه.
۳۶. الشافعی، ابوعبد الله محمد بن ادريس، (۱۴۱۰ق)، **الأم**، بیروت: دارالمعرفة.
۳۷. شمس الأئمة السرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل، (۱۴۱۴ق)، **المبسوط**، بیروت: دارالمعرفة.
۳۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
۳۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۲۲ق)، **حاشية شرائع الإسلام**، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۰. شیرازی، سید محمد، (۱۴۱۳ق)، **الفقه، القواعد الفقهيّة**، چاپ اول، بیروت: موسسه امام رضا عليه السلام.

۴۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، (۱۴۲۱ق)، **جواهر الکلام**، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۴۲. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۱ق)، **البنک اللاریبی**، چاپ ۷، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۴۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، چاپ اول، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۴۴. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۰ق)، **المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف**، چاپ اول، مشهد: آستانة الرضویه المقدسة. مجمع البحوث اسلامی.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، چاپ سوم، تهران: مکتبة المرتضویه.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علمیه بقم. مؤسسه النشر اسلامی.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، **الرسائل العشر**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. عابدین الدمشقی، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، (۱۳۸۶)، **رد المحتار علی الدر المختار**، چاپ دوم، بیروت: شركة مکتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
۴۹. عاملی شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰ق)، **اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة**، چاپ اول، بیروت: دار التراث- الدار الاسلامیة.
۵۰. العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، (۱۴۲۲ق)، **الشرح الممتع علی زاد المستقنع**، چاپ اول، بیروت: دار النشر.
۵۱. العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، (بی تا)، **الشرح الصوتی لراد المستقنع**، در تفریغ مکتوب لشرحین صوتیین للعلامة ابن عثيمين بر زاد المستقنع، مؤسسه وقف فهد بن عبد العزيز السعيد وإخوانه.
۵۲. علاء الدین کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (بی تا)، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۵۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۷۸)، **ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد**، چاپ اول، قم: اسماعیلیان.
۵۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ق)، **تذکرة الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۵۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة**، چاپ اول، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۵۶. فاضل موحدي لنكراني، محمد، (۱۳۸۳ق)، **القواعد الفقهية**، چاپ اول، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار علیهم السلام.
۵۷. فاضل موحدي لنكراني، محمد، (۱۴۲۹ق)، **تفصيل الشريعة (كتاب الغصب وإحياء الموات والمشتريات واللقطة)**، چاپ اول، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار علیهم السلام.
۵۸. الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله، (۱۴۲۳ق)، **الملخص الفقهي**، چاپ اول، ریاض: دار العاصمة.
۵۹. فیاض، محمد اسحاق، (بی تا- الف)، **منهاج الصالحین**، قم: مکتب سماحة آية الله العظمی الحاج الشيخ محمد اسحاق الفياض.

۶۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، چاپ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶۱. کاشف الغطاء، احمد، (۱۴۲۳ق)، سفينة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. چاپ اول، نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة.
۶۲. گلیایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳ق)، هداية العباد، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۶۳. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چاپ ۶، قم: مطبوعات دینی.
۶۴. — (بی تا)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، عبدالحسین محمد علی بقال، اسماعیلیان.
۶۵. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۹ق)، رسائل المحقق الکرکی، چاپ اول، قم: مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی رحمته الله علیه.
۶۶. مشکینی اردبیلی، علی، (۱۳۹۲ق)، مصطلحات الفقه، تحقیق حمید احمدی جلفایی، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث. سازمان چاپ و نشر.
۶۷. المقدسی، محمد بن قدامه، (۱۴۱۷ق)، المغنی، ریاض: دار عالم الکتب للطباعة والنشر والتوزيع.
۶۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ق)، رسالة توضیح المسائل، چاپ دوم، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۶۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، (بی تا)، جامع الأحکام الشرعیة، مؤسسة المنار.
۷۰. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۷۱. الهاجری، حمد بن محمد الجابر، (۱۴۲۹ق)، القواعد والضوابط الفقهية فی الضمان مالی، چاپ ۱۴۲۹، عربستان: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع.
۷۲. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (۱۳۷۶)، سؤال و جواب (یزدی)، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۳. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (۱۴۱۰ق)، حاشية المكاسب، قم: اسماعیلیان.
۷۴. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (۱۴۱۹ق)، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، چاپ اول، تصحیح احمد محسنی سبزواری، قم: جماعة المدرسين در حوزه علمیه بقم. مؤسسة النشر اسلامی.
۷۵. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (۱۴۲۸ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، چاپ اول، تحقیق ناصر مکارم شیرازی، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۷۶. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (بی تا)، العروة الوثقی مع تعليقات محمد الفاضل الکنرانی، چاپ اول، تحقیق محمد فاضل موحدی لکنرانی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

جایگاه قضاوت تحکیمی در شریعت از منظر فقه فریقین

مرتضی دلبریان^۱



چکیده

قاضی تحکیم، اصطلاحی در فقه قضایی است که در مقابل قاضی منصوب مطرح شده است و طرفین دعوا او را به هدف حکم کردن در میانشان منصوب می‌کنند. یکی از معضلاتی که امروزه سیستم قضایی با آن روبه‌رو است، انباشته شدن پرونده‌های زیادی در دادگاه‌ها جهت بررسی و صدور حکم است که برای مسئولین این امر، بررسی هر کدام از دعاوی به زمان بسیاری نیاز دارد. به منظور حل این مشکل، آنچه در فقه توسط فقهای شیعه و سنی مطرح شده است، نهاد قضاوت تحکیمی است. در مشروعیت قضاوت تحکیمی بین فقهای اسلام اختلاف نظرهایی وجود دارد و این امر باعث شده است برخی قائل به مشروعیت این نوع قضاوت و عده‌ای قائل به عدم مشروعیت آن شوند و برخی دیگر نیز بین زمان حضور و غیبت امام معصوم (علیه السلام) تفصیل قائل شوند. در این نوشتار سعی شده است برای حل معضل یادشده، نظریه‌های فقهی گوناگون مطرح شود. نوآوری این مقاله رامی‌توان بررسی نظریه‌ها به همراه ادله هر کدام در فقه امامیه و اهل سنت، به صورت مقارنه‌ای دانست. در این نوشتار، مشروعیت این نهاد قضاوت در عصر غیبت و در حکومت اسلامی برای احقاق حق مردم اثبات شده است؛ همچنین آنچه مؤید نظریه مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی است، مطابقت این نظریه با اهداف و مقاصد کلی شارع از جمله حفظ نظام و مصلحت جامعه اسلامی و عدم تضییع حقوق مردم و احقاق حق مردم در عصر غیبت است.

واژگان کلیدی: قاضی تحکیم، فقه قضایی، مشروعیت قضاوت تحکیمی، نظریه‌های فقهی.

✽ طرح مسئله

در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، در مورد قضاوت تحکیمی معین شده است که:

«طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق فصل خصوصت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.» (قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۵، ماده ۶)

محققانی که با قوانین ایران آشنا هستند، اطلاع دارند که قانون‌گذار برای اولین بار مراجعه به قاضی تحکیم را در ماده فوق تجویز کرده است؛ با توجه به جدید بودن نهاد مزبور در قوانین موجود ایران که برگرفته از مباحث فقهی است، شایسته است که درباره آن تحقیق و بررسی صورت گیرد.

اگرچه قاضی تحکیم عنوانی نوپدید در قوانین ایران به شمار می‌رود؛ ولی سابقه‌ای طولانی در علم فقه دارد. در کتب فقیهان قدیم از جمله شیخ صدوق و شیخ مفید، مبحثی به عنوان قاضی تحکیم یافت نمی‌شود و اول کسی که بدون تعرض به عنوان قاضی تحکیم در کتاب فقهی خود در این موضوع بحث نموده است، جناب شیخ الطائفه شیخ طوسی است و نیز اول کسی که درباره قاضی تحکیم نظر داده است، شهید اول در کتاب الدروس الفقهیه بوده است؛ از این رو با عنایت به منشأ این بحث، ضروری است که در این باره، با توجه به پرسش‌هایی که در پی خواهد آمد، بحثی فقهی انجام پذیرد.

از یک طرف سیاست صحیح قضایی ایجاب می‌کند که دستگاه عدالت قضایی تا حد امکان از تراکم پرونده‌ها جلوگیری کند و با سرعتی همراه با دقت به آن‌ها رسیدگی نماید و با کمترین هزینه و نیروی انسانی به حل و فصل دعاوی بپردازد؛ از طرفی دیگر افزایش روزافزون جمعیت و به وجود آمدن شرایط و امکانات جدید با پیچیدگی‌هایی که دارند و شتاب هرچه بیشتر زندگی مادی، موجب شده است که اجحاف به حقوق و ارتکاب جرائم نیز افزایش یابد و این امر موجب می‌شود که مردم برای تأمین حقوق خویش بیشتر به دستگاه قضایی مراجعه نمایند؛ در نتیجه موجب تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضایی می‌شود که این خود عوارض دیگری را در پی دارد و سبب می‌شود که دستگاه قضایی نتواند سرعت و دقت مطلوب را در بررسی پرونده‌ها داشته باشد؛ علاوه بر این، تراکم پرونده‌ها از نظر مالی نیز برای دستگاه قضایی بسیار هزینه‌بر

است؛ از این جهت، اگر بتوان سیاستی را به کار گرفت که تا حد امکان از مراجعه مردم به دادگاه جلوگیری کند، امری مطلوب و پسندیده است.

از جمله ثمرات واضح پذیرفتن قاضی تحکیم این است که باعث همکاری و تعاون طرفین دعوا در جهت فصل خصومت می شود و نیز موجب می شود که تنش های به وجود آمده میان آن ها کاهش یابد. در نظام قضایی تعمیمی یکی از طرفین یعنی خواهان شکایت می کند و دیگری یعنی خوانده به دادگاه احضار می شود. این امر باعث کشمکش و تعارض میان طرفین دعوا می شود و در برخی موارد حاضر نشدن به موقع در دادگاه، دادرسی را طولانی می کند؛ اما در نهاد قضاوت تحکیمی، طرفین دعوا قبل از مراجعه به قاضی تحکیم ناچارند توافق و مصالحه کنند و این امر از جهت روانی، کمک قابل توجهی در حل دعوا می کند. در واقع می توان ادعا نمود که این راه حل، نوعی سیاست خصوصی سازی امر قضاوت محسوب می شود که در جهت دست یافتن به یک نظام رسیدگی سریع و دقیق، همراه با کاهش هزینه و نیروی انسانی، امری پذیرفتنی و پسندیده است.

مسئله قضاوت تحکیمی از دیرباز در فقه مطرح بوده است و فروعیات مختلف آن در بیان فقیهان و پژوهشگران، در قالب کتب و مقالات و رساله های مختلف مورد بررسی قرار گرفته است. از جمله مقالاتی که در این موضوع نوشته شده است، مقاله «امکان سنجی مشروعیت قضاوت تحکیمی در حکومت اسلامی در زمان غیبت» و مقاله «بررسی ادله نفی قضاوت تحکیمی با رویکرد فقه مقارن» است که آن هم بیشتر با رویکرد نقد ادله فقهایی است که در مقام نفی قضاوت تحکیمی برآمده اند. از جمله مقالات دیگر که در این مسئله به رشته تحریر درآمده است، مقاله «قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت» است که با رویکرد این مقاله هم ناظر به نظرات فقه های امامیه است؛ اما در نوشتار حاضر، علاوه بر مباحث مطرح شده در مقالات مذکور، به نظریه های فقه های فریقین و ادله آن ها درباره مباحث مرتبط با نهاد قضاوت تحکیم پرداخته شده است؛ مباحثی مانند: دامنه شمول و کاربرد قضاوت تحکیمی و نیز بررسی شرطیت رضایت طرفین دعوا قبل و بعد از صدور حکم قاضی تحکیم.

از جمله پرسش هایی که در این تحقیق به دنبال پاسخ به آن ها هستیم این موارد است:

۱. اقوال فقه های فریقین نسبت به جایگاه قضاوت تحکیمی در فقه چیست؟
۲. ادله هر کدام از اقوال نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی چیست؟



۳. دامنه کاربرد و شمول نهاد قضاوت تحکیمی در نگاه فقهای فریقین تا کجاست؟ آیا صرفاً در دعاوی حقوقی کاربرد دارد یا اینکه می‌توان در دعاوی کیفری نیز از آن استفاده نمود؟
۴. آیا از نظر فقهای فریقین بعد از قضاوت قاضی تحکیم، حکم قاضی نسبت به طرفین دعوا نافذ است یا اینکه بعد از صدور حکم نیز، نیاز به رضایت طرفین دعوا دارد؟

۱. مفهوم شناسی قاضی تحکیم

صاحب جواهر قائل است که قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا به قضاوت او راضی باشند و همچنین باید دارای همه شرایط قضاوت از جمله بلوغ، عقل، طهارت مولد، ذکوریت، اجتهاد، ایمان و عدالت به غیر از اذن از جانب امام علیه السلام باشد. ایشان بر اعتبار کلیه این شرایط نیز ادعای اجماع نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۴۰).

همچنین در اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم اختلاف است. مشهور فقهای امامیه قائل اند که قاضی تحکیم باید کلیه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را نیز داشته باشد؛ اما برخی از علمای معاصر امامیه از جمله محقق خوئی در کتاب مبانی تکملة المنهاج، اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند و دلیل ایشان اطلاق برخی از آیات قرآن^۱ و روایات^۲ در این باره است (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲، ص ۲).

موسوی اردبیلی در کتاب فقه القضاء خود در تعریف قاضی تحکیم فرمودند: قاضی تحکیم شخص یا اشخاصی است که طرفین نزاع تراضی بر مطرح نمودن ترافع در نزد او کرده‌اند و همچنین متعهد به قبول حکم او و عمل به آن شده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۱۰).

به بیان دقیق‌تر، فقیهان برای حل نزاع و اختلاف در بین طرفین دعوا سه راه حل ارائه نموده‌اند:

۱. حکم قاضی منصوب: یعنی حکم شخصی که از طرف حکومت اسلامی و حاکم اسلامی برای قضاوت تعیین شود و به طور رسمی دارای این مقام گردد.
۲. حکم قاضی تحکیم: حکم کسی که طرفین دعوا، او را برای قضاوت انتخاب و گزینش نمایند.
۳. حکم قاضی امر به معروف: کسی که از راه امر به معروف، متصدی فصل خصومت در بین طرفین دعوا شود، نه به عنوان قاضی رسمی.

طبق نظر آیت الله موسوی خلخالی، این مراتب سه گانه در طول یکدیگر قرار دارند؛ به این معنا که اعتبار و نفوذ هر یک از این مراحل سه گانه از مرحله بعدی قوی تر است و همچنین از لحاظ شرایط قاضی - در

سلسله مراتب طولی - دارای شرایط و قیود بیشتری است؛ به این ترتیب حکم «قاضی منصوب» در فقه، قطعی و لازم الاجراء است و برای هیچ کس، حتی مجتهد دیگر قابل ردّ و تجدید نظر نیست و دعوا مختومه تلقی می شود؛ زیرا قاضی منصوب دارای مقام ولایت قضایی است که شعبه ای از ولایت فقیه است و ردّ حکم او، ردّ حکم امام علیه السلام است و ردّ امام علیه السلام ردّ خداست و در قاضی منصوب، اجتهاد و عدالت شرط است و در عموم دعاوی و اختلافات می تواند قضاوت نماید؛ اما قاضی امر به معروف یعنی کسی که رفع اختلاف را به صورت امر به معروف انجام می دهد، به هیچ وجه مقام رسمی نیست و نه تنها اجتهاد در او شرط نیست، بلکه از نظر مسا عدالت نیز در امر به معروف شرط نخواهد بود؛ زیرا وظیفه عموم مسلمین است که امر به معروف نمایند، چه در مورد رفع اختلافات یا غیر آن و فقط آگاهی به احکام کافی است و متقابلاً دستور آن ها به معنای قضاوت رسمی نیست و فقط جنبه ارشاد خواهد داشت و با حکم ایشان اجرای حدود و الزام رسمی صورت نمی گیرد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۵۴).

البته این نکته را باید یادآور شد که بر طبق علم حقوق و نظام قضایی کنونی که این نوشتار در مقام بیان و تطبیق آن نیست، نظر قاضی صرف انشاء حکم است و حکم، تابع تصمیم قاضی نیست، بلکه تابع قوانین مصوب دولت است؛ از این رو باین که همه قضات در نظام قضایی کنونی، قاضی منصوب هستند؛ ولی حکم آن ها قطعی و نهایی نیست و در دادگاه تجدید نظر قابل تغییر است.

همچنین سید کاظم حائری در تعریف قاضی تحکیم فرمودند: قاضی غیر منصوب یا قاضی تحکیم کسی است که در ابتدا و فی نفسه برای قضاوت نصب نشده است، بلکه در صورت تراضی اصحاب دعوا حق قضاوت دارد و تراضی آن ها با توجه به اجازه شارع مقدس به چنین توافقی، به او حق اعمال ولایت می دهد (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۱).

در بیان فقیهان اهل سنت نیز برای تعریف قاضی تحکیم تفاوت خاصی نسبت به تعاریف فقهای شیعه دیده نمی شود. از جمله این که دکتر وهبه ذحیلی به نقل از کتاب الدر المختار در تعریف قاضی تحکیم می گوید:

«تولیه الخصمین حاکماً یحکم بینهما» (ذحیلی، ۱۴۲۷ق، ص ۵۰۱).

سایر علمای اهل سنت نیز تعریف خاصی برای قاضی تحکیم ذکر نکرده اند.

۲. اقوال فقهای فریقین نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی

۲-۱. مشروعیت قضاوت تحکیمی

مشروعیت قضاوت تحکیمی مورد پذیرش مشهور فقهای فریقین قرار گرفته است و ادله‌ای از کتاب، سنت و اجماع و... بر آن اقامه کرده‌اند و درباره آن ادعای اجماع و عدم خلاف نیز نموده‌اند.

شهید اول در کتاب الدروس خود در باب مشروعیت قضاوت تحکیمی می‌فرماید: قضاوت تحکیم شرعاً جایز است؛ اگرچه در شهر قاضی وجود داشته باشد و بر مترفعین که تراضی بر حکم واقع شدن چنین قاضی جهت صدور حکم را داشتند، حکم این قاضی لازم‌العمل است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی نیز در کتاب مسالک در مشروعیت قضاوت تحکیم فرمودند: مشهور بین اصحاب جواز و مشروعیت قضاوت تحکیم است و همچنین بر این قول ادعای عدم خلاف نیز شده است و همچنین در زمان صحابه پیامبر ﷺ نیز قضاوت تحکیمی وجود داشته است و احدی از صحابه آن را انکار نکرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

از جمله فقهای امامیه که قائل به مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده است، شیخ طوسی است. ایشان در کتاب خلاف خود می‌فرماید: اگر دو نفر جهت حکم کردن بین خودشان به فردی مراجعه نمودند و او را به عنوان حکم و قاضی انتخاب نمودند و بر حکم واقع شدن او رضایت دادند، این قضاوت جایز و مشروع است و بر این قول ادعای عدم خلاف نیز نموده‌اند؛ پس اگر این قاضی، حکمی نسبت به این طرفین دعوا صادر کرد، بر هر دو نفر این حکم لازم‌العمل است و بعد از حکم قاضی تحکیم، برای هیچ کدام از طرفین نسبت به نقض نمودن حکم قاضی اختیاری نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

محقق اردبیلی نیز قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی است و می‌فرماید: اگر طرفین دعوا در محاصمه بر یک نفر برای صدور حکم الله تراضی نمایند و از سویی آن فرد مأذون و منصوب از جانب امام (ع) به نصب خاص یا عام هم نباشد و شرایط صدور حکم از جمله اجتهاد و عدالت را نیز داشته باشد، چنین حکم و قضاوتی صحیح و مشروع است و بر طرفین دعوا نیز لازم‌العمل است و امکان نقض آن حکم نیز برای طرفین دعوا جایز نیست (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۱۷).

ابن قدامه از علمای مذهب حنبلی نیز در کتاب المغنی گفته است: اگر چنانچه دو نفر بر یک نفر تحاکم

کنند که در بین آن دو حکم کند و هردو رضایت به صدور حکم از جانب او نیز دارند و همچنین آن فرد صلاحیت قضاوت را دارد، حکم چنین فردی (قاضی تحکیم) نافذ و جائز است و بر طرفین دعوا نیز این حکم لازم و نافذ خواهد بود. ایشان در ادامه می‌گویند: وقتی که نفوذ حکم قاضی تحکیم ثابت شد، در نتیجه نقض کردن حکم قاضی تحکیم نیز بر طرفین جائز نیست؛ ولی برای هریک از طرفین دعوا، قبل از شروع قاضی به صدور حکم، جائز است که از تحکیم خود برگردند؛ اما اگر بعد از شروع حکم قاضی از تحکیم خود برگردند، دو وجه در مسئله است: اول این که برای او چنین کاری جائز است، زیرا حکم هنوز تمام نشده است؛ دوم این که برای او چنین رجوعی جائز نیست، زیرا این رجوع از تحکیم هریک از طرفین دعوا منجر به این می‌شود که اگر هر کدام حکم قاضی را موافق با نظر خود نداند تحکیم را به هم بزند و رجوع کند که این خود موجب بطلان مقصود از تحکیم می‌شود (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

در کتاب نه‌ایة المحتاج نیز آمده که اگر دو نفر طرفین دعوا یا بیشتر فردی را به عنوان قاضی قرار دادند و به او مراجعه نمودند، در غیر موارد حدود و تعزیرات، حکم این قاضی (قاضی تحکیم) مطلقاً جایز است، خواه قاضی افضل از او وجود داشته باشد و خواه نباشد؛ البته به شرطی که آن فرد اهلیت و صلاحیت قضاوت را داشته باشد. عده‌ای در اینجا گفته‌اند که مشروعیت قضاوت تحکیمی در صورتی ثابت است که قاضی منصوب در شهر نباشد (رملی شافعی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۲۴۲).

در کتاب شرح کبیر نیز آورده شده است که برای طرفین دعوا جایز است برای تحکیم، به مردی که خصم نیست (جاهل و کافر نیست) و ولایت شرعی در قضاوت ندارد، رجوع نمایند تا در نزاع رخ داده در بینشان حکم کند (الدسوقی مالکی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲).

ابن مسعود کاسانی نیز در بدائع الصنائع قائل به مشروعیت قضاوت تحکیم شده است (کاسانی، ۱۴۱۸ق، ص ۹۳).

در میان مذاهب اهل سنت نیز مذهب شافعی در یکی از دو قول خود، قائل به مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده است. مذهب شافعی در باب لزوم حکم قاضی تحکیم بر طرفین دعوا، دو قول را مطرح کرده است: اول اینکه به سبب نفس حکم قاضی بر افراد، این حکم لازم می‌شود؛ دوم اینکه بعد از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، نفوذ و تأثیر این حکم متوقف بر ترازی طرفین دعوا است؛ بنابراین در صورت ترازی طرفین بعد از صدور حکم قاضی تحکیم، بر هردو لازم العمل می‌شود (عمرانی شافعی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۳، ص ۲۳).

النووی دمشقی در کتاب روضة الطالبین نیز قول اظهر در نزد جمهور اهل سنت را جواز و مشروعیت قضاوت تحکیمی بر شمرده است (نووی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص ۱۰۵).

ابن رشد قرطبی از علمای مالکیه در کتاب خود نسبت به مبحث مشروعیت قاضی تحکیم در بین مذاهب اهل سنت گفته است که در بین علمای اهل سنت نسبت به نفوذ حکم کسی که ولایت شرعی بر احکام ندارد و طرفین دعوا نسبت به آن فرد تراضی دارند (قاضی تحکیم) اختلاف وجود دارد. در میان مذاهب اهل سنت، مالکیه قائل است که قضاوت تحکیمی جائز است و ابوحنیفه نیز قائل شده که حکم قاضی تحکیم نافذ است؛ البته به شرطی که حکم او موافق حکم قاضی بلد باشد (قرطبی، ۱۴۳۲ق، ج ۶، ص ۴۶۶).

۲-۲. عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی

در میان فقهای شیعه، علامه حلی در کتاب تحریر الأحکام با نفوذ حکم قاضی تحکیم بعد از قضاوت مخالفت کرده است و آن را نپذیرفته و فرموده است: حکم چنین قاضی بر طرفین دعوا لازم نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۱۳). از جمله فقهای امامیه که اصل مشروعیت قضاوت تحکیمی را نپذیرفته‌اند، آقاضیاء عراقی است. ایشان در این باب می‌فرماید: مسئله قضاوت تحکیمی از اصول مورد بحث در فقه امامیه نیست؛ بلکه از اصول فقه اهل سنت است و در ادله و منابع اولیه فقه شیعه مطلبی درباره قضاوت تحکیمی وجود ندارد؛ از این رو شایسته است که اصل بحث قضاوت تحکیمی در فقه شیعه را انکار کنیم؛ همچنین مولی علی کنی نیز که از فقهای شیعه بوده است، اصل بحث قضاوت تحکیمی را دارای اعتبار نمی‌داند (عراقی، بی‌تا، ص ۲۱).

از جمله فقهای دیگر امامیه که در مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی تشکیک کرده است و از کلام ایشان برداشت مخالفت می‌شود، موسوی خلخالی است. ایشان در کتاب حاکمیت در اسلام خود در این باب می‌فرماید: در زمان حضور، افراد خاصی به نصب خاص از ناحیه امام منصوب می‌شدند و گاهی اوقات نیز ممکن بود که خود متخاصمین کسی را به عنوان قاضی تعیین کنند؛ یعنی چنین مقامی را به او بدهند تا میان آن‌ها قضاوت کند و دعوا را خاتمه دهد، اعم از آنکه قاضی منصوب در اختیار باشد یا خیر؛ یعنی در قاضی تحکیم، هیچ‌گونه اضطراری مطرح نبود؛ ولی سخن در این است که آیا شریعت، اعتباری برای چنین قضاوتی قائل شده است یا نه؟ یعنی آیا نصب متخاصمین موضوع امضای شرعی قرار می‌گیرد؟ و ثمره چنین اعتباری نفوذ قضاوت در جمیع آثار حقوقی و حکمی خواهد بود؟ همان‌طور که بیان شد تعدادی از فقیهان بر اعتبار

شرعی چنین قضاوتی ادعای شهرت بلکه اجماع نموده‌اند و اعتبار قضاوت تحکیمی نزد جمعی از علمای عامّه نیز ثابت است. از نظر موسوی خلخالی، قاضی تحکیم از این جهت که با رضایت طرفین انتخاب شده است، شرایط کمتری در او در نظر گرفته می‌شود و متقابلاً اعتبار و رسمیت او از اعتبار قاضی منصوب کمتر خواهد بود؛ همچنین اجتهاد در او شرط نیست و نیاز به اجازه فقیه ندارد؛ بنابراین نمی‌تواند حدود را اجرا کند؛ گرچه جمعی از علما و شاید اکثر آن‌ها فرموده‌اند که وجود تمام شرایط از جمله «اجتهاد» در قاضی تحکیم نیز ضروری است؛ ولی این سخن به انکار وجود قاضی تحکیم بازمی‌گردد؛ زیرا فقیه، خود قاضی منصوب است و دیگر حاجت به حکمیت و انتخاب طرفین ندارد و انتخاب طرفین به او رسمیت زائدی نمی‌دهد. به هر حال، سخن ما در قضاوت فردی است که به انتخاب متخاصمین تعیین شده است و دارای مرتبه فقاهاست نیست. بدیهی است که اعتبار قضاوت چنین فردی بستگی کامل به وجود دلیلی خواهد داشت که بتوان به استناد آن، تمامی آثار شرعی را مرتب نمود؛ اما به نظر می‌رسد دلیل معتبری در کتاب و سنت وجود ندارد؛ بنابراین حکم قاضی تحکیم هیچ‌گونه رسمیت و اعتبار شرعی نخواهد داشت و عمل به آن بستگی کامل به رضایت متخاصمین دارد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۱).

در میان مذاهب اهل سنت نیز فقط مذهب شافعیه در یکی از دو قول خود قائل به عدم جواز حکم قضاوت تحکیمی شده است. غزالی که از فقهای مذهب شافعی است، قائل به ممنوعیت قضاوت تحکیمی است و گفته است: «التحکیم جائز علی اضعف القولین» (غزالی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۳۸).

از این کلام برداشت می‌شود که عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی از نظر مذهب شافعیه اقوی است، همان‌طور که در کتب دیگر مذاهب اهل سنت نیز به همین عدم جواز قضاوت تحکیمی از نظر مذهب شافعیه (البته بنابر یکی از دو قول مذهب شافعیه) تصریح شده بود.

۲-۳. تفصیل بین عصر حضور و غیبت امام معصوم علیه السلام

از میان فقهای شیعه که قائل به تفصیل بین عصر حضور و غیبت شده است و قضاوت تحکیمی را تنها در عصر حضور جایز و مشروع می‌داند، شهید ثانی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۴).

میرزای قمی نیز در کتاب خود، به اختصاص مشروعیت قاضی تحکیم در عصر حضور معصوم علیه السلام تصریح نموده و فرموده است: امضای حکم مجتهد جامع الشرائط در عصر غیبت، متوقف بر

تراضی خصمین یا طرفین دعوانیست (میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۵۹۷).

صاحب جواهر نیز قائل به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی در عصر غیبت شده است و پس از آن که استدلال قائلین به اعتبار آن را رد می کند، چنین می فرماید:

«با آنچه گفتیم روشن شد که گفتار علمای اهل سنت درباره مشروعیت قاضی تحکیم با اصول استدلالی ما تطبیق نمی کند، چه رسد به فروعی که بر آن مترتب نموده اند و اما گفته اصحاب ما (علمای شیعه) در اعتبار آن مسئولیتش به عهده خود آنان است که خود دانند به نحو تطبیق ادله بر گفتارشان» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۴۰).

ایشان در ادامه کلام خود مشروعیت قضاوت تحکیمی را مختص به زمان حضور معصوم علیه السلام می داند و برای تأیید کلام خود عبارت شهید ثانی در مسالک را نقل می کند (همان).

همچنین موسوی اردبیلی در باب اختصاص و عدم اختصاص قضاوت تحکیم به عصر حضور یا غیبت، چهار قول در مسئله را مطرح می فرماید:

۱. عدم لزوم حکم قاضی تحکیم مطلقاً؛
۲. اختصاص به زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم؛
۳. اختصاص به زمان حضور معصوم علیه السلام؛
۴. عدم اختصاص به زمان خاص (لزوم حکم قاضی تحکیم مطلقاً) (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۲۸).

۳. ادله اقوال فقهای فریقین نسبت به نهاد قضاوت تحکیمی

۳-۱. ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی

الف. کتاب قرآن

از جمله ادله ای که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی در برخی از کتب فقهی امامیه، مثل مبانی تکهله المنهاج و جواهر الکلام استدلال شده است، اطلاق آیات کریمه قرآن است که شامل قاضی تحکیم هست:

«وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده / ۴۵).

«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء/ ۸۵).

از اطلاق این دو آیه استفاده می شود که عموم افراد، حق داوری دارند، مشروط به آنکه به عدالت رفتار کنند و این شامل قاضی تحکیم هم می شود.

محمد سلام مدکور نیز در مقام بیان ادله مشروعیت قضاوت تحکیمی می گوید: اصل و عمده دلیل بر مشروعیت قضاوت تحکیمی آیه شریفه: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (نساء/ ۲۵) است. (مدکور، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۴).

ب. سنت

عمده ترین دلیل بر مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی را می توان روایات برشمرد که از جمله آن، روایت ابی خدیجه است که عبارت است از:

«إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»

«مبادایکی از شما دیگری را نزد اهل جور به محاکمه بکشاند. بنگرید و مردی از خودتان را که پاره ای از احکام ما را می داند میان خودتان قاضی قرار دهید، من نیز وی را قاضی قرار می دهم؛ بنابراین نزد وی تحاکم کنید» (حرعاملی، ج ۲۷، ص ۱۳).

وجه استدلال به روایت این است که عبارت «فاجعلوه» یا «فليرضوا» که در روایات دیگری نیز وارد شده است، با قاضی تحکیم سازگار است. اگر منظور قاضی تحکیم نباشد «رضایت» و «جعل» طرفین دعوا چه لزومی داشت؛ بلکه کافی بود بفرماید: در صورت اختلاف و نزاع به کسی که پاره ای از احکام ما را می داند «مراجعه» نمایید؛ چرا که من او را میان شما قاضی قرار داده ام؛ ولی امام علیه السلام از تعبیر «رضایت» و «جعل» استفاده می کند نه «مراجعه» که به این معنا است: اگر شما به کسی «راضی» شدید، من هم آن را قبول دارم و شما نزد چنین کسی تحاکم کنید (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۱۴).

همچنین خوبی نیز دلالت این روایت بر نصب ابتدایی قاضی از جانب امام را نمی پذیرد و آن را از ادله نصب قاضی مطلق یا منصوب بر نمی شمارد. ایشان در این باره می فرماید:



«صحیح این است که روایت نظارتی به نصب قاضی ابتدایی یا منصوب ندارد؛ چراکه سخن امام علیه السلام که فرمودند: "فإِنِّي قد جعلته قاضياً" متفرع بر این سخن امام علیه السلام است که فرمودند: "فاجعلوه بینکم" و منظور از "فاجعلوه" همان قاضی است که طرفین دعوا آن را پذیرفته اند؛ بنابراین نتیجه این می شود که هر کسی را اصحاب دعوا حکم قرار دهند، امام علیه السلام نیز همان را قاضی قرار داده است» (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۱۱).

در کتاب الکافی فی الفقه نیز قول به جواز قضاوت تحکیمی آمده است و ادله ای که برای مشروعیت قضاوت تحکیمی به آن تمسک کرده اند برخی روایات است. از جمله آن روایتی^۳ از رسول الله صلی الله علیه و آله است که ایشان این نوع قضاوت را تحسین و تأیید نموده، فرموده اند: «ما احسن هذا»؛ همچنین مؤید دیگر بر جواز قضاوت تحکیمی که اقامه کردند تحاکم عمر و پدرش به جناب زید بن ثابت و تحاکم عثمان و طلحه به جبرین مطعم است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۷).

ج. سیره عقلا

از جمله ادله دیگر بر مشروعیت قضاوت تحکیمی، سیره عقلاء و متشرعه است؛ چراکه تحاکم بین افراد امری است که از گذشته بین عقلا وجود داشته و همان گونه که پیش از این گفته شد، با توجه به آیات قرآن کریم و شواهد تاریخی در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله نیز سابقه داشته است و قرآن کریم آن را ردع ننموده است و امامان علیهم السلام نیز نهی و انکار نکرده اند و این دلیل بر پذیرفته شدن نهاد قضاوت تحکیمی نزد شارع مقدس است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۱۹).

د. اجماع

از جمله ادله دیگر امامیه بر مشروعیت و جواز حکم قاضی تحکیم، اجماعی است که مستند به روایت دال بر جواز این مطلب است:

«قَالَ انْظُرُوا إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَارْضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ قَدْ

اسْتَخَفَّ وَعَلَيْنَا رَدُّو الرَّاذِعَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشِّرْكِ بِاللَّهِ» (اصول کافی؛ ج ۷، ص ۲۱۴).
 «ما روی عن النبی ﷺ انه قال: من حکم بین اثنین تراضیا به، فلم يعدل بينهما، فعليه لعنة الله»
 (ابن حجر، ۹۱۴۱ق، ج ۴، ص ۵۸۱، ذیل حدیث ۴۸۰۲).

شیخ طوسی در ذیل این ادله می‌فرماید: اگر حکم قاضی تحکیم در حق طرفین دعوانافذ و جایز نبود، وعید دادن به لعن از جانب خدا نباید صورت می‌گرفت؛ همچنین اگر حکم قاضی تحکیم بر طرفین لازم نشود، دیگر معنایی برای طرح ترافع در نزد قاضی تحکیم وجود ندارد و طرح ترافع و نزاع در نزد قاضی با وجود تراضی طرفین بر حکم واقع شدن قاضی تحکیم لغو می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۴۲).

همچنین از نظر اهل سنت اجماع صحابه بر مشروعیت این نوع قضاوت نیز وجود دارد (مدکور، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۴).

۳-۲. ادله عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی

شهید ثانی در کتاب خود در مقام بیان دلیل بر عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی فرموده است: قضاوت تحکیمی خلاف اصل است و همچنین موجب تفویت ولایت و رأی و نظر قاضی منصوب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۲).

از میان فقهای امامیه، آقاضیاء عراقی که قائل به عدم مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی شده‌اند، درباره بیان ادله قول مختار خود فرمودند: دلیل معتبری بر مشروعیت قضاوت تحکیمی که موجب حصول اطمینان برای فقیه شود، در دسترس نیست و همچنین در ادله قضاوت، اعتبار اذن از طرف امام معصوم ﷺ نیز وجود دارد و این خود برای اثبات عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی که مخالف اصل و اعتبار است، کفایت می‌کند؛ همچنین منصب قضاوت دارای ولایت شرعیه مطلقه بر حکم است و به صرف تحکیم مترافعین با رجوع به او و تراضی بر حکم او، مشروعیت پیدا نمی‌کند؛ بنابراین عمده دلیل از نظر ایشان بر مشروعیت قضاوت تحکیمی فقط اجماع است و روایات وافی به اثبات این مطلب نیست و دلیل دیگر ایشان اشتراط جمیع شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم است که با این فرض، دیگر موضوعی برای قاضی تحکیم باقی نمی‌ماند (عراقی، بی تا، ص ۲۱).

همان طور که بیان شد، مذهب شافعیه در یکی از دو قول خود، قائل به عدم جواز قضاوت تحکیمی



شده‌اند و غزالی از علمای مذهب شافعی در مشروعیت قضاوت تحکیمی اشکال و آن را ضعیف‌ترین اقوال دانسته است و دلیلی بر این مطلب ذکر نکرده است.

۳-۳. ادله قول به تفصیل بین عصر حضور و غیبت امام معصوم^ع

همان‌گونه که ذکر شد، قاضی تحکیم فردی است که همه شرایط قضاوت را دارد مگر این که منصوب از ناحیه امام^ع نباشد؛ بلکه صرفاً طرفین دعوا رضایت به قضاوت او داده‌اند؛ ولی برخی از فقیهان با عنایت به روایات صادر شده که همه فقیهان جامع الشرائط را در زمان غیبت نایب امام^ع می‌دانند، وجود قاضی تحکیم را در زمان غیبت منکر شده‌اند؛ زیرا با توجه به ضرورت شرط اجتهاد در امر قضاوت، همه کسانی که صلاحیت قضاوت را دارند، دارای ولایت قضایی هستند؛ بنابراین در زمان غیبت، قاضی واجد شرایط و ولی غیر منصوب، وجود ندارد تا طرفین دعوا نسبت به او تراضی نمایند. (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۱۵).

شهید ثانی در مسالک می‌فرماید: با توجه به این که بین فقیهان اتفاق وجود دارد که قاضی تحکیم باید تمام شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد را داشته باشد؛ بنابراین قاضی تحکیم مختص به زمان حضور امام معصوم^ع است و در زمان غیبت وجود قاضی تحکیم تصور نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۴).

از نظر مؤلف آن چه از مجموع ادله از جمله اطلاق ادله کتاب و سنت و همچنین فقدان مخصص، مقید، وجود شهرت، سیره متشرعه و سیره عقلا که ردع و منعی از جانب شارع نسبت به آن‌ها وارد نشده است، به دست می‌آید این است که قول به مشروعیت این نهاد قضاوت برای حل و فصل دعاوی مردم، قول اقوی بلکه صحیح در مسئله است و طبق ادله نمی‌توان تفصیلی بین عصر حضور و غیبت قائل شد و مشروعیت قضاوت تحکیمی را منحصر در عصر حضور دانست؛ همچنین آنچه مؤید قول به صحت مشروعیت نهاد قضاوت تحکیمی در عصر غیبت است، مطابق بودن این قول با مقاصد و اغراض کلی شارع است، از جمله برقراری عدالت و عدم تضییع حقوق مردم و حفظ مصلحت جامعه اسلامی و حفظ نظام اسلامی و همچنین کفایی بودن وجوب قضاوت در عصر غیبت. در صورت عدم پذیرش این نهاد قضاوت، کلیه این اهداف شارع رعایت نمی‌شود و موجبات مفاسدی برای حکومت اسلامی و اختلال نظام زندگی مردم می‌شود.

۴. قلمرو و کاربرد قضاوت تحکیمی

همان گونه که در ابتدای تحقیق ذکر شد، پرسش این است که دامنه کاربرد قضاوت تحکیمی تا کجاست؟ آیا صرفاً در دعاوی حقوقی کاربرد دارد یا در مورد دعاوی کیفری نیز می توان آن را به کار گرفت؟ از سوی دیگر آیا قلمرو آن صرفاً در حق الناس یا حقوق خصوصی است یا در حق الله یا حقوق عمومی نیز کاربرد دارد؟

در ماده ششم قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب که به صورت عام نگارش شده است، قضات تحکیم می توانند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت نمایند. از دیدگاه فقه نیز اطلاق دلیل مشروعیت قاضی تحکیم اقتضا می کند که قاضی تحکیم بتواند هم در دعاوی حقوقی و هم دعاوی کیفری قضاوت کند. در این باره می توان به روایت ابی خدیجه از امام صادق علیه السلام اشاره کرد که حضرت فرمود:

«یا اکرم أن یحاکم بعضکم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم، فإني جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» (حر عاملی، ج ۷۲، ص ۳۱).

طبق نظر شهید اول، حکم قاضی تحکیم در باب مجازات یا حدود قابل جریان و نافذ است. ایشان در ادامه می فرماید: در مشروعیت قضاوت تحکیم به خاطر فاقد بودن مخصص در ادله قضاوت تحکیم، این قضاوت در ابواب فقهی مثل نکاح و قصاص و لعان و قذف نیز مشروعیت دارد و جاری است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی نیز در مسالک نقل می کند که علامه در کتاب قواعد و برخی شافعیه نیز قائل هستند که حکم قاضی تحکیم در استیفاء و اجرای مجازات ها و حبس، نافذ و مشروع نیست و می فرماید: از این حیث که این امور از جمله امور خطیر و حساس است و نیاز به ولایت شرعی دارد؛ بنابراین غیر حاکم شرعی صلاحیت صدور چنین احکامی در این قلمرو را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳).

فاضل هندی در این باره بحث می فرماید:

«حکم قاضی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله، حتی در مجازات ها به دلیل عام بودن دلیل مشروعیت، نافذ و لازم است» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۶).

همچنین موسوی اردبیلی در قلمرو جواز قضاوت تحکیمی نیز متعرض اقوال فقها شده، فرموده است: در

قلمرو حکم قاضی تحکیم چهار قول از بین اقوال فقها استخراج شده است که عبارت اند از:

الف. جواز تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی مجازات ها. این قول مختار حنابله و بعضی از شافعیه نیز هست؛

ب. جواز تحکیم در کلیه احکام به استثنای چهار موضع، از جمله باب نکاح و قذف و لعان و قصاص؛

ج. جواز تحکیم در خصوص حقوق الناس فقط، نه در حقوق الله؛

د. جواز تحکیم در امور مالی و احوال شخصیه (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۱۳۱).

موسوی خلخالی با توجه به مبنای خود که در مباحث قبل بیان شد، در قلمرو حکم قاضی تحکیم می فرماید: نفوذ حکم «قاضی تحکیم» محدود به «حق الناس» مانند امور مالی است که تمام اختیار آن در دست طرفین دعوا است و می توانند از آن بگذرند، و در «حق الله» یا «حقوق مشترک» قضاوت تحکیمی اعتبار شرعی ندارد؛ بلکه برخی قائل شده اند که رضایت طرفین حتی بعد از صدور حکم نیز لازم است؛ به این ترتیب حکم قاضی تحکیم هیچ گونه رسمیت و اعتبار شرعی نخواهد داشت و عمل به آن بستگی کامل به رضایت متخاصمین دارد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۴).

ابن قدامه مقدسی حنبلی قائل است که حکم قاضی تحکیم نسبت به امور نکاح و لعان و قذف و قصاص نافذ نیست؛ زیرا با توجه به حساسیت و تمایز خاص آن ها با سایر امور شرعی، حکم در آن ها مختص به امام عليه السلام و نایب او است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۱، ص ۴۸۴).

سایر فقهای اهل سنت نیز در آن چیزی که تحکیم در آن جایز است اختلاف کرده اند، به این صورت که عده ای قائل شدند که تحکیم در هر چیزی که نسبت به آن طرفین دعوا تحاکم نمودند جایز است و مستند آن ها قیاس به قاضی منصوب است؛ ولی عده ای دیگر قائل اند که فقط در خصوص امور مالی تحکیم جایز است، ولی در اموری مثل نکاح و قصاص و حد قذف تحکیم جایز نیست؛ زیرا در این امور احتیاط لازم است و فقط قاضی منصوب صلاحیت حکم در این امور مذکور را دارد (همو، ۱۴۲۷ق، ص ۴۸۷).

دسوقی در کتاب حاشیه خود بر شرح کبیر گفته است: حکم قاضی تحکیم فقط در امور مالی و جراحات جایز است و در اموری مثل حدود و لعان و قتل و ولایت بر شخص دیگر و نسب و طلاق و عتق جایز

نیست (الدسوقی مالکی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴).

النووی دمشقی در کتاب خود در باب محدوده کاربرد قضاوت تحکیمی گفته است: عده‌ای قائل اند که قضاوت تحکیمی فقط در امور مالی جایز است و در امور مثل نکاح و لعان و قصاص و حد قذف، قطعاً جایز نیست و همچنین نهایت چیزی که برای قاضی تحکیم جایز است، فقط اصدار و اثبات حکم است و حق اجرا و استیفای حکم را ندارد (النووی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص ۱۰۵).

غزالی نیز در کتاب الوجیز بعد از اینکه اصل قضاوت تحکیمی را جایز می‌داند، می‌گوید: قضاوت تحکیمی بنا بر اضعف دو قول در اموال جایز است و در جواز آن در نکاح اختلاف وجود دارد که اولی و سزاوارتر این است که قائل به منع مشروعیت قضاوت تحکیمی در نکاح شویم؛ همچنین در امور کیفری و مجازات‌ها نیز قضاوت تحکیمی جریان ندارد و مشروع نیست؛ اگر چنانچه قاضی منصوب در شهر باشد، جواز قضاوت تحکیمی ابعاد است، ولی اگر این نوع قضاوت را در صورت وجود قاضی منصوب در شهر جایز بدانیم، قاضی تحکیم حق اجرای مجازات‌ها و حبس را ندارد (غزالی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۸۰).

۵. لزوم تراضی به حکم بعد از قضاوت تحکیمی

از آنجا که مشروعیت قاضی تحکیم بر اساس تراضی طرفین دعوا است، یکی از مسائل مورد بحث این است که آیا علاوه بر تراضی قبل از حکم، نیازمند به تراضی بعد از حکم هم هستیم یا خیر؟

عده‌ای از فقیهان عقیده دارند که بعد از تراضی و صدور حکم، نیازی به قبول و رضایت به حکم نیست و رأی قاضی بر طرفین نافذ و لازم است.

شهید اول می‌فرماید: قول اقرب به واقع این است که رضایت طرفین مرافعه بعد از صدور حکم قاضی تحکیم، شرط نیست و باعث نقض حکم او نمی‌شود. ایشان در ادامه متذکر می‌شود که وجود تمام شرایط قضاوت در قاضی تحکیم نیز شرط است و اگر چنانچه یکی از طرفین مرافعه قبل از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، از رضایت خود نسبت به قاضی واقع شدن آن فرد برگشت؛ اگرچه در اثنای صدور حکم هم باشد، این حکم قاضی تحکیم نافذ و دارای اثر شرعی نیست (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۸).

شهید ثانی در مسالک فرموده است: اگر قبل از رجوع یکی از طرفین دعوا، حکم توسط قاضی تحکیم



صادر شد، حکم قاضی بر طرفین لازم می‌شود و رضایت طرفین بعد از صدور قطعی حکم شرط نیست؛ اما برخی از علمای اهل سنت قائل هستند که رضایت طرفین ترافع بعد از صدور حکم قاضی تحکیم نیز شرط نیست و دلیل آن‌ها این است که همان‌طور که رضایت طرفین دعوا در اصل حکم قاضی تحکیم شرط است، در لزوم این حکم هم شرط خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۳۳).

محقق حلی نیز می‌فرماید: اگر طرفین دعوا فردی را به عنوان قاضی پذیرفتند و نزد او طرح دعوا نمودند و قاضی حکم صادر کرد، حکم او بر طرفین دعوا لازم است و رضایت آن‌ها شرط نیست (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۰).

خوانساری نیز در شرح عبارت کتاب مختصر محقق حلی چنین می‌فرماید:

«اگر دو نفر در مورد قضاوت کردن شخصی که شرایط اجتهاد را دارد تراضی کردند، سپس او حکم صادر کرد، حکم او بر آن‌ها نافذ و لازم است؛ زیرا طبق روایت مقبوله عمر بن حنظله از رد و انکار حکم چنین قاضی منع شده است؛ پس با توجه به این مطلب مذکور، دیگر مجالی برای طرح اشتراط و عدم اشتراط رضایت بعد از حکم قاضی باقی نمی‌ماند» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۰).

آیت الله سبحانی نیز وجود تراضی بعد از صدور حکم را در قضاوت تحکیمی شرط نمی‌دانند و قول حق را همین می‌دانند و برای این قول دو دلیل اقامه نموده‌اند که به شرح زیر است:

۱. همانا قاضی تحکیم موضوع جدیدی نیست، بلکه قاضی تحکیم و قاضی منصوب از اقسام قاضی ماذون در عصر غیبت است؛ ولی صرفاً برای حفظ نظم در عصر غیبت، قاضی غیرمنصوب با این که شایستگی قضاوت را دارد و فقیه جامع الشرایط است، از شأن قضاوت کناره‌گیری می‌کند؛ پس اگر این فرد که اهلیت قضاوت را دارد در امری که ادله منع شامل آن مورد نمی‌شود قضاوت کند، حکم او نافذ و مشروع هست و ادله نفوذ قضاوت شامل آن می‌شود که از جمله آن ادله این دلیل است:

«إِذَا حُكِمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَعَلِينَا رَدُّ وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ» (کلینی، ۱۴۵۰، ج ۱، ص ۶۷).

۲. اگر نفوذ حکم قاضی تحکیم منوط به رضایت طرفین دعوا باشد، لغو بودن چنین قضاوتی لازم می‌آید؛ زیرا در این فرض از دو حال خارج نیست: یا تراضی طرفین حاصل می‌شود و یا حاصل نمی‌شود که بنابر حالت اول آنچه که فیصله دهنده نزاع است، درحقیقت همان تراضی می‌شود، نه قضاوت قاضی تحکیم و قضاوت در این حالت اول به منزله افتاء می‌شود؛ بنابر حالت دوم نیز قضاوت قاضی تحکیم بدون اثر و کنار گذاشته می‌شود که این هم موجب لغویت قضاوت می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۲۳).

شرینی در مغنی المحتاج در باب اشتراط رضایت به حکم در قضاوت تحکیمی می‌نویسد: قول اظهر این است که رضایت بعد از حکم در اعتبار قضاوت تحکیمی شرط نیست و قول دیگر در مسئله این است که عده‌ای رضایت بعد از حکم را نیز در اعتبار قضاوت تحکیمی شرط می‌دانند و می‌گویند: همان طور که رضایت در اصل حکم قاضی تحکیم معتبر و لازم است، در لزوم آن نیز معتبر و لازم است (شرینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۳۷۹).

ابن ابی الدم شافعی در ادب القضاء در باب لزوم حکم قاضی تحکیم می‌گوید: در این باب دو قول وجود دارد که اصح از آن دو قول این است که قول قاضی تحکیم همانند حاکم ذاتاً لازم است و نیازی به رضایت متخاصمین بعد از صدور حکم نیست؛ همچنین در مورد اتفاق فقهای اهل سنت این است که هرگاه طرفین دعوا به حکم قاضی تحکیم تراضی نمودند؛ ولی قبل از صدور حکم از جانب قاضی، یکی از طرفین از تحکیم خود برگشت، حکم چنین قاضی نافذ نیست (ابن ابی الدم، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۴۲۹).

در مذهب حنبلی، عبدالله بن قدامه مقدسی در این باب می‌گوید: اگر یکی از طرفین دعوا قبل از شروع حکم قاضی تحکیم، از تحکیم خود برگشت و منصرف شد، برای او چنین حقی وجود دارد؛ زیرا همان طور که در اول تحکیم رضایت طرفین دعوا شرط است، در ادامه تحکیم هم رضایت شرط است؛ اما اگر یکی از طرفین دعوا بعد از شروع حکم قاضی تحکیم و قبل از تمام شدن آن از تحکیم خود رجوع کرد، دو وجه در مسئله مطرح است؛ یک وجه جواز چنین رجوعی برای چنین فردی است؛ زیرا حکم قاضی تحکیم هنوز تمام نشده است و وجه دوم عدم جواز چنین رجوعی است؛ زیرا پذیرش این وجه منجر به این تالی فاسد می‌شود که هریک از طرفین دعواتا متوجه شد که رأی حاکم بر علیه اوست، از تحکیم خود رجوع می‌کند و این برخلاف مقصود از تحکیم است (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۸۱).

نتیجه‌گیری

آنچه از تفحص اقوال فقهای شیعه و اهل سنت در باب جایگاه قضاوت تحکیمی به دست آمد، این است که:

به طور کلی، غالب فقهای شیعه و اکثر قریب به اتفاق فقهای اهل سنت قائل به مشروعیت و جواز قضاوت تحکیمی در شریعت شده‌اند و ادله‌ای از کتاب و سنت و اجماع نیز برای آن اقامه کرده‌اند؛ اما مناقشات اندکی میان فقیهان در این باب صورت گرفته است که موجب اختلاف آرا در بین فقهای شیعه شده است.

عده‌ای اندکی از فقیهان، از جمله آقاضیاء عراقی و علامه حلی، مشروعیت قاضی تحکیم را نپذیرفتند و قائل شدند که در نظام قضایی اسلام چنین تأسیسی وجود ندارد. برخی دیگر از فقیهان، مشروعیت قضاوت تحکیمی را به طور مطلق پذیرفتند. عده‌ای دیگر نیز در مشروعیت قضاوت تحکیمی بین زمان حضور امام علیه السلام و غیبت تفصیل قائل شدند و فرموده‌اند: قضاوت تحکیمی فقط مختص به زمان حضور معصوم علیه السلام است و در این زمان فقط مشروعیت دارد و قضاوت تحکیمی به هیچ وجه در عصر غیبت تصور نمی‌شود. این قول به اشتراط اجتهاد و عدم آن در قاضی تحکیم برمی‌گردد، به طوری که مشهور فقهای امامیه قائل به اشتراط کلیه شرایط قاضی منصوب از جمله اجتهاد در قاضی تحکیم بوده‌اند و عده‌ای از فقهای امامیه مانند محقق خویی، قائل به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم نبوده، آن را نپذیرفته‌اند.

در میان فقهای اهل سنت نیز در مورد مشروعیت قضاوت تحکیمی، عده‌ای قائل به مشروعیت قضاوت تحکیمی مطلقاً بوده‌اند؛ در حالی که عده‌ای دیگر مانند برخی از شافعیه، قائل به عدم مشروعیت قضاوت تحکیمی بوده‌اند و برخی از جمله حنفی‌ها، مشروعیت حکم قاضی تحکیم را منوط به تطابق حکم او با حکم قاضی بلد نموده‌اند.

همچنین، در باب قلمرو قضاوت تحکیمی، از نظر فقهای امامیه روشن شد که قاضی تحکیم با توجه به اطلاق ادله و فقدان محصص و مقید معتبر، در کلیه دعاوی مدنی و کیفری می‌تواند قضاوت نماید و منعی وجود ندارد و در قانون نیز همین قول تأیید شده است و مختار مؤلف هم همین قول است؛ اما اهل سنت در این فرع قائل به این قول شدند که قاضی تحکیم فقط در حقوق مالی می‌تواند قضاوت کند و قضاوت او در امور

کیفری و مجازات‌ها از جمله حدود، قذف، نکاح، لعان و قصاص، به خاطر حساسیت بالایی آن، جایز نیست.

فرع آخر مربوط به مبحث شرطیت رضایت طرفین دعوا قبل و بعد از حکم قاضی تحکیم بود. از نظر مؤلف، بعد از بررسی اقوال فقهای فریقین و ادله آن‌ها، قول صحیح در مسئله این است که با توجه به تعریف قاضی تحکیم و نیز اطلاق ادله مثل روایت مقبوله عمر بن حنظله، شرطیت رضایت طرفین دعوا فقط در ابتدای تحکیم و قبل از صدور حکم قاضی تحکیم مطرح است؛ اما بعد از صدور حکم توسط قاضی تحکیم، رضایت طرفین به هیچ وجه شرط نیست. همچنین آن چه مید نظریه مختار در این فرع محسوب می شود، این است که شرطیت تراضی طرفین دعوا گرچه بعد از اصدار حکم، خلاف مقصود و غرض جعل نهاد قضاوت تحکیم است و قضاوت تحکیم اساساً بی مورد و لغو می شود، زیرا هرکس به محض مخالفت حکم قاضی تحکیم بر علیه خود می تواند تحکیم را به هم بزند.

❁ پی نوشت

۱. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (نساء/۵۸)».
۲. «إطلاق صحیحة الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجلٍ منا، فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط» وغير ذلك من الروایات».
۳. روى النسائي في سننه عن شريح بن هانئ عن ابيه هانئ انه لما وفد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعه وهم يكونون هانئا ابا الحكم: فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: «ان الله هو الحكم واليه الحكم فلم تكني ابا الحكم؟ فقال له: ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان. قال: ما احسن هذا (سنن نسائي، ج ۸، ص ۲۲۶)».

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن حجر عسقلانی شافعی، شهاب الدین، (۱۴۱۹ق)، تلخیص الحبر، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، (۱۴۰۳ق)، المغنی و الشرح الكبير، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العربی.
۳. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، (۱۴۲۷ق)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، بیروت: المکتبه العصریه.
۴. جمعی از مؤلفان، (بی تا)، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۵. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۶. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۱۵ق)، القضاء فی الفقه الاسلامی، چاپ اول، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۷. خلخالی، سید محمد مهدی، (۱۴۲۲ق)، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. الدسوقی مالکی، احمد بن عرفه، (۱۴۱۷ق)، حاشیه الدسوقی، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۰. رملی شافعی، شمس الدین، (۱۴۱۴ق)، نهاییه المحتاج فی شرح المنهاج، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهادة در الشریعة الاسلامیه الغراء، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۲. شریینی، محمد، (۱۳۷۷ق)، مغنی المحتاج، مصر: مکتبه مصطفی البابي الحلبي.
۱۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف اسلامیه.
۱۶. عراقی، ضیاء الدین، (بی تا)، کتاب القضاء، چاپ اول، قم: چاپخانه مهر.
۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۸. عمرانی شافعی، یحیی بن ابی الخیر، (۱۴۲۱ق)، البیان فی مذهب الشافعی، بیروت: دارالمنهاج.
۱۹. غزالی، محمد بن محمد، (۱۴۲۵ق)، الوجیز فی فقه المذهب الامام الشافعی، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. قرطبی، محمد بن احمد بن رشد، (۱۴۳۲ق)، بدایه المجتهد و نهاییه المقتصد، تهران: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه.

۲۱. کاسانی، ابن مسعود، (۱۴۱۸ق)، بدائع الصنائع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، اصول الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. محقق اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
۲۵. مذکور، محمد سلام، (۱۴۲۵ق)، الاجتهاد و القضاء فی الاسلام، قاهره: دارالکتب الحدیث.
۲۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۳ق)، فقه القضاء، چاپ دوم، قم.
۲۷. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، مبانی تکمله المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی رحمته الله علیه.
۲۸. میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۴۲۷ق)، رسائل المیزان القمی، چاپ اول، قم.
۲۹. نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۱ق)، جواهر الکلام، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۳۰. نسائی، احمد بن شعیب، (۱۴۰۱ق)، سنن نسائی، بیروت: دارالرائد.
۳۱. النووی، یحیی بن شرف، (۱۴۲۱ق)، روضه الطالبین، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۳۲. همدانی الحموی (ابن ابی الدم)، ابراهیم بن عبد الله، (۱۴۰۴ق)، ادب القضاء، چاپ اول، بغداد: مطبعة الارشاد.

ضابطه انگاری در تعیین نصاب و جنسیت شاهدان واسطه، با تطبیقی بر اندیشه‌های فقیهان امامیه و اهل سنت



سید مهدی میرداداشی^۱

علی کشاورز^۲

سید امیر دبیری^۳

چکیده

مسئله تعداد و جنسیت شهود در شهادت بر شهادت از جمله مسائلی است که در فقه اسلامی نسبت به آن اتفاق نظر وجود ندارد. فقیهان اسلامی در بیان احکام مترتب بر شهادت بر شهادت، به معرفی ماهیت آن پرداخته‌اند؛ با این حال، هیچ‌یک نتوانسته‌اند ماهیتی مستقل و جامع معرفی نمایند که شامل آثار و احکام مترتب بر شهادت بر شهادت باشد. در پی این سؤال، محوری که «نسبت ماهیت شهادت بر شهادت و تعیین آثار و احکام مترتب بر آن کدام‌اند؟» بررسی یافته‌ها و توصیفات فقیهان اسلامی درباره مسائل مطرح شده، می‌تواند به تطبیق این مسئله میان فقه امامیه و اهل سنت کمک کند و بهترین نوع قاعده‌گزینی برای بیان ماهیت شهادت بر شهادت را احراز نماید. در این میان، استظهار ماهیت‌های اثباتی شهادت بر شهادت و همچنین ماهیت قائم مقامی و نیابتی بودن آن، می‌تواند توجیه‌کننده یکی از آثار مترتب بر شهادت بر شهادت باشد. در این جستار، نظریه افتراقی مبتنی بر توجیه مبنا از باب تعبد به اثر، یعنی لزوم رعایت نصاب عدلین بدون لحاظ تغایر و نیز توجیه اثر از باب تعبد بر یکی از مبانی ثلاثه در نظر گرفته شده‌اند که برای روشن شدن وضعیت محدوده موضوعی پذیرش شهادت زنان، به عنوان یافته‌ای نوین، کاربرد دارند. این نظریه می‌تواند خلأ اندیشه‌های فقه اسلامی را درباره انکار ناپذیری لزوم رعایت عدلین بدون لحاظ تغایر و همچنین تزلزل بیان در محدوده پذیرش شهادت زنان، جبران نماید.

واژگان کلیدی: تعداد شهود، تغایر در شهادت بر شهادت، شهادت زنان، مبنای شهادت، شیعه و اهل سنت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

mirdadashim@yahoo.com

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

ali.keshavarzghaza26@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، علوم معارف، جامعه المصطفی (نویسنده مسئول).

amir.dabiri1400@yahoo.com

۳. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم.

✽ طرح مسئله

مسئله تعداد و جنسیت شهود به موازات اثبات یک دعوا یا یک مسئله، از جمله مسائل اساسی جهت احقاق حق بوده است. از طرفی، اصل پذیرش و محدوده موضوعی در شهادت بر شهادت، مورد مناقشه بوده است. به تبع و به طریق اولی، تعداد و جنسیت شهود در آن نیز محل تضارب آرای فقیهان اسلامی بوده است. بیشتر فقیهان، اعم از امامیه و اهل سنت، به واسطه تحلیل ماهیت سعی کرده اند لزوم تعداد و تفاوت در شهود را بازشناسی کنند و مدخل موضوعی جنسیت شهود را تحلیل کنند. در این راستا، امامیه و اهل سنت هر کدام به اعتبار شناسی یک ماهیت برای شهادت بر شهادت پرداخته اند و از گذر مفهوم شناسی آن، به لزوم رعایت نصاب و معرفی نصاب و همچنین لزوم یا عدم لزوم تفاوت برای هریک از شهود اصل پرداخته اند؛ از این رو در فقه امامیه درباره تعداد شهود در شهادت بر شهادت، دو نظر وجود دارد: ماهیت قائم مقامی و فرع بودن شهود واسطه. فقیهان با این دو نظر، ملتزم به لزوم یا عدم لزوم تفاوت شهود در رعایت نصاب عدلین در شهادت بر شهادت شده اند. در فقه اهل سنت، آثار مترتب بر این موضوعات برگرفته از برخی مبانی و نظریات، همچون وثیقه با دوام بودن، انتقال شهادت شهود به محکمه و نیز اثبات نفس شهادت شهود اصل، در کنار مبانی ذکر شده در فقه امامیه معرفی شده است.

به جهت ماهیت خاص شهادت بر شهادت، درباره جنسیت شهود در شهادت بر شهادت، موارد پیش رو هر کدام با مبانی شان تجزیه و تحلیل شده اند: نظریات پذیرش شهادت بر شهادت زنان بدون محدودیت موضوعی برای آن، پذیرش شهادت زنان در اموری که اصل آن موضوع پذیرفته است و نیز نظریه عدم پذیرش شهادت بر شهادت زنان.

سؤال اصلی این است که «تعداد و لزوم یا عدم لزوم تفاوت در شهادت بر شهادت و همچنین جنسیت شهود در شهادت بر شهادت، با کدام یک از ماهیت های ذکر شده برای آن قابلیت توجیه دارد؟». از طرفی، میان فقه امامیه و اهل سنت چه نظریاتی می تواند به عدالت نزدیک تر باشد و تطبیق مسئله را منطبق با قوانین عدالت روشن کند.

پس از جست و جوی نگارنده، پژوهشی که به طور خاص به مسئله مطرح شده پاسخ دهد، یافت نشده است. با این حال، برخی از پژوهش های زیر می توانند به عنوان مبنای نظری و راهنما در این تحقیق مورد

استفاده قرار گیرند؛ هرچند که نتایج این پژوهش عمدتاً مختص به خود آن است.

اسماعیل تبار و همکاران (۱۳۹۹) در مجله قضاوت، به تفسیر نظریه مشورتی ۷/۹۳/۱۷۵۰ پرداخته‌اند و به نظریه لزوم رعایت نصاب بدون تفاوت در لزوم یا عدم لزوم شهادت استناد کرده‌اند؛ همچنین وضعیت پذیرش شهادت زنان که ماهیت قائم مقامی را برای آن می‌پذیرند، نیز بررسی شده است.

علوی و رضوانی (۱۳۹۸) در مجله آموزه‌های فقه مدنی به نظریات مشهور در زمینه شهادت پرداخته‌اند و نتیجه‌گیری آن‌ها این است که در شهادت بر شهادت، تفاوت در شهادت ضروری نیست و شهادت زنان در این زمینه پذیرفته نمی‌شود. این نظریات به عنوان نظریات مشهور فقهی معرفی شده‌اند.

قرچه‌لو (۱۳۸۷) در مقاله‌ای با عنوان «شهادت بر شهادت در حقوق کیفری ایران و انگلیس»، به بیان اصل پذیرش شهادت بر شهادت پرداخته است و درباره تفاوت آن با ضوابط پذیرش شهادت مجازی و الکترونیک نظری ارائه می‌دهد. در این پژوهش، ضوابط پذیرش شهادت بر شهادت که شامل جنبه‌های عذراست، بررسی می‌شود.

علاوه بر مطالب ذکر شده، اگرچه به موضوع شهادت بر شهادت پرداخته شده است؛ اما تمام این پژوهش‌ها تنها به عذر و شرایط پذیرش شهادت مربوط می‌شوند. در مورد موضوع فعلی، که هم به مسئله و هم به مقایسه می‌پردازد، پژوهشی انجام نشده است؛ از این رو پژوهش حاضر به صورت تطبیقی، به بررسی نظریات امامیه و اهل سنت درباره جنسیت و تعداد شهود در شهادت بر شهادت می‌پردازد؛ همچنین به موضوع لزوم یا عدم لزوم تفاوت در این زمینه نیز توجه می‌کند. این پژوهش از طریق تحلیل ماهیتی و بررسی آثار این نظریات ارائه می‌شود.

۱. بررسی تعداد شهود در شهادت بر شهادت

در این قسمت سعی بر این است تا در یک دسته‌بندی شرایط فردی شهود از گذر تحلیل ماهیتی آن، شامل رعایت نصاب در شهادت بر شهادت و مدخل جنسیتی شهود واسطه، با رویکرد تطبیقی، مباحث نسبت به فقه اهل سنت مشخص شود. در این بخش، تلاش می‌شود تا شرایط فردی شهود از طریق تحلیل ماهیتی آن دسته‌بندی شود. این شرایط شامل رعایت نصاب در شهادت بر شهادت و نیز نقش جنسیتی شهود واسطه است؛ همچنین مباحث مربوط به فقه اهل سنت، به صورت تطبیقی مشخص خواهد شد.



۱-۱. تعداد شهود در شهادت بر شهادت از منظر فقه شیعه و نظام حقوقی ایران

در مورد رعایت نصاب در شهادت بر شهادت، روایات معتبری وجود دارد که می‌تواند روشنگر موضوع باشد.

«در شهادت ثانوی برای اینکه با عنوان شهادت بر شهادت مورد

پذیرش قرار بگیرد، باید دو نفر برای هر کدام از شهود اصل شهادت

دهند.» (صدوق، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۷۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص

۲۵۶؛ مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۰۱، ص ۳۰۳).

روایت مزبور از غیاث بن ابراهیم است که مورد وثوق قرار دارد و ثقاتی از جمله احمد بن ابراهیم از او نقل کرده‌اند (نجاشی، احمد بن علی، ۱۳۶۵، ص ۳۰۵)؛ بنابراین شهادت بر شهادت جز با شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر ثابت نمی‌شود؛ چرا که مطابق یکی از مبانی ماهیتی شهادت بر شهادت، برای آن نوعی مقام اثباتی قائل هستند و آن را در توجیه نصاب بیان کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ ق، ج ۱، ص ۳۲۸). بیشتر فقها شهادت دو نفر را بر تعدادی از شهود اصل می‌پذیرند (حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۱۲۸؛ طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۸، ص ۲۳۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۲، ص ۴۷۹).

بنابر نظر شیخ طوسی که مورد اتفاق فقها است و جمهور بر آن قائل‌اند، کسانی که شهادت دو شاهد را فقط بر یک شاهد می‌پذیرند، رویکردشان بر اساس مبنایی است که به آن اعتقاد دارند و آن این است که شهادت بر شهادت دو نفر را بر نفر دوم از این جهت قبول ندارند که شاهد فرع را قائم مقام اصل می‌دانند. به عبارت دیگر، وقتی شهود ثانوی شهادت دادند، شهادتشان جایگزین شهادت اصل می‌شود و استقرار می‌یابد؛ از این رو نمی‌تواند به جای اصل دیگری بنشیند. پس ملاک لزوم تغایر در شهادت بر شهادت، بحث قائم مقامی است که این نظریه مردود شناخته شده است (اسماعیل تبار و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۴۷). مبنای ایشان چنین است:

«اگر کسی بگوید که شاهد فرع قائم مقام و جایگزین شاهد اصل است (بنا بر اینکه مشهور فقها و نص روایات به طور آشکار بر دو نفر بودن شهود فرع دلالت و تأکید دارند)، لازم می‌آید برای حقوق مثل حق الناس که بادو نفر در اصل آن ثابت می‌شود، چهار شاهد عادل شهادت دهند، به نحوی که دو نفر بر یکی از شهود و دو نفر دیگر بر شهود دیگر شهادت دهند (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۸، ص ۲۳۷)؛ در حالی که اکثریت فقها چنین اثری را قبول ندارند (حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۱۲۷؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ ق، ج ۴، ص ۴۴۶)».

ایشان با توجه به اتقان نظری که در مورد تعداد (دو نفر) شاهد ثانوی دارند، آن را به منزله جایگزین اعتبار شهادت شاهد اصل می دانند؛ اما باید دانست که در فرض پذیرش قائم مقامی، وقتی دو نفر از شهود واسطه جایگزین یکی از شاهدان اصلی شدند، برای قائم مقامی شاهد دیگر نیاز به دو نفر دیگر است تا جایگزین شاهد اصلی دیگری شوند و این به قاعده ای تبدیل می شود که اگر بخواید در تمامی انواع مصادیق شهادت بر شهادت جریان یابد، سبب عسر و حرج عظیم و همچنین سبب تضییع حقوق الناس و ابلاغ های قضایی می شود (آهنگران، کشاورز و نصرآبادی، ۱۴۰۲، ص ۴۲۱). از طرفی، بعضی تعداد شهود در شهادت بر شهادت را از طریق ماهیت فرع بودن آن توجیه کرده اند. در حقیقت، آنچه که مورد اتفاق در فقه است، لزوم رعایت نصاب دو نفر است؛ اما بحث بر مسئله لزوم یا عدم لزوم تغایر است که محل مناقشه است.

با توجه به تعارضی که در خصوص فرع بودن و لزوم رعایت نصاب رخ می دهد، تحلیل مسئله ضروری است. اگر گفته شود که از باب فرع بودن، یکی بودن شاهد فرع بدل از اصل است، این نظریه مقابل تواتری است که تعداد شهود واسطه در شهادت بر شهادت را بیان می کند؛ بنابراین یا باید قائل به تجاوز فرع از اصل باشیم که اصول را مقابل روایت فوق قرار می دهد یا همان طور که لزوم قاعده عقلی نیز چنین است، به عدم تجاوز فرع از اصل قائل شویم؛ زیرا فرع نمی تواند حقوق و تکالیفی بیش از اصل داشته باشد. مقابل روایت ذکر شده، فرع ادعا شده پذیرفته نیست، مگر ادای شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر باشد.

به دلیل شهرت مسئله در لزوم رعایت نصاب در شهادت بر شهادت که به عنوان یک مسئله ثانویه مطرح می شود و تردیدی در لازم الاجرا بودن نص آن پیش می آید، می توان نظریه فرع بودن شهادت بر شهادت را نپذیرفت (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۲۵۶) و به دنبال ماهیتی دیگر برای تعداد و نیز لزوم یا عدم لزوم تغایر شهود در شهادت بر شهادت بود.

اما آنچه که مشهور است، مقصود از ادای شهادت شهود ثانوی، اثبات شهادت شهود اصل است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ ق، ج ۴، ص ۴۴۶) و تنها در این فرض میتوان به نظر مشهور فقها در باب پذیرش شاهدان عادل بر هریک از شهود اصلی اعتبار و قوت بخشید که در لسان شهید ثانی با این مضمون آمده است:

«و یجب أن يشهد علی کل واحد عدلان لتثبت شهادته، أي العدلان شهدا علی أحد شاهدي الأصل، ثم شهد العدلان علی الآخر، وهكذا إلى الشاهد الرابع. فالعنی أن العدلین يشهدان علی کل واحد من

شاهدی الأصل، ولا يحتاج إلى ثمانية عدول، بل العدلان كافيان»
(شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۵۱).

مضمون استدلال بیان شده به این شرح است: واجب است بر اینکه هریک از شهود ثانوی بر شهادت هریک از شاهدان اصلی شهادت دهند تا بتوانند شهادت شاهدان اصل را ثابت نمایند؛ یعنی دو نفر شهادت دهند بر یکی از شهود اصل و سپس همان شهود، شهادت دهند بر شهادت اصل دیگر و همچنین برای شهود بعدی تا شاهد چهارم (فرض مسئله، شهادت بر شهادت در زنا برای نشر تحریم مساوی اثبات حدود است). معنای آن این است که هریک از شهود ثانوی بر شهادت هریک از شهود اصلی شهادت میدهند و (در فرض فوق) به هشت نفر شاهد برای نشر تحریم نیازی نیست؛ بلکه شهادت همان دو نفر برای هریک از شهود اصلی کفایت می کند.

اگر چه شهید ثانی و فخرالمحققین برای تبیین ماهیت شهادت بر شهادت به نتیجه درستی رسیده اند؛ اما باز هم ماهیت ذکر شده نمی تواند وافی به مقصود باشد؛ البته اگر چه اثر ذکر شده یعنی رعایت نصاب را منطبق با اطلاق بیان روایت با عدم لزوم تغایر در نظر گرفته اند؛ اما قطعاً محتوای اثباتی ذکر شده نمی تواند چنین اثری را که از شهرت و تعبد در عمل به آن برخوردار است، توجیح نماید؛ چرا که اگر غیر این نبود، تعارض میان شاهدان واسطه و شاهد اصلی پیش نمی آمد و منشأ اثرات مختلف حقوق و قضایی نمی شد و حال آنکه روایت معتبری مبنی بر تعارض شاهد واسطه و شاهد اصلی وجود دارد و عمل به عدل در میان آن ها توصیه شده است.

مضمون روایت مزبور چنین است: از حضرت صادق علیه السلام منقول است که درباره مردی پرسیده شد که شاهد بر شهادتی شده است. سپس شاهد اصلی آمده و ابراز داشته است که او را به عنوان شاهد (یا شاهد بر شهادتش و یا نسبت به یک امر که شاهد گرفتن در آن جایز است) نگرفته است. حضرت فرمودند که شهادت هر کدام که عادل تر است مورد پذیرش است و اگر در عدالت با هم برابر بودند، شهادتش پذیرفته نیست. روایت بر این مضمون است که در شرع، در صورت رجوع شاهد از شهادت که ناظر بر نوعی از تعارض در شهادت ثانوی است، مطابق نص، آنچه که مورد توجه شارع است، صدق و درستی شهود و هم چنین عدم پایمال شدن حقوقی که مدخل شهادت اصلی و یا شهادت ثانوی است.

در فقه، اگر شاهد اصلی انکار کند و شاهد ثانی بر امر مشهود به شهادت دهد، عمل به عدل شهود جایز است و اگر در عدالت در شرایط مساوی قرار داشتند، شهادت فرع یا همان شهادت ثانوی طرد

می شود (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۲۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۴۸). این فرض مربوط به قبل از صدور حکم است؛ همچنین اگر شاهدان ثانوی از شهادتشان برگردند، در صورتی که قبل از حکم باشد، به شهادتشان اعتنایی نمی شود (محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۹۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۵۰).

فخرالمحققین حلی (۱۳۸۷) در ایضاح بیان می کند که اگر رجوع شاهد اصل از شهادت شاهد فرع که به او منسوب است، بعد از حکم باشد، توجهی به تکذیبش نمی شود، چراکه حکم قبل از آن نافذ شده است. از سوی دیگر، اگر رجوع شاهد اصل قبل از حکم باشد، قطعاً شهادت فرع به دو دلیل باطل می شود:

اول: اگر شاهد اصل در انکارش کاذب باشد، پس فاسق است و شرط عدالت را ندارد، در حالی که بنا بر ظاهر، حکم کردن به شهادت فرع بنا بر عدالت و صحت حال شاهدان اصل و فرع است که در این مورد نقض شده است.

دوم: اگر در انکارش صادق باشد، پس در این صورت شاهد فرع، کاذب است و به دلیل فسق و زور شاهد فرع، به شهادتش اعتنایی نمی شود.

بر اساس تحلیل های ارائه شده، ماهیت اثباتی شهادت شهود واسطه به دلیل امکان رجوع از شهادت توسط این شاهدان و تحلیل فنی فخرالمحققین حلی، در هر حالت با تعارض مواجه می شود. به همین دلیل، یکی از شرایط شاهدان بر مبنای معرفی ماهیت اثباتی شهادت بر شهادت، نقض می شود و این ماهیت نمی تواند در صورت تعارض از اعتبار خود دفاع کند.

در شرع اسلام، بیان مفهومی موضوعات فقهی، چه به صورت کلی و چه به صورت جزئی، مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در برخی موارد، با استدلال درباره آثار یک وضعیت، به ماهیت آن پی برده اند؛ بنابراین، هیچ مانعی وجود ندارد که ما با بررسی آثار یک وضعیت و جزئیات آن، به ماهیت آن پی ببریم و به عبارتی، به کشف یک ماهیت بپردازیم. این ماهیت ممکن است در یک وضعیت حقوقی دیگر مورد مناقشه قرار گیرد و آثاری متفاوت برای آن ذکر شود؛ اما این موضوع مانع از این نیست که ما همان ماهیت را با آثاری بعضاً متفاوت شناسایی کرده و معتبر بدانیم؛ از این رو شهادت ثانوی دارای ماهیت خاص و موقعیت متفاوتی است؛ اما دلایلی که در رد مبانی مطرح شده اند، به اندازه ای قوی نیست که بتوانند در مقابل لزوم تعداد شهود قرار بگیرند و آن را انکار کنند.



۲-۱. تعداد شهود در شهادت بر شهادت از منظرِ فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت همانند فقه شیعه، در موضوع شهادت بر شهادت، با تحلیل ماهیت سعی شده است تا نصاب در آن توجیه شود. مبانی مطرح شده به صورتِ پراکنده شامل مواردی مانند بدلیت و جایگزینی، نیابت، قائم مقام بودن، وثیقه بودن و مأمور به اتصال و رساندن شهادت بر شهادت در مجلس قاضی است. در ادامه به بررسی هریک از این مبانی به طور مجزا در فرق مذاهب اربعه خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱. فقه حنفی

در فقه حنفی هدف شهادت بر شهادت، امری جز ارسال و رساندن شهادت شاهد اصلی به مجلس قاضی نیست و این محقق نمی شود مگر به وجه صحیح تحمل شهادت (مجدالدین حنفی، ۱۳۵۶ق، ج ۲، ص ۱۴۳؛ میرداداشی و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۲۷۸). برخی در راستای شبهه اصل جایگزینی یا بدلیت شهادت بر شهادت، مدخل موضوعی آن را در مطلق حدود مؤثر نمی دانند (ابن نجیم مصری، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۲۰)؛ همچنین برخی بدون احراز ضابطه در ماهیت، نصاب دو نفر بر تمام شهود را به دلیل قولی از حضرت علی علیه السلام استحساناً پذیرفته اند (شیخ نظام و جمعی از علمای هند، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۵۲۳؛ غیتابی حنفی، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۱۸۶). علاوه بر این، ماهیت شهادت بر شهادت را امانتی دانسته اند که باید با صحت و سلامت به جایگاه خود یعنی مجلس قاضی برسد و این امانت اقامه نمی شود مگر با شهادت دو شاهد عادل مرد یا یک مرد و دو زن، تا به صورتِ واقعی ادا گردد (سغدی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۶).

۱-۲-۲. فقه شافعی

شافعی و برخی از اصحاب و مؤثری، شهادت چهار نفر را در مواردی که اصل آن با دو شاهد عادل ثابت می شود، در شهادت بر شهادت می پذیرند؛ زیرا هیچ کدام از فقهای امت تکرار شهادت یک نفر را به معنای دو شهادت تلقی نکرده اند تا ما شهادت دو نفر که جایگزین یکی از شهود اصل است را برای دو نفر از شاهدان اصل بپذیریم. این استدلال برای تحقق جایگزینی و قائم مقامی شهادت فرع از اصل است (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۳۲). بیان فوق جدا از مسائلی است که شافعی در مقام فتوا مطرح کرده است. برخی دیگر نیز این نظر را در توجیه اثبات شهادت شاهد اصل توسط شاهد ثانوی می دانند (عمرانی مینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۳، ص ۳۶۹). برای تأیید بیانات فوق، سه فرض و حالت برای نصاب شهود در شهادت بر

شهادت مطرح شده است:

اول: شهادت چهار شاهد در شهادت بر شهادت (در مواردی که با دو شاهد قابل اثبات است) به گونه‌ای که دو نفر از شهود واسطه برای یکی از شاهدان اصل و دو نفر دیگر برای شاهد دیگر از شهود اصل باشند. براساس اجماع و اتفاق فقها، این حالت جایز و از موارد اولی در اثبات شهادت بر شهادت به شمار می‌آید.

دوم: شهادت یک نفر بر شهادت یکی از شهود اصلی و نفر دیگر بر شهود اصلی دیگر، که به آن «واحد بر واحد» گفته می‌شود و جمهور فقها این حالت را غیر قابل پذیرش می‌دانند و ادعا شده است که هیچ‌یک از فقه‌های مذهب آن را قبول ندارند؛ اما همه بیان کرده‌اند که ابن ابی لیلی، احمد، اسحاق، ابن حسن عنبی و ابو یوسف با این قول موافق هستند و دلایل آن‌ها اینگونه بیان شده است: زمانی که اصل حق با دو شاهد ثابت می‌شود، جایز است که به نیابت از اصول، شهادت واحد بر واحد که جمعاً دو نفر می‌شوند، از فروع نیز پذیرفته شود، چرا که نیابت دو شاهد اصل توسط دو شاهد فرع محقق می‌شود.

سوم: در این حالت، دو نفر شهادت می‌دهند بر شهادت یکی از شهود اصل و سپس همان دو نفر بر شهادت دو شاهد دیگر شهادت می‌دهند تا شهادت شهود اصل ثابت شود. در این زمینه دو قول وجود دارد: یکی اینکه مورد پذیرش است و دیگری به دلایلی از جمله عدم امکان جایگزینی برای هر دو نفر مورد پذیرش نیست (المزنی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۴۲۰؛ ماوردی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۷، ص ۲۳۲).

۱-۲-۳. فقه حنبلی

در فقه حنبلی مانند دیگران، شهادت بر شهادت در صورت عدم رعایت نصاب، پذیرفته نمی‌شود؛ بلکه برای شهود اصل باید دو نفر شهادت دهند، خواه شهادت شهود بر شهادت برای یکی از شاهدان یا هر دو شهود، اصل باشد (الحجاوی، بی تا، ج ۴، ص ۴۴۷؛ مرداوی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۹۳).

ابن قدامه، تعداد شهود فرع را در حفظ نصاب در شهادت بر شهادت، همان شهادت دو نفر می‌داند. او مطلبی را نیز ذکر می‌کند که اگر شاهد اصل را به همراه یکی از شهود بر شهادت، به عنوان شهود ثانی نپذیریم، مقتضای آن این است که شاهد ثانی به عنوان بدل شاهد اول تلقی می‌شود و یکی از آن‌ها ظرف شهادت دیگری نیست؛ در حالی که این نظر در مذهب پذیرفته نیست. براساس نظر مذهب، شهادت



بر شهادت باید برای اثبات شهادت شاهد اصلی باشد و مقتضای آن این است که باید شهادت یکی از شهود اصلی را به همراه یکی از شهود فرعی بپذیریم تا شهادت بر شهادت معتبر باشد؛ البته در جای دیگر، در رعایت نصاب مطابق با ماهیت، شاهد واسطه می تواند به عنوان بدل شاهد اصلی در نظر گرفته شود. براساس این ماهیت، شهادت یک نفر شاهد واسطه برای یک شاهد اصلی کفایت می کند؛ زیرا بدل شاهد اصلی همان احکام و آثار را دارد (ابن قدامه، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۸۸). در جای دیگری رعایت نصاب را شامل دو نفر بر شهادت یک نفر می داند (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۲۳، ص ۲۵۹). این تزلزل در بیان ابن قدامه نشان از عدم قطعیت نظر بر ماهیت شهادت بر شهادت دارد. او از طرفی به بدلیت نظر می دهد و از طرف دیگر طبق آثار آن، رعایت نصاب عدلین را متذکر می شود که خلاف قواعد بدل و جایگزینی است؛ بنابراین در فقه حنبلی باید به شهرت فتاوا و اعتماد کرد و معیار آن ها را همان رعایت نصاب عدلین در نظر گرفت.

۱-۲-۴. مالکی

در فقه مالکی، به شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر از شهود اصلی تأکید شده است؛ زیرا شهادت بر شهادت نوعی تصرف است که مثل سایر تصرفات با شهادت دو نفر ثابت می شود و این نوع تصرف را احیای شهادت یک شاهد اصلی معرفی می کند (القرافی، ۱۹۹۴م، ج ۱۰، ص ۲۸۸)؛ به این دلیل که در مواردی که شهادت مربوط به امور مالی است و با دو شاهد ثابت می شود، یک شاهد واحد به همراه قسم پذیرفته نیست و حال آنکه نقل شهادت در مورد مال و امور مالی نیست. به طور کلی باید دانست که با فرض فوق، شهادت دو نفر بر تعداد زیادی از شهود اصلی مورد پذیرش است؛ پس ملاک در این مذهب فقط اثبات نیست؛ بلکه نوعی تصرف است که با نصاب لازم (شهادت دو مرد عادل) در مرحله اول و بدون در نظر گرفتن شرایط دیگر، قابل اثبات است. بر همین مبنا، شهادت دوزن بر شهادت یک زن، گرچه موضوع آن مانند ولادت و استهلال شهادت زنان باشد، پذیرفته نیست و انضمام یک مرد ضرورت دارد تا شهادت بر شهادت قدرت اثباتی داشته باشد؛ همچنین شهادت یک شاهد به همراه یمین، در نظر مالک پذیرفته نیست؛ چرا که آن شاهد شامل بعض از شهادت است و شهادت تام نیست تا به انضمام یمین قدرت اثباتی یمین را داشته باشد (اصبحی مدنی، بی تا، ج ۱۲، ص ۷۰).

براساس آنچه در فقه اهل سنت گفته شد، آثار شهادت بر شهادت بر مبنای ماهیت آن بررسی شده است. جز فقه حنبلی، سه مذهب دیگر در فقه اهل سنت آثار شهادت بر شهادت را رعایت نصاب شرعی

(بینة شرعی) می‌دانند که در توجیه آن، به جنبه اثباتی شهادت بر شهادت توجه کرده‌اند و جایگزینی را نیز از باب قدرت اثبات‌کننده آن مورد توجه قرار داده‌اند؛ اما در فقه حنبلی، به جهت اعتقاد به بدلیت شهادت بر شهادت، رعایت نصاب را در آن غیر ضروری دانسته‌اند و حداقل مراتب پذیرش را شهادت واحد عادل بر واحد عادل می‌دانند.

نکته: اگرچه در فقه حنبلی شهادت واحد بر واحد پذیرفته است و عده‌ای از مفتیان مثل احمد و اسحاق و ابن ابی لیلی قائل بر آن هستند؛ ولی برخلاف سایر مذاهب، ضابطه در پذیرش را منحصرأ موت و غیبت و سفر طولانی ذکر کرده است (زرکشی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۶۱). او بر این اساس، ضابطه مشقت از حضور را پذیرفته است و مشقت از ادای شهادت را قبول ندارند؛ البته در فقه شافعی نیز لزوم عدلین برای هر کدام از شهود اصل، یک بار پذیرفته شده است و برای شاهد اصل دیگر، دو شاهد ثانوی دیگر مورد نیاز است. این نظر در تقابل با شهرت فقه اسلامی است؛ بنابراین، از نظرایشان تغایر میان شهود واسطه، ضروری است.

۲. جنسیت شهود در شهادت بر شهادت

در این بخش، جایگاه شهادت زنان و مردان در نظام حقوقی ایران و فقه شیعه، ضمن روایات «طرفه و غریب» بررسی میشود تا منظور شارع در مدخلیت شهادت بر شهادت از لحاظ سن و جنس کشف شود. بررسی مسئله به صورت تطبیقی با فقه اهل سنت، برای مطالب و نظریات مطرح شده در فقه اسلامی مفید خواهد بود.

۲-۱. بررسی فقهی جنسیت شهود در شهادت بر شهادت در فقه شیعه

۲-۱-۱. جنسیت شهود در شهادت بر شهادت در فقه شیعه

مطابق مطالعات انجام‌شده، به‌ویژه در کتب اربعه شیعه، روایتی که مستقیماً ورود شهادت زنان یا مردان در شهادت بر شهادت را مطرح کند، یافت نشده است؛ اما روایات متعددی وجود دارد که به صورت جداگانه ورود شهادت زنان را در باب شهادت بر شهادت بیان کرده‌اند. با این حال، روایاتی که بر شهادت دو مرد بر شهادت یک نفر و امثال آن تأکید دارند، ممکن است این توهم را به وجود آورند که در شهادت بر شهادت، تنها شهادت مردان پذیرفته می‌شود؛ اما آن روایات دلالتی بر منع پذیرش شهادت زنان و به‌طور صریح بر شهادت بر شهادت ندارند.



سایر فقها به مسئله ورود شهادت بر شهادت توجه داشته و به بررسی تحلیلی آن پرداخته‌اند، به نحوی که شهادت بر شهادت زنان مورد پذیرش اکثر فقهایان است (فاضل هندی ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۶۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۵۲؛ فخرالمحققین ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۵۲۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۸؛ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۱۶). با این حال، تفصیل آن در پذیرش شهادت بر شهادت زنان، در حدود و املاک و عقود است و بنا بر نظری که از شهرت کمتری برخوردار است، شهادت بر شهادت زنان در هیچ امری پذیرفته نیست؛ اما قول قوی‌تر، پذیرش شهادت بر شهادت زنان در اموری است که مدخل شهادت آن‌ها باشد، خواه مختص زنان باشد مانند استهلال و ولادت و عیوب زنان و خواه از اموری باشد که مختص زنان نیست، ولی شهادت زنان در آن پذیرفته می‌شود مانند اموال و موارد مشابه. در اموری که شهادت زنان در شهادت اصلی یا اولیة آن راه ندارد مانند قصاص، شهادت بر شهادت آن‌ها نیز به طریق اولی پذیرفته نیست (طوسی ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۳۳؛ طوسی ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۱۶). برخی نیز شهادت بر شهادت را در کلیه امور، به استثنای حدود، پذیرفته دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۷؛ شعرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۷۲۱).

درباره جنسیت شهود در شهادت بر شهادت، از منظر تحلیل ماهیت شهادت بر شهادت، مطلبی وجود ندارد و به نوع ماهیت شهادت بر شهادت برای اعتبارسنجی پذیرش یا عدم پذیرش شهادت زنان تمسک نشده است؛ اما نظریاتی درباره وحدت با شهادت اصل و امور مختص زنان به عنوان مبنای نظریه پردازی در این زمینه معرفی شده است. باید دانست کسانی که ماهیت شهادت بر شهادت را نیابت معرفی کرده‌اند، می‌توانند به پذیرش شهادت زنان در اموری که در اصل آن شهادت زنان وجود دارد، تمسک نمایند؛ در حالی که این نظر نیز قابل خدشه است و نیابت زنان از مردان هیچ منعی ندارد.

کسانی که ماهیت شهادت بر شهادت را جنبه اثباتی شهادت اصلی می‌دانند، باید به لوازم آن نیز تمکین نمایند و نتیجه این می‌شود که در شهادت زنان بر شهادت، شهادت دوزن معادل شهادت یک زن است. گاهی برای شهادت بر شهادت، که نصاب عدلین در آن ضروری است، اقامه چهار شاهد زن برای ارزش گذاری در آن لازم است. در چنین وضعیتی یعنی تغایر شهود بر دو شاهد اصلی، لزوم اقامه هشت شاهد واسطه را به وجود می‌آورد که عسر و حرج و تضییع حق الناس را در پی خواهد داشت؛ بنابراین هیچ یک از ماهیت‌های ذکر شده نمی‌تواند لزوم رعایت جنسیت شهود در شهادت بر شهادت را اثبات نماید؛ از این رو باید به دنبال ماهیتی دیگر بود تا جنسیت شهود را با رعایت عدلین در شهادت بر شهادت توجیه نماید.

مطابق برخی نظریات فقه امامیه که ذکر شد، جنسیت شهود در شهادت بر شهادت شامل زنان و مردان می‌شود؛ ولی باید به نحوی تعیین شود که رعایت نصاب، سبب تضییع حق و عسرو حرج نشود؛ از این رو مبنای پذیرش شهادت بر شهادت زنان باید به گونه‌ای باشد که هم لزوم رعایت عدلین را توجیه کند و هم از بروز عسرو حرج و تضییع حق و انسداد اثبات جلوگیری کند؛ بنابراین مبنای نیابتی بودن برای جنسیت شهود بهترین مبنا خواهد بود.

۲-۱-۲. جنسیت شهود در شهادت بر شهادت در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، در میان حنفی‌ها، مدخل شهادت بر شهادت از لحاظ جنس شهادت مردان به همراه زنان یا شهادت مردان و زنان هر کدام به تنهایی است، به نحوی که ارزش و اعتبار شهادت آنان کمتر از دو مرد عادل و آگاه نباشد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶ و ۱۹، ص ۱۸۹)؛ بنابراین زمانی شهادت بر شهادت پذیرفته می‌شود که دو مرد عادل باشند (در فرض شهادت بر شهادت یک مرد) یا یک مرد و دو زن باشند تا شهادت اصلی را که به صورت امانت نزد شهود ثانوی است، به جایگاه اصلی یعنی مجلس قضا نزد قاضی برسانند (سغدی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۸۰۳).

در فقه مالکی نیز شهادت زنان بر شهادت پذیرفته شده است؛ اما کیفیت ادای آن به صورت ثابت بیان نشده است و به ذکر اقوال علمای مذهب اکتفا شده است؛ به عنوان مثال القرافی، از علمای سده هفتم هجری از مذهب مالک، بیانی دارد که در ادامه به آن می‌پردازیم:

«شهادت زنان بر شهادت در مورد اموال به همراه مردان و همچنین در وکالت آن، خواه از مردی نقل کند یا از زنی نقل نماید، مورد پذیرش است و از این قاسم نقل شده که شهادت زنان به تنهایی یا به ضمیمه مردان مورد پذیرش نیست؛ همچنین از ابن یونس نقل شده که شهادت زنان از موارد عذر است و مانند بیماری از موارد عذر محسوب می‌گردد.»

اما آنچه که برخی از فقهای مالکی به طور قطعی در مدخل شهادت بر شهادت ذکر کرده‌اند، به نظرات بیان شده نزدیک است، به نحوی که شهادت زنان را در مرحله اول در مواردی که شاهدان اصل زن باشند، جایز دانسته‌اند؛ سپس در مواردی که مشهود به اموال یا وکالت بر امور فوق باشد، شهادت زنان را به انضمام مردان بر

شهادت جایز شمرده‌اند (مالک بن انس، بی تا، ج ۴، ص ۲۴). همچنین ادعا شده است که قول برخی بزرگان از اصحاب مالک، عدم پذیرش شهادت دوزن بر یک شهادت است و در مورد وکالت نیز چنین است؛ حتی بنا بر نظر قاطع، تزکیه شهود توسط زنان را قبول ندارند؛ اگرچه فرد مورد تزکیه، از جمله زنان باشد (همان).

در مذهب شافعی، علاوه بر پذیرش شهادت بر شهادت در مورد امور عقوبتی اعم از حق الناس و حق الله که تنها اجرای حد را از آن استثنا کرده‌اند، شهادت بر شهادت را در مواردی که شاهد اصل مرد تنها یا زن تنها باشد یا حتی مرد و زن با هم باشند، پذیرفته‌اند؛ اما در مورد شاهد بر شهادت با دیگران اختلاف دارند و آن این است که در شهادت بر شهادت زنی که شاهد اصل است، شهادت زن به انضمام مرد بر شهادت زن اول جایز نیست و تنها دو شاهد عادل مرد می‌توانند باشند؛ چراکه شهادت بر شهادت امور مالی نیست تا شهادت زن در آن پذیرفته شود؛ حتی در امور مرتبط به زنان نیز بحث اختصاص در میان نیست تا شهادت زن را بپذیریم؛ چراکه بحث از شنیده‌ها است (شافعی، ۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۳۲۸)؛ زیرا هدف از شهادت فرع، اثبات شهادت اصل است و همچنین در آنچه که مدخل شهادت مردان است، زنان جایگاهی ندارند (ابواسحاق شیرازی، پیشین، ج ۱۳، ص ۳۶۹).

ظاهراً دلایل ذکر شده در مذهب شافعی مورد اجماع فقهای این مذهب است و نگارنده در کتب درجه اول فقه شافعی نظر مخالفی نیافته است (ابواسحاق شیرازی، بی تا، ج ۳، ص ۴۵۹).

نکته: در مذهب شافعی، شهادت چهار نفر بر شهادت دو نفر شاهد اصل را نظر مورد اتفاق نمی‌دانند؛ بلکه ادعا شده است که رویانی و غزالی و علمای عراق شهادت دو نفر بر شهادت اصول را پذیرفته‌اند (النووی، بی تا، ج ۴، ص ۱۹۲)؛ اما آنچه که فحوای کلام بود و نظر معتبر در مذهب شافعی است، همان است که قبلاً بیان کردیم و دلیل بر این مدعا، اقرار سایر مذاهب مانند حنفیه در کتاب‌هایشان به نظر اول از قول شافعی است.

نتیجه‌گیری

لزوم رعایت نصاب در شهادت بر شهادت از جمله اموری است که حداقل شرط تأمین وثوق به ادله ذکر شده به شمار می‌آید. در فقه اسلامی، به جز عده‌ای اندک، کسی منکر این شرط نیست؛ بنابراین در فقه شیعه و اهل سنت، مبانی ذکر شده هر کدام از یک جهت وافی به مقصود هستند. در فقه امامیه، رعایت نصاب واحد را شرط پذیرش شهادت بر شهادت قلمداد کرده‌اند و این موضوع بر اساس ماهیت نیابت و قائم مقامی استوار گشته است؛ در حالی که جنسیت شهود به واسطه اصل پذیرش آن مورد رأی قرار گرفته است. مشهور در فقه شیعه، عدم پذیرش شهادت زنان است؛ زیرا ماهیت شهادت بر شهادت در امر اثبات یک موضوع غیر مالی است که در آن شهادت مردان پذیرفته می‌شود؛ هر چند عده‌ای نیز بر پذیرش شهادت زنان در اموری که اصل آن مورد پذیرش است، نظر دارند. مبنای نیابت می‌تواند این محدوده پذیرش شهادت بر شهادت زنان را اثبات کند.

در فقه اهل سنت، میان شافعی‌ها، در پذیرش شهادت بر شهادت بالزوم رعایت نصاب، تغایر لحاظ می‌شود؛ در حالی که در مذهب حنبلی، پذیرش شهادت واحد بر واحد مدنظر است. مبانی نظریه اخیر، برخلاف امامیه، لزوم تبعیت فرع از اصل را بیان می‌کند. مالکی‌ها و حنفی‌ها اگرچه در ذکر مبانی اختلاف دارند، ولی به طور کلی در لزوم رعایت نصاب بدون تغایر و نیز پذیرش شهادت زنان در اموری که اصل آن مورد پذیرش است، به نظر واحدی رسیده‌اند.

قد رمتیقن فقه امامیه و اهل سنت در مورد معرفی مبانی و تبعیت اثر از آن‌ها، پذیرش ماهیت خاص شهادت بر شهادت در رعایت نصاب است و هدف از این ماهیت، اتصال و انتقال مفاد شهادت شاهد اصلی به محکمه است. با پذیرش این مبنا، می‌توان به صورت حقیقی از لزوم رعایت نصاب واحد در پذیرش شهادت بر شهادت جانب‌داری کرد. در این میان، برخلاف پژوهش‌های ذکر شده، جنسیت در شهادت بر شهادت با تبعیت از مبانی صحیح، پذیرش شهادت زنان است؛ زیرا اصل مسئله اثبات شهادت بر شهادت، موضوعی غیر مالی است؛ از این رو جز در اموری که زنان از آن اطلاع دارند، نصاب عدلین مختص مردان است؛ اما اگر مبنای نیابتی بودن را برای آن‌ها در نظر بگیریم، می‌توان به پذیرش شهادت بر شهادت زنان در اموری قائل شد که اصل آن به واسطه شهادت زنان قابلیت اثبات را دارد. ثبات نظریه مبنا در مورد تعداد شهود و متغیر بودن نظریه بر اساس هریک از مبانی ذکر شده، می‌تواند پذیرش شهادت زنان را در تشخیص مقام قضایی برای احراز شهادت حقیقی مدنظر قرار دهد؛ بنابراین در مورد پذیرش شهادت بانوان در امور مربوط به زنان، حداقل شهادت دو نفر به همراه سوگند می‌تواند مسئله شهادت بر شهادت را اثبات کند.

فهرست منابع

۱. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (١٤١٢ق)، رد المحتار على الدر المختار، چاپ دوم، بيروت: دار الفكر.
۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم، (١٤١٤ق)، لسان العرب، چاپ سوم، بيروت: دار الفكر و دار الصادر.
۳. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد الشُّعْدِي، حنفي، (١٤٠٤ق)، التفت في الفتاوى، چاپ دوم، عمان و بيروت: دار الفرقان و مؤسسة الرسالة.
۴. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (١٤١٩ق)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، چاپ اول، بيروت: دار الكتب العلمية.
۵. أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، (١٤٢١ق)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، چاپ اول، جدة: دار المنهاج.
۶. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (١٩٩٤ق)، الذخيرة، چاپ اول، بيروت: دار الغرب الاسلامي.
۷. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني - الزبيدي، (بی تا)، الجوهرة النيرة، چاپ اول، بی جا: موقع الإسلام.
۸. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (١٤١٢ق/١٩٩١م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، چاپ سوم، بيروت - دمشق - عمان: المكتب الاسلامي.
۹. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (بی تا)، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، چاپ اول، بيروت: دار الفكر.
۱۰. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، (١٤٢٠ق)، البناءة شرح الهداية، چاپ اول، بيروت: دار الكتب العلمية.
۱۱. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (١٤١٩ق)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، چاپ اول، بيروت: دار الكتب العلمية.
۱۲. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (١٩٩٤م)، الذخيرة، چاپ اول، بيروت: دار الغرب اسلامي.
۱۳. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (١٤٠٨ق)، المقدمات الممهدات، چاپ اول، بيروت: دار الغرب اسلامي.
۱۴. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (١٤٠٨ق)، المقدمات الممهدات، چاپ اول، بيروت: دار الغرب اسلامي.
۱۵. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي،

- ۱۴۱۴ق)، الکافی فی فقه الإمام أحمد، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۶. أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعاعلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، (۱۴۱۴ق)، الکافی فی فقه الإمام أحمد، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۷. احسائی، سید هاشم، (۱۴۰۶ق)، الوافی، چاپ اول، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۱۸. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۱۹. اسماعیل بن یحیی بن اسماعیل، ابوالبراهیم المزنی، (۱۴۱۰ق/۱۹۹۰م)، مختصر المزنی (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعی)، چاپ اول، بیروت: دار المعرفة.
۲۰. اسماعیل بن یحیی بن اسماعیل، ابوالبراهیم المزنی، (۱۴۱۰ق/۱۹۹۰م)، مختصر المزنی (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعی)، چاپ اول، بیروت: دار المعرفة.
۲۱. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۲۲. حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل (ط - الحديثه)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۲۳. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۲۴. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۱ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، چاپ اول، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۵. حلی (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۲۶. حلی (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحديثه)، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۷. حلی (بی تا)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - القديمة)، چاپ اول، مشهد: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۲۸. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ق)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۰. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چاپ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۳۱. حمیری، نشوان بن سعید، (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، چاپ اول، بیروت: دار الفکر المعاصر
۳۲. حمیری، نشوان بن سعید، (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، چاپ اول، بیروت: دار فکر المعاصر.
۳۳. خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا)، تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم: دار العلم.
۳۴. الزرکشی، محمد بن عبد الله، شرح الزرکشی، چاپ اول، بیروت: دار العبیکان.
۳۵. زین الدین بن ابراهیم بن محمد، المعروف بابن نجیم المصری، (بی تا)، البحر الرائق شرح کتز الدقائق، بی تا.
۳۶. شافعی، محمد ابن إدريس، (۱۴۱۰ق)، الأم، چاپ اول، بیروت: دار المعرفة.
۳۷. شرف الدین موسی بن أحمد بن موسی ابوالنجا الحجاوی، الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل، چاپ اول، بیروت: دار المعرفة.
۳۸. شیرازی (أبو اسحاق شیرازی)، ابراهیم، (بی تا)، المذهب، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۳۹. شیخ نظام و جماعة من علماء الهند، (۱۴۱۱ق)، الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبی حنیفة النعمان، چاپ اول، بیروت: دار الفکر.
۴۰. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۴۱. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، چاپ اول، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۲. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۴۳. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب اسلامی.
۴۴. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۴۵. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۴۶. علاء الدین ابوالحسن علی بن سلیمان المرداوی الدمشقی الصالحی، (۱۴۱۹ق)، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۷. علاء الدین السمرقندی، (۱۴۰۵ق)، تحفة الفقهاء، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۸. قرجه لو، علیرضا، ۱۳۸۷، «شهادت بر شهادت در حقوق ایران و انگلیس»، الهیات و حقوق، ش ۲۸.

۴۹. قمی (صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. قمی (صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۰۹ق)، من لایحضره الفقیه، مترجم: غفاری، علی اکبر و دیگران، چاپ اول، تهران: نشر صدوق.
۵۱. قمی (صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۲. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (۱۴۰۶ق)، الوافی، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام.
۵۳. کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹ق)، الکافی (ط - دار الحديث)، چاپ اول قم:، دار الحديث للطباعة والنشر.
۵۴. کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۵۵. مالک بن انس بن مالک بن عامر الأصبحی المدني، المدونة الكبرى، چاپ اول، بی جا: موقع الإسلام.
۵۶. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار، چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۷. محدث نوری، میرزا حسین، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۵۸. محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (۱۳۸۸ق)، المغنی لابن قدامة، چاپ اول، بی جا: مكتبة القاهرة.
۵۹. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسی، (۱۴۱۴ق)، المبسوط، چاپ اول، دارالمعرفة: بیروت.
۶۰. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومی البابرتی، (بی تا)، العناية شرح الهداية، چاپ اول، بیروت: دار فکر.
۶۱. المزنی، إسماعيل بن يحيى، (۱۴۱۰ق)، مختصر المزني، چاپ اول، بیروت: دارالمعرفة.
۶۲. نجاشی، احمد بن علی، محقق موسی شبیری زنجانی، (۱۳۶۵ق)، رجال النجاشی، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۶۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۶۴. نوری، محدث، میرزا حسین، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۶۵. واسطی زبیدی، محب الدين و سيد محمد مرتضی حسینی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دار فکر للطباعة والنشر والتوزيع.

شیوه‌های مشترک جبران خسارت‌های نقض تعهدات قراردادی در فقه امامیه و حنفیه



حوریه خدائی^۱

چکیده

فزونی یافتن مراودات اقتصادی، ضرورت اجرای صحیح قرارداد را به یک اصل تبدیل کرده است و هریک از طرفین را ملزم به انجام تعهدات ناشی از قرارداد می‌سازد. ممکن است به هر دلیلی، یکی از طرفین به تعهدات خود عمل ننماید که در این صورت، نقض اتفاق افتاده است و باید خسارت ناشی از آن برای متعهد جبران گردد و زیان دیده در وضعیت اجرای قرارداد قرار گیرد. قانون‌گذاری در هر نظام اقتصادی، شیوه‌هایی برای جبران خسارت ناشی از انعقاد قرارداد پیش‌بینی کرده است. در این نوشتار، شیوه‌های مشترک جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی از منظر فقه امامیه و فقه حنفیه بررسی و سپس ارزیابی شده است؛ به این صورت که کدام یک از شیوه‌ها، وضعیت زیان دیده را به جایگاه اصلی خود بازمی‌گرداند. این تحقیق به روش کتابخانه‌ای، مبانی مشترک فقهی دو دیدگاه را در دو بخش خسارت مالی و خسارت معنوی با استناد به منابع فقهی به دقت بررسی کرده است. نتیجه این تحقیق بیان می‌کند که شیوه الزام به اجرای عین تعهد در قرارداد بیع، راه حل مناسبی برای جبران خسارت در هر دو دیدگاه است و در صورت تلف عین مورد معامله، معادل آن باید به متعهدله پرداخت شود.

واژگان کلیدی: تعهدات قراردادی، نقض قرارداد، جبران خسارت، ضمان.

✽ طرح مسئله

یکی از اصول حاکم بر عقود در فقه و حقوق، اصل وجوب وفای به عقد و الزامی بودن عقود است که منشأ آن عموماً ماتی مانند «أوفوا بالعقود» است. براساس این اصل، طرفین قرارداد صرف نظر از اینکه عقد لازم باشد یا جایز، ملزم به اجرای مفاد آن هستند و تخلف از قرارداد برای طرفین ممنوع است. در مواردی که یکی از طرفین قرارداد به تعهدات خود عمل نکند، نقض صورت می‌گیرد. نقض قرارداد اشکال مختلفی دارد که حاکی از گستردگی و مفهوم کلی نقض است و شامل اجرای ناقص یا همراه با تأخیر است. نقض ممکن است قبل، همزمان یا بعد از مهلت اجرای قرارداد رخ دهد، با این تفاوت که نقض واقعی قرارداد به عدم انجام تعهد در مهلت مقرر در قرارداد اشاره دارد.

از آنجا که نقض غالباً به ضرر و زیان طرف مقابل می‌انجامد، هریک از نظام‌های حقوقی جهان در حین تأکید بر ضرورت جبران خسارت، به طور کامل در راستای تحقق عدالت، شیوه‌هایی را برای آن پیش‌بینی کرده‌اند. منظور از شیوه‌های جبران خسارت قراردادی، راهکارهایی است که برای تدارک زیان وارد شده به متضرر به دلیل نقض تعهد ارائه می‌شود. در شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در بیع، روش‌هایی مانند الزام به انجام عین تعهد، مطالبه خسارت و حق فسخ، در جبران خسارت مدنظر قرار می‌گیرد. نظر به اینکه اشتراکات مبانی فقه شیعه با فقه حنفی یکی از عوامل اصلی تقارن و هم‌اندیشی دو نظریه است، این تحقیق بر آن است تا شیوه‌های جبران خسارت در این دو دیدگاه را با رویکرد یکنواخت کردن حقوق قراردادی در اصل جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، بررسی کند و مشترکات آن‌ها را به دقت واکاود؛ البته بیان افتراقات آن‌ها به تحقیقی مستقل واگذار شده است. سؤال اصلی این است که «شیوه‌های مشترک جبران خسارت‌های ناشی از نقض تعهدات قراردادی در فقه امامیه و حنفیه کدام است؟».

در عرصه جبران خسارت در فقه و حقوق و همچنین تجارت بین‌المللی، تلاش‌های قابل توجهی صورت گرفته است. با این حال، مطالعه تطبیقی اصل جبران خسارت در قرارداد بیع و شیوه‌های آن در فقه شیعه و مذهب حنفیه، به طور خاص، مدنظر نویسندگان دیگر نبوده است. آقای سید حسن وحدتی شبیری در مقاله‌ای با موضوع «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد» به منشأ مسئولیت قراردادی یعنی اراده طرفین عقد پرداخته است. پایان‌نامه‌ای با عنوان «خسارات قابل جبران ناشی از نقض قرارداد در فقه و حقوق ایران» توسط علی غلامعلی زاده به رشته تحریر درآمده است که تفاوت آن

با پژوهش حاضر واضح است. همچنین در کتب فقهی می‌توان به لمعة الدمشقية شهید اول و شرح آن در «کتاب المتاجر» جواهر الکلام نجفی جواهری در بخش «فی عقد البیع وشروطه و آداب» و کتاب المکاسب شیخ انصاری در «کتاب البیع» اشاره کرد؛ ولی واضح است که این کتاب‌ها در صدد بیان و تحلیل بیع و شرایط آن، ضمان و نیز جبران خسارت احتمالی در فقه شیعه هستند و در هیچ‌یک از آن‌ها شیوه‌های جبران به طور مشخص در عنوان مجزا و همچنین به تطبیق این احکام با مذهب حنفی پرداخته نشده است؛ از این رو در ادبیات فقهی به صورت نظام‌مند به مسئله حاضر نگریسته نشده و موضوع حاضر از این حیث بدیع است.

نظر به اینکه در سال‌های اخیر در حقوق کشور افغانستان، فقه امامیه در کنار فقه حنفی، مبنای قانون‌گذاری قرار گرفته است که با بررسی تطبیقی، میزان انطباق حقوق این کشور با فقه شیعه بیان شده است. این پژوهش سعی دارد با توجه به اشتراک نظرات موجود میان فقهای مذهب شیعه و حنفی در دو مبحث بررسی احکام کلی خسارت و شیوه‌های جبران آن، مبنای فقهی و مشترکات اندیشمندان دو دیدگاه را با ذکر ادله بررسی کند. بررسی مبنای فقهی شیوه‌های مشترک ضمان از دیدگاه این دو مذهب، یکی از راهکارهای تقریب و وحدت واقعی مذاهب اسلامی است تا از رهگذر فعالیت‌های جهانی مسلمانان و حقوق بین‌الملل، نتایج و فواید قابل توجهی به دست آید؛ همچنین با تقریب و هم‌افزایی بتواند از طریق طرح مباحث علمی به اشکالات پاسخ دهد و شریعت اسلامی از انحصار آزاد شود. در ضمن این تحقیقات معلوم می‌شود که موارد اشتراک بین مذهب امامیه و حنفیه بسیار بیشتر از مقداری است که تاکنون تصور شده است؛ بنابراین در ادامه به وجوه مشترک دو دیدگاه پرداخته می‌شود و امکان تشکیل نظام واحد در جبران خسارت در برخی از زمینه‌ها تبیین می‌شود و روشن خواهد شد که این امکان در سایر زمینه‌ها درباره جبران خسارت قرارداد بیع وجود ندارد.

بررسی شیوه‌های متمایز، عنوانی مستقل است که به تحقیق مجزا نیازمند است؛ از این رو به شیوه‌های متمایز پرداخته نشده است؛ همچنین احکام جبران خسارت در فقه حنفی غالباً در مورد غصب بیان شده است؛ ولی می‌توان ناقض قرارداد را نیز به دلیل عدم انجام تعهدات و عدم تحویل کالا، ملحق به غاصب دانست؛ بنابراین در بیان نظرات فقهای حنفی در برخی موارد حکم غصب بیان شده است که با تعمیم ملاک (تصرف در مال غیر)، شامل نقض قرارداد نیز می‌شود.

۱- الزام به اجرای عین تعهد

هریک از طرفین ملزم به انجام تعهدات ناشی از عقد است و در صورت امتناع، الزام به اجرای تعهد می‌شوند (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۱۴۴). الزام به انجام عین تعهد، اثر مستقیم قرارداد است و به عنوان یکی از روش‌های برخورد با نقض قرارداد و جبران خسارت شناخته می‌شود. هدف اصلی و اولیه طرفین قرارداد، ایفاء مفاد عین تعهد است؛ با وجود این در صورت نقض قرارداد و عدم ایفاء تعهدات قراردادی توسط متعهد، در نظر گرفتن سود و زیان متعهدله اولویت دارد؛ از این رو برخی از حقوق دانان اسلامی از ابتدا بین اجبار به انجام تعهد یا فسخ و جبران خسارت، متعهدله را مخیر دانسته‌اند و حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارت را به عنوان جایگزین اصل تعهد و امری عقلایی پذیرفته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۱؛ حلی (علامه حلی)، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۸۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۳۱؛ سید ابوالقاسم خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۷، ص ۶۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۲۸۰).

بر اساس نظریه مشهور فقهای امامیه و با توجه به آیه شریفه «وفوا بالعقود» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» و «حکم عقل»، وفای به عهد و آنچه به آن متعهد شده‌اند، واجب و مستلزم عمل به عین تعهد است (موسوی مجنوردی، ۱۳۷۷ش، ج ۳، ص ۱۴۳). این نظریه رافقیهانی چون شیخ انصاری (انصاری، ۱۳۹۶ق، ج ۳، ص ۳۶)، محقق کرکی (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۳۲۶)، شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۴)، محمد حسن نجفی (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۲۸، ص ۲۲۴)، نراقی (نراقی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۳۷) پذیرفته‌اند. با این استدلال که اجرای عین تعهد مبتنی بر توافق دو طرف، قواعد اخلاقی و شرعی، نظم عمومی و اثر مستقیم اصل لزوم وفای به عهد است و اعمال حق فسخ و دیگر روش‌های جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد را منوط به تعدر اجبار متعهد نموده‌اند. توجه به میل مشترک طرفین و توقع دستیابی به هدف اولیه هر دو طرف در تشکیل قرارداد که اجرای همان تعهد است، اساس این نظریه خواهد بود.

فقهای حنفی نیز الزام به انجام عین تعهد را پذیرفته‌اند. ابن عابدین معاملات را به سه نوع تقسیم می‌کند: ۱- معاملاتی که هیچ الزامی در آن نیست مثل وکالت؛ ۲- معاملاتی که دارای الزام محض است مانند حقوق؛ ۳- معاملاتی که در برخی صور موجب الزام است مثل عزل وکیل که الزام از جانب وکیل است و موکل الزامی ندارد (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۶، ص ۳۴۶). در صورت اختلاف بین متبایعین در معاملاتی که الزام به انجام تعهد وجود دارد، متعهدله می‌تواند از حاکم درخواست الزام متعهد به انجام تعهدات نماید (زحیلی، ۱۴۱۶ق،

ج ۵، ص ۳۹۶۷؛ عینی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۱، ص ۳۱۶). در صورتی که متعهد از انجام تعهد امتناع نماید، حاکم او را مجبور به پذیرش حکم می‌نماید؛ حتی اگر لازم باشد ناقض را حبس نماید (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۵۹۴۰؛ ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص ۴۳۲)؛ البته اجبار به انجام تعهدات فقط با درخواست متعهدله امکان پذیر است (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۴۷۴۶).

نظریه اصل مطالبه ایفای عین تعهد و عدم امکان استفاده از سایر طرق جبران خسارت متعهدله، گرچه مطابق با هدف اصلی قرارداد و اراده مشترک طرفین است، اما با این مشکل مواجه است که در بسیاری از موارد به دلیل نوسانات اقتصاد و هزینه‌های تحمیلی با منافع متعهدله در تضاد است؛ از این رو موجب از بین رفتن منفعت عقد می‌شود. به نظر می‌رسد پابندی به قرارداد تا حدی ضروری است که از هدف اولیه خارج نشود و هزینه‌های مادی و معنوی ناشی از تخلف، از دست دادن فرصت‌ها و موقعیت‌های برتر و نیز خسارات بیشتر از ارزش قرارداد را بر متعهدله تحمیل نکند و ارزش اقتصادی قرارداد از بین نرود.

از سوی دیگر، عدم پذیرش انجام تعهد به عنوان اصل اساسی و اجرای سایر روش‌های مقابله با نقض قرارداد برای جبران خسارت، اگرچه در بسیاری از موارد به راحتی و به سرعت انجام می‌شود، اما با روح حاکم بر قرارداد مغایرت دارد و انجام عین تعهد بهترین و مناسب‌ترین راه برای تأمین منافع قراردادی متعهدله است. جمع دو نظریه این است که در صورت تخلف از قرارداد، به جای ملزم کردن متعهدله به برگزیدن الزام متعهد به اجرای عین تعهد، حق داشته باشد که اجرای عین تعهد یا فسخ را انتخاب و مطالبه خسارت کند. چنانچه خویی می‌گوید:

«حق اعمال فسخ قبل از الزام و اجبار متعهد بعید نیست. این حق اختصاصی به عقد بیع ندارد و در تمام عقود معاوضی قابل اعمال است» (سید ابوالقاسم خویی، بی تا، صص ۳۲-۴۶).

اجبار می‌تواند به شکل مستقیم یا غیرمستقیم صورت پذیرد.

۱. اجبار مستقیم: اگر متعهد تمایلی به اجرای تعهد نداشته باشد، نخست متعهدله باید اجرای تعهد را از متعهد مطالبه کند و در صورت امتناع، حق دارد برای اجبار به حاکم رجوع نماید. در فقه اسلامی به کمک قاعده «الحاکم ولی الممتنع» اجبار متعهد از طریق حاکم، به طور مستقیم پیش بینی شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۲۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۹۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۲۷؛



عینی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۱، ص ۳۱۶). اجبار در مرحله بعد از اجرای اختیاری قرارداد.

۲. اجبار غیرمستقیم: در صورتی که امکان الزام متعهد از طریق حاکم وجود نداشته باشد، جهت الزام غیرمستقیم روش «الزام مالی» یا «حبس» مطرح می‌شود. الزام مالی برای جلوگیری از اختلال نظام اقتصادی، به متعهدله اجازه می‌دهد که از طرف متعهد و به هزینه او تعهد را اجرا کند و سپس متعهد را به پرداخت هزینه‌های انجام آن ملزم نماید (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۵۹۴۰؛ خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۶، صص ۲۱۶ - ۲۴۶). حبس مدیون حکم مجازات نقض عقد نیست، بلکه وسیله‌ای برای الزام به اجرای تعهد است؛ از این رو با اعلام اجرای متعهد این حکم از بین می‌رود (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۴۰، ص ۱۶۴؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۸؛ سنه‌وری (عبدالرزاق)، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۸۰۰؛ ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص ۴۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴ش، ج ۴، ص ۱۲۳).

در قراردادهای زیر به دلیل وضعیت خاص قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد ممکن نیست:

۱. قراردادهای شخصی: در صورتی که اجرای قرارداد به شخص متعهد استوار باشد و اقدام شخص متعهد شرط شده باشد و با نقض قرارداد، اجبار متعهد به انجام عین تعهد ممکن نباشد، متعهدله مجبور به فسخ قرارداد و مطالبه غرامت می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۲۲۳؛ خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۴، ص ۵۶).

۲. قراردادهای مستلزم نظارت مستمر: در بعضی از قراردادهای وظایف پیوسته و همیشگی، به متعهد سپرده می‌شود؛ در این صورت اگر متعهد از ایفاء تعهدات خود امتناع کند و متعهدله اجرای عین تعهد را مطالبه کند، انجام عین تعهد ممکن نخواهد بود و نظارت مستمر حاکم نیز امکان‌پذیر نیست (شعبانی، ۱۳۸۵ش، ص ۴۳).

۳. عدم تعادل بین عوضین (غبن): در قراردادهای معوض، باید تعادل نسبی بین عوضین وجود داشته باشد وگرنه مغبون جاهل دارای خیار غبن است. مغبون جاهل یا به استناد خیار غبن معامله را فسخ می‌کند یا با همان شرایط معامله را می‌پذیرد و اجرای عین تعهد را از متعهد مطالبه می‌کند. اگر متعهدله علم به غبن در معامله داشته باشد، در صورت نقض قرارداد توسط طرف مقابل، نمی‌تواند معامله را فسخ یا اجرای عین تعهد را مطالبه کند (انصاری، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۴؛ بحرانی (صاحب حدائق)، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۴۲).

۴. امکان الزام متعهد به موضوع معامله: زحیلی در کتاب الفقه الاسلامی وأدلته بیان می‌کند که از شرایط

دعوی در مذهب حنفیه، آن است که موضوع ادعا امری باشد که امکان الزام مدعی علیه در آن وجود داشته باشد؛ یعنی مطالبه الزام، مشروع باشد؛ مثلاً شخص به ادعای اینکه وکیل متعهدله است، ادعای الزام نماید و حال آنکه متعهد ادعای وکالت او را نپذیرد و با توجه به اینکه وکالت عقد غیر لازم است، ادعای عزل وکالت را نماید. در این صورت قاضی ادعای وکیل را نمی‌پذیرد و درخواست الزام او رد می‌شود؛ البته واضح است که اگر وکیل با ادله‌ای وکالت خود را اثبات نماید، ادعای او بر الزام پذیرفته خواهد شد (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۵۹۸۲).

۲- جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد

کلیه قراردادهایی که افراد با یکدیگر منعقد می‌کنند، چنانچه خلاف قواعد آمده در شرع نباشد محترم است و افراد به موجب آن دارای تعهد و مسئولیت قراردادی می‌شوند و باید به عهد خود وفا کنند؛ اما ممکن است یکی از طرفین قرارداد از اجرای مفاد آن خودداری نماید که طرف متضرر از عدم ایفای تعهد، می‌تواند با مراجعه به حاکم (دادگاه) اقدام به مطالبه خسارت کند و طرف مقابل باید ضرر و زیان وارد شده را جبران نماید. خسارت به معنای ضرر وارده بر سه نوع «ضرر مالی»، «ضرر معنوی» و «تفویت منافع» است که شیوه جبران ضرر مالی و ضرر معنوی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ اما جبران خسارت تفویت منافع، به دلیل اختلافی بودن، به تحقیق دیگر موکول می‌شود.

۲-۱. جبران خسارت مالی ناشی از عدم انجام تعهد

در ضمان و جبران خسارت نسبت به اموال منقول، فقهای امامیه و حنفیه کمترین اختلاف نظر را دارند. براساس فقه امامیه و حنفیه برای آنکه حکم به جبران خسارت نسبت به اموال منقول شود، دو شرط اساسی لازم است:

۱. مالیت از دیدگاه عرف (در فقه حنفیه از آن تعبیر به «تقویم» شده است)؛ برای مثال، مباحات علی‌رغم اینکه ذاتاً ارزشمند هستند، ولی چون تحت حیات قرار نگرفته‌اند، مالیت ندارند؛ یا دانه‌ای جو یا گندم با اینکه قابلیت تملیک را دارند، ولی مالیت ندارند (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۳).

۲. مشروعیت بهره‌برداری از مال در دیدگاه شرع (انصاری، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۰؛ خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۲، ص ۴؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۱۶۷؛ بغدادی، ۱۳۰۸ق، ص ۱۲۶). آنچه از نظر عرف ارزشمند باشد، ولی

شارع استفاده از آن را مجاز نشمارد، مثل مسکرات، موجب ضمان نیست (انصاری، بی تا، ج ۱، ص ۱۱۶؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۴۲؛ سرخسی، ۱۳۲۴ق، ج ۱۱، ص ۱۰۳).

در فقه امامیه تقسیمی در مورد متقوم و غیر متقوم انجام نشده است؛ ولی مالیت عرفی و مشروعیت از جهت انتفاع، شرط ضمان دانسته شده است (کاشف الغطاء (حسن)، بی تا، ج ۱، ص ۳۹؛ کاشف الغطاء (محمد حسین)، بی تا، ج ۱، ص ۳۱۹؛ خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۲، ص ۴). شیخ انصاری تأکید دارد که منافع نباید از نوع منافع نادر باشد؛ بلکه منافع غالب موجب مالیت است (انصاری، بی تا، ج ۱، ص ۲۶ و ۷۰ و ۱۲۵).

در جبران خسارت نسبت به اموال غیر منقول، دودیدگاه وجود دارد. فقههای شیعه قائل به قابلیت جبران و ضمان هستند (حلی، بی تا، ج ۱۴، ص ۲۸۳؛ محقق کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۰)، به خلاف فقههای حنفی که غضب را در اموال غیر منقول محقق نمی دانند و قائل به عدم ضمان هستند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۱۴۶).

۲-۲. جبران خسارت معنوی ناشی از عدم انجام تعهد

اگرچه در فقه اسلامی کتاب یا باب خاصی به عنوان جبران خسارت معنوی اختصاص نیافته است؛ اما قرار گرفتن عرض و آبرو در امور مهم نزد شارع در کنار جان و مال، نشان دهنده اهتمام شارع به شخص و شخصیت اشخاص است؛ امری که به دلیل گسترش دایره این امور در عصر حاضر، از اهمیت ویژه ای برخوردار شده است. همچنین گروهی از محققین معاصر، آیات و روایات متعدد مبنی بر ممنوعیت اضرار را اعم از ضرر مادی و معنوی می دانند و بر این باورند که قواعد فقهی از جمله قاعده لا ضرر، قاعده نفی حرج، قاعده تعدی و تفریط و نیز قاعده تسبیب در سراسر مباحث فقهی، از ضرورت ترمیم خسارت به طور عام (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۵۹)، اعم از مادی و معنوی حکایت دارند.

قاعده لا ضرر مهم ترین قاعده است که متضمن خسارت معنوی و جبران آن است؛ زیرا از مستندات مهم این قاعده «لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» (بقره، آیه ۲۳۳) است. با توجه به معلوم یا مجهول بودن فعل (لا تضار) در جمله، دو احتمال داده می شود و بر اساس هر دو نوع احتمال، ضرر حرام است. احتمال اول: چنان که «لا تضار» معلوم باشد، معنای آیه این می شود که مادر به دلیل اختلاف با شوهر، به فرزندش آسیب نرساند و پدر به دلیل نارضایتی از همسرش، به فرزند آسیب نرساند. احتمال دوم: چنان که فعل «لا تضار» مجهول باشد، این می شود که پدر به خاطر فرزند نباید به همسر باردار خود آسیب برساند و از

انجام وظایف زناشویی خودداری کند؛ همچنین زن به دلیل بارداری نباید از معاشرت با همسر خود امتناع کند و به او آسیب برساند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۹). استدلال به آیه در مبحث رفع خسارت معنوی بر این فرض است که «لاتضرار» معلوم باشد؛ در این صورت نهی مندرج در آیه، هم شامل احکام تکلیفی و هم احکام وضعی می‌شود؛ یعنی ضرر از حیث تکلیف، حرام است و از حیث حکم وضعی، موجب مسئولیت عامل زیان می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، صص ۱۳-۱۵). در این فرض، آیه دلالت بر عمومیت ضرر همسران بر یکدیگر دارد، اعم از خسارت مادی و خسارت معنوی، و به نظر می‌رسد دلالت آیه بر خسارت معنوی در رابطه زناشویی مقدم باشد.

همچنین از مستندات قاعده، جریان سمره‌بن جندب و درخواست فرد انصاری برای رفع ضرر معنوی یا جلوگیری از ادامه آن است؛ به این معنا که لازمه صدور حدیث، مربوط به ضرر معنوی ناشی از ورود غیرمجاز سمره‌بن جندب به منزل مرد انصاری، تضییع حقوق معنوی او از جمله حق حفظ امنیت در خانه است.

به نظر می‌رسد تقدیم حق انصاری بر حق سمره‌بن جندب به دلیل اهمیتی است که اسلام برای عرض اشخاص قائل است و چون دو حق (حق انصاری و حق سمره) با هم تراحم داشتند و در باب تراحم، اهم بر مهم تقدم می‌یابد، از این رو پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم حکم به کندن درخت فرمودند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷ق، ج ۱، ص ۶۳). نتیجه آنکه خسارات معنوی و تأکید بر رعایت و حفظ اعراض براساس دلالت قاعده بر لزوم جبران خسارت در عرض، قطعی به نظر می‌رسد.

فقه حنفی نیز حقوق معنوی انسان را مانند حقوق مالی او مورد توجه قرار داده و لطمه به آبرو و حیثیت اشخاص را حرام قلمداد نموده است؛ بنابراین مکلف موظف است ضرر وارده را جبران نماید (سرخی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۴۹).

روش‌های متداول جبران خسارت معنوی براساس عرف و قوانین موضوعه به این شرح است:

موقوف نمودن یا از بین بردن منبع ضرر (ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی)؛

عذرخواهی شفاهی از خسارت دیده (ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی)؛

عذرخواهی عملی یا کتبی یا درج مراتب اعتذار در جراید (ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی)؛

اعاده حیثیت از خسارت دیده به هر نحو دیگر (اصل ۱۷۱ قانون اساسی)؛

پرداخت مابه‌ازای مادی به خسارت دیده (ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی) که مؤثرترین وسیله ممکن جهت جبران خسارات معنوی پرداخت مال یا مابه‌ازای مادی به خسارت دیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۱۵۴).

۳- جبران خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد

خسارت تأخیر در انجام تعهد به این معنا است که فرد تعهد خود را در مدت تعیین شده انجام نداده و تأخیر داشته باشد؛ ولی اصل تعهد قابل انجام است. به اقتضای قرارداد و قبول تعهد، تسلیم کالا از سوی بایع و پرداخت ثمن از سوی مشتری است و هیچ‌یک از طرفین قرارداد در این امر بر دیگری اولییتی ندارند و در حق تسلیم مساوی هستند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۵۵). اگر بایع از انجام تعهد سرباز زند، در قدم اول حاکم او را مجبور به انجام تعهد می‌نماید و در صورت اصرار بر امتناع، مشتری حق فسخ معامله را دارد. اگر مشتری در تسلیم ثمن تأخیر نماید، از جبران خسارت آن در فقه تعبیر به خیار تأخیر می‌شود و برای فروشنده به سبب تأخیر خریدار در پرداخت بها ثابت است؛ لذا عقد تا سه روز لازم است و مشتری فرصت دارد تعهد خود را انجام دهد و ثمن را پرداخت نماید و بعد از سه روز، فروشنده مسلط بر فسخ عقد است و حق دارد معامله را فسخ نماید (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۵۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۵۲۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۵۵).

البته اگر عدم قبض مشتری مستند به عدوان بایع باشد؛ یعنی مشتری پول را می‌خواهد پرداخت کند و کالا را تحویل بگیرد، ولی بایع از تحویل خودداری کند؛ در این صورت بایع دیگر حق فسخ ندارد (انصاری، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۲۱)؛ زیرا خیار فسخ، نوعی ارفاق در حق بایع است، ولی در این فرض بایع خودش حاضر نیست متاع را تحویل دهد. اگر در مدت سه روز مبیع تلف شود، به دلیل قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» تلف در مال بایع واقع می‌شود و با تلف مبیع، بیع باطل می‌گردد (حلی (علامه حلی)، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۷۴؛ نجفی جواهری، ۱۳۲۶ش، ج ۲۳، ص ۵۸؛ انصاری، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۸۴). اگر مشتری بعد از گذشتن سه روز و قبل از فسخ بایع، تعهد را انجام داد و ثمن را پرداخت کرد، در سقوط خیار تأخیر دو احتمال است:

باتوجه به اصل استصحاب، خيار باقی است؛ زیرا قبل از انجام تعهد خيار ثابت بود و بعد از انجام تعهد، شک در سقوط و زوالش است، ادامه خيار استصحاب می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۶۱).

خيار ساقط می‌شود؛ زیرا فلسفه جعل خيار رفع ضرر است که به واسطه عدم انجام تعهد متوجه متعهدله می‌شود. بعد از انجام تعهد، ضرر منتفی می‌شود و خيار رأساً از بین می‌رود و وجهی برای ثبوت آن باقی نمی‌ماند (علامه حلی، بی تا، ج ۱۱، ص ۷۳).

شرایط ثبوت اختیار فسخ به سبب تأخیر در انجام تعهد عبارت است از:

۱. تحویل ندادن کالا ازسوی فروشنده؛
۲. تحویل ندادن بهای کالا ازسوی خریدار؛
۳. حال و نقد بودن کالا و بهای آن (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۰۸)؛
۴. معین بودن کالا در خارج. بنابر دیدگاه گروهی، معین بودن بهای کالا شرط نیست (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص ۵۳؛ انصاری، بی تا، ج ۵، ص ۲۲۰)؛
۵. نبودن خیاری دیگر جز خيار تأخیر برای هردو یا یکی از دو طرف معامله (انصاری، بی تا، ج ۵، ص ۲۲۸)؛
۶. متعدد بودن طرفین معامله که در فرض یکی بودن دو طرف معامله، خيار تأخیر ثابت نیست (انصاری، بی تا، ج ۵، ص ۲۳۰؛ نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص ۵۵).

در فقه حنفی تأخیر انجام تعهد مثل خيار شرط است، به این معنا که اگر مشتری کالایی را بخرد و شرط کند که اگر ثمن آن را تا سه روز نپردازد، کالا را برگرداند، این شرط صحیح است. اگر ثمن را در مدت این سه روز نپردازد، عقد فاسد است و اگر کالا باقی مانده باشد، مشتری باید آن را به بایع برگرداند؛ چنانچه در مدت سه روز مشتری در مبيع تصرف کرده باشد، باید ثمن را بپردازد؛ همچنین اگر در این سه روز قیمت کالا کاهش پیدا کرده باشد، بایع مخیر است که کالا را پس بگیرد یا ثمن و قیمت کاهش یافته را قبول نماید. این بیان بدان معناست که بایع حق فسخ ندارد؛ بلکه ببيع از اساس فاسد و باطل است. مدت خيار تأخیر در نزد حنفیه سه روز است و اگر مشتری شرط چهار روز نماید، این شرط صحیح نیست و عقد به واسطه این شرط فاسد می‌شود (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۵۶۵)، مگر اینکه مشتری در مدت سه روز قیمت کالا را بپردازد که در این صورت عقد، به عقد صحیح تبدیل می‌شود و بایع نیز خيار تأخیر دارد؛ بنابراین اگر شرط کنند که «بايع کالایی را بفروشد و ثمن آن را بگیرد، ولی تا سه روز برای تحویل کالا فرصت داشته باشد و اگر تحویل انجام

نگیرد، بیعی در میان آن‌ها نخواهد بود»، این شرط صحیح است؛ اما اگر بیشتر از سه روز شرط کنند، عقد فاسد می‌شود (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۵۶۵-۵۶۶).

۴. جبران خسارت نقیصه با امکان تعمیر کالا

ممکن است قرارداد بیعی ناقص اجرا شود و مبیع با شرایط توافق شده مطابقت نداشته باشد؛ یعنی یا معیوب باشد یا فاقد یکی از ویژگی‌هایی باشد که طرفین در زمان انعقاد قرارداد در نظر گرفته‌اند. در چنین مواردی اگر مشتری بر اعمال حق فسخ اصرار داشته باشد و از طرف دیگر، فروشنده حفظ و اجرای قرارداد را بخواهد و نیز درخواست رفع عدم انطباق کالا و جبران قصور خود را داشته باشد، سؤالی مهم و جدی مطرح می‌شود که اگر پیشنهادی منطقی، مناسب و منصفانه باشد، چه تأثیری بر حق فسخ خریدار دارد؟ آیا خریدار در هر صورت با وجود اعلام آمادگی فروشنده برای تعمیر کالا، حق دارد قرارداد را فسخ کند؟

در صورت معیوب بودن کالا، انجام قرارداد الزامی است و در صورت درخواست مشتری برای تعمیر کالا، فروشنده باید به آن عمل کند. الزام بایع به تعمیر کالا با استناد به آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و تکلیف وفای به عقد قابل توجیه است (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۰۵؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۳۲).

در فقه اسلامی، حق رفع عیب در مورد کالای معین به طور مستقل و به عنوان یک قاعده کلی ذکر نشده است؛ اما با مطالعه مبحث خیار عیب، می‌توان دلیلی بر این روش جبران به دست آورد. شهید ثانی می‌نویسد: اگر قبل از انقضای سه روز از تاریخ عقد قرارداد، تصریح گوسفند که موجب خیار تدلیس است از بین برود، خیار تدلیس باطل می‌شود. علت سقوط خیار تدلیس در این مورد، وجود خیار حیوان است (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۹۵)؛ زیرا شخص پس از رفع تدلیس، عالم به عیب می‌شود و می‌تواند عقد را فسخ کند. اگر قبل از انقضای سه روز از تاریخ عقد، بینایی گوسفندی از بین برود، خیار باطل می‌شود. علت سقوط خیار تدلیس در این مورد، وجود خیار حیوان برای جبران ضرر ناشی از تدلیس است (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۹۵). با این ملاک می‌توان در هر جایی که روشی غیر از حق فسخ برای جبران خسارت وجود دارد، از آن روش استفاده کرد. او همچنین در شرح لمعه ضمن طرح موضوع سقوط خیار، فسخ به جهت رفع عیب را اقوی می‌داند (جبلی عاملی، ۱۳۹۸ق، ج ۴، ص ۳۵۳).

برخی از فقها معتقدند پس از رفع عیب از مبیع، اثبات حق رد برای خریدار مشکوک می‌شود؛ زیرا دلیل خیار عیب قاعده‌لاضرر است و دلالت بر اثبات حق رد می‌کند. با از بین رفتن عیب، ضرر رفع می‌شود و دیگر جایی برای جریان قاعده‌لاضرر نیست و اصل عدم ثبوت حق رد است (حسینی روحانی قی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۹۶).

از سوی دیگر، گروهی از فقهایان به استمرار حق خیار عیب و حق فسخ حتی در صورت امکان رفع آن معتقدند. از نظر امام خمینی، تفاوت خیار رؤیت با سایر خیارات، موجب سقوط خیار نیست و لازمه اطلاق اولیه هم عدم سقوط خیار است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۴۴۱).

سرخسی می‌نویسد:

«هرگاه قبل از اینکه مشتری از حق فسخ خود به واسطه عیب استفاده کند عیب زایل شود، حق رد بیع را نخواهد داشت.» (سرخسی، ۱۳۲۴ق، ج ۱۵، ص ۱۳۵)

ایشان در مبحث اجاره نیز می‌نویسد:

«هرگاه موجر عیب که موجب فسخ اجاره است را رفع کرده باشد، مستأجر حق فسخ را نخواهد داشت، زیرا عیب زایل و مرتفع شده است.» (همان)

در بیع نیز حق فسخ زایل می‌شود و در عیوب حق مطالبه ازش نیز ثابت نیست (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۵۷۵؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۳۷۶).

با تأمل در آراء و نظرات فوق می‌توان نتیجه گرفت که در مواردی که عیب به هر دلیلی برطرف شود یا هریک از طرفین قادر به رفع عیب باشند، حق فسخ نخواهند داشت؛ همچنین در صورتی که عیب کالا به خودی خود مرتفع شود، حقوق ناشی از آن برای خریدار نیز منتفی می‌شود. در واقع، با زوال عیب باید به اصل لزوم و وجوب وفای به عقد رجوع کرد، زیرا هرگاه عقد واقع شود، لازم بودن عقد نیز حاصل می‌شود. در این فرض، دوام و بقای لزوم است که مورد تردید قرار می‌گیرد. بنابراین قاعده «إصالة اللزوم» که با ادله قطعی اثبات شده است، لازم بودن عقد ثابت می‌شود. علاوه بر آن، با توجه به اینکه دلیل خیار عیب قاعده‌لاضرر است، با رفع نقیصه دیگر ضرر وجود ندارد، پس خیار عیب ساقط می‌شود.

۵- جبران خسارت تلف کالا

در قرارداد بیع، مشتری انتظار دارد کالایی که به او تحویل می‌شود، سالم و مطابق باشد با ویژگی‌های جنبه‌های قراردادی نسبت به قیمتی که می‌پردازد. در صورت عدم اجرای قرارداد به دلیل تلف شدن کالا، یکی از ضمانت‌های اجرایی که برای مشتری قابل وصول است، درخواست کالای بدل یا جایگزین (مثل) است.

اگر مبیع در دست متعهد (به آفت سماوی یا با اتلاف خود متعهد) تلف شود، ضامن است و باید عوض یا بدل مال تلف شده را به متعهدله بپردازد. قطعاً ضمانت در این فرض به عوض واقعی است، نه عوض المسمی. براساس قاعده‌ای که در فقه شیعه و حنفیه پذیرفته شده است، وقتی شخصی ضامن مال دیگری می‌شود، بدل واقعی برعهده او قرار می‌گیرد. براساس این قاعده که آن را قاعده «ضمان واقعی» یا «ضمان مثل و قیمت» نیز نامیده‌اند؛ اگر خود مال موجود باشد، برگرداندن آن وظیفه ضامن است و اگر عین تلف یا متعذرالوصول شود، مثل مال در صورت مثلی بودن و قیمت مال در صورت قیمی بودن، به عهده اوست (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۳۸؛ نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۳۷، ص ۵۸؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۳۵؛ ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۲۰، ص ۷۷؛ غنیمی میدانی، ص ۲۷۷).

۵-۱. تعیین خسارت مثل به قیمت رایج

گاهی مثل، به قیمت منصفانه و مناسب و مساوی با مال موضوع تعهد در بازار موجود است. در این فرض مسلم است که مثل باید پرداخت شود. گاهی مثل، در اثر افت قیمت‌ها، به قیمت کمتر از مال تعهدشده در زمان قبول تعهد موجود است. در این فرض نیز متعهد باید مثل پرداخت نماید. گاهی مثل موجود، به قیمت مضاعف و چندین برابر قیمت مال تعهدشده در زمان قبول تعهد است. علامه می‌گوید: در این فرض ضمان مثل محل اشکال و تردید است (حلی (علامه حلی)، بی تا، ج ۲، ص ۲۲۸).

شیخ انصاری دو صورت را تصویر کرده است:

۱. گاهی منشأ ازدیاد قیمت مثل، ترقی قیمت بازار است؛ در این صورت بر متعهد پرداخت مثل واجب است. دلیل وجوب مثل، عموم نص آیه «اعتداء»^۲ است که مطلقاً حکم به پرداخت مثل می‌کند و فرقی بین کاهش یا افزایش نمی‌گذارد؛ همچنین مشهور در صورت تنزل قیمت بازار نیز مثل را واجب می‌دانند و هیچ فقهی قائل به این نشده که تنزل قیمت موجب سقوط مثل است؛ بلکه حتی در فرض نقصان فاحش و

در صورت سقوط مثل از قیمت و به کلی بی ارزش شدن آن نیز قائل به پرداخت مثل هستند. فحوا و مفهوم می‌فهماند که زیادی قیمت، مثل نقصان و تنزل قیمت است. اگر در فرض تنزل قیمت، باید مثل پرداخت شود، در فرض ازدیاد قیمت نیز باید مثل پرداخت گردد.

۲. گاهی منشأ ازدیاد قیمت آن است که مثل کمیاب شده است و فروشنده ثمن بیشتری برای فروش مطالبه می‌کند و ثمنی را که تعیین می‌کند عرفاً ضرر به متعهد محسوب می‌شود و مشمول قاعده لاضرر است. در این فرض، مثل موجود کالمعدوم است و گویا مثل ندارد؛ در نتیجه ممکن است تبدیل به قیمت شود؛ زیرا الزام ضامن به مثل موجب ضرر است (انصاری، بی تا، ج ۳، ص ۲۲۳). شیخ انصاری و اکثر فقیهان در این فرض نیز پرداخت مثل را اقوی می‌دانند. متعهده حق مطالبه دارد و شرایط زمانی و مکانی تأثیری در حق مطالبه او ندارد و این حق در تمام زمان‌ها و مکان‌ها محفوظ است (انصاری، بی تا، ج ۳، ص ۲۲۴؛ حلی (علامه حلی)، بی تا، ج ۲، ص ۱۶۳؛ حلی (فخر المحققین)، ۱۳۸۷ق، ص ۱۸۵؛ مکی عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰ق، ص ۳۱۹). محفوظ بودن حق مطالبه متعهده عین عدالت اسلامی و مقتضای ادله و اصول و قواعد است؛ چرا که بر اساس «الناس مسلطون علی اموالهم» متعهد بر مالش سلطنت مطلق دارد.

۵-۲. تعیین خسارت در تعذر مثل

در فقه، تعذر مثل را اصطلاحاً «اعواز» می‌گویند (انصاری، بی تا، ج ۳، ص ۲۳۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۹۸ق، ج ۳، ص ۲۶۵). در این فرض، عده‌ای از فقیهان بین صورت مطالبه و عدم مطالبه متعهده تفصیل قائل شده‌اند. در صورت تعذر مثل، اگر متعهده عین مضمون را مطالبه کرد، پرداخت قیمت عین بر ضامن واجب می‌شود. دلیل پرداخت قیمت عین مضمونه در این فرض عبارت است از:

جمع بین دو حق متعهد و متعهده: مالک به دلیل سلطنت، حق مطالبه دارد و از طرفی هم در فرض تعذر مثل، شرعاً و عقلاً نمی‌توان متعهد را به پرداخت مثل ملزم کرد؛ چرا که پرداخت مثل ممکن است حداقل ضامن را دچار حرج نماید. جمع میان این دو حق، ایجاب می‌کند که ضامن قیمت را بپردازد.

آیه «اعتداء» مماثلت از حیث اعتداء و معتدبه را لازم می‌کند. در فرض تعذر مثل، می‌توان به اندازه موضوع تعهد که موجب ضرر به متعهد شده است، قیمت پرداخت و ضرر تدارک شود.

اگر در فرض تعذر مثل، متعهده مثل را از ضامن مطالبه ننماید، هیچ دلیلی بر الزام متعهده به قبول

قیمت نیست؛ زیرا مقتضای اصل و قاعدهٔ پرداخت، مثل است و پرداخت قیمت برخلاف اصل است (حلی (علامه حلی)، بی تا، ج ۲، ص ۳۹۴؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۸۷).

فقهای حنفی بدون هیچ تفصیلی قائل اند که اگر مثل عین مضمون متعذر شد، متعهده می تواند قیمت را مطالبه کند؛ زیرا در صورت تعذر، قیمت به ذمهٔ ضامن می آید و همان ادله ای که وجوب مثل را اثبات می کند، وجوب قیمت را نیز ثابت می نماید (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، صص ۳۵۸-۱۷۳؛ ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص ۹۰؛ غنیمی میدانی، ص ۲۷۵).

۵-۳. ملاک روز تعیین خسارت در محاسبهٔ قیمت

در خصوص محاسبهٔ روز قیمت، بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. نظریات ارائه شده عبارت است از:

۱. ملاک قیمت روزی است که قبض اتفاق افتاده است (یوم القبض) (محقق حلی (محقق اول)، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۷۶۵)؛

۲. ملاک قیمت روزی است که پرداخت می شود (یوم الاداء)؛

۳. ملاک قیمت یوم التلف است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۰۷؛ طوسی (شیخ طوسی)، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۶۰۷؛ محقق کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۸۱)؛ زیرا وقتی عین مال موجود باشد، وظیفه ادای عین است. در روز تلف، عین مضمون انتقال به قیمت پیدا می کند، پس باید قیمت آن روز محاسبه و پرداخت شود (طوسی (شیخ طوسی)، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۶۰؛ مکی عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۹۹؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۹۸ق، ج ۷، ص ۴۱)؛

۴. بالاترین قیمت (اعلی القیم) از روز ضمان تا روز تلف عین (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۶۰)؛

۵. بالاترین قیمت (اعلی القیم) از روز تلف تا روز پرداخت قیمت؛

۶. بالاترین قیمت (اعلی القیم) از روز ضمان تا روز پرداخت قیمت.

اگر از ادله اجتهادی، نتوانیم یکی از نظریه ها دربارهٔ روز محاسبهٔ قیمت را ترجیح دهیم، مقتضای اصول عملیه چیست؟ برخی از فقیهان قاعدهٔ اشتغال را جاری می دانند که مطابق آن باید بالاترین قیمت پرداخت شود. برخی دیگر مورد را شک در اقل و اکثر استقلالی می دانند و قائل به برائت شده اند؛ چرا که قیمت اقل

یقینی و قدر زائد از قیمت، مشکوک است که به دلیل «رُفع المالا یعلمون» برائت جاری می شود.

فقه‌های حنفی نیز در ملاک تعیین قیمت اختلاف نظر دارند. برخی ملاک را روز تعدر (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، صص ۳۵۸-۱۷۳) و برخی ملاک را روز خصومت (ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص ۹۰) و برخی ملاک را روز غصب می دانند (غنیمی میدانی، ص ۲۷۷).

به نظر می رسد اعلی القیم از یوم الغصب تا یوم الأداء ملاک است و دلیل آن عرف است. شارع مقدس اصل ضمان را بیان کرده است؛ اما کیفیت ضمان و نحوه ادای خسارت را بیان نکرده است؛ از این رو خروج از ضمان به نظر عرف سپرده شده است. ناقض قرارداد ملزم است خسارات وارده را به گونه ای جبران کند که زیان دیده در وضعیتی قرار بگیرد که اگر قرارداد اجرا می شد، در آن وضعیت قرار می گرفت. شخص ضامن باید کلیه خسارت را جبران کند تا جایی برای نارضایتی صاحب مال باقی نماند. با توجه به اینکه ترقی و تنزل قیمت مال در نزد عرف مورد ضمان است، باید اعلی القیم پرداخت شود تا جایی برای نارضایتی متعهدله باقی نماند؛ برای مثال، رغبت مردم نسبت به بسیاری از وسائل در فصل های مختلف متفاوت است و قیمت آن ها نسبت به فصول مختلف بالا و پایین می رود. باید جبران به نحوی باشد که متعهدله نگوید اگر کالا در اختیار خود بود، در آن وقتی که قیمتش گران بود می فروختم؛ بنابراین لازم است ضامن او را با پرداخت اعلی القیم راضی کند.

۶- فسخ قرارداد

مطابق توافق انجام شده بین متعاملین، اجرای عین قرارداد مقصود طرفین عقد است. عقل و بنای عقلا حاکم بر این نوع تعامل است و نظام حقوقی اسلام هم بر این اساس استوار است. آنچه محل بحث است، استفاده از شیوه فسخ قرارداد در موارد نقض است.

فسخ نتیجه استفاده ذی حق از حق است که شخص فسخ کننده دارد؛ بنابراین برای هر فسخی پیش زمینه حق فسخ وجود دارد و تنها کسی می تواند عقد را فسخ کند که چنین حقی به او داده شده است. حق فسخ از دیدگاه شرع در مفهوم عام، حقی است که توسط شارع با توافق طرفین قرارداد به طرف دیگر داده می شود تا دارای حق در صورت لزوم بتواند از آن استفاده کند و به قراردادی که صحیح منعقد شده است خاتمه دهد. این حق به سبب اختیار فسخ معامله با رؤیت کالا یا تبعض صفقه ایجاد می شود.



شرایط حق فسخ عبارت است از:

حق فسخ به طور مستقل به هریک از طرفین تعلق می گیرد؛ چراکه حق فسخ عبارت است از حق یک طرف (یا شخص ثالث به نمایندگی از همان طرف) برای پایان دادن به قرارداد. در صورتی که طرفین با توافق خود به عقد پایان دهند، به آن «اقاله» گفته می شود که البته تمام آثار فسخ را دارد.

حق فسخ ممکن است برای هر دو طرف قرارداد یا شخص ثالث که از سوی ایشان معرفی شده است، وجود داشته باشد.

در فقه اسلامی از حق فسخ با اصطلاح «خیار» به معنای اختیار رد معامله تعبیر می شود. مباحث خیارات فقه بیانگر آن است که در بسیاری از موارد، نقض تعهد از موجبات فسخ محسوب می شود؛ چراکه بسیاری از خیارات را می توان تحت عنوان خیار تخلف شرط مطرح کرد. فقیهان تصریح دارند که وقتی شرطی به طور صریح یا ضمنی مورد توافق طرفین قرار گیرد، برای طرفین الزام به انجام تعهد ایجاد می کند. در صورت تخلف از تعهدات، دو امر محقق می شود: یکی حق الزام به اجرای تعهد و دیگری حق فسخ.

اگر موردی از نقض تعهد وجود داشته باشد که تحت یکی از اقسام خیارات قرار نگیرد، با توجه به اینکه عناوین خیارات توقیفی از سوی شارع نیستند و برای ثبوت خیار وجود دلیل خاص لازم نیست، می توان مورد را به عناوین موجود در مباحث خیارات، خصوصاً خیار تخلف شرط اضافه نمود و در این موارد قائل شد که متعهدله حق فسخ دارد. ادله موجب ثبوت خیار در مورد عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد، حق فسخ را ایجاد می کند.

مسلم است که حق فسخ برای متعهدله در صورت نقض اساسی قرارداد از سوی متعهد ایجاد می شود. اگر نقض قرارداد اساسی نباشد به نحوی که متعهد قادر به جبران تخلفات جزئی باشد و مطلوب متعهدله را انجام دهد و اجرای فسخ موجب ایجاد ضرر و عسر و حرج برای متعهد باشد، حق فسخ منتفی می شود. اصلی ترین مبنای حق فسخ قاعده لاضرر است که به عنوان مبنای عمومی یا خاص دلالت بر این حق برای شخص زیان دیده مطرح است که در صورت تداخل اصل لزوم عقود و ضرورت التزام طرفین عقد به اجرای عقد با قاعده لاضرر، قاعده حاکم بر آن است (انصاری، بی تا، ج ۵، ص ۲۶۹).

۶-۱. ارتباط الزام به انجام تعهد و حق فسخ

ادله صحت و لزوم عقد و التزام به مفاد آن، تعهدات مستقل یا تبعی و ضمن عقد را نسبت به متعهد واجب الوفا می‌داند. بحث این است که آیا صرف امتناع متعهد از ایفاء تعهد، موجب ایجاد حق فسخ برای متعهد است یا اینکه متعهد زمانی می‌تواند از حق فسخ خود استفاده کند که اجبار متعهد ممکن نباشد. در این موضوع دو نظریه متفاوت از سوی فقیهان بیان شده است.

برخی از حقوق دانان اسلامی بر این عقیده‌اند که امتناع متعهد از انجام تعهد حق فسخ مطلق برای متعهد ایجاد نمی‌کند؛ بلکه نحوه فسخ قرارداد مترتب بر اجرای الزامی قرارداد است و الزام به عقد، مقدم بر فسخ است. حق فسخ در طول حق الزام و اجبار به انجام تعهد است و نه در عرض آن. تشریح حق فسخ برای جلوگیری از ضرر است و در صورتی اعمال می‌شود که راه دیگری برای جبران ضرر نباشد؛ بنابراین با وجود اینکه راهی برای جلوگیری از ضرر متعهد وجود داشته باشد، دلیلی برای پیدایش خیار فسخ وجود ندارد (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۹۸ق، ج ۳، ص ۵۰۶).

در فقه امامیه، بیع عقدی تملیکی است؛ یعنی به صرف ایجاب و قبول برای بایع نسبت به ثمن و برای مشتری نسبت به مثنی، ملکیت به وجود می‌آید. شیخ انصاری در عقود تملیکی، لزوم وفای به عقد و تعهد تسلیم مبیع و پرداخت ثمن را نتیجه بیع و مقتضای عقد نمی‌داند؛ بلکه این امری خارج از قرارداد و به حکم شارع است (انصاری، بی تا، ج ۵، صص ۱۸-۱۵)؛ یعنی هرکس موظف است مال دیگری را به صاحبش تحویل دهد؛ بنابراین تخلف از این تعهد، بیع را مشمول بلا تکلیفی نمی‌کند (انصاری، بی تا، ج ۵، صص ۱۹۱-۱۵). امتناع بایع از تسلیم مبیع و یا امتناع خریدار از پرداخت ثمن، حق درخواست متعهد به اجبار متعهد است. صاحب جواهر نیز این مبنا را پذیرفته است و می‌گوید اگر بر ثبوت خیار در هنگام تعذر از اجبار به انجام تعهد حدیث لا ضرر نبود، ممکن بود که نظریه ایجاد حق فسخ در حالت تعذر از اجبار، اساساً و به طور کلی نفی گردد (نجفی جواهری، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۱۵۷).

به نظر برخی از فقیهان (حلی (علامه حلی)، بی تا، ص ۱۱ و ۳۴؛ حلی (محقق حلی)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۶۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۸۵؛ خوئی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷) متعهد می‌تواند قرارداد را حتی در صورت اجبار ممتنع فسخ نماید؛ زیرا امتناع از اجرای تعهد قرارداد، آن را در معرض زوال قرار داده و برای متعهد حق فسخ ایجاد کرده است؛ پس در صورت امتناع طرف قرارداد از

انجام تعهدات، متعهدله حق دارد او را مجبور به انجام همان تعهد یا فسخ قرارداد کند؛ زیرا خسارت وارده به متعهدله، در اثر عدم انجام تعهد به دو صورت موازی قابل تأمین است که هیچ کدام بر دیگری اولویت ندارد و این متعهدله است که حق انتخاب روش استفاده از مال خود را دارد. این دسته از فقیهان معتقدند که خیار فسخ به دلیل امتناع متعهدله از ایفای تعهد به وجود می آید، نه به دلیل عدم امکان انجام تعهد، حتی در صورت اجبار.

این اقوال نشان می دهد که مسئله در فقه امامیه اجماعی نیست. در دیدگاه احناف، قاعده کلی در عقود لزوم اجرای عقد است و طرفین در عقود معاوضی مجاز به فسخ عقد نیستند؛ اما اگر یکی از طرفین قرارداد نتواند به تعهد خود عمل کند؛ مانند این که یکی از طرفین قرارداد از بین برود یا در حکم از بین رفتن باشد یا منافع مورد نظر و مقصود از دست برود، قرارداد بیع، استثنائاً در اینگونه موارد خاص، فسخ و لغو می شود و ضمان به عهده بایع است. در برخی موارد، فسخ عقد امکان ندارد.

۲-۶. حالات فسخ و عدم فسخ عقد در نظر فقهای حنفی

۲-۶-۱. ضمانت تلف شدن مبیع

بایع تضمین کننده مبیع است و اگر قبل از قبض مبیع از بین برود (به آفات سماوی یا فعل بایع و اقدام خود فروشنده)، قرارداد فروش فسخ می شود و فروشنده اگر ثمن و قیمت را دریافت کرده باشد، باید آن را به خریدار بازگرداند؛ اما اگر مبیع با اقدام خریدار از بین برود، بیع فسخ نمی شود و قیمت و ثمن کالا به عهده مشتری است (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۱۹۳).

۲-۶-۲. ضمان استحقاق مبیع

خریدار استحقاق مبیع را دارد و بایع ضامن مبیع برای خریدار است. مشتری بین اخذ مبیع و فسخ معامله، مخیر است؛ البته در فسخ باید بایع و مشتری تراضی نمایند و اگر بایع فسخ مشتری را پذیرفت، باید ثمن را به او رد نماید (زحیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۱۹۳). به نظر می رسد مقصود از این قسم فسخ در کلام زحیلی، اقاله باشد.

۶-۲-۳. ضمان العیب (نقص) در مبیع

مشهور در فقه اسلامی آن است که فروشنده ضامنِ نقص مبیع است و خریدار مخیر است (خیار عیب) بین فسخ و رد یا نگه داشتن مبیع. البته فسخ در صورتی امکان دارد که ثابت شود خریدار از وجود نقص در زمان عقد و دریافت کالا از عیب بی اطلاع بوده است؛ همچنین فروشنده کالا را به شرط سلامت از عیب نفروخته باشد. فقهای حنفی در این مورد قائل اند که مشتری حق فسخ ندارد و فقط می تواند برای نقصان عیب به بایع رجوع کند (ابن رشد، ۱۹۹۵م، ج ۲، ص ۱۴۷؛ ابن عابدین، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۷۴).

۷. جبران خسارات قراردادی در نظام حقوقی کشور افغانستان

قوانین حقوقی کشور افغانستان مبتنی بر مذهب حنفی است؛ ولی اخیراً فقه امامیه در کنار فقه حنفی مبنای قانون گذاری قرار گرفته است. نظام حقوقی این کشور نیز لزوم وفای به عقد را پذیرفته و تعیین خسارت قراردادی را وابسته به شرط خسارت در عقد نمی داند؛ بلکه عقد به صرف انعقاد، از اصل لزوم برخوردار است و الحاق شرط به عقد نیز مقتضی لازم الوفا بودن شرط است (قویم، ۱۳۹۰، ص ۲۷). بر اساس ماده ۸۱۵^۲ قانون مدنی این کشور، در هر قراردادی متعهد ناگزیر است که تعهدات خویش را در برابر متعهدله انجام دهد. ماده ۸۲۷^۴ این قانون برای تحقق مسئولیت ناشی از نقض قرارداد، علاوه بر انقضای مهلت، مطالبه اجرای تعهد به وسیله متعهدله را لازم دانسته است. در نظام حقوقی این کشور باید متعهد، داوطلبانه تعهدات خویش را انجام دهد؛ اما چنانچه از اجرای تعهدات سر باز زند، با درخواست متعهدله از سوی دادگاه به اجرای مستقیم قرارداد مجبور می شود (دانش، ۱۳۹۴، ص ۱۳۳)؛ همچنین در ماده ۱۱۱۲^۵ بایع را در صورتی مستحق مطالبه سود قانونی ثمن مبیع می داند که طی خطاری از مشتری پرداخت ثمن را مطالبه کرده باشد.

در مقررات جبران خسارت قراردادها در قانون مدنی این کشور، واژه خسارت به معنای لغوی به کار رفته است و اصل لزوم جبران خسارت پذیرفته شده است. یکی از شروط مهم خسارت قابل جبران، قطعی بودن آن است؛ از این رو خواهان خسارت باید ثابت کند که ضرر ناشی از وقوع آن در گذشته یا وقوع قریب الوقوع آن در آینده است؛ بنابراین امکان و احتمال خسارت برای الزام به جبران کافی نیست. این شرط آن قدر بدیهی است که بدون استدلال می توان آن را تأیید کرد؛ بنابراین قانون مدنی افغانستان از ذکر آن خودداری کرده است. قانون مدنی این کشور در ماده ۷۸۰^۶ بیان می کند در صورتی که ضرر آینده علی رغم محقق الوقوع بودن، قابل ارزیابی دقیق نباشد، محکمه می تواند میزان خسارت را تعیین نماید و حق مطالبه

تجدید نظر در مورد تعیین مقدار جبران خسارت را برای متضرر محفوظ می‌داند. مدت درخواست تجدید نظر در حقوق ایران دو سال و در حقوق افغانستان در خلال مدت معقول تعیین شده است.

شرط دیگر آن است که خسارت زمانی قابل مطالبه است که از تخلف قراردادی نشأت گرفته باشد و عامل دیگری رابطه سببیت را قطع نکرده باشد. ماده ۷۷۹^۸ قانون مدنی افغانستان جبران خسارت را مشروط می‌کند بر اینکه ضرر مستقیماً از فعل مضر نشأت گرفته باشد. در خصوص منافع و عدم النفع، به پذیرش ضمان تصریح کرده است و در برخی موارد به طور ضمنی، شرط ضمن عقد را پذیرفته است.

همچنین قانون مدنی این کشور برخلاف مذهب حنفی، غبن را موجب ضمان می‌داند؛ ولی در دریافت آرش تابع مذهب حنفی است. به موجب مواد ۷۵۸، ۷۷۶^۹ و ۸۰۷^{۱۰} قانون مدنی این کشور، علاوه بر خسارت مادی، خسارت منافع از دست رفته قابل جبران است و عامل زیان را به طور مطلق، ملزم به جبران خسارت می‌داند. حقوق مدنی افغانستان تدلیس و فریب را در غبن شرط دانسته است و مانند فقه شیعه، فاحش بودن غبن را شرط می‌داند و برای شخصی که مورد غبن قرار گرفته، حق فسخ معامله را پذیرفته است؛^{۱۱} همچنین حقوق را در اموال منقول و غیر منقول تابع مال می‌داند؛^{۱۲} از این رو ضمان را که از جمله حقوق در اموال منقول است، تلویحاً پذیرفته است. بر اساس مواد ۷۳۴^{۱۳} و بند ۲ ماده ۱۰۹۳^{۱۴} قانون مدنی و ماده ۵۹۱^{۱۵} قانون تجارت این کشور، مصوب ۱۳۴۳ شمسی، خسارت عدم النفع نیز از مصادیق خسارت مادی و قابل جبران دانسته شده است و در این مسئله از فقه حنفی پیروی نکرده است؛ همچنین در ماده ۱۰۶۵^{۱۶}، برخلاف فقه حنفی، به طور ضمنی خیار شرط را پذیرفته است و به اصاله الحظر در شروط عمل نکرده است.

قانون مدنی این کشور در ماده ۷۷۸^{۱۷} با تقسیم ضرر معنوی به ضررهای معنوی وارده بر شخص زیان دیده و ضررهای معنوی وارده بر اقربای زیان دیده، جبران ضرر معنوی را ضروری و قابل انتقال به غیر می‌داند؛ همچنین خسارت تأخیر تأدیه را نیز در صورتی که ناشی از کاهش ارزش پول باشد، قابل مطالبه می‌داند.^{۱۸}

نتیجه‌گیری

برای تفسیری صحیح از موضوع شیوه‌های مشترک در جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد در فقه امامیه و حنفیه، به خاستگاه فقهی و سایر مقررات مرتبط با آن توجه شد. اصل قابلیت جبران خسارت دو دیدگاه، با تکیه بر اصول و قواعد مورد قبول دو مذهب، پذیرفته شده است. با وجود تفاوت در برخی قوانین، دو دیدگاه در لزوم عقد و الزام به اجرای تعهد و اجرای آنچه به آن متعهد شده‌اند مطرح شد که این موارد را واجب و مستلزم عمل به عین تعهد می‌دانند.

در جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، زیان دیده می‌تواند با مراجعه به محاکم قضایی، اقدام به مطالبه خسارت کند و باید خسارت وارده را در اموال منقول و خسارت معنوی جبران کند؛ اما در بستر فقه، دو دیدگاه نسبت به اموال غیرمنقول اختلاف نظر دارند. فقهای شیعه قائل به قابلیت جبران و ضمان در کلیه اموال هستند؛ اما فقهای حنفی به دلیل عدم ازاله ید مالک، ضمان را در اموال غیرمنقول منتفی می‌دانند.

تأخیر در انجام تعهد اگر از جانبِ بایع باشد، حاکم او را به انجام تعهد مجبور می‌کند و در صورت امتناع از انجام تعهد، مشتری حق فسخ دارد. اگر مشتری در تسلیم ثمن تأخیر کند، برای فروشنده به سبب تأخیر در پرداخت، ثمن خیار ثابت است. این خیار در فقه امامیه، خیار تأخیر و در فقه حنفی خیار شرط دانسته شده است که مهلت آن تا سه روز است.

در صورت وجود عیب، زیان دیده اختیار قبول یا فسخ معامله را دارد؛ البته فقه حنفی فقط در بعضی صور عیب، فسخ معامله را می‌پذیرد. در رفع نقیصه، فقهای معتقدند پس از رفع نقیصه از مبیع، دیگر ضرری متوجه مشتری نیست و قاعده لا ضرر که اصلی‌ترین دلیل خیار عیب است، جاری نمی‌شود، پس مشتری حق رد ندارد. فقهای حنفی نیز در صورت برطرف شدن عیب قبل از فسخ، مشتری را دارای حق رد نمی‌دانند.

فقه امامیه و حنفیه در مورد ضمان در نقض قرارداد و مدلول مقررات مربوط به آن، مقتضی این دیدگاه است که ناقض در برابر کلیه خسارات مسئول است و زیان دیده برای حفظ تعادل دو عوض، حق مطالبه تدارک کلیه زیان‌های وارده را دارد. زیان‌زننده در مقابل ضرر، نسبت به عین مال مسئول است و در صورت تلف شدن عین، باید مثل یا قیمت کالا را به زیان دیده پرداخت نماید. «بدل واقعی» یا «ضمان مثل و قیمت» برعهده تلف‌کننده قرار می‌گیرد؛ در صورتی که کالا مثلی باشد، مثل پرداخت می‌شود و اگر قیمی باشد، قیمت

به عنوان ضمان واقعی پرداخت می شود. در مورد روز محاسبه قیمت، در میان فقهای امامیه اختلاف بسیار وجود دارد و فقهای حنفی نیز بین روز تعدر و روز خصومت برای ملاک تعیین قیمت، اختلاف دارند.

حق فسخ که با توافق طرفین قرارداد به طرف دیگر داده می شود، سبب اختیار فسخ معامله با رؤیت کالا یا تبعض صفقه ایجاد می شود. در دیدگاه امامیه، این حق در طول الزام و اجبار به انجام عین تعهد است و در فقه حنفی در راستای ضمانت تلف مبیع و ضمان استحقاق مبیع و ضمان خیانت است.



۱. مشهور فقها (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۳؛ ابن زهره حلبی، بی‌تا، ص ۲۷۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، صص ۲۷۶ و ۴۰۸؛ حلی (محقق حلی)، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۸۸) مثلی را به این صورت تعریف می‌کنند: «ما یتساوی قیمة أجزائه». منظور از اجزا، افراد و مصادیق شیء مثلی است. آنچه بر طبیعت شیء مثلی صدق می‌کند، فرد خاصی است که دارای قیمت و مالیت باشد، مانند یک کیلو گندم. منظور از تساوی این است که اگر آن را به دو نیمه تقسیم کنیم، هر نیمه قیمت نیمی از مجموعه را فراهم می‌کند و اگر به یک سوم تقسیم کنیم، هر یک سوم قیمت یک سوم کل را فراهم می‌کند. می‌توان گفت که اموال مثلی، اموالی هستند که دارای ویژگی‌ها و خصوصیات یکسانی باشند، به گونه‌ای که این ویژگی‌ها در گرایش افراد به آن اموال تأثیر یکسانی داشته است، اعم از اینکه این ویژگی‌ها ذاتی یا عارضی باشند. ملاک مثلی بودن کالا عرف است، زیرا مماثلت عقلی امری ناممکن است. مصادیق مثلی و غیرمثلی (قیمی) به حسب زمان‌های مختلف متفاوت است (خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۳، ص ۱۵۲)؛ بنابراین اجماعی بر کالای مثلی و غیرمثلی نداریم. شیخ انصاری قائل است در مصادیق مشکوک باید به مقتضای اصل عملی و مقتضای اصول لفظیه عمل شود (انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۱۷).
۲. «... فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ، هرکه به ستم بر شما دست دراز کند، او را از پای درآورید، به قدر ستمی که به شما رسانده است» بقره/ ۱۹۴.
۳. ماده ۸۱۵ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «متعهد به ایفای عین آنچه تعهد نموده مکلف می‌باشد...».
۴. ماده ۸۲۷ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «استحقاق جبران خسارت قبل از ابلاغ به متعهد متحلف شده نمی‌تواند مگر اینکه قانون طور دیگری حکم کرده باشد».
۵. ماده ۱۱۱۲ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «بایع مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته نمی‌شود، مگر اینکه مشتری را قبلاً به تادیه ثمن اخطار یا مبیعه را به وی تسلیم نموده باشد».
۶. ماده ۷۷۹ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «محکمه جبران خسارت را به تناسب ضرر عایده تعیین می‌نماید... خسارت به معنای لغوی آن منظور می‌باشد».
۷. ماده ۷۸۰ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هرگاه امکان تعیین دقیق مقدار خسارت وجود نداشته باشد، محکمه می‌تواند میزان خسارت را تعیین کرده و حق مطالبه تجدیدنظر را در مورد تعیین مقدار جبران خسارت، در خلال مدت معقول برای متضرر حفظ نماید».
۸. ماده ۷۷۹ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «محکمه جبران خسارت را به تناسب ضرر عایده تعیین می‌نماید... خسارت به معنای لغوی آن منظور می‌باشد».
۹. ماده ۷۸۰ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هرگاه امکان تعیین دقیق مقدار خسارت وجود نداشته باشد،

محکمه می‌تواند میزان خسارت را تعیین کرده و حق مطالبه تجدید نظر را در مورد تعیین مقدار جبران خسارت، در خلال مدت معقول برای متضرر حفظ نماید.»

۱۰. ماده ۷۵۸ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «شخصی که مال غیر را تلف نماید، به جبران ضرر ناشی از آن مکلف می‌باشد.»

۱۱. ماده ۷۷۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هرگاه به اثر خطا یا تقصیر، ضرری به غیر عاید گردد، مرتکب به جبران خسارت مکلف می‌باشد.»

۱۲. ماده ۸۰۷ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هرگاه شخص مال شخص دیگر را بدون اجازه استعمال نماید، به تأدیه منافع آن مکلف می‌گردد.»

۱۳. بند ۱ ماده ۵۷۱ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هرگاه به سبب فریب یک طرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید...». همچنین ماده ۵۷۵ قانون مدنی این کشور مقرر می‌دارد که «غبن فاحش، موجب فسخ می‌گردد.»

۱۴. ماده ۴۸۰ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «هر حق عینی مربوط به عمار و هر دعوی متعلق به آن عمار شناخته شده، حقوق مالی غیر آن از جمله اموال منقول محسوب می‌گردد.»

۱۵. ماده ۷۳۴ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «دادگاه مکلف است با در نظر داشتن خسارت وارده بر دائن و کسر عواید (عدم النفع) وی، میزان خسارت را تعیین نماید.»

۱۶. بند ۲ ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «در صورتی که بایع هنگام عقد از مستحق للغير بودن مبیع علم داشته و علیرغم آن بدون مطلع ساختن مشتری اقدام به معامله نماید، مشتری می‌تواند رد ثمن، هزینه‌های ضروری و غیر ضروری که انجام داده، هزینه‌های دادرسی، افزایش قیمت مبیع و همچنین نقص حاصلی (عدم النفع) که از جهت استحقاق مبیعه به او عاید شده را از بایع مطالبه کند.»

۱۷. ماده ۵۹۱ قانون تجارت افغانستان مقرر می‌دارد: «شخصی که تعهد تجارتی خود را در اثر حيله و تقصیر ایفا نکند و یا در ایفای آن تأخیر نماید... مجبور است که خسارت را که طرف قرارداد دچار شده با مفادی که از آن محروم گردیده (عدم النفع) جبران کند. اسباب مجبره از این حکم مستثنی است.»

۱۸. ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «در حالی که بیع مؤجل بدون خيار شرط باشد، به مجرد تسلیم مبیعه و در صورت خيار شرط از تاریخ سقوط خيار، موعد تأدیه ثمن فرا می‌رسد.»

۱۹. ماده ۷۷۸ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «۱- جبران خسارت شامل سنجش ضرر معنوی نیز می‌باشد. ۲- اگر به سبب وفات شخصی که مورد تعدی واقع گردیده، ضرر معنوی به زوج و اقارب وی عاید گردد، محکمه می‌تواند برای زوج و اقارب تا درجه دوم، به جبران خسارت حکم نماید. ۳- جبران خسارت ناشی از ضرر معنوی، به غیر انتقال نمی‌کند، مگر اینکه مقدار آن بر اساس موافقه طرفین یا حکم قطعی محکمه تعیین شده باشد.»

۲۰. ماده ۷۳۵ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد: «هرگاه مدیون از تادیه دینی تأخیر به عمل آرد که موضوع آن را پول نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می تواند جبران خسارت ناشی از تأخیر تادیه را که سالانه معادل (۳) قیصد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید.»

فهرست منابع

قرآن مجید.

۱. ابن زهره حلبی، سید حمزه بن علی، (بی تا)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع، تحقیق: ابراهیم البهادری، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳. ابن رشد، محمد بن احمد، (۱۹۹۵م)، بداية المجتهد و نهایه المقتصد، بیروت: دار الفکر.
۴. ابن عابدين، محمد امين، (۱۳۹۹ق)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (شرح تنوير الابصار)، بیروت: بی نا.
۵. ابن قدامة، عبد الله بن احمد، (۱۳۸۸ق)، المغنی، بی جا: مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ق.
۶. احمد زاده یزازی، سید عبد المطلب، (۱۳۸۶): الزام به تعویض یا تعمیر کالاه به عنوان ضمانت اجرای قرارداد، مجموعه مقالات همایش نکوداشت دکتر سید حسین صفایی، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۷. اردبیلی، أحمد بن محمد (مقدس اردبیلی)، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان، محقق: مجتبی عراقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
۸. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۹ق)، حاشیة المکاسب، قم: ذوی القربی.
۹. امامی، سید حسن، (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، چاپ بیست و یکم، تهران: انتشارات اسلامی.
۱۰. انصاری، مرتضی، (۱۳۹۶ق)، المکاسب، قم: دارالکتاب للطباعة والنشر.
۱۱. انصاری، مرتضی، (بی تا)، کتاب المکاسب، قم: موسسه تراث الشیخ الأعظم.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد، (بی تا)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، محقق: محمد تقی ایروانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۳. بغدادی، غانم بن محمد، (۱۳۰۸ق)، مجمع الضمانات فی مذهب الامام الأعظم أبی حنیفة النعمان، قاهره: مطبعة الخيرية.
۱۴. جُبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، (۱۳۹۸ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، تحقیق: سید محمد کلانتر، نجف: جامعة النجف الدينية.
۱۵. جُبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، (۱۴۱۹ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامية.
۱۶. جمعی از نویسندگان حقوق، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه مهربان دارابپور، تهران: گنج دانش.

۱۷. حسینی روحانی قمی، سید محمد، (۱۴۲۰ق)، المرتقى إلى الفقه الأرقی، تحقیق: عبد الصاحب حکیم، تهران: دار الجلی.
۱۸. حکمت نیا، محمود، (۱۳۸۶)، مسؤولیت مدنی در قرآن، فقه و حقوق، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، محقق: سید حسین موسوی کرمانی و همکاران، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. حلی (علامه حلی)، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۹ق)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۲. حلی (علامه حلی)، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (بی تا)، تذکره الفقهاء (ط.ق)، بی جا: المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، (چاپ سنگی).
۲۳. حلی (علامه حلی)، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (بی تا)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، مشهد: مؤسسه آل البيت.
۲۴. خمینی، سید مصطفی، (۱۳۷۶)، البیع، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی (قدس سره).
۲۵. خمینی، سید مصطفی، (۱۴۱۸ق)، مستندتحریر الوسیله، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۶. خورسندیان، محمد علی، شرعی، الهام، (۱۳۹۶)، قاعده نفی اختلال نظام در حقوق خصوصی، تهران: گسترش رایانه.
۲۷. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷ق)، مصباح الفقاهه، محقق: محمد علی توحیدی تبریزی، قم: داوری.
۲۸. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، تکملة منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، منهاج الصالحین، نجف: مؤسسه الخوئی الاسلامیه.
۳۰. دانش، حفیظ الله، (۱۳۹۴)، حقوق وجایب افغانستان، کابل: انتشارات مستقبل.
۳۱. زحیلی، وهبه بن مصطفى، (۱۴۱۶ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ چهارم، دمشق: دارالفکر.
۳۲. زحیلی، وهبه بن مصطفى، (۱۴۳۱ق)، موسوعة الفقه الاسلامی والقضايا المعاصرة، دمشق: دارالفکر.
۳۳. سرخسی، محمد بن احمد، (۱۴۱۴ق)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفة.
۳۴. سنهوری (عبدالرزاق)، احمد، (۱۳۹۰)، الوسيط فی شرح القانون المدني، ترجمه: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه قم.
۳۵. شعبانی، قاسم، (۱۳۸۵)، تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات اطلاعات.
۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۷. طباطبائی حائری (صاحب ریاض)، سید علی، (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم:

- مؤسسه آل البيت لاحياء التراث.
۳۸. طریحی، فخرالدین بن محمد، (۱۴۰۸ق)، **مجمع البحرين**، چاپ دوم، محقق: سید احمد حسینی، قاهره: مکتب نشر الثقافة الاسلامیة.
۳۹. طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی الفقه امامیه**، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه الحیاء الآثار الجعفریه.
۴۰. عینی، محمود بن أحمد بدر الدین، (۱۴۲۰ق)، **البنایه شرح الهدایة**، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۱. غلامعلی زاده، علی، (۱۳۹۵)، **خسارات قابل جبران ناشی از نقض قرارداد در فقه و حقوق ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد، موسسه آموزش عالی اشراق، دانشکده علوم انسانی.
۴۲. غنیمی میدانی، عبد الغنی، (بی تا)، **اللباب فی شرح الکتاب**، بیروت: دار الکتاب العربی.
۴۳. **قانون اساسی جمهوری اسلامی**.
۴۴. **قانون تجارت افغانستان**، مصوب ۱۳۴۳.
۴۵. **قانون مدنی افغانستان**، مصوب ۱۳۵۵.
۴۶. **قانون مسئولیت مدنی**، مصوب ۱۳۳۹.
۴۷. قویم، احمد فهیم، (۱۳۹۰)، **اثر شرط در عقود از دیدگاه فقهای اسلامی و پیامد حقوقی آن**، مجله فضا، ثور (اردیبهشت).
۴۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۴۰۰)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ شصت و دوم، تهران: نشر میزان.
۵۰. کاشف الغطاء، حسن، (بی تا)، **أنوار الفقاهة (کتاب الغضب)**، بی جا: مکتبه کاشف الغطاء العامة.
۵۱. کاشف الغطاء، محمد حسین، (بی تا)، **تحریر المجله**، قم: مؤسسه امام صادق.
۵۲. کوهکمری، سید محمد حجت، (۱۴۰۹ق)، **کتاب البیع**، تحقیق: میرزا ابوطالب تجلیل تبریزی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۳. کاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود بن أحمد، (۱۴۰۶ق)، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۵۴. محقق حلی (محقق اول)، نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۹ق)، **شرائع الاسلام**، محقق سید صادق حسینی شیرازی، تهران: استقلال.
۵۵. محقق کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۵۶. مشکینی اردبیلی، علی، (۱۴۱۹ق)، **مصطلحات الفقه**، قم: نشر الهادی.

۵۷. مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۳ق)، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۸. مکی عاملی (شهید اول)، محمد، (۱۴۰۰ق)، القواعد و الفوائد، محقق: سید عبدالهادی حکیم، نجف: مکتبه الحکیم.
۵۹. مکی عاملی (شهید اول)، محمد، (۱۴۱۴ق)، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۰. مکی عاملی (شهید اول)، محمد، (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی الفقه الامامیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین.
۶۲. موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، محقق: محمد حسین درایتی و مهدی مهریزی، قم: نشر الهادی.
۶۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسیله، چاپ دوم، نجف: دارالکتب العلمیه.
۶۴. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۰ق)، کتاب البیع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۶۵. میرانژاد جویباری، اکبر، (۱۳۸۵)، تاثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در حال حق فسخ خریدار، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره اول.
۶۶. نجفی خوانساری، موسی، (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب (تقریرات درس محمد حسین نائینی)، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابع لجماعة المدرسین قم.
۶۷. نجفی جواهری، محمد حسن، (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق: عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶۸. نراقی، احمد، (۱۴۰۸ق)، عوائد الأيام در بیان قواعد الأحکام، چاپ سوم، قم: مکتبه بصیرت.
۶۹. وحدتی شبیری، سید حسن، (۱۳۸۸)، مبنای مسوولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد، مجله مطالعات فقه و اصول، سال ۴۱، شماره ۸۲/۱.
۷۰. یوسفی (الفاضل الآبی)، حسن بن أبی طالب، (بی تا)، کشف التّوموز فی شرح المختصر النافع، تحقیق: علی پناه الاشتهازدی، قم: مؤسسه النشر اسلامی.



Semiannual Journal of Teachings of Comparative Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

— Research Article —

The same methods of Compensating Damages Arising from Breach of Contractual Obligations in Imami and Hanafi Jurisprudence

Hourieh Khodaei¹



✿ Abstract

The increasing volume of economic transactions has transformed the proper execution of contracts into a fundamental principle, obligating each party to fulfill the commitments arising from the contract. It is possible that, for various reasons, one party may fail to fulfill their obligations, in which case a breach has occurred, and the resulting damage must be compensated to the obligee, restoring the aggrieved party to the position of contract performance. Legislation in any economic system has foreseen methods for compensating damages resulting from the conclusion of a contract. In this paper, the common methods of compensating damages arising from breach of contractual obligations are examined and then evaluated from the perspective of Imami and Hanafi jurisprudence, specifically which of the methods restores the aggrieved party to their original position. Using a library research method, this study carefully examines the common jurisprudential foundations of the two viewpoints in two sections: financial damages and moral damages, relying on jurisprudential sources. The result of this research shows that the method of mandating the fulfillment of the same identical obligation in a sales contract is a suitable solution for compensating damages in both views, and in case of loss of the object of the transaction, its equivalent must be paid to the obligee.

Keywords: Contractual Obligations, Breach of Contract, Compensation for Damages, Guarantee.

Received date: 2024/02/11

Accepted date: 2024/12/04

1 . Graduated Level 4 of the Women's Seminary, Qom - Iran.

khodaeihuri@yahoo.com





Semiannual Journal of Comparing the Teachings of Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

criterionism for Determining the quorum and Gender of intermediary Witnesses; A Comparative Analysis of Imami and Sunni Jurisprudence

Sayyed Mahdi Mirdadashi¹

Ali Keshavarz²

Sayyed Amir Dabiri³



Abstract

The issue of the number and gender of witnesses in intermediary testimony (shahāda alā al-shahāda) is a matter of disagreement in Islamic jurisprudence. While Islamic jurists have described the nature of secondary testimony in explaining its related rulings, none have been able to present an independent and comprehensive definition encompassing the effects and rulings associated with it. This raises the central question: "What is the relationship between the nature of secondary testimony and the determination of its effects and rulings?" Examining the findings and descriptions of Islamic jurists on these issues can facilitate a comparison between Imami and Sunni jurisprudence and identify the best approach to defining the nature of secondary testimony. In this context, understanding of apparent meanings the affirmative nature of secondary testimony, as well as its proxy and deputy position nature, can justify one of the effects associated with it. This article explores a differentiating theory based on the justification of the basis through *taabbud* (unquestioning acceptance) of the effect, namely, the necessity of observing the niṣāb (quorum) of two just witnesses without considering their difference, and also the justification of the effect through ta'abbud based on one of the three basis considered, which are used to clarify the Topical scope of the admissibility of women's testimony as a novel finding. This theory can address the gap in thoughts of Islamic jurisprudence regarding the undeniable necessity of observing two just witnesses without considering their difference, as well as the Instability in the scope of the admissibility of women's testimony.

Keywords: Number of Witnesses, Difference in Secondary Testimony, Testimony of Women, Basis of Testimony, Shia and Sunni.

Received date: 2024/01/16

Accepted date: 2024/12/03

1 . Associate Professor, Department of Private Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
mirdadashim@yahoo.com

2. PhD Candidate in Private Law, Islamic Studies and Education, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author).
ali.keshavarzghaza26@gmail.com

3 . Level 4 Student, Qom Seminary, Iran.
amir.dabiri1400@yahoo.com



Semiannual Journal of Teachings of Comparative Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

The Status of Arbitral Adjudication in Islamic Law from the Perspective of Both Sunni and Shia Schools

Morteza Delbarian¹ 



Abstract

An "arbitral judge" (*qāḍī taḥkīm*) is a term in judicial jurisprudence that is used in contrast to a "state-appointed judge" (*qāḍī maṣṣūb*). The disputing parties appoint the former to adjudicate between them.

One of the problems that the judicial system faces today is the accumulation of a large number of cases in the courts for review and issuance of verdicts, which requires a great deal of time for the officials in charge to examine each of the claims. In order to solve this problem, what has been raised in jurisprudence by Shia and Sunni jurists is the institution of arbitral adjudication. There are differences of opinion among Islamic jurists regarding the legitimacy of arbitral adjudication, and this has caused some to believe in the legitimacy of this type of adjudication, some to believe in its illegitimacy, and others To believe in differentiating between the time of the presence and absence of the infallible Imam (j). In this paper, an attempt has been made to present various jurisprudential theories to solve the aforementioned problem. The novelty of this article can be considered as the comparative examination of the theories along with the evidence of each in Imami and Sunni jurisprudence. In this paper, the legitimacy of this institution of adjudication in the era of absence and in the Islamic government for the realization of people's rights has been proven; also, what confirms the theory of the legitimacy of the institution of arbitral adjudication is the conformity of this theory with the general goals and purposes of the Lawgiver, including the Preservation of social system and the interest of the Islamic community, and the non-violation of people's rights and the realization of people's right in the era of absence.

Keywords: Arbitrator, Judicial Jurisprudence, Legitimacy of Arbitral Adjudication, Jurisprudential Theories.

Received date: 2024/06/20

Accepted date: 2024/12/03

1 . Level 4 student of Khorasan Seminary and PhD student in Jurisprudence and Principles of Law, Islamic Sciences Razavi University, Mashhad-Iran. morteza.delbarian1395@gmail.com



Semiannual Journal of Comparing the Teachings of Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

Analysis of the Point of Dispute Between Imami and Sunni Jurisprudence in the Contract of Guarantee

Mohammad Amin Kabiri¹ 



Abstract

The contract of guarantee (‘aqd al-ḍamān) is a fundamental contract governing legal relationships between individuals and legal entities. Imami jurisprudence is understood to uphold the doctrine of naql al-dhimmah ilā al-dhimmah (transfer of obligation) in the issue. This contrasts with Sunni jurisprudence, which advocates ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah (addition of obligation). The latter implies that the creditor has the right to demand fulfillment from both the guarantor and the original debtor concurrently. However, the precise point of contention

between these two perspectives warrants closer scrutiny. This will be clarified by examining the various possible interpretations of the issue.

Each of these interpretations finds support within the body of textual evidence presented by jurists of both traditions. Furthermore, upon closer examination, it becomes evident that the very nature of ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah, along with its specific details, is a subject of internal debate within Sunni jurisprudence itself. Similarly, Imami jurists have presented differing understandings of this concept.

This research aims, firstly, to conduct a precise examination of the concept of ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah within Sunni jurisprudence; secondly, to critically analyze the varying interpretations offered by Imami jurists; and finally, to present a coherent and well-founded depiction of the actual point of dispute concerning naql al-dhimmah and ḍamm al-dhimmah.

Keywords: Contract of Guarantee, Naql al-Dhimmah Ilā al-Dhimmah, Ḍamm al-Dhimmah Ilā al-Dhimmah, Imami, Sunni.

Received date: 2024/07/22

Accepted date: 2024/12/03

1 . Lecturer of advanced levels in Qom Seminary and Researcher at the Higher Institute of Jurisprudence and Islamic Sciences; Qom - Iran.

maminkabiri@yahoo.com



Semiannual Journal of Teachings of Comparative Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

—Research Article—

The Evolution of Structural Studies of Islamic Jurisprudence (Fiqh) in Imami Shi'ism and Sunni Islam

Sayyed Muhammad Razi Asef Agah¹ 



Abstract

The structure of Islamic Jurisprudence (Fiqh) is a subject within the realm of the Philosophy of Fiqh (Falsafat al-Fiqh). To date, no independent scholarly article has been dedicated to the study of the evolution of the structure of Fiqh. Just as the discipline of Fiqh has undergone various evolutions throughout past centuries, the structure of this discipline has also experienced diverse transformations. This article, employing a descriptive-analytical method, seeks to comparatively examine and elucidate the course of evolution and structural transformations of Fiqh from its inception to the present day. This article intends to articulate the evolution of comparative structural studies of Fiqh within two general frameworks: structural studies and typological schemes of evolution in the structure of Fiqh knowledge. The contribution of this article is to elucidate the structural evolutions in Imami Shi'i and Sunni Fiqh, which will be presented in summary below.

Structural study (Sakhtar-pazhuhi) is applied, at least, to two types of studies: structural analysis (Sakhtar-shenasi) and structural organization (Sakhtar-bandi). Structural analysis of Fiqh has not witnessed much evolution. However, among the Imami Shi'a, Shahid al-Awwal initiated these discussions in the 8th century AH, and among the Sunnis, Muhammad al-Amili did so in the same century. Structural analysis discussions, after passing through three phases—criteria design, subsequent stagnation, and a renewed phase of criteria design—reached their zenith in the 15th century AH. The evolutions in structural organization of Fiqh have been more significant compared to other sciences. This structural organization, among the Imami Shi'a, was initiated by Halabi in the 5th century AH, and among the Sunnis by al-Ghazali in the 6th century AH. It continued through four stages: emergence, consolidation, stagnation, and revival of structural organization.

Keywords: Philosophy of Fiqh, Structure of Islamic Jurisprudence (Fiqh), Evolution of the Structure of Fiqh, Classification of Fiqh (Tabwib Fiqh), Structural Study (Sakhtar-pazhuhi),

Received date: 2024/12/09

Accepted date: 2025/06/10

This article is derived from a research project entitled "The Desirable Structure of Fiqh" which is being written at the Fiqh and Law Research Institute of the Islamic Sciences and Culture Academy.

1 . Assistant Professor, Department of Philosophy, Jurisprudence and Law, Research Institute for Islamic Sciences and Culture, Qom, Iran.
m.asefagah@isca.ac.ir





Semiannual Journal of Comparing the Teachings of Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

The Role of Lexical Ambiguity in the Formation of the words of jurisprudential verses in the genesis of jurisprudential views

Morteza Yaghoubkhani¹



Abstract

Lexical ambiguity in the form of words has the potential to convey diverse and varied meanings the audiences, And be the source of source of the emergence of Islamic views, especially in the realm of jurisprudence. This paper, while introducing and recognizing the semantic dimensions of lexical ambiguity in the form of words in the verses of Islamic law, using the method The Islamic traditional research method of referring to the holy Quran and sayings and biography resources of Ahl al Bayt(P.b.u.h), seeks to answer the question: What role does the lexical ambiguity of the form of words in the verses of Islamic law play in the emergence of Different jurisprudential ideas? This research, by examining the lexical ambiguity in the form of the words: "ṭahūr" (Pure and purifying), "najis" (impure), "maḥīḍ" (menstruation), and "qawwāmūn" (maintainers), has reached these findings: The lexical ambiguity of the word of "ṭahūr" has led to the emergence of the view of accepting or not accepting the purifying effect of water; the lexical ambiguity of the word "najis" plays a role in the nature of the impurity of polytheists; the lexical ambiguity of the word of "maḥīḍ" is involved in how marital relations are during the menstrual period of women; and also the lexical ambiguity of the word of "qawwāmūn" is effective in the limits of men's duties. These four mentioned words have become the source of the emergence and difference of jurisprudential views.

Keywords: Lexical Ambiguity, Verses of Islamic Law, Word Form, Polysemy.

Received date: 2024 / 01 / 12

Accepted date: 2024 / 12 / 03

1 . Lecturer at Qazvin Seminary - Iran.

mortezaqy@gmail.com

Abstracts

In the name of Allah
the most gracious, the most merciful



Semiannual Journal of
Teachings of Comparative Fiqh and Usul

Vol.1, No.1, spring & summer 2025

In accordance with Article 13 of the Press Law ratified by the Islamic Consultative Assembly, the publication license for the Journal of **Teachings of Comparative Fiqh and Usul**—a Persian-language scholarly journal specializing in Islamic theology and philosophy, published semiannually with nationwide distribution—was issued in 2022 (1401 SH) under license number 92530 by the Ministry of Culture and Islamic Guidance under the auspices of the Navvab Higher Seminary.

Concessionaire: **Navvab Higher Theological Seminary**
(Supported by the Khorasan Seminary) ■ Seminary Director:
Mohammad Esfandiari ■ Editor-in-Chief: **Balal Shakeri** ■ Executive
Manager: **seyyed mohammad hashem moosavi sabet** ■ Editor:
Ali beheshtivand ■ Layout and Cover Designer: **Mobin Mardani**
Address: **beginning of Shirazi Street, next to the Holy Shrine.**
Navvab Higher Islamic Seminary, Mashhad, Iran.

E-mail: FAM.Pajoohesh@H-Navvab.ir

FAM.JOURNALS.HOZEHKH.COM

"The views expressed in the articles are not necessarily the views of the journal."