

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

آن کس که عاری از روح تحقیق شد، خواه متجدد باشد و خواه  
متقدم، خواه بخواهد از اروپائیان تقلید کند یا از اهل ایمان و زهد و  
تقوا، از حقایق امور دور است.

(شهید آیت‌الله مطهری رحمته، حکمت‌ها و اندرزها ۲: ۱۲۸)



مرکز آموزش‌های تخصصی فقه  
وابسته به مدرسه علمیه ولی عصر (عج)



مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه  
شماره سه - تابستان ۱۳۹۴

صاحب امتیاز: مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

مدیر مسئول: مهدی محقق فر

سر دبیر: مهدی طهماسبی

دبیر تحریریه: مصطفی کاویانی

هیأت تحریریه: حسین صبوری، مهدی طهماسبی، مصطفی کاویانی، مهدی محقق فر

مدیر داخلی: حسین صبوری

کارشناس اجرایی: محمدجواد هدایت‌زاده

مترجم چکیده‌ها: محسن شیری

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین یوسف غلامی

مشاور روشی: مهدی طهماسبی، مهدی عطار کاشانی، مهدی محقق فر

ویراستار: محمد صادق دهقان

طراح و گرافیسیت: محمد صداقت

حروفچین: علی جواد دهقان

قیمت: ۵۰۰ تومان

آدرس: قم، بلوار امین، کوچه ۱۷، پلاک ۲۰، مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

تلفن: ۰۲۵ - ۳۲۶۱۷۴۰۶

وب‌گاه: [www.atfeqh.ir](http://www.atfeqh.ir) رایانامه: [info@atfeqh.ir](mailto:info@atfeqh.ir)

۵ سرمقاله/ویژگی‌های اخلاقی و شخصیتی برای یک پژوهشگر عرصه فقه

#### مقالات

- ۱۰ مبانی فقهی ممنوعیت قضاوت زن در اندیشه مشهور فقهای شیعه / رضاعسکری
- ۴۸ تقاص استقلالی؛ بازخوانی مشروعیت تقاص بدون اذن حاکم در فقه امامیه / حامد پارسا
- ۷۰ بررسی مستندات اجرای علنی حدود در فقه شیعه / حسین حاجی حسینی
- ۹۲ شهادت بر زن؛ بررسی نظریه‌های فقهای امامیه در اعتبار کیفیت خاص در مشاهده / محسن فرزاد
- ۱۰۲ سرقفلی؛ تحلیل ماهیت و احکام آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران / محسن شیری

#### اطلاعات علمی

- ۱۲۴ گزارش نشست علمی بررسی فقهی افساد فی الارض (۱) / احسان وفايي
- ۱۳۰ گزارش نشست علمی بررسی فقهی افساد فی الارض (۲) / محسن بافنده اسلام دوست

۱۳۷ الملخصات

# شیوه‌نگارش مقالات علمی

## نکات کلی

- ۱- مقاله علمی و ادعاهایی که در آن ارائه می‌شود باید مستند و مستدل باشد. فرض آن است که مخاطب هیچ مطلبی را قبول نمی‌کند، لذا تمام مطالب حتی اگر نزدیک به بداهه باشد باید مدلل و مستند باشد.
- ۲- مقاله علمی پژوهشی حداکثر باید ۲۰ صفحه و حتماً مشتمل بر یک سخن تازه و نظریهٔ بدیع باشد، صرف تدوین و جمع بندی کافی نیست.
- ۳- شیوهٔ تدوین مقالات علمی با پایان نامه و سایر مقالات و گزارش های علمی تفاوت‌هایی دارد، لذا با دقت شیوه‌نامه ذیل را مطالعه فرمائید:

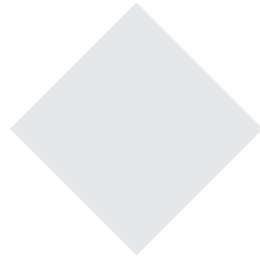
## نحوه نگارش علمی مقاله

### الف: نحوه حروف چینی

مقاله باید بر یک روی کاغذ (A۴) با حاشیهٔ ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رایانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت‌سر هم شماره‌گذاری و تهیه شود. در هر صفحه حدوداً ۳۰۰ تا ۳۳۰ کلمه و حداکثر ۲۲ خط.

### ب: شیوه نگارش و ارجاع دهی

- ۱- در صفحه اول اسم محققین و رتبه علمی محقق و آدرس ایمیل به همراه چکیده مقاله و کلمات کلیدی و در صفحهٔ دوم به بعد مقدمه و سپس متن مقاله و نهایتاً نتیجه و بعد از آن منابع نوشته شود.
- ۲- ارجاع منابع و مأخذ، در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده داخل پرانتز به شکل زیر آورده شود:  
منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، نام کتاب، شماره جلد، دو نقطه، صفحه):
- ۳- فهرست منابع در آخر مقاله و براساس استاندارد MLA آورده شود.
- ۴- در صورت تکرار اسناد از کلمه «همان» استفاده شود.
- ۵- توضیحات اضافی و اصطلاحات در پاورقی آورده شود.



## سرمقاله

### ویژگی‌های اخلاقی و شخصیتی برای یک پژوهشگر عرصه فقه

طلاب مستعد و جوانی که در مجلاتی همچون رسائل، تبّعات فقهی و حقوقی خود را به خامه‌ی قلم درمی‌آورند به مثابه پژوهشگرانی نو قلم‌اند که سعی کرده‌اند مسأله علمی خود را از طریق رجوع به منابع و آثار گرانسنگ فقها و اصولیین، تحت راهنمایی اساتید به راه حل برسانند. برای هر تازه‌وارد این مسیر، چه‌بسا، یک سؤال اساسی مطرح باشد که آیا استعداد و قابلیت ورود به چنین عرصه‌ای را دارند؟ و اینکه مقدمات و شرایط ورود به چنین عرصه سترگی چیست و آیا هر کسی می‌تواند در عرصه تحقیق و پژوهش فقهی گام نهد؟ حرکت در مسیر تحقیق و تبّع فقهی، علاوه بر توان علمی و مهارت و ملکه استنباط، به دو نوع مقدمه دیگر نیاز دارد: «ویژگی‌های اخلاقی و شخصیتی و اخلاقی» و «شیوه تحصیل». این دو مقدمه،

تحقیق و پژوهش در فقه را از سایر حوزه‌ها و عرصه‌های علمی متمایز می‌سازد. آنچه اصولیین در بحث اجتهاد و تقلید ذیل عنوان مقدمات یا شرایط اجتهاد مطرح کرده‌اند، منبعی برای پاسخ به این پرسش است که می‌توان آن را به کمک سایر منابع علمی معتبر، روزآمد ساخت.

مرحوم وحید بهبهانی(ره) در کتاب الفوائد الحائریه، برای رسیدن به مقام اجتهاد و استنباط فقهی، علاوه بر شرایط علمی و معرفتی، شرطی دیگر و قابلیت ویژه به نام «القوه القدسیه» را برشمرده، از آن به «اصل الشرايط» تعبیر کرده است. استدلال ایشان برای اینکه چرا این قوه را اصل و ریشه‌ی سایر شروط دانسته، این است که نافع بودن همه علوم و مهارت‌ها، متوقف بر وجود این ویژگی و قابلیت در درون فرد است.

از نگاه مرحوم وحید بهبهانی(ره)، ایجاد این قوه قدسیه در وجود محقق عرصه فقه، منوط به وجود چند ویژگی کلیدی در شخصیت و روحیات فرد است. ویژگی‌های مورد نظر ایشان را می‌توان در دو دسته، طبقه‌بندی نمود:

### **الف. روش تحصیل**

از نظر این شخصیت وحید در علم اصول، یک دانش پژوه فقه باید نکات زیر را به هنگام تحصیل رعایت نماید(وحید بهبهانی، الفوائد الحائریه ۳۳۷-۳۴۱):

۱. قبل از ورود به عرصه فقه، در علومی چون کلام و ریاضی و نحو عمیق نشده<sup>۱</sup> نباشد، زیرا این علوم از حیث روش با فقه تفاوت دارند و شیوه فقهی او را به سبب انس ذهنی با این علوم، خراب می‌کند. دقت نماید که این انس ذهنی، فهم فقهی او را با شیوه علم کلام و سایر علوم عقلی، مخلوط نسازد.

۲. انس به تاویل بردن و توجیه آیات و روایات نداشته باشد و نفس خود را به تکثیر احتمالات در توجیه آیات و روایات عادت ندهد که ممکن است ذهن را فاسد نماید.

### **ب: ویژگی‌های شخصیتی و اخلاقی**

از نظر صاحب الفوائد الحائریه، هر طلبه‌ای که در مسیر تحقیق و پژوهش فقهی گام نهد، برای

---

۱. أن لا يكون مدة عمره متوغلًا في الكلام، أو الریاضی، أو النحو

رسیدن به مقام تحلیل و استنباط، بایست ویژگی‌های زیر را در درون خود داشته باشد و یا آن‌ها را در خود ایجاد نماید(همان):

۱. اعوجاج سلیقه نداشته باشد. مثلاً زود تقلید نکند و بواسطه غفلت، شبهات او را به اعجاب و اندارند. راه حل این که ببیند آیا دچار اعوجاج سلیقه هست یا نه، این است که خود را بر فهم و اجتهاد فقها عرضه نماید و اگر تعارضی مشاهده کرد، خود را متهم سازد. مراقب باشد که شیطان به او اینگونه القاء نکند که موافقت با فقها، تقلید از آنهاست و تقلید هم که فضیلتی ندارد و انسان اگر بخواهد مجتهد فاضلی بشود، چاره‌ای جز «مخالفت کردن» ندارد!

۲. بحاث نباشد. میل و علاقه‌اش نسبت به بحث و اعتراض به این اندازه نباشد که به محض شنیدن یک مطلب، میل و اشتیهای اعتراض به آن را داشته باشد؛ حال فرقی ندارد که میل او به اعتراض، ناشی از حبّ به اظهار فضل باشد یا ناشی از مرض قلبی او که مانند کلب عقور به دیگران حمله می‌کند.

۳. لجباز و عنود نباشد. اگر نظری ارائه نمود و بعد متوجه شد که غفلت نموده و یا اینکه به شبهه افتاده است، لجبازی و مکابره ننماید و سعی کند نظر حق را بپذیرد.

۴. به هنگام قصور علم، استبداد رأی نداشته باشد. بداند که در هر علم و صنعتی، باید جدیت و تلاش بخرج دهد تا در آن صاحب‌رأی شود. چنانکه گفته‌اند: «من طلب شیئا و جدّ وجد» (نهج الفصاحه ۶۲۲). اینگونه نباشد که اگر کلام فقها و مجتهدین را درک نکرد، شروع به طعن زدن به این بزرگان کند و هر آنچه را نفهمد، انکار نماید و بگوید: اینها این سخنان را از کجا آورده‌اند؟

چنانکه در خصوص خود مرحوم وحید بهبهانی گفته شده است ایشان، با اینکه دانشمندی بزرگ و مجتهد و مرجع تقلید بود، در اواخر عمر به تدریس لمعه، که از متون درسی سطح پایین حوزه است، اکتفا نمود. از ایشان پرسیدند، چگونه به این مقام علمی و عزت و مقبولیت رسیده‌ای؟ در جواب می‌نویسد: که ابدأ خود را صاحب مقامی نمی‌دانم و در ردیف علمای موجود به شمار نمی‌آورم و اگر هم توفیقی باشد از این است که هیچ‌گاه از تعظیم و بزرگداشت علما و نام آنان را به نیکی بردن، خودداری ننمودم.

۵. حدّت ذهن زائد نداشته باشد. بگونه‌ای که نسبت به هیچ‌گونه مطلب علمی، «جزم» پیدا

نکند و دائماً به موشکافی امور دقیقه پردازد و از حدود حق تجاوز نماید. همان صفت رذیله‌ای که علمای اخلاق آن را «جُرْبُزَه» دانسته‌اند (نراقی، جامع السعادات ۱: ۱۰۰).

۶. دیرفهم نباشد به گونه‌ای که به دقایق و مشکلات متفطن نشود. اینگونه نباشد که هر آنچه می‌شنود قبول کند و با هر سخنی همراه شود. بلکه حاذق و فطن باشد و حق را از باطل تمییز دهد. با هر فرعی مواجه شد، سعی کند بفهمد که این فرع از کدام اصل اخذ شده است و آنچه را در اصول فقه فراگرفته، در آیات و روایات و سایر ادله جاری نماید.

۷. در فتوا دادن پرجرات نباشد. مانند اطبایی که در حرفه خود پرجرات اند و بر خلاف طبیبان اهل احتیاط، جان بیماران زیادی را گرفته‌اند! در احتیاط کردن هم زیاده‌روی نکند که احتیاط هم فقه او را خراب می‌کند. چرا که کسی که در احتیاط کردن افراط می‌کند، فقهی در او دیده نمی‌شود نه در مقام عمل خود و نه در مقام فتوا برای دیگران.

سردبیر



---

۱. أن لا یکون بلیدا لا یتفطن بالمشکلات و الدقائق. فیومی در مصباح المنیر «بلید» را به «غیر ذکی و لافطن» معنا کرده است.

# مقالات

# مبانی فقهی ممنوعیت قضاوت زن در اندیشه مشهور فقهای شیعه

## چکیده

امروزه در پی گسترش کمی و کیفی مسائل اختصاصی زنان در نظام دادرسی کشور و اولویت پیگیری قضایی برخی از این مسائل توسط قاضی مماثل، مبحث مشروعیت قضاوت زن دیگر بار طرح شده است. گرچه از دیرباز این مساله در فقه امامیه مطرح بوده و تحقیقات متعددی در مراکز علمی در این خصوص صورت گرفته است، اما نتایج آن به صورت مجموعه ای طبقه بندی شده از انظار و ادله فقها به صورت فارسی توأم با تحلیل دقیق فقهی کمتر در دسترس بوده است. عاملی که سبب شد این موضوع با وجود تحقیقات زیاد انجام شده روی آن، دوباره بررسی شود، مشهور فقهای شیعه قائل به ممنوعیت مطلق قضاوت زنان هستند و برای این نظر خود به برخی از آیات قرآن، روایات، اجماع و ادله عقلی و مذاق شریعت و سیره و تراکم ظنون تمسک کرده اند. در برابر این نظریه، گفته شده است برخی از فقها مانند میرزای قمی، محقق اردبیلی و آیت الله موسوی اردبیلی قائل به نظریه تفصیل در این خصوص شده اند.

در این مقاله، تمامی ادله مشهور مورد بررسی و به نحوی مورد مناقشه قرار گرفته است و تنها با تمسک به اصل عدم ولایت قضاوت زنان مطلقاً منع شده است. بقیه ادله بعضاً به عنوان موید قابل طرح است.

## کلیدواژگان:

ممنوعیت قضاوت زن، اشتراط رجولیت در قضا، قیمومیت مردان بر زنان، اصل عدم ولایت.

## مقدمه

گرچه از دیرباز مسأله مشروعیت و یا ممنوعیت قضاوت زنان در فقه امامیه مطرح بوده و تحقیقات متعددی در مراکز علمی در این خصوص صورت گرفته است، اما نتایج آن به صورت مجموعه‌ای طبقه بندی شده از انظار و ادله فقها به صورت فارسی توأم با تحلیل دقیق فقهی کمتر در دسترس بوده است.

امروزه در پی گسترش کمی و کیفی مسائل اختصاصی زنان در نظام دادرسی کشور و اولویت پیگیری قضایی برخی از این مسائل توسط قاضی ممتاز، مبحث مشروعیت قضاوت زن دیگر بار طرح شده و ضرورت مضاعف پیدا کرده است.

در این راستا مشهور فقهای شیعه قائل به ممنوعیت مطلق قضاوت زنان هستند و برای این نظر خود به برخی از آیات قرآن، روایات، اجماع و ادله عقلی و مذاق شریعت و سیره و تراکم ظنون تمسک کرده‌اند. در برابر این نظریه، گفته شده است برخی از فقها مانند میرزای قمی، محقق اردبیلی و آیت الله موسوی اردبیلی قائل به نظریه تفصیل در این خصوص شده‌اند.

در مقاله حاضر، ابتدا ادله مشهور به تفکیک و مستند به متون فقها احصاء، تقریر و ارزیابی می‌شود. سپس و نظریات مقابل آن را که قائل به تفصیل هستند طرح و تحلیل می‌گردد. نهایتاً مستندات قابل اتکاء برای نظریه مشهور فقها در ممنوعیت قضاوت زنان، تبیین خواهد شد.

## ۱- اقوال در مسأله

مشهور فقهای شیعه، قضاوت زن را مطلقاً نافذ نمی‌دانند. شهرت این فتوا به حدی است که جمعی از فقها همچون سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۴)، شیخ انصاری (القضاء ۴۱)، سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵)، سید سبزواری (مهذب ۲۷: ۴۱)، محقق خویی (مبانی تکمله - موسوعة ۴۱: ۱۳) و لنکرانی (تفصیل الشریعة - القضاء ۵۲) ادعای اجماع و عدم اختلاف نسبت به آن دارند. پس زن خواه واجد دیگر شرایط قضاوت باشد و خواه واجد آنها نباشد، نمی‌تواند متصدی امر قضا شود. اطلاق منع در عبارات و استدلال‌های فقها از جنبه‌های مختلفی بررسی شده است؛

نوع قاضی (قاضی تحکیم و منصوب)؛<sup>۱</sup> نوع نزاع (مالی و غیر مالی) و نوع متنازعین (زن و مرد) و در هیچ یک از این حالت‌ها، زن اهلیت تصدی قضا را ندارد.

این اطلاق و این حیثیت‌های مختلف در عبارت جمعی از فقها به شکل صریح بیان شده است، بدین معنا که از لفظ «مطلقاً» استفاده کرده‌اند و در عبارت جمعی دیگر از فقها هرچند صریح نیست، با کمک مقدمات حکمت و به قرینه ادله مستند آنها، کلامشان، ظاهر در این اطلاق است. برخی عبارات ممکن است در ابتدا موهم این باشد که این اطلاق را نپذیرفته‌اند، ولی با بررسی بیشتر عبارات آنها به موافقتشان با همین نظریه مشهور پی می‌بریم.<sup>۲</sup>

## ۲- نقل عبارات مشهور در مسئله

بسیاری از فقها با عباراتی قریب به این مضمون: «یشرط فی القاضی الذکوره فلا ینفذ قضاء المرأة و ان کانت عالمة مجتهدة»، این نظر را بیان کرده‌اند. از آن میان می‌توان به این افراد اشاره کرد: محقق حلی (شرائع الإسلام ۴: ۵۹)،<sup>۳</sup> شهید ثانی (مسالك ۱۳: ۳۲۶)،<sup>۴</sup> فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰: ۱۷)،<sup>۵</sup> سید علی حائری (ریاض المسائل ۸: ۱۵)، میرزای قمی (رسائل ۲: ۵۹۸)، سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۴)،<sup>۶</sup> صاحب جواهر (جواهر الکلام ۴۰: ۱۲)، شیخ انصاری (انصاری، القضاء ۴۰ - ۴۱)،<sup>۷</sup> سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵)، محقق اردبیلی (مجمع الفائدة ۱۲: ۱۵)، آقا ضیا (کتاب القضاء،

۱. قاضی منصوب یعنی قاضی که به وسیله امام ابتدائاً نصب شده است؛ یا نصب خاص یا نصب عام، ولی قاضی تحکیم یعنی آن قاضی که متخاصمین به قضاوت او رضایت داده‌اند و در رتبه بعد از این رضایت، امام معصوم امضا کرده است. البته قاضی تحکیم مختص عصر حضور بوده و در حال حاضر فقط قاضی منصوب مشروع است.

۲. از این میان می‌توان به عبارت فقهایی همچون: محقق اردبیلی (مجمع الفائدة و البرهان ۱۲: ۱۵)، میرزای قمی (رسائل ۲: ۵۹۸ و ۵۹۹)، صاحب جواهر (جواهر الکلام، ۴۰: ۱۲ - ۱۵)، سید علی حائری (ریاض المسائل ۱۵: ۱۰) و موسوی اردبیلی (فقه القضاء ۱: ۹۸) اشاره کرد. همان گونه که در متن بیان شد، این فقها هم نظریه اطلاق منع را پذیرفته‌اند، هرچند در برخی ابعاد صراحت وجود ندارد.

۳. «و یشرط فیہ الذکوره...و لا ینعقد القضاء للمرأة و ان استکملت الشرائط».

۴. «و یشرط فیہ الذکوره...و هذه الشرائط عندنا موضع وفاق».

۵. «و یشرط فیہ الذکوره...فلا ینفذ قضاء المرأة و ان جمعت الشرائط».

۶. «یشرط فی القاضی الذکوره فلا ینفذ قضاء المرأة و ان کانت عالمة مجتهدة».

۷. «یشرط فی القاضی ایضا (الذکوره) فالمرأة لا تولی القضاء».

۱۱)، محقق خوبی (موسوعة ۴۱: ۱۳)، سید سبزواری (مهدب ۲۷: ۴۱)، آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۴)، آیت‌الله تبریزی (أسس القضاء ۱۳)، آیت‌الله لنکرانی (تفصیل الشریعة - القضاء ۴۳)، آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریر - القضاء ۷۰)، آیت‌الله موسوی اردبیلی (فقه القضاء ۱: ۸۹)، آیت‌الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۳۲) و آیت‌الله سید کاظم حائری (القضاء فی الفقه ۶۸).

### ۳- دسته‌بندی ادله

مبنای پژوهش حاضر، بررسی دلایل و مستندات فتوای مشهور است. به همین دلیل، ادامه مباحث به بررسی ادله و جرح و تعدیل آنها اختصاص پیدا خواهد کرد. دلایل و مستندات مشهور در عناوین هفت‌گانه ذیل جای می‌گیرند: آیات قرآن که چهار آیه مورد استناد فتوای مشهور واقع شده است؛ روایات که معمولاً شش روایت در مستندات مشهور وجود دارد؛ دلیل عقل که با تقریرات و عناوین مختلفی ارائه شده‌اند؛ اجماع؛ مذاق شریعت که گاه به نام دلیل عقل معرفی شده است؛ سیره و در نهایت، تراکم ظنون.

بنابراین، هر یک از این عناوین در یک بخش بررسی و تحلیل خواهند شد. البته ممکن است کسی بتواند از دلایل دیگری هم استفاده کند و به فتوای مشهور برسد، ولی این مقاله در صدد بررسی ادله و مستندات مشهور است و اینکه از میان این مستندات، کدام یک قوت اثبات چنین فتوایی را دارد و نقطه ضعفی در آن وجود ندارد.

#### ۳-۱- ادله قرآنی

##### ۱- ۱- ۳: آیه اول

آیه ۳۴ سوره نساء: «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ؛ مردان بر زنان قیومست و سرپرستی دارند؛ چون خدا، بعضی را بر بعضی برتری داده است.» از یک طرف، مطابق این آیه، مرد، سرپرست زن معرفی شده است و بر او سلطه و ولایت دارد که مقتضای آن چنین است که زن بر مرد ولایت و سلطه نداشته باشد. از طرفی دیگر هم مقتضای جواز قضاوت زن این است که زن بر مرد سلطه و ولایت داشته باشد که این مقتضا با مقتضای آیه مخالف است. نتیجه این استدلال چنین می‌شود که چون جواز قضاوت زن مایه

مخالفت با مقتضای آیه است، پس قضاوت زن جایز نیست. آیت‌الله گلپایگانی در استدلال به این آیه چنین بیان می‌کند: «فإنه ظاهر فی قیمومیة الرجال علی النساء، و لازمها سلطنة الرجال و حکومتهم علیهن دون العکس؛ ظاهر آیه این است که مردان، سرپرست زنان هستند و لازمه این آیه، سلطنت و حکومت مردان بر زنان است و عکس آن وجود ندارد». (کتاب القضاء ۱: ۴۴)

مناقشه‌ها و اشکال‌های متعددی بر استدلال به این آیه وارد شده است. اولین مناقشه در این استدلال آن است که بگوییم زن بر مردان ولایت و سلطنتی ندارد، اما مانعی برای ولایت و سلطنت زن بر زنان دیگر وجود ندارد و زن می‌تواند برای زنان دیگر قضاوت کند و مخالفتی هم با آیه صورت نگرفته است. آیت‌الله گلپایگانی در پاسخ به این مناقشه از اجماع مرکب استفاده می‌کند: «فإنه یقال: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركب.» (همان)

این آیه به تنهایی نمی‌تواند این امر را اثبات کند که زن بر زنان دیگر هم تسلط ندارد، اما در کنار این آیه، اجماع مرکب وجود دارد؛ یعنی در مسئله، چند قول وجود دارد که چنین تفصیلی در میان آنها وجود ندارد و مجموع اقوال این مسئله در مقابل چنین تفصیلی هستند. نظر و تفصیل جدیدی است که اجماع مرکب آن را رد می‌کند؛ اجماع مرکب بین دو قول دوران دارد که قضاوت زن یا کلا جایز باشد یا کلا ممنوع. قول سومی نداریم که تفصیل داده باشد. بنابراین، اجماع مرکب اقتضا می‌کند چنین تفصیلی را رد کند که زن برای زن قضاوت کند، ولی برای مرد قضاوت نکند. مناقشه دوم این است که قرآن در آیات دیگر، ملاک جواز قضاوت را حکم به عدل قرار داده است (ان تحکموا بالعدل) و این ملاک هم در زن وجود دارد و هم در مرد. بنابراین، استدلال به آیه «الرجال قوامون علی النساء»، مخالف این ملاک است. آیت‌الله گلپایگانی در جواب می‌گوید که اطلاق آیه حکومت به عدل، با این آیه قید می‌خورد: «فهی مخصصة لعمومات الحكومة بالعدل.» (همان)

سومین مناقشه این است که آیه ناظر به زوجین است و در مورد روابط زن و شوهر وارد شده است و به دیگر روابط و فضاها سرایت نمی‌کند. بنابراین، مقتضای آیه این است که مرد فقط در امور زناشویی ولایت و سلطنت داشته باشد و این امر با سلطنت و ولایت زن در دیگر شئون و منصب قضاوت که مسئله زناشویی مطرح نیست، منافاتی ندارد. آیت‌الله گلپایگانی در پاسخ به

این مناقشه می‌گوید: «و هل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنة في شؤونها مع زوجها و تكون لها السلطنة في خارج دارها، و على غير زوجها من الرجال.» (همان)

چگونه ممکن و متصور خواهد بود که زن بر شوهر خودش و در خانه خودش تسلطی نداشته باشد، ولی در خارج از خانه و بر دیگران مردان ولایت و تسلط داشته باشد؟ خانه و شوهر خودش که شایسته‌تر به ولایت و تسلط هستند. وقتی زن بر شوهر خود نمی‌تواند حکومت داشته باشد، به طریق اولی در خارج از خانه و بر دیگر مردان هم نمی‌تواند ولایت داشته باشد. این دفاع آیت‌الله گلپایگانی را بسیاری از فقها نپذیرفته و با ادله مختلفی رد کرده‌اند. سبحانی در مقام رد استدلال به این آیه می‌نویسد: «إن ملاك القيمومة بعد الإمعان في الآية يتلخص في مجموع أمرين بما فضل الله الرجال على النساء في مجال الإدارة و التدبير، و القدرة و الاستطاعة الجسمية و بما يقومون من عمل الانفاق على النساء فالملاك مجموع الأمرين فأجلهما للرجال قيمومة على النساء (نظام القضاء ١: ٥٦) ... هل تختص الولاية بالعلاقات الزوجية و نظام العائلة؟ ... أو أنها تعم لجميع المجالات الاجتماعية و لا تختص بالحياة العائلية. وجهان. يؤيد الوجه الأول: مضافاً إلى مسألة الانفاق سياق الآية، فإنه يصدد بيان وظائف الزوجين و شؤونهما (همان ٥٧). ... لو كان سبب القيمومة هو الوجه الأول أعنى الرجاحة في العقل، و القوة في التدبير، و القدرة في الدفاع لكان كافياً في ثبوتها لهم مطلقاً و لكنها ليست هي السبب الوحيد، بل منضمّة إلى الانفاق و القيام بتجهيز وسائل الحياة، و هو مختص بالزوجين. نعم لو كان كل سبباً مستقلاً لها، لعمت مطلق الرجال و النساء فلاحظ.» (همان ٥٨)

ایشان قوام بودن مرد را مختص حقوق زن و شوهر می‌داند و به جمیع حقوق اجتماعی سرایت نمی‌دهد. علت ایشان هم این است که اولاً سیاق آیه این است که وظایف زن و شوهر را بیان کند. ثانیاً ملاک سلطنت مرد بر زن دو چیز است: نخست، قوت عقلی و تدبیر امور و همچنین قدرت جسمی که در همین آیه بیان شد: «بما فضل الله بعضهم على بعض». دوم، الزام بر نفقه دادن و تجهیز وسایل معاش که در ادامه همین آیه بیان شده است: «وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ».

بنابراین، اگر ملاک فقط بخش اول بود؛ یعنی ملاک سلطنت فقط فضیلت‌های جنس مرد بر جنس مرد به لحاظ جسمی و قوه درک و تدبیر بود، می‌توانستیم بگوییم این سلطنت

در همه شئون و همه محیط اجتماعی وجود دارد و به همه امور اجتماعی سرایت پیدا می‌کند. همان طور که در آیه ملاحظه می‌شود، ملاک انفاق هم در این سلطنت وجود دارد. واضح است که تنها محیطی که این دو ملاک را کنار هم جمع می‌کند، محیط خانواده و زوجیت است. بنابراین، در محیط‌های دیگر مثل قضاوت و مرافعات، مرد بر زن ولایت ندارد. نتیجه این بیان چنین می‌شود که چون ولایت و سلطنت مرد بر زن مختص محیط ناشویی است و به دیگر محیط‌ها سرایت نمی‌کند، پس استدلال به این آیه نمی‌تواند مانعی برای قضاوت زن باشد. مانع قضاوت و ولایت زن این بود که زن و مرد متقابلاً بر هم ولایت پیدا می‌کردند. طبق بیان آیت‌الله سبحانی، ولایت مطلق مرد منتفی می‌شود و مانعی برای ولایت زن در خارج از محیط ناشویی وجود نخواهد داشت.

آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز در استفاده از این آیه مناقشه دارد و در تبیین مراد آیه، سه مرحله را مطرح می‌کند که در هر سه فرض، آیه نمی‌تواند دلیلی بر منع قضاوت زن باشد: «بمکن أن یکون القوام بمعنى من يصلح و يحافظ (فقه القضاء ۱: ۹۱) ... مع أن الآية ناظرة إلى نظام الأسرة أو هي تعليل لتفاوت المرأة و الرجل في سهامهما من الميراث كما أن الآيات السابقة شاهدة عليها. و لا أقل من الشك في إطلاق «قوأمون» مع وجود ما يحتمل أن يكون قرينة، فلا تكون دليلاً على قيمومة الرجل على المرأة بمعنى ولايته عليها مطلقاً و لو سلمنا أن معنى القيمومة في الآية الولاية. مع أن الالتزام بأن كل رجل بمقتضى الجنسية أو بمقتضى إنفاقه على خصوص زوجته قوام على جميع النساء بعيد بل غير ممكن (همان) ... فعليه إن استفادة معنى كل عام من الآية، ليشمل حتى الروابط الاجتماعية الأخرى، لا تخلو من إشكال؛ حيث إن القيام بشئون المرأة، في العلاقات الزوجية و الحياة العائلية المشتركة، لا يستلزم بالضرورة أن تكون بقية علاقاتها و مسؤولياتها الاجتماعية كذلك و إلا فعلى هذا الفهم يلزم أن تمنع النساء من كل الأعمال الإدارية، و النشاطات الحكومية، في جميع مرافق الدولة؛ فلا يجوز للمرأة، أن تتولى مسئولية واحدة، صناعية أو غير صناعية، وزارية أو نيابية، أو أية مسئولية في أية تنظيمات حرفية، أو غيرها، لوجود الولاية و السلطة على الرجال في كلها. فاستفادة مثل هذا الحكم، من هذه الآية الكريمة، لا تخلو من إشكال.» (همان ۹۲)

ایشان برای رد استدلال به این آیه، دو نوع پاسخ مطرح می‌کند:

پاسخ مبنایی: قوام در این آیه به معنی سلطنت نیست، بلکه ممکن است به معنی محافظ و نگه‌دارنده باشد. اطلاق قوام به معنی ولایت و سلطنت با وجود این قراین که آیات قبل، وظایف زن و مرد را در نظام خانواده را بیان می‌کند و همچنین به برخی تفاوت‌های زن و مرد اشاره دارد، اطلاق مسلم و صحیحی نیست. اگر هم به شکل قطعی نتوانیم بگوییم که قوام به معنی محافظ است، حداقل شک و احتمال در میان است که مانع استدلال یادشده خواهد بود. بنابراین، استدلال به این آیه هیچ گونه ولایتی را حتی در امور زوجیت اثبات نمی‌کند. در نتیجه، وقتی ولایتی برای مرد نسبت به زن ثابت نشود، مانعی برای قضاوت زن از این نظر باقی نخواهد ماند و استدلال به آیه مخدوش خواهد شد.

پاسخ بنایی: بر فرض بپذیریم قوام به معنی ولایت و سلطنت است، ولی این هم در اثبات مطلوب شما کاربردی ندارد؛ زیرا اگر مراد، سلطنت مطلق و در همه امور باشد، لازمه‌اش این است که تمام زنان حتی زنانی که زوجه این مرد نیستند، تحت ولایت او باشند و چنین لازمه‌ای، بعید و بلکه ناممکن است؛ چون اثبات ولایت در یک ناحیه، با اثبات ولایت در دیگر امور و شئون ملازمه‌ای ندارد. به جز آن، بنا بر این استدلال باید گفت زن هیچ منصب اجتماعی را نمی‌تواند بر عهده بگیرد؛ نه فقط قضاوت. این در حالی است که برداشت چنین حکمی از این آیه مشکل است و ذهن از آن منصرف است. بنابراین، بر فرض که مرد در امور خانوادگی دارای ولایت باشد، در امور دیگر ولایتی ندارد و مانعی برای قضاوت باقی نخواهد ماند.

## ۲-۱-۳: آیه دوم

آیه ۲۲۸ سوره بقره: «وَلِلرِّجَالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَةٌ مُرْدَانِ نَسَبَتْ بِهِنَّ زَنَانِ دَارَی مَرْتَبَه وَ بَرْتَرِی هَسْتَنْد». در تقریر استدلال به این آیه می‌توان گفت خداوند در صدر آیه، حقوق مساوی برای زن و مرد، اعلام و در ذیل آیه بیان کرده است که مرد نسبت به زن دارای یک درجه و مرتبه است و این امر نشان‌دهنده ولایت مرد بر زن است. آیت‌الله گلپایگانی در استدلال به این آیه بیان می‌کند: «فإن هذه الآية ظاهرة في أن للنساء على الرجال حقوقاً». (کتاب القضاء: ۱: ۴۷)

البته اینکه درجه در آیه به معنی ولایت و سلطنت باشد، نیازمند دو چیز است: اولاً اینکه آیه قبل را کنار آن بگذاریم و درجه را به قیومیت تفسیر کنیم. ثانیاً قیومیت را به معنی ولایت بدانیم.

وقتی مرد بر زن ولایت داشته باشد، زن نمی‌تواند قاضی باشد؛ چون قضاوت نوعی از ولایت است. اگر زن بخواهد قاضی باشد؛ یعنی ولایت دارد و این در حالی است که طبق این آیه، مرد بر زن ولایت دارد، اما ولایت زن بر مرد بیان نشده است. همچنین به دلیل وجود اجماع مرکبی که ذیل آیه قبل توضیح داده شد، نمی‌توان ولایت زن را بر زنان دیگر هم پذیرفت. به استدلال به این آیه همچون آیه قبل انتقاد شده است. آیت‌الله سبحانی چنین می‌نویسد: «إنما الكلام فی عمومیه قوله: «و للرجال علیهنّ درجة» بالنسبة إلى القضاء و فصل الخصومة و یمکن منع لآئها قضیه موجبه جزئیه، تصدق بوجود المنزلة للرجال فی موارد خاصة كالميراث و الطلاق، و الجهاد و غیرها ممّا عرفت و لا يتوقف صدقها على حرمانها من القضاء فيكون التمسك بها فی مورد المنع عن القضاء تمسكاً بالدلیل فی الشبهة المصداقية». (نظام القضاء ۱: ۵۹)

ایشان استفاده از آیه در مورد عدم جواز قضاوت زن را از جمله شبهات مصداقیه می‌داند؛ یعنی درست است که در بعضی موارد، مرد را برتری داده‌اند، اما اینکه قضاوت هم از این موارد باشد، به دلیل محکمی نیاز دارد که چنین دلیلی موجود نیست. آیه به شکل موجبه جزئیه بیان می‌کند که مرد یک درجه و فضیلت دارد که در مسائلی همچون جهاد و ارث نمود می‌یابد، نه به شکل موجبه کلیه که بخواهد شامل همه امور شود. همچنین آیت‌الله موسوی اردبیلی می‌نویسد: «یرد علی الاستدلال بها ما مرّ فی الآیه السابقة من كونها مختصة بحقوق الزوجية و أنّ عموم الأفضلیة لا تستفاد منها؛ لأنّ «درجة» نكرة فی سياق الإثبات فهی لا تدلّ علی العموم». (فقه القضاء ۱: ۹۲)

به نظر ایشان، این آیه همچون آیه قبل، مختص به حقوق زوجیت است و کسی نمی‌تواند افضلیت و برخورداری مرد از یک درجه‌ای را که زن آن درجه را ندارد، به جمیع امور حتی امور عادی و نصبی مثل وزارت و تجارت سرایت دهد. کلمه «درجة»، نکره است، اما نکره زمانی افاده عمومیت دارد که در سباق نفی قرار بگیرد، حال آنکه سباق این آیه، اثبات است.

۳-۱-۳: آیه سوم

آیه ۳۳ سوره احزاب: «قَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ؛ در خانه‌های خود بنشینید».

استدلال به این آیه بدین شکل است که بر اساس حکم آیه که خطاب به زنان پیامبر اکرم

(ص) است، زنان باید در خانه بمانند و در صحنه اجتماع حاضر نشوند و مستور بمانند. این در حالی است که اگر زن بخواهد متصدی امر قضاوت باشد، لازم‌ه‌اش، حضور در صحنه اجتماع و خروج از حالت ستر و خفاست. آیت‌الله گلپایگانی در استدلال به این آیه می‌نویسد: «و استلزام تصدی المرأة القضاء للخروج عن البيت و إسماع صوتها الرجال و غیر ذلك من الأمور المنهية عنها في الشرع في غاية الوضوح؛ لازمه قضاوت زن این است که از خانه خارج شود و صدای خود را به گوش مردان برساند. این در حالی است که ممنوع بودن این اعمال از جانب زن در شرع اسلام کاملاً واضح است.» (کتاب القضاء ۱: ۴۷)

مناقشه در این استدلال جنبه‌های مختلفی دارد، مانند: خصوصیت مخاطب، لوازم غیر قابل پذیرش و عدم ملازمه بین آیه و نتیجه. آیت‌الله موسوی اردبیلی می‌نویسد: «يمكن أن يقال: إنَّ المخاطبات بهذه الآية هي نساء النبي صلى الله عليه وآله فقط و لا تتسابعهنَّ إلى النبي صلى الله عليه وآله و آله خصوصية كما في الآية السابقة: «يا نساء النبي لستنَّ كأحدٍ من النساءِ إن اتقيتنَّ...» و أنَّ الاختلاط مع الرجال و الكلام معهم مع مراعاة المصالح و الأحكام الشرعية لا يتنافى مع الشرع، مضافاً إلى أن قبول الاستدلال ينجز إلى حصر النساء في البيوت و حرمة تصديهنَّ لأى أمر اجتماعي و هذا بعيد بل ممتنع. و أيضاً مخالف للسيرة المعلومة من أنَّ النساء قد تصدین أموراً اجتماعية في زمن النبي صلى الله عليه وآله و الأئمة (عليهم السلام) مثل الحضور في ميادين الحرب للتداوى و الاشتغال بالتجارة و غيرها.» (فقه القضاء ۱: ۹۲-۹۳)

در توضیح جنبه‌های مناقشه باید گفت: اول اینکه مخاطب آیه، زنان پیغمبر هستند و به دلیل موقعیت خاصی که داشتند؛ یعنی به دلیل انتسابشان به نبی مکرم اسلام، این دستور خاص برای آنها بیان شده است و برای جمیع زنان عمومیت ندارد. دوم اینکه حضور زن در عرصه‌های اجتماعی با رعایت حدود شرعی بلامانع است و بین حضور در عرصه اجتماع و رعایت حدودی همچون ستر زن منافاتی ندارد. سوم اینکه اگر این آیه در مورد جمیع زنان باشد، لازم‌ه‌اش این است که زنان را از حضور در اجتماع و مشاغل اجتماعی منع کنیم و این بسیار بعید و بلکه ممتنع است.

چهارمین جهت مناقشه که در واقع، پشتوانه «ممتنع» در جهت سوم مناقشه است، این است که این استدلال مخالف سیره پیامبر در صدر اسلام است؛ چون سیره در زمان پیامبر

این بود که زنان متصدی برخی مشاغل اجتماعی می‌شدند و پیغمبر اکرم (ص) هم تصدی زنان را در مشاغل اجتماعی و عمومی نهی نمی‌کرد، مانند: تجارت حضرت خدیجه (س) یا درمان و پرستاری زنان از مجروحان جنگی. بنابراین، حضور زن با رعایت و حفظ حدود شرعی بلامانع است و این آیه، دستوری خاص برای همسران پیامبر است که به دلیل موقعیت حساس و ویژه‌شان جعل شده است.

#### ۴-۱-۳: آیه چهارم

آیه ۱۸ سوره زخرف: «أَوْ مَنْ يُنشِؤا فِي الْحَلِيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ؛ آیا دختران را فرزند خدا می‌خوانند که ظهور و نمایشان در زینت است و از احتجاج علیه خصم خود عاجزند». در استدلال آیه باید گفت زنان دارای قوه عاطفه بالایی هستند و قدرت دفاع از خود و احتجاج ندارند. از طرفی هم واضح است که قاضی نیازمند غلبه قوه عاقله و قدرت استدلال و احتجاج بالایی است تا بتواند از این طریق، حق را از باطل تشخیص دهد. بنابراین، زن نمی‌تواند متصدی این منصب شود. آیت‌الله سید کاظم حائری در مقام استفاده از این آیه می‌فرماید: «... إِمَّا بَدْعُو دَلَالَتَهَا رَأْسًا عَلَى عَدَمِ كَوْنِ الْمَرْأَةِ بِمَسْتَوَى إِعْطَاءِ مَنْصِبِ الْقَضَاءِ، أَوْ بَدْعُو أَنْ جَوًّا تَشْرِيعِيًّا مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ يَمْنَعُ عَنِ انْعِقَادِ الْإِطْلَاقِ فِي دَلِيلِ الْقَضَاءِ» (القضاء في الفقه ۶۸)

در این آیه، دو خصوصیت برای زن بیان شده است که مناسب فضای قضاوت نیستند. حال یا به طور اساسی با هم منافات دارند یا اینکه جوّ تشریح به شکلی است که به دلیل وجود این دو خصوصیت در زن، از انعقاد اطلاق دلیل جعل قضاوت جلوگیری کرده است. خصوصیت اول این است که زن در زیور و زینت پرورش می‌باید. ظهور و نشو در حلیه، کنایه از این است که زن به زیورات و زینت علاقه خاص و زیادی دارد و این امر نشان‌دهنده قوت عاطفه زن و علاقه شدیدی است که به زینت و زیور دارد. بدیهی است قوه عاقله قاضی باید بر قوه احساسات او غلبه داشته باشد تا بتواند عاقلانه حکم کند و نه تحت تأثیر عواطف و احساسات.

خصوصیت دوم زن این است که زن قدرت بیان و مجادله و اقناع خصم را ندارد که این خصوصیت نیز ناشی از غلبه قوه عاطفه اوست. این در حالی است که قاضی باید استدلال طرفین را بشنود، صحیح را از غلط تشخیص دهد و استدلال‌های لازم برای ردّ ادعای طرفین را

بیان کند. تقریر استدلال به بخش اخیر آیه در بیان آیت‌الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۶۱-۶۲) نقل شده است: «کون القضاء رهن الاحتجاج و الجدل غیر واضح خصوصاً این القضاء فی المحاکم یتوقف علی الدقة فی کلمات المترافعين و ما حول القضية من الأمارات و القرائن التي تثبت صدق دعوى المدعى أو كذبها و لا حاجة إلى جدال و لا يقوم على المناظرة.» (نظام القضاء ۱: ۶۲)

قضاوت نیازمند دقت در کلام متنازعین، امارات، قراین و فهم آنهاست که زن این خصوصیت را دارد. قضاوت متوقف بر قدرت استدلال و مناظره نیست که بگوییم زن در مورد آن نقص دارد. قاضی فقط می‌خواهد ادله و قراین را ببیند و طبق آن حکم کند، نه اینکه بخواهد احتجاج و مناظره کند. در مقابل، آیت‌الله موسوی اردبیلی ظهور آیه را در امر دیگری می‌داند و به طور کلی، مفاد آیه را به اعتقاد اعراب جاهلی منسوب می‌کند و قرآن را در مقام نقل اعتقاد مشرکان می‌بیند: «و لکن الظاهر أن الآية فی مقام نقد الظاهرة الموجودة عند عرب الجاهلیة، و هو أنهم يجعلون لله بنات مع أنهم ظلّت وجوههم عند التبشیر بها مسوّدّة و أن المرأة بنظرهم تُنشئ فی الحلیة و ضعیفة فی مقام التفكير لا فی مقام بیان حقیقة المرأة مع أن مجرد الاحتمال فی الآية يمنع من الاستدلال.» (فقه القضاء ۱: ۹۲)

یعنی ظاهر آیه این است که در مقام ردّ یکی از اعتقادات و سنت‌های عرب جاهلی در مورد دختر است، نه اینکه در مقام بیان حقیقت زن باشد. به عبارت روشن‌تر، آیه در مقام انکار عقیده عرب در مورد زن است. پس حتی اگر بپذیریم که قاضی به قدرت استدلال هم نیاز دارد، باز این آیه قضاوت زن را نفی نمی‌کند؛ چون در این آیه، به اعتقاد عرب جاهلی، زن قدرت استدلال و تفکر ندارد، نه به اعتقاد قرآن؛ یعنی حتی اگر کبری را قبول کنیم که «کسی که قوه استدلال ندارد، نمی‌تواند قاضی باشد»، باز هم استدلال تام نیست؛ چون صغرای این استدلال باید از کسانی باشد که قوه تفکر ندارند، در حالی که به عقیده قرآن، زن این قوه را دارد و مفهوم این آیه هم در بیان اعتقاد عرب جاهلی است که در مقام استفهام توییخی وارد شده است.

اختلاف بیان ایشان و آیت‌الله سبحانی آن است که آیت‌الله سبحانی این کبری را نپذیرفته است و می‌گوید قاضی نیازمند فهم و دقت در امارات و قرائن است، نه قوه احتجاج و مناظره. به نظر ایشان، بر فرض هم که بپذیریم قاضی نیازمند قوه مناظره است، باز هم زن طبق اعتقاد

عرب جاهلی، قوه مناظره ندارد، نه طبق اعتقاد قرآن. پس در هر دو بیان، این آیه نقد شده است. در استدلال سبحانی، کبرای قیاس مخدوش است و در استدلال موسوی اردبیلی، علاوه بر کبری، صغرای قیاس هم مردود است.

### ۵-۱-۳: نتیجه استدلال به آیات

مجموع مباحثی که در رد استدلال به آیات بیان شد، برای نپذیرفتن استدلال به آیات کافی باشد. آنچه این آیات می‌توانند اثبات کنند، برتری و ولایت مرد نسبت به زن به صورت فی الجمله است، نه بالجمله؛ یعنی به نحو موجه جزئی است، نه به نحو موجه کلیه. مواردی که مرد و زن در تعامل با یکدیگر قرار می‌گیرند، قابل احصا نیست. از امور خانواده و زوجیت تا امور حکومت و مدیریت، نمی‌توان به استناد این آیات، در جمیع این موارد قائل به ولایت مرد بر زن شد.

اگر کسی بگوید این آیات، عام هستند و به مباحث زوجیت اختصاص ندارند، اولین انتقادی که به او وارد می‌شود، این است که در عصر معصومین (علیهم السلام)، زنان بسیاری بودند که مدیریت تجارت بر عهده آنها بود. نمونه بارز آن، حضرت خدیجه (س) است که مدیریت تجارت را بر عهده داشت و مردان زیادی تحت امر و ولایت ایشان بودند. این در حالی است که از جانب پیامبر و دیگر معصومین هیچ گونه ردع و نهی‌ای نسبت به این عمل صورت نگرفت، با اینکه شرایط نهی و ردع هم وجود داشت. پس همین امر نشان می‌دهد که این آیه، عام و شامل جمیع موارد نیست.

در مواردی که به صدق آیه بر آن یقین وجود ندارد، چنین استدلالی نباید بیان شود. موردی که قطعاً این آیه بر آن زمان صادق است، مورد خانواده و زوجیت است. البته با بیان موسوی اردبیلی، اصلاً این آیه در صدد بیان تشریح ولایت نیست و قوام به معنی پاسبان و نگه‌دارنده است، آن هم فقط در خصوص زوجیت؛ یعنی مرد در خانواده، محافظ و پاسبان زن است و این امر با جعل ولایت هیچ ملازمه‌ای ندارد. خلاصه اینکه این آیات نمی‌تواند مطلوب شما را اثبات کند.

### ۲-۳-۲ ادله روایی

#### ۱-۲-۳: روایت اول

«قال أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق (ع): إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضایانا فاجعلوه بینكم، فإنی قد جعلته قاضياً

فتحاكموا إليه؛ امام صادق (ع) فرمود: در منازعات خود به افراد عضو در دستگاه جور مراجعه نکنید، بلکه به دنبال مردی باشید که از احکام ما آگاه است و او را بین خود قاضی قرار دهید. در این صورت، من هم او را برای شما قاضی قرار می‌دهم.» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳)

تمسک به این روایت در لسان فقهای همچون سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵)،<sup>۱</sup> سید سبزواری (مهذب ۲۷: ۴۱)،<sup>۲</sup> آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۷)،<sup>۳</sup> آیت‌الله تبریزی (أسس القضاء ۱۴)،<sup>۴</sup> آیت‌الله لنکرانی (تفصیل الشریعة - القضاء ۵۲)،<sup>۵</sup> آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریر - القضاء ۷۰)<sup>۶</sup> و آیت‌الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۴۹)<sup>۷</sup> یافت می‌شود. فقها در استفاده از این روایت به دو روش عمل کرده‌اند. راه اول، احراز موضوعیت قید رجل در حکم و راه دوم، اثبات انصراف حکم جواز قضاوت از زن است که بررسی می‌شود. اگر یکی از این دو راه بتواند به مقصد نهایی خود برسد، نتیجه تمسک به این روایت آن می‌شود که چون قید رجل موضوعیت دارد یا اینکه حکم، منصرف از زن است، زن نمی‌تواند قاضی باشد و مرد بودن شرط قاضی است. در توضیح راه اول یعنی اینکه چگونه به موضوعیت قید رجل در حکم رسیده‌اند، نظر آیت‌الله گلپایگانی چنین است: «لا يقال: انه ليس للرجل موضوعية، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصية في مثل هذا المقام، وأن مناسبة الحكم و الموضوع تقتضي الموضوعية.» (کتاب القضاء ۱: ۴۷)

ایشان برای قید رجل، موضوعیت قائل شده است؛ چون قیدی در کلام وارد شده است که در چنین مقامی نمی‌توان از آن الغای خصوصیت کرد. از یک طرف، در بحث فعلی، مقام قضاوت و

۱. «مضافاً إلى التقييد بالرجل في الخبرين والانصراف في سائر أخبار الإذن».

۲. «وانصراف أدلة الإذن عنها، وتقييد بعضها بالرجل».

۳. «لا يقال: انه ليس للرجل موضوعية، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصية في مثل هذا المقام، وأن مناسبة الحكم و الموضوع تقتضي الموضوعية».

۴. «لأنه قد ورد في معتبرة سالم ابن مكرم و في صحيحة الحلبي المتقدمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى و المرأة».

۵. «التعبير بالرجل في معتبرة أبي خديجة المتقدمة على كلا نقلها، و قد عرفت أن هذا التعبير في مقابل الصبى و المرأة».

۶. «لأخذ عنوان «الرجل» في المعتبرتين».

۷. «العمومات الواردة في القاضى المنصوب منصرفه إلى الرجال و هى بينما ورد فيه لفظ «منكم» كما فى مقبولة ابن حنظلة أو «رجل» كما فى رواية أبى خديجة فهذان التعبيران، لو لم يبدل على اختصاص القضاء بالرجل فلا أقل أنها منصرفه عن المرأة».

ولایت است که مقامی خلاف اصل است. از طرف دیگر، هم در مواردی که شارع در صدد جعل حکم خلاف اصل باشد، علی القاعده قیود موضوعیت دارند مگر اینکه قرینه بر عدم موضوعیت اقامه شود. به عبارت دیگر، الغای خصوصیت با مقام جعل حکم خلاف اصل منافات دارد. افزون بر آن، مناسبت حکم و موضوع اقتضا می کند که حکم مختص مرد باشد؛ یعنی حکم جواز قضاوت که نوعی اعمال ولایت است، با موضوع رجل مناسبت دارد نه زن. بنا بر این دو دلیل، قید رجل موضوعیت دارد و نمی توان از آن الغای خصوصیت کرد. آیت الله لنکرانی نیز همین بیان را دارد. (تفصیل الشریعة - القضاء ۵۲) در توضیح راه دوم؛ یعنی اینکه چگونه به انصراف حکم از زن قائل شده اند، آیت الله سبحانی می نویسد: «العمومات الواردة فی القاضی المنصوب منصرفة إلى الرجال و هی بینما ورد فیہ لفظ «منکم» كما فی مقبولة ابن حنظلة أو «رجل» كما فی رواية أبی خدیجة فهذان التبعیران، لو لم یدلّا علی اختصاص القضاء بالرجل فلا أقلّ أنّها منصرفة عن المرأة، و یؤید الانصراف عدم التعارف، إذا لم تر فی زمن الخلفاء و لا بعدهم امرأة تتولی مهمة القضاء و ما قیل من أنّ مدار الانصراف، كثرة الاستعمال و ندرته، لا كثرة الوجود و قلته، لو تمّ، فالمقام من موارد عدم الوجود لا قلته.» (نظام القضاء ۱: ۴۹)

به نظر ایشان، تعبیرهایی در روایات، دال بر اختصاص و موضوعیت هستند و بر فرض اینکه ما نخواهیم موضوعیت را بپذیریم؛ انصراف حکم وجود دارد. مؤید انصراف هم این است که در طول زمان خلفا و بعد از آن هیچ موردی نبوده است که زن متصدی امر قضا شده باشد. طبق دو مینا، این سیره و این فقدان مورد می تواند عامل انصراف باشد. مبنای اول این است که گفته شود قلت و کثرت وجود یک چیز در امر معصوم عامل انصراف حکم خواهد بود و در نتیجه، در این مورد، هر چند قید رجل موضوعیت ندارد و در برخی روایات، اصلاً قید رجل وارد نشده است، اما حکم از زن منصرف است؛ چون قلت وجود داشته است. مبنای دوم هم که گفته می شود قلت و کثرت وجودی عامل انصراف نیست، بلکه قلت و کثرت استعمالی عامل انصراف است. در این مورد، فقدان وجود داریم، نه قلت وجود و فقدان وجود مورد، عامل انصراف حکم است. بنابراین،

۱. «التعبیر بالرجل فی معتبرة أبی خدیجة المتقدّمة علی کلا نقلها، و قد عرفت أنّ هذا التعبیر فی مقابل الصبی و المرأة، و لا مجال لدعوی إلغاء الخصوصية كما مرّ.»

در این راه هم حکم جواز قضاوت از زن منصرف است و در نتیجه، زن نمی‌تواند قاضی شود. راه دیگری برای اثبات انصراف حکم در کلام آیت‌الله تبریزی وجود دارد که بیان می‌کند: «لانصرافها إلى الرجل أيضا لما علم من الشارع من إرادته الستر من المرأة و إرادته ترك مواجهتها مع الأجنب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض الشارع بإمامتها للرجال» (أسس القضاء ۱۵)

بنای شارع این است که زن مستور باشد و در حدی که ممکن است، او را در معرض مواجهه با نامحرمان قرار ندهد. لازمه چنین بنایی این است که اموری که زن را از حالت ستر خارج می‌کند و او را در معرض مواجهه با نامحرمان قرار می‌دهد، برای او جعل نشود، مثل امامت جماعت، جهاد و قضاوت. البته اثبات انصراف از این طریق صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چون مضافا به اشکال‌های موسوی اردبیلی به استدلال به آیه سوم که در اینجا هم وارد می‌آیند، عامل انصراف، نه کثرت و قلت وجودی معرفی شده است و نه استعمالی. بنابراین، در اثبات نحوه انصراف، بیان سبحانی صحیح به نظر می‌رسد.

نتیجه بیان استدلال‌کنندگان به این روایت چنین خلاصه می‌شود که روایات یا دال بر موضوعیت قید رجل هستند یا اینکه حکم آنها منصرف از زن است و نتیجه هر دو راه حل این می‌شود که زن نتواند قاضی باشد و مرد بودن برای تصدی قضا شرط است. اشکال‌های این استدلال را می‌توان چنین بیان کرد:

نخست آنکه احکام بین زن و مرد مشترک هستند و اختصاص آن به مرد یا زن به دلیل خاص نیاز دارد. به عبارت دیگر، اصل بر اشتراک احکام است و اختصاص نیازمند دلیل خاص است. همان طور که همین اصل اشتراک را در روایات باب شکایات نماز جاری می‌دانند و از این طریق، آن روایات را مختص مرد نمی‌دانند، بلکه بین زن و مرد مشترک می‌دانند. این اصل در این روایت هم کاربرد دارد و با استناد به آن می‌توان گفت هر چند به رجل تعبیر شده است، رجل موضوعیتی ندارد. در پاسخ به این اشکال باید گفت هر چند این اصل را می‌پذیریم، این اصل در مواردی کاربرد دارد که حکم خلاف اصل نباشد و شارع در مقام حصر مقام جواز نباشد. در این روایت، حکم خلاف اصل است و شارع در مقام بیان موارد جواز قضاوت است و اصل اشتراک احکام کاربردی نخواهد داشت.

دومین اشکال بر این استدلال آن است که برخی روایات ما مطلق هستند<sup>۱</sup> و با موضوعیت سازگاری ندارند. آیت‌الله گلپایگانی این اشکال و پاسخ آن را بیان می‌کند: «فالروایة هذه مقيدة للروایات المطلقة ان لم تكن منصرفة عن النساء» (کتاب القضاء ۱: ۴۷)

پاسخ ایشان در دو مرحله بیان می‌شود. اول اینکه روایات مطلق، منصرف از زن هستند که وجه و سبب انصراف در بیان آیت‌الله سبحانی تبیین شد. این پاسخ در بیان آیت‌الله تبریزی نیز وجود دارد. (أسس القضاء ۱۴) دوم اینکه بر فرض که چنین انصرافی را نپذیریم، به دلیل موضوعیت قید رجل در این روایت، این روایت مقید به رجل است و روایات مطلق را قید می‌زند. بنابراین، نگاه به روایات مطلق دو گونه است. نگاه اول اینکه در کنار این اخبار مقید گذاشته شوند و حمل مطلق بر مقید شود. نگاه دوم هم این است که موضوعیت قید رجل در مثل روایت یادشده استنباط نشود و اطلاق این دسته از روایات، مؤید عدم موضوعیت شود. در بیان آیت‌الله گلپایگانی، آیت‌الله تبریزی و آیت‌الله سبحانی این گونه است که یا قید رجل موضوعیت دارد و سبب تقیید روایات مطلق می‌شود یا اینکه موضوعیت احراز نمی‌شود، اما انصراف اثبات می‌شود و اصلاً اطلاقی شکل نمی‌گیرد.

سومین اشکال ناظر به احراز موضوعیت قید رجل است که راه اول استفاده از این روایت بود. چنین اشکال می‌شود که ذکر عنوان رجل یا ذکر رجل در فرض سؤال نمی‌تواند عاملی برای موضوعیت قید رجل باشد. در پاسخ به این اشکال از دو راه می‌توان عمل کرد. راه اول این است که بگوییم خصوصیت این مقام به شکلی است که نشانه موضوعیت قیود است و در واقع، در این پاسخ، مستشکل متوجه راه احراز موضوعیت قید رجل است که سابقاً بیان شد و از این طریق، موضوعیت قید برای او اثبات می‌شود که آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۷)، آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریر - القضاء ۷۰) و آیت‌الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۴۹) این راه را پیمودند. راه دوم هم این است که از موضوعیت قید رجل دست برداریم و همچون آیت‌الله تبریزی (أسس القضاء ۱۵) پاسخ دهیم که انصراف وجود دارد و عامل انصراف را بنای شارع بر ستر زن بدانیم و یا همچون آیت‌الله مؤمن. (مبانی تحریر - القضاء ۷۰)

۱. همچون مقبولة عمر بن حنظلة که در آن چنین تعبیر شده است: «ینظران إلى من کان منکم - الخ».

چهارمین اشکال این روایت را آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان می‌کند: «الاستدلال مبنی علی أنّ خبر أبا خديجة في مقام بيان شرائط القاضى و كون مفهوم اللقب حجة، لا الردع عن الرجوع إلى قضاة الجور و لم يكن ذكر الرجل من باب التغليب، و لكن إن كان عموم أو إطلاق في باب جعل الولاية فالتخصيص أو التقييد بهذا الحديث مشكل.» (فقه القضاء ۱: ۹۸۸۹)

طبق بیان ایشان، استدلال بر این روایت متوقف بر سه شرط است. اول اینکه اثبات شود روایت در مقام بیان شرایط قاضی است. دوم اینکه مفهوم لقب را حجت بدانیم. سوم اینکه ورود قید رجل را از باب غلبه ندانیم. در توضیح شرط اول باید گفت زمانی می‌توان نسبت به موضوعیت یک قید در حکم و همچنین نسبت به انصراف حکم نسبت به یک قید و موضوعی اظهار نظر کرد که متکلم در مقام بیان نسبت به آن قید باشد. اگر متکلم در مقام بیان آن حکم یا قید نباشد، به صورت تخصصی از مدلول روایت خارج است و بحث موضوعیت قید و انصراف حکم مطرح نخواهد شد. طبق بیان ایشان، امام در مقام بیان شرایط قاضی نبوده است که بحث از قیود مطرح شده به میان آید، بلکه در مقام نهی از رجوع به قضات جور هستند و نهایتاً می‌توان گفت که در مقام بیان شرط ایمان و عدالت قاضی یا شرط دیگری است به این عنوان که قاضی نباید عضو دستگاه جور باشد، نه در مقام بیان دیگر شرایط که از قیود استفاده شود. بنابراین، بحث از موضوعیت قید رجل یا حتی انصراف حکم از زن به طور کلی کنار می‌رود، به دلیلی که بیان شد.

در توضیح شرط دوم باید گفت بر فرض که بتوان مقام بیان امام را نسبت به شرط مرد بودن احراز کرد، استدلال به روایت منوط به این است که گفته شود مفهوم لقب حجت است. چون لقب است و استفاده از این عنوان برای اثبات شرط بودن رجولیت در قاضی این گونه است که بگوییم: اگر مرد است، قضاوت او را امضا می‌کنم و اگر مرد نیست، قضاوت او را امضا نمی‌کنم. این بیان با این اشکال مواجه است که استدلال‌کنندگان به این روایت در صدد استفاده از مفهوم لقب نیستند، بلکه در صدد اثبات موضوعیت قید رجل هستند که وقتی موضوعیت قید اثبات شود، طبیعی است که حکم تغییر می‌کند؛ یعنی اثبات موضوعیت قید به معنی اثبات احترازی بودن قید است و این بر خلاف زمانی است که از مفهوم لقب استفاده می‌کنیم که موضوع ثابت است و حکم تغییر می‌کند. همچنین در توضیح شرط سوم شاید بتوان گفت ورود قید رجل از

باب غلبه است و موضوعیت ندارد، اما استدلال کنندگان به این روایت با اثبات موضوعیت به صورتی که بیان شد، این احتمال را منتفی می‌کنند یا حداقل از راه انصراف وارد می‌شوند.

البته بحث دیگری در استدلال به این روایت نیز باید بررسی شود و آن هم سند مشهوره اسی خدیجه است. خویی، ابا خدیجة را ثقة و این روایت را صحیحه می‌داند.<sup>۱</sup> همچنین آیت‌الله لنکرانی (تفصیل الشریعة - القضاء ۴۴) روایت را صحیحه می‌شمارد. برخی دیگر که ابا خدیجة را ثقة نمی‌دانند، عمل به روایت را از باب عمل مشهور توجیه می‌کنند که شهره جابر ضعف سند است و روایت معتبره می‌شود. فقهایی همچون آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۷) و آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریرالقضاء ۷۰)، روایت را معتبره می‌دانند. به هر حال، روایت یا صحیحه است یا معتبره که به عمل اصحاب تقویت شده است. بنابراین، روایت از نظر سند مشکلی ندارد.

خلاصه مطالب مربوط به استدلال به این روایت چنین است: روایت از نظر سند مشکلی ندارد و می‌تواند مستند واقع شود، اما به لحاظ دلالت، این روایت از راه اثبات موضوعیت قید رجل یا از راه اثبات انصراف حکم از زن می‌تواند مثبت این باشد که مرد بودن شرط قضاوت است و از این جهت، مشکلی ندارد؛ یعنی موضوعیت یا حداقل انصراف قابل اثبات است. اشکالی که به آن وارد است و استدلال به آن را کنار می‌زند، بیان آیت‌الله موسوی اردبیلی است که می‌گوید: امام در مقام بیان شرایط قاضی نیست، بلکه در مقام نهی از رجوع به قضات جور است. یا طبق بیانی که ذکر شد، نهایتاً در مقام بیان شرط دیگری برای قاضی است و آن اینکه قاضی نباید عضو دستگاه جور باشد. البته این شرط را با مقداری تکلف می‌توان در ضمن شرط عدالت یا ایمان جای داد. البته به نظر می‌رسد معرفی آن به عنوان شرط مستقل، صحیح‌تر باشد.

## ۲-۲-۳: روایت دوم

«قال رسول الله: يا علي، ليس على المرأة جمعة... ولا تولي القضاء؛ رسول مكرم اسلام در وصایای خود به امیرالمؤمنین علی (ع) می‌فرماید: نماز جمعه و قضاوت جزو اموری است که بر عهده زن نیستند.» (عاملی، الوسائل ۲۷: ۱۶)

۱. «و الرواية صحیحة، فإن أبا خدیجة ثقة علی الأظهر».

شاید بتوان گفت که این روایت در دلالت بر اینکه قضاوت زن صحیح و نافذ نیست، واضح تر باشد و شاید به همین جهت باشد که فقهای بیشتری به آن تمسک جستند.<sup>۱</sup> قبل از بررسی دلالت این روایت، بررسی سند این روایت ضرورت دارد. بیشتر فقها سند روایت را ضعیف می دانند. از این میان، عده‌ای از فقها همچون صاحب جواهر، شیخ انصاری، سید سبزواری، آیت‌الله گلپایگانی و آیت‌الله لنکرانی به دلیل اینکه مبنای جبران ضعف سند به وسیله مشهور را پذیرفته‌اند، عمل به روایت را بالامانع می‌دانند. در مقابل، عده‌ای دیگر همچون آیت‌الله خویی چنین مبنایی را نپذیرفته‌اند و از این روایت به عنوان مؤید در کنار دیگر ادله استفاده می‌کنند. البته برخی هم مثل آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریرالقضاء ۷۰-۷۱)، آیت‌الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۶۳) و آیت‌الله سید کاظم حائری (القضاء فی الفقه الإسلامی ۶۹) به جهت ضعف سند، استدلال به آن را صحیح نمی‌دانند.

در دلالت روایت باید گفت از این روایت، ابتدا دو احتمال به ذهن می‌آید. احتمال اول این است که روایت در مقام نفی حکم تکلیفی باشد، بدین معنا که تکلیف قضاوت بر عهده زن نیست. بنابراین، جواز و صحت باقی است و در نتیجه، این روایت نمی‌تواند دلیل بر شرط مرد بودن قرار بگیرد. احتمال دوم هم این است که روایت در مقام نفی حکم وضعی باشد، بدین معنا که نفی صحت می‌کند و در نتیجه، قضاوت زن صحیح نخواهد بود. بنابراین، احتمال مرد بودن قاضی شرط است و قضاوت زن صحیح و نافذ نخواهد بود.

با توجه به این دو احتمال در روایت، واضح است که استناد به این روایت برای استخراج شرط مرد بودن قاضی نیازمند این است که احراز شود روایت در مقام نفی وضعی و نفی صحت است، نه نفی تکلیفی و وجوب. احراز این امر از دو طریق ممکن خواهد بود. راه اول، استفاده از قراین درون روایت و راه دوم هم استفاده از قرائن خارج از روایت است. آیت‌الله گلپایگانی در ضمن استدلال به این روایت از راه اول استفاده می‌کند و می‌فرماید: مقام شارع در این مورد به شکلی است که نفی صحت باشد، نه نفی وجوب: «و هذا النفی وضعی کما لا یخفی ... و ربما یقال:

۱. از جمله می‌توان به این فقها اشاره کرد: سید علی حائری (ریاض ۱۵: ۱۰)، سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۵)، صاحب جواهر (جواهر ۴۰: ۱۴)، شیخ انصاری (القضاء ۴۱)، سید یزدی (تکملة العروة الوثقی ۵: ۲)، آیت‌الله خویی (موسوعة ۴۱: ۱۰)، مرحوم سبزواری (مهذب ۲۷: ۴۱)، آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۷)، آیت‌الله تبریزی (أسس القضاء ۱۵) و آیت‌الله لنکرانی (تفصیل الشریعة - القضاء ۵۲).

ان قوله صلى الله عليه و آله «ليس على النساء، ولا تولى القضاء» لا يدل على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب، و فيه: ليس الأمر كذلك في كل مورد، فان هناك موارد جاء فيها «ليس على»، بمعنى «لا يجوز»، (كتاب القضاء ١: ٤٧)

در توضیح بیان ایشان باید گفت تشخیص مراد متکلم از تعبیری مثل «لیس علی» که در این روایت به کار رفته، متوقف بر این است که ذهن و توهم و ابهام‌های مخاطب را در نظر بگیریم. اگر در موردی، توهم و ابهام و سؤال مخاطب ناظر به صحت و عدم صحت باشد، شارع با تعبیر «لیس علی»، اراده برطرف کردن این توهم و ابهام را دارد و به نفی صحت نظر دارد. اگر در موردی، صحت و جواز، روشن و مفروغ عنه باشد و مخاطب از این جهت دچار ابهام و توهم نباشد، شارع با چنین تعبیری، اراده نفی صحت و جواز را نخواهد داشت، بلکه اراده نفی وجوب را خواهد داشت. خلاصه اینکه تشخیص مراد از این تعبیر، متوقف بر تشخیص فضای توهم و ذهن مخاطب است. با این توضیح، بر اساس سخن آیت‌الله گلپایگانی، بحث قضاوت از جمله مواردی است که توهم و فضای ذهن مخاطب متوجه صحت و جواز است و مراد از این تعبیر، نفی جواز خواهد بود. مؤید این ادعا هم آن است که قضاوت خلاف اصل است و اصل بر عدم جواز آن است. بنابراین، شارع، خود را در مقام بیان موارد جواز و عدم جواز قرار داده است که موارد خلاف اصل را احصا کند<sup>۱</sup> در دیگر فقرات چون توهم و فضای ذهن مخاطب متوجه وجوب بوده، نفی وجوب مراد است. آیت‌الله لنکرانی در این زمینه از راه دوم استفاده کرده و با استفاده از دیگر ادله و قراین خارجی به تبیین مراد این روایت پرداخته است. علت این کار آن است که در دیگر فقرات قطعاً مراد نفی صحت نخواهد بود و وحدت سیاق اقتضا می‌کند این فقره هم به معنی نفی وجوب باشد و از فقرات دیگر نفی جواز و نفی صحت استفاده شود: «أَنَّ الدَّلَالَهَ أَيْضاً غَيْرَ وَاضِحَةٍ؛ لِأَنَّ عَدَمَ وَجُوبِ الْجَمْعَةِ وَ كَذَا الْجَمَاعَةِ عَلَى النِّسَاءِ لَا يَرْجِعُ إِلَى الْبَطْلَانِ لَهُنَّ، وَ هَكَذَا تَوَلَّى الْقَضَاءِ وَ إِنْ كَانَ لَا يَكُونُ وَاجِباً لَهُنَّ لَا كِفَائِيّاً وَ لَا عَيْنِيّاً، إِلَّا أَنْ عَدَمَ نَفُوذِ حُكْمِهِنَّ وَ عَدَمَ صِحَّتِهِ الذِّي هُوَ الْمَدْعَى لَا يَسْتَفَادُ مِنْهَا.» (تفصیل الشریعة - القضاء ٥٢)

۱. توضیحات بیشتر این اصل در مباحث بعدی خواهد آمد.

قرابنی که ایشان برای استفاده نفی جواز بیان می‌کند، عبارتند از: «و لكن قد عرفت دلالة رواية أبي خديجة عليه مع أنه لا خلاف فيه و لا إشكال ... و مضافاً إلى أن منع إمامة المرأة للرجال و إمامتها للنساء أيضاً كما اخترناه على سبيل الاحتياط الوجوبی يقتضى المنع هنا بطريق أولى؛ لأن منصب القضاء أهم من الإمامة للجماعة، خصوصاً مع توقف القضاء على أمور لا يجتمع مع تستر النساء الذي هو مطلوب أيضاً.» (همان)

اولین قرینه، روایت ابی خدیجه است که قبلاً بررسی شد. دومین قرینه هم دلیل اولویت بدین تقریر است که زن نمی‌تواند امام جماعت مردان و زنان باشد. بنابراین، به طریق اولی نمی‌تواند قاضی باشد؛ چون اهمیت بحث قضا بیش از بحث امامت جماعت است. سومین قرینه هم این است که نفی وضعی مناسب با ستر و تحفظ زن است که مطلوب شارع است.

در ابتدای استدلال به این روایت بیان کردیم که دلالت آن اظهر است، ولی فقه‌های بسیاری به آن انتقاد وارد کرده‌اند. اشکال‌های استدلال به این روایت را در دو ناحیه باید بررسی کرد. ناحیه اول، سند است که قبلاً بحث و بیان شد که بیشتر فقها از طریق شهرت عملی به جبران ضعف سند آن پرداخته‌اند. ناحیه دوم هم از نظر دلالت است که جهات متعددی بیان شده است. به اعتقاد آیت‌الله سبحانی، تکلیفی بودن نفی در دیگر فقرات - به جز یک فقره - عامل این است که در این فقره هم مراد، نفی تکلیفی باشد: «لکنها ضعيفة دلالة لأن الظاهر أن المرفوع هو الوجوب بقرينة أكثر ما جاء فيه من الأدان و الإقامة و اتباع الجنازة و عيادة المريض، إلا الحلق فإنه محرّم عليها.» (نظام القضاء ۱: ۶۳)

در توضیح بیان ایشان باید گفت این روایت به شرطی می‌تواند در اثبات مطلوب مفید باشد که در صدد بیان نفی جواز باشد. این وجه به قرینه فقره «لیس علیها الحلق» قابل پذیرش است که بگوییم همان طور که در حلق دلالت بر نفی تشریح و جواز دارد، در قضا هم همین دلالت را دارد. ظاهر این است که مراد، نفی وجوب است، نه نفی جواز؛ چون دیگر فقرات به به جز «الحلق»، نفی وجوب را به همراه دارند و غلبه با این دسته است. در زمینه «حلق» هم دلالت بر نفی تشریح با کمک قراین خارجی است. به نظر آیت‌الله موسوی اردبیلی، اجمال و احتمال‌های مختلفی که در این روایت وجود دارد، مانع استدلال به آن است: «أن هذه الجملة

أيضاً: «و لا تولّى امرأة القضاء» مجملة غير قابلة للاستناد لأنّ معناها يمكن أن يكون لا ينعقد القضاء أو لا يصحّ ويمكن أن يكون لا يستحبّ أو لا يجب أو يحرم لأنّ الجمل الأخرى كلّ واحد بمعنى، مثلاً ليس أذان و لا إقامة و لا عيادة المريض يعنى لا يستحبّ؛ و لا جمعة و لا جماعة أى لا يجب؛ و لا يستشار أى لا تصلح و هذه الجملة محتملة بالاحتمالات المذكورة و ليس لها ظهور فى واحد منها». (فقه القضاء ١: ٩٤)

بايد دانست اين جمله مجمل است و تفسير اين فقره به سه شكل ممكن است. مى توان به قرينه فقره «لا اذان» گفت كه به معنى عدم استحباب است يا به قرينه فقره «لا جمعة» آن را به معنى عدم وجوب دانست يا به قرينه فقره «لا حلق» به معنى نفى جواز. پس روايت مجمل است و ظهور واحدی ندارد كه آن را در نظر بگيريم. البته بيان آيت الله لنگرانی، آيت الله سبحانی و آيت الله موسوی اردبیلی از اين جهت محل مناقشه خواهد بود كه با وجود توضیحی كه در راه اول و در تبیین بيان آيت الله گلپایگانی بيان شد، محلی برای اين اشكال ها باقی نخواهد ماند؛ چون مقام بيان شارع در هر فقره بايد با توجه به مخاطب مشخص شود و وحدت سياق نمی تواند مانع رعایت اين سيره عقلايی در بيان احكام و قوانين شود. چه بسا بتوان گفت كه وحدت سياق در اصل نفی است و تغيير در منفی محل به وحدت سياق نخواهد بود.

نتیجه و خلاصه مباحث مربوط به اين روايت بدین قرار است: در مقام دلالت اين روايت، كلام آيت الله گلپایگانی با توضیحات تکمیلی صحیح، قابل دفاع و پذيرش است. بنابراین، معنای روايت اين خواهد شد كه قضاوت زن صحیح نیست، اما از جهت سند بايد گفت چون رويه واحدی در اين زمينه وجود ندارد و همه فقها در عمل به چنین روايتی به شیوه یکسانی عمل نمی کنند، اين روايت نمی تواند دلیلی مستقل باشد، هر چند در کنار ديگر دلايل، مؤيد خواهد بود؛ چون مبنای مقاله به دست آوردن دلیلی است كه به تنهایی قوت اثبات چنین فتوایی را داشته باشد و نقطه ضعفی در آن يافت نشود.

۳-۲-۳: روايت سوم

«قال الباقر (ع): و لا تولّى المرأة القضاء و لا تولّى الأمانة؛ امام باقر (ع) فرمود: زن متولی

قضاوت و حکومت نشود». (عاملی، وسائل الشیعه ١٤: ١٦١)

به نظر برخی فقها این روایت امام به صراحت، تصدی منصب قضا را از زنان نفی می‌کند. فقهایی همچون فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰:۱۸)، سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۵) و سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵) به این روایت تمسک جسته‌اند. آیت‌الله گلپایگانی می‌فرماید: «هی مطلقه تعم الحكم الوضعی و التکلیفی معا». (کتاب القضاء ۱: ۴۴-۴۸)

در اینجا نفی اطلاق دارد و شامل نفی وضعی و تکلیفی می‌شود و با اشکال روایت قبلی مواجه نیستیم و نیازی به آن تفاسیر نیست؛ یعنی در روایت قبل با مشکل وحدت سیاق مواجه بودیم، اما در این روایت، این مانع وجود ندارد و معصوم اراده نفی وضعی را دارد که به دنبال آن، نفی تکلیفی هم هست؛ یعنی چون وضعاً نفی شده است، طبیعتاً تکلیفی هم نفی شده است. آیت‌الله سبحانی ضعف سند را به صراحت بیان می‌کند که روایت مرسله است. (نظام القضاء ۱: ۶۳) در جهت دلالت، آیت‌الله موسوی اردبیلی همان انتقادشان را نسبت به روایت قبل تکرار می‌کند (فقه القضاء ۱: ۹۴) بنابراین، این روایت مثل روایت قبل خواهد بود و از نظر دلالت، همان مطالب بیان می‌شود با یک وجه امتیاز که استفاده نفی وضعی در این روایت با سهولت بیشتری همراه است. از جهت سند نمی‌توان به آن استدلال کرد به همان دلیلی که در روایت قبل بیان شد.

#### ۴-۲-۳: روایت چهارم

«رسول الله (ص): لن یفلح قوم ولوا امرهم امرأة؛ پیغمبر اکرم (ص): قومی که زن ولایت و سرپرستی آنها را بر عهده بگیرد، رستگار نخواهند شد.» (مجلسی، بحار الأنوار ۳۳: ۱۷۱)

در تقریر استدلال به این روایت بیان شده است که بر اساس این تعبیر، زن نباید والی باشد و قضاوت هم از جمله مصادیق ولایت است. بنابراین، زن نمی‌تواند قاضی شود. فقهایی همچون شهید ثانی (مسالك ۱۳: ۳۲۸)، سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۵)، سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵)، سید سبزواری (مهذب ۲۷: ۴۱) و آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۸) از این روایت استفاده کرده‌اند. بر استدلال به این روایت از جهت سند و دلالت مناقشه شده است. از نظر سند، آیت‌الله سبحانی و آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان می‌کنند که روایت نزد اهل سنت معتبر است، اما نزد شیعه معتبر نیست. از جهت دلالت نیز با دو اشکال مواجه است. اشکال اول، ناظر به مقام بیان شارع است که شارع در مقام نفی حکومت و ولایت مطلقه است، نه نفی قضاوت. اشکال دوم

هم ناظر به نوع حکم است که حکم ارشادی است، نه مولوی. آیت‌الله سبحانی در مقام بیان اشکال اول می‌نویسد: «و الروایة تنهى عن الحكومة العامة و الولاية المطلقة على البلد و المدينة و این ذلك من مراجعة النساء لحلّ العقد، إلى امرأة في قرية أو مدينة و من المعلوم أنّ ثبوت الحكم فی القوى لا یلازم ثبوته فی الضعیف». (نظام القضاء ۱: ۶۴)

چون حضرت رسول اکرم (ص) این بیان را در پاسخ به خبر بعضی اصحاب درباره حکومت زن ایراد کرده، کلام ایشان ناظر به ولایت عامه و حکومت مطلقه است و بر ولایت در قضا که مرتبه ضعیف ولایت است، دلالتی ندارد؛ چون نفی مرتبه اقوا بر نفی مرتبه ضعیف دلالت ندارد. آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز این اشکال را بیان می‌کند و به دنبال این اشکال در روایت، احتمال دیگری می‌دهد که در واقع، همان اشکال دوم است که روایت در اینجا در مقام بیان حکم ارشادی است. (فقه القضاء ۱: ۹۳)<sup>۱</sup> بنابراین، روایت چهارم از نظر سند و دلالت مشکل جدی دارد و نمی‌تواند مستند این حکم قرار بگیرد.

#### ۵-۲-۳: روایت پنجم

«قال رسول الله (ص): اخروهنّ من حیث اخرهنّ الله؛ پیغمبر اکرم (ص): زنان را از همان جهتی که خدا مؤخر دانسته است، مؤخر بدانید.» (نوری، مستدرک الوسائل ۳: ۳۳۳)

تقریر استدلال این است که زن را در مواردی که خداوند مؤخر کرده است، مؤخر کنید و از جمله آن موارد، بحث قضاوت است. بنابراین، اگر بگوییم که زن می‌تواند قاضی باشد، او را بر مرد مقدّم کرده‌ایم و این مخالف با عملکرد خداوند است. سید طباطبایی می‌گوید: «فمن اجاز لها ان تلی القضاء فقدّمها و اخر الرجل.» (کتاب المناهل ۶۹۴)

مناقشه در این روایت هم از جهت سند ممکن است و هم از جهت دلالت. نسبت به جهت سند، بیانی از فقها مشاهده نشده است و بیشتر فقها این روایت را در این باب استفاده نکرده‌اند، بلکه در کتاب الصلوة مطرح شده است. (نک: نجفی، جواهر ۱۳: ۳۳۶؛ انصاری، کتاب الصلاة ۲: ۳۵۶) از نظر دلالت، مؤخر کردن زن نسبت به مرد به این معنی نیست که او مطلقاً نمی‌تواند

۱. «و لعلّه أيضاً فی مقام الإرشاد لا بیان الحكم الشرعی و الحرمة».

قضاوت کند، بلکه به این معنی است که اگر در موردی هم مرد باشد و هم زن، زن نمی‌تواند قضاوت کند، ولی در موردی که متنازعین، زن هستند و مردی در نزاع وجود ندارد، قضاوت زن به تقدم مرد خدشه‌ای وارد نمی‌سازد. علاوه بر این، نمی‌توان به طور جزئی ادعا کرد که تصدی امر قضا از مواردی است که خداوند زن را نسبت به مرد مؤخر کرده است؛ یعنی مورد از شبهات مصداقیه است و در شبهات مصداقیه عام لفظی کاربردی ندارد. در نتیجه، استدلال به این روایت هم ممکن است از نظر سند مشکل نداشته باشد، ولی اشکال دلالتی جدی دارد که بیان شد و مانع استدلال و تمسک به آن است.

#### ۶-۲-۳: روایت ششم

«میرالمؤمنین علی (ع): لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها؛ حضرت علی (ع): زن نمی‌تواند اموری را اداره کند که فراتر از اداره شخص خودش به او سپرده شود.» (عاملی، الوسائل ۲۰: ۶۸)

سید سبزواری از این روایت استفاده کرده است و استدلال به آن این گونه تقریر می‌شود که چون قضاوت فراتر از حد و توان زن است و از اموری است که خارج از امور شخصی زن است، نباید آن را بر عهده بگیرد. (مذهب ۲۷: ۴۱) البته این روایت نیز مثل دیگر روایات از جهت سند و دلالت با اشکال مواجه شده است. از جهت سند، آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان می‌کند که روایت به لحاظ سند مخدوش است. به لحاظ دلالت، آیت‌الله سبحانی در ذیل این روایت بیان می‌کند که: «کون القضاء من مصادیقه أمر مشکوک فلا یمكن التمسک به.» (نظام القضاء ۱: ۶۳)

در اینکه قضاوت از سنخ اموری باشد که فراتر از حد زن و خارج از توان او باشد، شک وجود دارد و نمی‌توان به این روایت متمسک شد؛ یعنی در تمسک به این روایت، شبهه مصداقیه وجود دارد. بنابراین، این روایت نیز مثل دیگر روایات نمی‌تواند مستمسک محکمی برای اثبات این حکم باشد.

#### ۷-۲-۳: نتیجه استدلال به روایات

در پایان بررسی روایت، باید گفت روایات متعددی هستند که مستقیم یا غیر مستقیم در استخراج و استنباط شرط مرد بودن قاضی دخالت دارند. برخی از آنها که بیشتر محل استناد فقها قرار گرفته بود، بررسی و بیان شد که اشکال‌های آنها از نظر سند یا دلالت یا هر دو آنهاست. برخی از روایات دیگر که بیان نشدند، با این مشکل مواجه هستند - همان طور که آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان

کرد (فقه القضاء ۱: ۶۳) - و در نتیجه، با استفاده از روایات نمی‌توان شرط یادشده را اثبات کرد.

### ۳-۳-۳ ادله عقلی

به طور کلی، دو تقریر برای دلیل عقل بیان شده است، اما قبل از بیان تقریرهای مختلف در این زمینه باید دانست منظور از ادله عقلی، استفاده از ملازمات عقلیه، قیاس اولویت و اصول اولیه مستنبط است، نه دلیل عقلی که مقدمات محض عقلی آن را تشکیل بدهد. دلیل عقلی را به دو شیوه بیان کرده‌اند: عدم اهلیت زن و اصل اولی.

#### ۱-۳-۳: تقریر اول: عدم اهلیت

فقه‌های قائل به عدم اهلیت و شایستگی زن، از راه‌های مختلفی ورود کرده‌اند تا بتوانند از این مطلب برای اثبات شرط مرد بودن قاضی استفاده کنند. عده‌ای از آنان استناد کرده‌اند که قاضی نیازمند هم‌نشینی با مردان و بالا بردن صدای خود در بین آنان است - در حدی که زن از تسبیح بعد از نماز منع شده است (سید طباطبایی، کتاب المناهل ۶۹۵)<sup>۱</sup> - و این در حالی است که وضعیت زن مناسب چنین اعمالی نیست؛ چون بنای شارع بر ستر زن است.<sup>۲</sup> به نظر برخی دیگر از آنان، زن به دلیل نقصان عقل و دین و اینکه در باب شهادت، گواهی دو زن برابر یک مرد است و صلاحیت امامت جماعت را ندارد، اهلیت قضاوت را هم ندارد. عدم اهلیت زن در باب قضاوت نسبت به دیگر امور اولویت دارد؛ چون قضا از اهمیت بیشتری برخوردار است و به تدبیر، عقلائیست، استقلال رأی و ظهور و بروز احتیاج دارد، در حالی که زن این صفات را ندارد.<sup>۳</sup> عده‌ای

۱. «قال ص من فاته شيء من صلاته فليس يبيح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء فالتبني ص منعها عن النطق لئلا يسمع كلامها للافتتان بها فبان يمنع القضاء الذي يشتمل على الكلام وغيره اولي.»؛ یعنی وقتی پیغمبر اکرم (ص) از تسبیح زن که امری عبادی هست، به دلیل جلوگیری از شیوع صدای زن در برابر مردان نهی کرد، به طریق اولی از قضاوت زن هم نهی می‌کند؛ چون قضاوت علاوه بر اینکه به هم‌کلام شدن زن با مرد نیاز دارد، به امور دیگری همچون نگاه هم احتیاج دارد.

۲. برخی از تمایز فقهایی که چنین تقریری دارند، عبارتند از: «لعدم أهلية المرأة لهذا المنصب، لأنه لا يليق بحالها مجالسة الرجال ورفع الصوت بينهم، ولا بد للقاضي من ذلك» (شهید ثانی، مسالك ۱۳: ۳۲۷؛ سید طباطبایی، کتاب المناهل ۶۹۵) و «لما علم من الشارع من إرادته الستر من المرأة وإرادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم» (تبریزی، أسس القضاء ۱۵).

۳. «لما في الاخبار من نقصان عقلها ودينها وقيام اثنين منهن مقام رجل واحد في الشهادة غالبا... و ما احتج به في الكشف من عدم صلاحيتها للإمامة في الصلاة للرجال فالقضاء بينهم اولي بعدم الجواز» (سید طباطبایی، کتاب المناهل ۶۹۵؛ فاضل هندی، كشف اللثام ۱۰: ۱۷)؛ «فلم يرض الشارع بإمامتها للرجال» (تبریزی، أسس القضاء ۱۵) و «و قد يستدل أيضا لاشرط

دیگر این گونه استدلال را تقریر کرده‌اند که وقتی مادر صلاحیت ولایت بر فرزندان خود را ندارد، به طریق اولی، زن نمی‌تواند بر مردم دیگر که نسبتی با او ندارند، ولایت داشته باشد. (سید طباطبائی، کتاب المناهل ۶۹۵)<sup>۱</sup>

این تقریر از دلیل عقل از جنبه‌های متعددی اشکال دارد و رکن اساسی همه این اشکال‌ها آن است که این اولویت‌ها همه ظنی هستند و قابل استناد نیستند. بسیاری از این وجوه نیز مستند به برخی از روایات هستند که یا دچار ضعف دلالتی هستند یا دچار ضعف سندیت که در پایان بحث روایات بیان شد. بنابراین، منافات داشتن جواز قضاوت زن با ستر و حجاب او دو اشکال دارد. اولاً زن می‌تواند با حفظ حریم شرعی و ستر و حجاب خویش به این امر بپردازد. ثانیاً بر فرض که منافات داشته باشد، مانع از جواز قضاوت به طور مطلق نیست، بلکه قضاوت بین متنازعین مرد را نفی می‌کند.

درباره نقص عقل زن باید گفت بر فرض که روایت دال بر نقص عقل زن، سنداً و دلالتاً پذیرفته شود، این نقص عقل در حدی نیست مانع از اجرای قضاوت باشد همان طور که مانع از رشد و کمال او نیست. غلبه داشتن قوه عاطفه و احساس به معنی بی بهره بودن از نعمت عقل نیست که گفته شود مانع قضاوت است خصوصاً اینکه در صورت جواز قضاوت بدون اجتهاد، صرفاً به قوه تطبیق نیازمند است که از آن بهره‌مند است. غلبه عاطفه به حدی نیست که کلاً مانع شود. همچنین آیت‌الله موسوی اردبیلی درباره بحث شهادت زن این گونه پاسخ می‌دهد: «تقبل شهادة امرأتین فی حد الزنا منضّمات إلی ثلاثة رجال و كذلك تقبل شهادتهنّ منفردات أيضاً فی الأمور المختصّة بالنساء؛ کالکفارة و الولادة و نحوها، فعلى هذا لا تُنفى صلاحيتها للقضاء و لو فی بعض الأمور إجمالاً، مضافاً إلی أنّ اشتراط شیء فی الشهادة لا

---

الرجولة فی القضاء بما دلّ علی عدم صلاحيتها لإمامة الجماعة مطلقاً أو للرجال، و ما دلّ علی عدم کون قيمة شهادتها کشهادة الرجل؛ إمّا بدعوى أنّ هذا يدلّ بالأولوية علی اشتراط الرجولة فی القضاء، أو بدعوى أنّ جواً تشریعیاً من هذا التقیيل يمنع عن انعقاد الإطلاق فی دلیل القضاء للمرأة.» (سیدکاظم حائری، القضاء فی الفقه ۶۸)؛ یعنی نهی از امامت جماعت و امثال این موارد، به دلالت اولیت این مطلب را اثبات می‌کند که قضاوت زن صحیح نیست یا اینکه از اولویت استفاده نشود، بلکه به این نحو استدلال شود که با این موارد متعدد نهی نسبت به زن، جو تشریح به صورتی شکل گرفته است که مانع شکل‌گیری اطلاع در ناحیه دلیل جواز قضاوت نسبت به زن می‌شود.

۱. «و إنّ الام لا تصلح ان تكون ولیة علی ولدها و لا علی بنتها فعدم صحّة ولايتها و ولاية غيرها من النساء علی سائر الناس فی القضاء و الحكم اولی.»

یدلّ بنحو الأولویة علی اشتراطه فی القضاء كما أنّ نفوذ شهادة الرجل منوط بانضمامها لشهادة رجل آخر، فهذا لا یدلّ علی أنّ نفوذ قضاء الرجل منوط بتعدد القضاة. و أيضاً أنّ الأولویة إن كانت تدلّ علی عدم حجّیة قضاة المرأة منفردة فی الحدود و القصاص فلا تدلّ علی نفی صلاحیّتها مطلقاً. «(فقه القضاء ۱: ۹۷)

اولاً شهادت زنان به طور مطلق، مردود نیست، بلکه در برخی موارد، منضم به مردان و در برخی موارد مثل بکارت، مستقلاً پذیرفته می‌شود. پس اگر ملازم جواز قضاوت، پذیرش شهادت است، پس زن هم مجاز است قضاوت کند؛ چون فی الجملة، شهادت او پذیرفته می‌شود. اینکه در برخی موارد، شهادت او پذیرفته نیست، مانع نمی‌شود کلاً از قضاوت منع شود همان طور که شهادت مرد هم در برخی موارد، منضم به مردان دیگر پذیرفته است، نه منفرد و در برخی موارد هم اصلاً شهادشان پذیرفته نیست، مثل شهادت بر بکارت. ثانیاً اگر شهادت زن در باب حدود و قصاص پذیرفته نیست، باید مانع از قضاوت در این ابواب شود، نه مطلق قضاوت. پس این تقریر از دلیل عقل، مفید نیست و بیشتر شبیه به استحسان است و دلیل ظنی بدون اعتبار شمرده می‌شود. به همین جهت، آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان می‌کند: «و هذه الأدلة كما ترى لا تقوم علی إثبات المدعى.» (فقه القضاء ۱: ۹۸)

## ۲-۳-۳: تقریر دوم: اصل اولی در باب ولایت و قضاوت

طبق این تقریر، قضاوت، حکمی شرعی است و مصادیق آنها را هم شارع بیان می‌کند؛ یعنی همان طور که اصل جواز اعمال ولایت بر غیر را شارع بیان می‌کند، محدوده و کیفیت آن را هم باید شارع بیان کند، چنان که در مورد دیگر احکام شرعی هم این قاعده صادق است. بنابراین، اگر کسی ادعا کند زن صلاحیت قضاوت دارد، باید دلیل خاصی ارائه دهد که بیان شرعی بر جواز قضاوت در مورد خاص زن باشد. سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۵)، شیخ انصاری (القضاء ۴۰-۴۱)، سید سبزواری (مهذب ۳۷: ۴۱)، آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۸) و آیت‌الله مؤمن (مبانی تحریر القضاة ۷۰-۷۱) از این اصل اولی در باب ولایت و قضاوت و حکومت استفاده کرده‌اند. آیت‌الله سبحانی نیز در تقریر این اصل می‌فرماید: «إِنَّ الْأَصْلَ الْأَوَّلِي فِي بَابِ الْقَضَاءِ هُوَ عَدَمُ الْجَوَازِ، فَعَلَى الْقَائِلِ بِالْجَوَازِ إِقَامَةُ الدَّلِيلِ، لَا عَلَى النَّافِي.» (نظام القضاء ۱: ۴۹)

هیچ یک از فقها بر این تقریر که بیانگر اصل اولی در باب قضاوت بود، اشکال وارد نکرده‌اند. حتی

فقهایی که ادله دیگر را نقد کرده‌اند، به آن نقدی ندارند و فقط در پایان مذاکرات خود بیان کرده‌اند که اگر کسی اصل را نپذیرد یا در آن مناقشه کند، در این صورت، قضاوت زن بلامانع خواهد بود. به طور کلی، کسی نتوانسته است این اصل را مخدوش کند یا نپذیرد و این دلیل به قوت خود باقی است. آیت‌الله موسوی اردبیلی می‌گوید: «و الذی یرهون الخطب أنّ هذا؛ أی عدم تصدیها للقضاء مقتضى الأصل، و لیس فی المقام دلیل عامّ أو مطلق یرکن إلیه فی جواز القضاء و النصب لعموم الرجال و النساء حتّی نحتاج لإخراج النساء من بینهم إلی دلیل معتبر فی التخصیص». (فقه القضاء ۱: ۹۸)

بنابراین، اصل این است که کسی بر دیگری ولایت نداشته باشد و خلاف این اصل به دلیل خاص و محکم نیاز دارد. قدر متیقن از ادله‌ای که ولایت در باب قضا را ثابت می‌کنند، ولایت مرد است و در مورد زن که مشکوک است، باید مطابق همان اصل اولی عدم ولایت عمل کرد. در نتیجه، این دلیل، مرد بودن قاضی را به عنوان شرط اثبات می‌کند.

### ۳-۳-۳: نتیجه استدلال دلیل عقل

دو تقریر از دلیل عقل بیان شد که دلیل اول آن با اشکال‌های متعددی مواجه بود، اما دلیل دوم از استحکام و قدرت بالایی برخوردار است و حتی به تنهایی می‌تواند این شرط و دیگر شروط باب قضاوت را اثبات کند.

### ۳-۴-۴: دلیل اجماع

#### ۳-۴-۱: تقریر دلیل

اجماع از جمله دلایلی است که تقریباً می‌توان گفت مشهور فقها از آن استفاده کرده‌اند و حتی در مواردی که ادله قرآنی و روایی را نپذیرفته یا قطعی و مسلم ندانسته‌اند، حکم را به استناد اجماع قطعی کرده‌اند یا حداقل توقف دارند، (محقق اردبیلی، مجمع الفائدة ۱۲: ۱۵) مانند: سید طباطبایی (کتاب المناهل ۶۹۵)، شیخ انصاری (القضاء ۴۰-۴۱)، سید یزدی (تکملة العروة ۲: ۵)، آیت‌الله خویی (مبانی تکملة ۱: ۲۸)، سید سبزواری (مهذب ۲۷: ۴۱)، آیت‌الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۴۴) و آیت‌الله لنگرانی. (تفصیل الشریعة - القضاء ۵۲) دلیل اجماع از دو جهت محل مناقشه است؛ جهت اول، ناظر به تحقق اجماع است و جهت دوم هم ناظر به حجیت چنین اجماعی است که هر دو جهت را آیت‌الله موسوی اردبیلی چنین بیان می‌کند: «أنّ الأصحاب

خصوصاً القدماء منهم لم يتعرّضوا للمسألة في كتبهم المعدّة للفقّه المأثور كالهديّة و المقنع و فقه الرضا. نعم جاء في المبسوط و المهذب و الخلاف إلّا أنّهم لم يدعوا الإجماع عليها. ... و الإجماع إن كان ثابتاً فهو مدرکىّ أو محتمل المدرکيّة، فلا يكون دليلاً مستقلاً.» (فقه القضاء ۱: ۹۶-۹۵)

## ۲-۴-۳: نتیجه استدلال به اجماع

با این بیان، اجماع، دلیل اثبات این حکم نیست؛ چون اولاً چنین اجماعی وجود ندارد به دلیل اینکه بسیاری از قدما متعرض این بحث نشده و بحث کنندگان از آن هم ادعای اجماع نداشته‌اند. ثانیاً بر فرض که تحقق اجماع پذیرفته شود، اجماع از نوع مدرکی یا محتمل المدرکیه است و باید مدرک آن یعنی آیات و روایات را بررسی کرد که در بخش‌های قبلی، بررسی و مناقشه‌های وارد بر آنها بیان شد. بنابراین، دلیل اجماع مثل ادله قرآنی و روایی نمی‌تواند در اثبات شرط محل بحث مفید باشد.

## ۵-۳- استدلال به مذاق شریعت

### ۱-۵-۳: تقریر دلیل

برخی فقها برای اثبات این شرط از مذاق و روح حاکم بر اسلام؛ یعنی مبانی اساسی اسلام درباره زن و حضور اجتماعی‌اش استفاده می‌کنند و ضمن پاسخ به برخی از شبهاتی که در این زمینه وارد است، مذاق شریعت را در این باب بیان می‌کنند. نتیجه چنین استدلالی این خواهد بود که مذاق و روح حاکم بر اسلام، با قضاوت زن سازگاری ندارد. آیت‌الله سید کاظم حائری در تقریر این دلیل چنین می‌گوید: «فالإسلام ينطلق من منطلق الإيمان بالفرق الموجود بين الجنسين فى الخلقة و ضعفها عن مقاومة الضغوط و المشاكل من ناحية، و غلبة الجانب العاطفى على الجانب العقلى فيها من ناحية أخرى. و من هذا المنطلق حرمها من بعض المناصب كالقضاء، و أعفاها أيضاً بالمقابل - منطلقاً من نفس النکته - عن بعض المسئوليات و الأعباء كالجهد. بل فى رؤية الإسلام يرجع كل هذا إلى الإعفاء عن المسئوليات و الأعباء، لأنّ من يتربى بتربية الإسلام لا ينظر إلى منصب القضاء و نحوه كمغرم، و ليست أمثال هذه الأمور فى منطق الإسلام مغنم، بل ينظر إليها كمسئوليّة و أمانة.» (القضاء فى الفقه ۷۴)

خلاصه این استدلال آن است که اسلام بنا بر ستر و پوشش زن دارد و می‌خواهد روح و

عاطفه و ظرافت زن از لحاظ جسمی و روحی حفظ شود. از طرفی، برخی از احکام مثل جهاد را از او برداشته و از طرفی دیگر، او را از بعضی امور مثل قضاوت منع کرده است. برخلاف مرد که به دلیل تفاوت خصوصیات روحی و جسمی، از طرفی، او را ملزم به شرکت در جهاد کرده و اجازه و بلکه تکلیف قضاوت را نیز به او محول کرده است.

## ۲-۵-۳: نتیجه استدلال به مذاق شریعت

درست است که شارع بنای بر حفظ و ستر زن دارد، ولی این بنای شارع هیچ منافاتی با قضاوت و دیگر مناصب و امور اجتماعی زنان ندارد؛ چرا که زن می‌تواند با رعایت حدود شرعی به این کار مشغول شود یا حداقل می‌توان گفت در بین زنان قضاوت کند تا به ستر و حفظ او آسیبی وارد نشود. بنابراین، استدلال به مذاق شریعت نیز همانند تقریر اول دلیل عقل خواهد بود که استدلال ظنی است و دلیلی بر اعتبار آن وجود ندارد که بتواند ملازمه بین این روح و مذاق با منع قضاوت ایجاد کند.

## ۶-۳-۳: دلیل سیره

### ۱-۶-۳: تقریر دلیل

استدلال به سیره نیز یکی از دلایلی است که مستند بسیاری از فقهاست. در تقریر و تبیین سیره چنین بیان شده است که در دوران صدر اسلام موردی یافت نمی‌شود که در آن، زن متصدی امر قضاوت شده باشد و این استمرار سیره نشانه عدم رضایت شارع نسبت به قضاوت زن است؛ چون زنان شایسته‌ای بودند که بتوانند متصدی این منصب - هرچند برای خصوص زنان - قرار بگیرند، اما چنین اتفاقی رخ نداده است. تقریر آیت‌الله گلپایگانی چنین است: «من أن فیهم النبوة و الإمامة و الولاية، و لم نجد إلى الان انعقاد القضاء لامرأة، و لو كان ذلك جائزا لتصدی له بعض النساء الفاضلات كالصدیقة الطاهرة و عقيلة بنی هاشم علیهما السلام و لو بالنسبة إلى النساء خاصة، بل ان حضور النساء عند القاضی الرجل - فی حال جواز انعقاده لامرأة - مرجوح مرغوب عنه شرعا». (کتاب القضاء: ۱: ۴۵)

یعنی اگر قضاوت زن جایز بود، حداقل برخی زنان فاضله مثل حضرت زهرا و حضرت زینب (سلام الله علیهما) برای زنان این امر را انجام می‌داند. چه بسا در صورت وجود زن، مراجعه زن به مرد، مرجوح است و زنان باید به زنان مراجعه می‌کردند و مراجعه آنها به مردان، ناپسند تلقی

می‌شد، در حالی که چنین قبیحی یافت نمی‌شود. همچنین آیت‌الله سبحانی در تکمیل استفاده از این استدلال می‌نویسد: «فإنَّ السيرة و إن كانت على الإيجاب فی جانب الرجل، و هی بوحدتها لا تسلب الصلاحية عن المرأة لكن استمرارها على نصب الرجال دون النساء، ربّما تحمل بیاناً سلبياً بالنسبة إلى المورد الآخر» (نظام القضاء ۱: ۶۴)

در این نظر، سیره بر نصب مرد بوده است و این دلیل بر نفی زن نمی‌شود، ولی استمرار این سیره می‌تواند حداقل مشعر به عدم جواز قضاوت زن باشد.

### ۲-۶-۳: نتیجه استدلال به سیره

درست است که در طول تاریخ و عصر اسلامی، هیچ موردی نبوده است که زن قضاوت کرده باشد و استمرار بر یک سیره می‌تواند دلیل بر عدم جواز باشد. با این حال، این حرف در جایی درست است که موانع دیگری از قضاوت زن وجود نداشته باشد. اینکه در سیره اهل بیت مشاهده نمی‌شود که زن را قاضی قرار داده باشند، از این باب است که آنها ظرف حکومت و ولایت و اعمال نظر را نداشته‌اند. مدت کوتاهی حکومت کرده‌اند که آن هم قضاوت مرد موجود بود و شرایط نیاز به قاضی زن فراهم نبود. هیچ زنی هم نبود که درخواست فعالیت قضایی داشته باشد. استمساک به این سیره خالی از اشکال نیست و باید به آن استناد نشود.

### ۷-۳- تراکم ظنون

#### ۱-۷-۳: تقریر دلیل

متمسک به این دلیل، چون در دیگر ادله خود، نقاط ضعفی دیده یا اطمینان کافی برای او ایجاد نشده است، به تراکم استناد کرده است که هر کدام از این ادله مقداری دلالت دارند و بخشی از مطلوب را بیان می‌کنند. وقتی این مجموعه را کنار هم بدهیم، به یک نتیجه می‌رسیم که مطلوب ماست؛ یعنی عدم جواز قضاوت زن به طور مطلق. آیت‌الله گلپایگانی در تقریر این دلیل می‌فرماید: «أن هذه الأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع و غیر ذلك بمجموعها تشرف الفقيه على القطع بالحکم فی هذه المسألة» (کتاب القضاء ۱: ۴۸) یعنی در فرضی که تک تک این دلایل به تنهایی نتوانند عدم جواز قضاوت زن به طور مطلق را اثبات کنند، حداقل می‌توان ادعا کرد که مجموع آنها وقتی کنار هم قرار می‌گیرند، این ادعا را اثبات می‌کنند.

آیت‌الله سبحانی نیز این دلیل را بیان کرده است. (نظام القضاء ۱: ۶۴)

۲-۷-۳: نتیجه استدلال به تراکم ظنون

این دلیل زمانی کاربرد دارد که دلالت دیگر ادله به نحو مطلوبی باشد و مشکل در ناحیه سند باشد تا تراکم قرینه و مؤید بشود برای جبران ضعف سند. در دلایل بالا با ضعف دلالتی جدی مواجه بودیم. بسیاری از دلایل به خصوص آیات هیچ گونه دلالت و اشعاری بر مطلوب ندارد، چه برسد به اینکه بخواهند ظن آور باشند. در نتیجه، تراکم ظنون هم به وجود نخواهد آمد. افزون بر آن، در حجیت تراکم ظنون و سیره‌های که بین بعضی فقها جاری است، اختلاف و اشکال‌هایی وجود دارد.

#### ۴- بررسی مخالفان قول اطلاق منع قضاوت زن

در کنار اقوالی که تا کنون بررسی شد، برخی عبارات هستند که در نگاه بدوی، موهم مخالفت با این اطلاق به نظر می‌آیند. لازم است با بررسی این عبارات، ادله آنها نیز ملاحظه شود تا اعتبار این نگاه بدوی مشخص گردد. در این بحث، عبارت مقدس اردبیلی، میرزای قمی و آیت‌الله موسوی اردبیلی بررسی می‌شود.

##### ۴-۱- مقدس اردبیلی

###### ۱-۱-۴: تقریر عبارت

برداشت بدوی از عبارت ایشان این است که با قضاوت زن در منازعاتی که شهادت زن نسبت به آنها مقبول است و متنازعین هم زن هستند، موافق است و منعی نسبت به آن نمی‌بیند: «و اما اشتراط الذکورة، فذلک ظاهر فیما لم یجز للمرأة فیہ أمر، و اما فی غیر ذلک فلا نعلم له دلیلا واضحا، نعم ذلک هو المشهور. فلو کان إجماعا، فلا بحث، و الا فالمنع بالکلیة محلّ بحث، إذ لا محذور فی حکمها بشهادة النساء، مع سماع شهادتهن بین المرأتین مثلا بشیء مع اتصافها بشرائط الحکم.» (مجمع الفائدة ۱۲: ۱۵)

از این بیان به نظر می‌رسد که ایشان تنها دلیل اطلاق منع را اجماع می‌داند و نسبت به تحقق اجماع هم بیان صریح و شفافی ندارد. قاعده کلی را بیان می‌کند که اگر اجماع باشد، باید پذیرفت، اما بررسی نمی‌کند که آیا در اینجا اجماع هست یا نه.

## ۲-۱-۴: توجیه عبارت

طبق توضیحات قبلی، اجماع در این بحث محل ایراد و اشکال است همان طور که آیت‌الله موسوی اردبیلی بیان کرد. بنابراین، ایشان برای حکم به اطلاق منع یا باید به دلایل دیگر مثل اصل اولی متمسک شود یا باید مبنای دیگری در باب اجماع داشته باشد. طبق این عبارت، ایشان دلیل دیگری را نمی‌پذیرد. بنابراین، راه منحصر است در استفاده از اجماع. تنها وجهی که برای استفاده ایشان از اجماع باقی می‌ماند، این است که بگوییم محقق اردبیلی چنین نوع اجماعی را قبول دارد. شاهد هم این است که بسیاری از اجماعاتی که در استنادات ایشان وجود دارد و آن را پذیرفته، از همین قبیل است. در نتیجه، این اجماع که مقدس اردبیلی در آن مناقشه دارد، برای محقق اردبیلی، مقبول و مستند است و اختلاف مبنایی است.

گفتیم که در مقاله حاضر در صدد بیان ادله‌ای هستیم که طبق محکم و مورد اتفاق همه باشد و به هیچ وجه نتوان در آن مناقشه کرد. بنابراین، اجماع هر چند حکم محقق اردبیلی را ممکن است توجیه کند، این اختصاص به مبنای ایشان دارد و طبق مبنای دیگر کاربردی ندارد. افزون بر آن، خود ایشان هم اظهار نظر قطعی و صریحی ندارد. در نتیجه، باید گفت ایشان به لحاظ مبنای خودشان ممکن است مخالف قول اطلاق منع تلقی شود، اما به لحاظ هدف مقاله، نمی‌توان به قول ایشان استناد کرد؛ چون اصل اولی در مقابل این قول قائم است و ایشان باید دلیل قطعی بر جواز قضاوت زن اقامه کند که چنین دلیلی موجود نیست.

## ۲-۴- آیت‌الله موسوی اردبیلی

### ۱-۲-۴: تقریر عبارت

عبارت آیت‌الله موسوی اردبیلی در ابتدا این مفهوم را به ذهن می‌آورد که قضاوت زن مطلقاً ممنوع نیست، بلکه در مواردی که شهادت زن پذیرفته است و متنازعین هم زن هستند، قضاوت زن را همچون محقق اردبیلی مجاز می‌داند: «و لو لا الأصل أو این ناقشنا فیه، لم یبعد الجواز فیما یجوز للمرأة فیه أمر». (فقه القضاء: ۱: ۹۸)

تفاوت ایشان و محقق اردبیلی در این جهت است که محقق اردبیلی دلایل منع مطلق را قصور دلالت ادله به غیر از اجماع می‌داند. آیت‌الله موسوی اردبیلی در اجماع مناقشه کرده و توقفی از این

جهت نداشته است. از طرفی، دلالت دیگر ادله را نیز قاصر می‌داند. آنچه منشأ توقف ایشان شده، اصل اولی است که می‌گوید: اگر اصل نباشد یا در آن مناقشه باشد، اطلاق منع محل اشکال خواهد بود.

#### ۲-۲-۴: توجیه عبارت

عبارت ایشان درست است که به لحاظ لحن، متمایل به منع مطلق است، اما اولاً ایشان در ابتدای بحث خود، مرد بودن را صراحتاً به عنوان شرط بیان می‌کند. ثانیاً این عبارت را در پایان بحث و به عنوان یک فرض می‌آورد «که اگر اصل پذیرفته نشود یا در اصل مناقشه باشد». این فقط در حد یک فرض است و ایشان نه دلیلی بر رد این اصل بیان می‌کند، نه مناقشه‌ای در کلیت قاعده دارد. پس این عبارت هم نمی‌تواند عبارت مخالف با قول اطلاق منع تلقی شود و در همان فضای مشهور قرار می‌گیرد که اطلاق منع است.

#### ۳-۴-۴: میرزای قمی

##### ۱-۳-۴: تقریر عبارت

از عبارت ایشان به نظر می‌آید که دلالت دیگر ادله را نسبت به اطلاق منع قاصر می‌داند، ولی مشخص نمی‌کند این ادله به چه حدی را ممنوع می‌دانند: «ربما یشکل فی اشتراط الذکوره مطلقاً؛ لأنّ العلل المذكورة لها من «عدم تمکن النسوان من ذلك غالباً لا احتیاجه إلى البروز» غیر مطرّده، فلا وجه لعدم الجواز مطلقاً، إلا أن ینعقد الإجماع مطلقاً. أقول: و یمکن أن یكون الإجماع بالنظر إلى أصل اختیار الولاية و المنصب عموماً، و أمّا فی حکومات خاصّة، فلم یعلم ذلك من ناقله، و إن احتملته بعض العبارات، فالإشکال ثابت فی الاشتراك مطلقاً.» (رسائل ۲: ۵۹۹)

##### ۲-۳-۴: تقریر عبارت

علت موجود در کلام میرزای قمی این است که دلایل اقامه شده برای اطلاق منع قضاوت زن به صورت مطلق عمومیت ندارد. تنها دلیلی که می‌تواند بیانگر اطلاق باشد، اجماع است که این اجماع هم نسبت به ولایت عامه و حکومت است و در مورد ولایت خاصه باب قضا نمی‌توان چنین اجماعی را پذیرفت. بنابراین، هر چند این عبارت ایشان بیان می‌کند که قضاوت زن مطلقاً ممنوع نیست، اما موارد جواز را بیان نمی‌کند.

گفتیم که در این مقاله می‌خواهیم ادله‌ای را بیان کنیم که طبق محکم و مورد اتفاق

همه باشد و به هیچ وجه نتوان در آن مناقشه کرد. در نتیجه، باید گفت ایشان به لحاظ مبنای خودشان، مخالف قول اطلاق منع تلقی می‌شود، اما به لحاظ هدف مقاله نمی‌توان به قول ایشان استناد کرد؛ چون اصل اولی در مقابل این قول قائم است و ایشان باید دلیل قطعی بر جواز قضاوت زن اقامه کند که چنین دلیلی موجود نیست.

به طور خلاصه می‌توان گفت تمام ادله قائلین به قول اطلاق محل اشکال هستند به جز اصل اولی در باب ولایت و قضاوت که در تقریر دوم، دلیل عقلی آن بیان شد و هیچ کسی هم متعرض انتقاد به آن نشده بود. بنابراین، اگر این اصل وجود نداشت، باید همچون میرزای قمی، محقق اردبیلی و آیت‌الله موسوی اردبیلی قائل به تقیید منع و جواز قضاوت زن در مورد نزاع مالی و متنازعین زن شد. البته این اصل ثابت است و در آن مناقشه هم نشده است.

## نتیجه

نظریه مشهور فقهای شیعه و قول مختار در مقاله حاضر، ممنوعیت مطلق قضاوت زنان است. پس از بررسی ادله این نظر روشن می‌شود که آیات و روایات مربوط که به عنوان مستند این حکم مطرح شده‌است، خالی از مناقشه نیست. استدلال به مذاق شریعت بر ستر و پوشش زن نیز مفید فایده نمی‌باشد. همچنین گرچه سبیره بر نصب مرد به منصب قضا بوده‌است ولی این امر دلیل بر نفی زن نمی‌شود. تراکم ظنون نیز بر ممنوعیت مطلق نیز وجود ندارد و یا راهگشا نیست. تنها مستمک خالی از اشکال برای نظریه ممنوعیت مطلق قضاوت زن در بین مشهور فقهای امامیه، اصل عدم ولایت است. بقیه ادله نهایت می‌توانند مؤید این حکم باشند.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۴. انصاری، دزفولی، مرتضی بن محمد امین. القضاء و الشهادات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: دفتر مؤلف، بی تا.
۶. حسینی حائری، سید کاظم. القضاء فی الفقه الإسلامی. قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۷. سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۸. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۹. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی دوری، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۲. عراقی، آقا ضیاء الدین. کتاب القضاء. قم: چاپخانه مهر، بی تا.
۱۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۴. مجاهد طباطبایی حائری، سید محمد. کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۱۵. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه القضاء. چاپ ۲، قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۸. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۹. مؤمن قمی، محمد. مبانی تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. رسائل. خراسان: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۲۱. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۳، تابستان ۹۴

صفحات ۴۸ تا ۶۹

حامد پارسا\*

parsa.ha2014@gmail.com

# تقاص استقلالی

## باز خوانی مشروعیت تقاص بدون اذن حاکم در فقه امامیه

### چکیده

در فقه امامیه، حاکم شرع، محل رجوعی برای رفع اختلاف و استیفای حق است. اما سوال اینجاست که آیا این مرجعیت در تمام موارد، شمول دارد. در این بین تقاص دین در برخی انظار فقهی یکی از موارد استثنا شده در این مرجعیت، شمرده شده است. به عبارت روشن تر در تقاص دین می توان بدون استیذان از حاکم شرع به استیفای دین اقدام کرد و یا لازم است اذن حاکم شرع در این تقاص اخذ شود. فقها به اتفاق در برخی از موارد، قائل به جواز تقاص بدین صورت هستند و در برخی موارد اختلاف نظر دارند.

در تحقیق حاضر، موارد اتفاقی و اختلافی از هم تمایز داده شده است و در موارد اختلافی، انظار مطرح و مستندات هر یک تبیین شده است. در این بین مجوزین تقاص استقلالی که ظاهراً مشهور امامیه نیز آنها را همراهی می کند، برای توجیه نظر خود به اطلاقات و عمومات برخی ادله تمسک کرده اند و گروه نافین جواز به اصل حرمت تصرف در مال غیر تمسک کرده اند. در این مقاله، قول به عدم جواز تقاص استقلالی در موارد اختلافی تقویت شده است.

بنابر نظریه مختار، داین بدون استیذان از حاکم، حق تقاص دین خود را از اموال مدیون ندارد و در پرونده های قضایی که تصرف در مال غیر به ادعای حق تقاص استقلالی مطرح می شود،

لازم است به تصرف عدوانی داین در اموال مدیون حکم می‌شود که بنابراین داین، ضامن خواهد بود. ترتب این آثار، وجهی است که ضرورت این تحقیق را روشن می‌سازد.

## کلیدواژگان:

مقاصه، شرایط تقاص، تقاص دین، اذن حاکم، تقاص استقلالی.

## مقدمه

بنا بر آیه «لکم فی القصاص حیاہ یا اولی الاباب لعلکم تتقون» (بقره/۱۷۹)، قصاص یکی از احکام قرآنی است که مبتنی بر آن، فروع زیادی در فقه امامیه مطرح شده است. یکی از آنها تقاص به معنای قصاص مالی است. در فقه شیعه، جواز تقاص مشروط به شروطی است که در بسیاری از متون فقهی بدان اشاره گشته، اما این مسئله به صورت جداگانه و مبسوط، کمتر بررسی شده است.

در این راستا، تحقیق حاضر قصد دارد اعتبار استیذان از حاکم شرع در مشروعیت تقاص را بررسی کند. به عبارت دیگر، پرسش اساسی در این تحقیق، مشروعیت تقاص استقلالی است. آنچه مسلم است، جواز تقاص استقلالی در صورت در دسترس نبودن حاکم شرع یا مبسوط الید نبودن حاکم است. حال اگر حاکم مبسوط الید وجود داشت، آیا می‌توان به چنین جوازی حکم داد؟ امروزه، برخلاف گذشته چون حاکم مبسوط الید در نظام اسلامی در دسترس و تنازعات باب تقاص در محاکم فعلی پر تعداد است، به نظر می‌رسد مطالعه حکم تقاص استقلالی از جمله مسائل ضروری حوزه فقه باشد. چنانچه شرط استیذان از حاکم لازم دانسته شود، مالی را که فرد بدون رجوع به حاکم به عنوان تقاص از اموال مدیون برداشته، گرچه ذمه مدیون نسبت به وی مشغول است، اما این مال، حکم مال غضبی را دارد و احکام مربوط به آن نیز مترتب خواهد شد. اگر این شرط لازم نباشد، داین می‌تواند دین خود را استقلالاً تقاص کند و دیگر نیازی به رجوع به محاکم نیست. در نتیجه، ممکن است گفته شود که بسیاری از پرونده‌ها از فرآیند دادرسی در قوه قضاییه خارج می‌شود.

برای مطالعه این مسئله در این مقاله، پس از تقسیم تقاص، احکام موارد بدون اختلاف به صورت اجمالی تبیین می‌شود. سپس انظار فقها در موارد خلاف طبقه‌بندی می‌گردد. پس از آن، مطابق صورت‌بندی انجام شده، مستندات فقهی اقوال، مطرح و ارزیابی و در نهایت، قول مختار تبیین می‌شود.

## معنای تقاص

قبل از وارد شدن به بحث، معنای کلمه «تقاص» را بررسی می‌کنیم؛ زیرا شناخت دقیق آن برای ورود به بحث ما که جایگاه حاکم شرع در تقاص است، مفید است. لسان العرب، تقاص را عدالت در قصاص دانسته است (این منظور ۷: ۷۶). همچنین زمانی که هر یک از افراد قومی، یکدیگر را در مال یا غیر مال قصاص کنند، گفته می‌شود: «قوم تقاص کردند» (همان). در شمس العلوم گفته شده است: «المقاصه: قاصه فی الشیء: إذا أخذ منه عوضا مکانه» (حمیری ۸: ۵۳۳۵) و تقاص را از قصاص دانسته است. (همان ۵۳۳۸) البته در کلمات فقها به غیر از «تقاص»، از کلمه «مقاصه» هم در معنای «تقاص» استفاده شده است که در تاج العروس، کلمه تقاص را مجاز می‌داند که از «مقاصه» گرفته شده است (واسطی ۹: ۳۳۸). بنابراین، کلمه «تقاص» و «مقاصه» در یک معنا به کار می‌روند و معنای آنها همان معنای قصاص است به شرط اینکه تناصف در قصاص رعایت شود. البته معنای اصطلاحی «تقاص» در لسان فقها با معنای لغوی آن اندکی تفاوت دارد؛ زیرا فقها آن را در قصاص مالی به کار می‌برند. مثلا میرزا حبیب‌الله می‌گوید: «جواز الاستقلال بإستیفاء الدین من باب التقاص» (میرزا کتاب القضاء ۲: ۱۰۸) یا: «الاستقلال بإستیفاء الدین من مال الجاحد تقاصا» (همان). آیت الله تبریزی می‌گوید: «کان جاحدا و لکن للدائن بینة بدینه فیمکن له استیفاء الدین بالمحاكمه إلی الحاکم و لکن الأظهر جواز التقاص» (أسس القضاء و الشهادة ۳۳۲).

بنابراین، کلمه «تقاص» یا «مقاصه» در معنای قصاص مالی به کار می‌رود و منظور این است که صاحب حق به اندازه طلبش از اموال مدیون قصاص کند؛ یعنی مالی را از اموال مدیون، عوض طلب خود بردارد.

## تقریر محل نزاع

اگر حاکم شرعی نباشد یا باشد، ولی مبسوط الید نباشد، افراد جامعه مستقلاً از اموال مدیون (منکر) به قدر دین خود تقاص می‌کنند و همه فقها هم قائل به جواز تقاص در چنین موردی هستند و برخی مثل صاحب جواهر به این عدم اختلاف و حتی اجماع تصریح کرده‌اند (جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۱). حال اگر حاکم شرع مبسوط الید وجود داشته باشد، چند صورت زیر از صورت‌های قابل تصور است:

الف) مدعی، ادعای یک عین خارجی را در اموال مدعی علیه می‌کند و نه دین کلی بر ذمه.

ب) مدعی ادعای یک دین کلی را بر ذمه مدعی علیه می‌کند و مدیون، معترف به حق اوست و حق او را می‌پردازد.

ج) مدعی ادعای دینی بر ذمه مدعی علیه می‌کند، ولی مدعی علیه انکار می‌کند و مدعی هم بینه محکمه‌پسند دارد که می‌تواند نزد حاکم اقامه دعوا کند.

د) مدعی ادعای دینی بر ذمه مدعی علیه می‌کند و مدعی علیه (نزد مدعی)، معترف به حق اوست، ولی حق او را ادا نمی‌کند.

در این چهار صورت قابل تصور، فقط دو صورت آخر محل بحث ماست؛ زیرا در دو صورت اول، اختلافی بین فقها دیده نمی‌شود و فقط فقها در دو صورت آخر اختلاف دارند. برخی از فقها مثل آیت الله خوئی به این اختلاف اشاره کرده‌اند (مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۴۱: ۵۶). برخی از فقها قائل به جواز تقاص شده‌اند و برخی قائل به عدم جواز تقاص در این دو صورت هستند. قبل از اینکه وارد بحث اصلی شویم، ابتدا یک بررسی اجمالی در مورد دو صورت اول مسئله می‌کنیم؛ زیرا برای درک بهتر بحث مفید است.

## دو صورت متفق علیه

### الف) تقاص در فرض عین بودن دین

در فرض اول که مدعی ادعای عین خارجی را می‌کند، یعنی ادعا می‌کند مالی از اموالش در دست شخص دیگری است، همه فقها قائل به جواز استقلال در استیفای مال هستند و رجوع

به حاکم شرع برای استیفای مال را واجب نمی‌دانند. بعضی مثل سبزواری به اطلاق روایات تقاص و اتفاق فقها بر جواز تمسک کرده‌اند (مهذب الاحکام ۲۷: ۱۴۷). بعضی هم به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کرده‌اند؛ زیرا هر کس بر مال خود مسلط است و اختیار گرفتن مال خود از دست دیگری را دارد. مثلاً آیت الله خویی می‌گوید: «إذا کان مال شخص فی ید غیره جاز له أخذ منه بدون اذنه و ذلك لقاعدة سلطنة الناس علی اموالهم» (مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۴۱: ۵۴).

### ب) تقاص در فرض مقر به دین بودن مدیون و عدم استتکاف از پرداخت

در فرض دوم که مدعی ادعای دین کلی بر ذمه شخص می‌کند و مدیون، معترف به حق اوست و حق او را می‌پردازد، تقاص جایز نیست؛ زیرا دین شخص به صورت کلی است و تعیین این کلی در مال جزئی و خارجی فقط در اختیار مالک است. پس تصرف در اموال شخص و تطبیق آن بر مالی از اموال مدیون بدون اذن صاحبش جایز نیست. مثلاً صاحب جواهر می‌گوید که مخاطب، خود غریم است و او مخیر است در تعیین و بدون تعیین او، حق در چیزی متعین نمی‌شود: «لأن للغريم نفسه تخییراً فی جهات القضاء لأنه المخاطب فلا يتعين الحق فی شیء من دون تعیینه» (همان ۳۸۸). آیت الله خویی نیز می‌گوید: «ذلك لأن ماله فی ذمة الغير کلی و لا ولاية للدائن فی تطبیقه علی شخص مال من اموال المدین حتی یكون مالکاً له» (مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۴۱: ۵۴). حتی شیخ طوسی در این فرض ادعای عدم خلاف می‌کند (الخلاف ۶: ۳۵۵).

### ج) تقاص در فرض انکار دین توسط مدیون و بینه داشتن مدعی

در فرض سوم که مال مورد ادعا، دین است و مدعی علیه آن را انکار می‌کند، ولی مدعی بینه دارد، بین فقها اختلاف شده است. برخی از فقها به اختلاف یاد شده نسبت به فرض منکر بودن مدیون اشاره کرده‌اند. مثلاً آیت الله گلپایگانی می‌گوید: «الثالثة: أن یکون المدین جاحداً للحق و فی هذه الحالة خلاف بین الأصحاب» (کتاب القضاء ۲: ۱۰۵).

## الف) انظار و ادله مثبتین تقاص استقلالی در فرض انکار مدیون

اگر مدعی ادعا کند دینی بر ذمه شخصی دارد و او انکار می کند، ولی مدعی بیینه محکمه پسند دارد و می تواند از طریق حاکم، حق خود را استیفا کند، برخی از فقها قائل به جواز تقاص به طور استقلالی شده و رجوع به حاکم را برای استیفای حق ضروری ندانسته اند. حال اقوال برخی از فقهای پیرو این نظریه را ذکر می کنیم:

### ■ شیخ طوسی

شیخ طوسی از پیروان نظریه اول یعنی نظریه جواز تقاص به طور استقلالی است. ایشان نسبت به فرضی که شخصی از شخص دیگر حقی طلب دارد، ولی آن شخص انکار می کند، می گوید داین می تواند از اموال مدیون تقاص کند (الخلافاً ۶: ۳۵۵). شیخ طوسی در ادامه تصریح می کند که در این جواز تقاص، بین کسی که می تواند به وسیله حاکم شرع، حق خود را استیفا کند، با کسی که نمی تواند استیفا کند، فرقی نیست. پس شیخ طوسی قائل به جواز تقاص به طور مطلق است: «سواء كان له بحقه بينة يقدر على إثباتها عند الحاكم أو لم يكن» (همان).

شیخ طوسی برای نظر خود که قول به جواز تقاص به طور استقلالی است، دو دلیل می آورد؛ یکی، اجماع و دیگری، روایات: «دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم» (همان). یکی از روایاتی را که شیخ طوسی به آن استناد می کند، روایت هند، همسر اباسفیان است: «أن هند امرأة أبي سفیان جاءت إلى النبي عليه السلام فقالت يا رسول الله إن أبا سفیان رجل شحيح، و انه لا يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذ منه سرا، فقال: خذی ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (همان). همسر اباسفیان نزد پیامبر آمد و گفت: اباسفیان، مرد پستی است و نفقه ای نمی دهد که کفاف من و بچه ام را بدهد، مگر آنچه من پنهانی از او برمی دارم. پیامبر فرمود: مقداری بردار که تو و بچه ات را کفایت می کند.

دلالت روایت واضح است. پیامبر به شخصی که از کسی طلب دارد و او ادا نمی کند، می گوید به مقدار طلبت بردار و این همان تقاص استقلالی است؛ زیرا خود پیامبر که حاکم شرع بود،

برای استیفای حق اقدام نکرد و به داین می گوید خودت طلبت را بردار. البته استناد به این روایت، اشکالی دارد که بعداً به آن می پردازیم.

#### ■ محقق حلی

محقق حلی از جمله قائلین به جواز تقاص به طور استقلالی است. ایشان در فرضی که مدعی ادعای دینی بر ذمه شخصی کند و آن شخص انکار کند، ولی مدعی بینه داشته باشد و بتواند نزد حاکم اثبات دعوا کند، قائل به جواز تقاص مستقلاً و بدون رجوع به حاکم شده است: «لو كان المدین جاحداً و للغريم بينة تثبت عند الحاكم و الوصول إليه ممكن ففی جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز» (شرائع ۴: ۹۹). البته ایشان با اشاره به اشکال در مسئله، قول به جواز را اختیار می کند. دلیل محقق حلی، عمومیت ادله اذن در تقاص است: «عليه دل عموم الإذن فی الاقتصاص» (همان ۱۰۰).

#### ■ شهید ثانی

شهید ثانی یکی از قائلین به جواز تقاص به طور استقلالی است. ایشان ابتدا به وجود دو قول در مسئله اشاره می کند: «لو كان جاحداً أو مماطل، لو كان هناك بينة يثبت بها الحق عند الحاكم لو أقامها، و الوصول إليه ممكن، ففی جواز أخذه قصاصاً من دون إذن الحاكم قولان» (مسالك الافهام ۱۴: ۷۰). اگر مدعی علیه، منکر یا مماطل باشد و مدعی بینه‌ای داشته باشد که اگر نزد حاکم اقامه دعوا کند، اثبات حق کند و وصول به حاکم ممکن باشد، در جواز گرفتن حق از باب قصاص، بدون اذن حاکم، دو قول است.

شهید ثانی دلیلی را که برای نظر جواز بیان می کند، همان عمومات قصاص است (همان). همچنین ایشان به حدیث پیامبر اکرم (ص) برای جواز استناد می کند که می فرماید: «لّی الواجد یحلّ عقوبته و عرضه». البته ایشان اعتراف می کند تسلط بر مال دیگری بدون اذن صاحبش (که دلیل قول دوم است)، خلاف اصل مسلم است، ولی می گوید اعراض از اصل برای دلیل جایز است و در ما نحن فیه هم دلیل موجود است و قول به جواز را می پذیرد: «الأقوی الأول. و كون التسلط علی مال الغير بغير إذنه خلاف الأصل مسلم، لكن العدول عن الأصل لدلیل جائز، و هو هنا موجود» (همان ۷۱).

## ■ آقا ضیا

آقا ضیا یکی دیگر از فقهاست که قائل به جواز تقاص با وجود تمکن رجوع به حاکم است. ایشان هم مثل فقهای دیگر به روایات تمسک می‌جوید و می‌گوید مقتضای ترک استفصال در روایات این است که داین بتواند استقلالاً تقاص کند، حتی اگر تمکن رجوع به حاکم را داشته باشد: «لایخفی إن مقتضی ترک الاستفصال فیها استقلاله بالتقاص حتی فی فرض تمکنه من الاستئذان من الحاکم او اثبات حقه لدیه» (کتاب القضا ۱۶۳).

## ■ آیت الله خویی

آیت الله خویی قائل به جواز تقاص به طور مطلق است و در مبانی تکمله المنهاج به اختلاف در مسئله اشاره می‌کند (مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۴۱: ۵۶). ایشان در ادامه به اطلاعات ادله تقاص استناد می‌کند و قول به جواز را می‌پذیرد: «ولکن الظاهر جوازه مطلقا، لما مر من اطلاق الدلیل فلا وجه للاقتصار علی المورد المتیقن» (همان).

بنا بر آنچه از اقوال فقها گذشت، ادله این گروه را در فرض انکار مدیون و بیینه داشتن داین در قالب دو صورت می‌توان بیان کرد: اول، اجماع و دوم، اطلاعات و عمومات روایات.

## اجماع

اجماع یکی از دلایلی است که قائلین به جواز تقاص به طور استقلالی به آن تمسک می‌کنند. البته فقط برخی از آنها به اجماع تمسک کرده‌اند. این اجماع را شیخ طوسی نقل می‌کند: «دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم» (الخلاف ۶: ۳۵۵).

## اطلاقات و عمومات

اطلاقات و عمومات ادله تقاص، عمده دلیلی است که همه فقهای قائل به جواز تقاص به طور استقلالی به آن استناد می‌کنند؛ زیرا زمانی که از امام درباره تقاص سؤال می‌شد، امام می‌فرمود تقاص جایز است و جواز تقاص را به صورتی مشروط نمی‌کرد که نتوان از طریق رجوع به حاکم شرع، حق را استیفا کرد. پس تقاص مطلقا جایز است.

حال برخی از روایاتی را که فقها به اطلاق آن تمسک کرده‌اند، ذکر می‌کنیم:

- روایت جمیل بن دراج: «قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يکون له علی الرجل الدین

فجده فيظفر من ماله بقدر الذي جده أيا خذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال (ع): نعم»  
(طوسی، تهذیب الاحکام ۶: ۳۴۹).

«از امام صادق (ع) درباره مردی پرسیدم که مالی از شخصی طلب داشت، ولی آن مرد آن را انکار کرد. سپس مالی از جاحد به اندازه مالی که از او برداشته بود، به دست آن مرد افتاد. آیا می‌تواند آن را به جای مال خودش بردارد، اگرچه جاحد نفهمد؟ فرمود: بله».

– صحیحہ داوود بن زریبی: «قال: قلت لأبي الحسن موسى (ع) إني اعامل قوما و ربما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية و الدابه فذهبوا بها مني، ثم يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني؟ فقال (ع): خذ منهم بقدر ما أخذوا منك و لا تزدد عليه» (عاملی، وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۲).

«به امام رضا (ع) گفتم: من برای قومی کار کردم و آنها جاریه و دابه‌ام را از من گرفتند. سپس مالی از آنها به دست من افتاد. آیا جایز است به مقدار مالی که آنها از من گرفته‌اند، از آنها بگیرم؟ فرمود: به همان مقدار بردار و چیزی اضافه برنندار».

– معتبره ابی بکر حضرمی عن ابی عبدالله (ع): «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجده إياه و ذهب به، ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله، أيا خذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال (ع): نعم» (همان ۲۷۳).

«به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی از مرد دیگر طلبی دارد، ولی آن را انکار کرده و برداشته است. سپس از او مالی به دست آن مرد افتاده است. آیا آن را به جای مالی که از او برداشته است، می‌تواند بردارد؟ فرمود: بله».

در این روایات، وقتی از امام (ع) سؤال می‌شود که تقاص کنم یا خیر؟، تأیید می‌فرماید. این فقها با تمسک به اطلاق این روایات، به جواز تقاص در این فرض حکم می‌کنند.

## ب) انظار و ادله نفی کنندگان تقاص استقلالی در فرض انکار مدیون

در مقابل گروه اول، برخی از فقها قائل به عدم جواز تقاص به طور استقلالی شده‌اند. حال احوال و ادله برخی از فقهای پیرو این نظریه را ذکر می‌کنیم:

### ■ محقق در مختصر النافع

محقق در کتاب «المختصر النافع فی فقه الامامیه» قائل به عدم جواز تقاص به طور استقلالی شده است. ایشان در فرض جحود مدیون و بیّنه داشتن داین می‌گوید که داین نمی‌تواند به طور استقلالی استیفای حق کند: «مع جحوده علیه حجة لم يستقل المدعی بالانتزاع من دون الحاكم» (حلی، مختصر النافع ۲: ۲۸۴).

### ■ فخر المحققین در ایضاح الفوائد

فخر المحققین در کتاب «ایضاح الفوائد»، قول عدم جواز را اختیار می‌کند و استیفای حق را فقط از طریق رجوع به حاکم جایز می‌داند (ایضاح الفوائد ۴: ۳۴۶). ایشان علت عدم جواز را عدم ولایت می‌داند؛ زیرا تقاص، استبدال مال به مال است و داین عوض از دینش، مالی از اموال مدیون برمی‌دارد و کسی ولایت چنین کاری را ندارد به جز حاکم: «حیث أنه استبدال مال بمال و لیس له ولایة علی المالك و یمکن ان يأخذ بحکم من له الولاية فلا يجوز تعديه» (همان).

### ■ فاضل آبی

فاضل آبی (متوفای ۶۷۲)، شاگرد محقق حلی نیز در ردیف قائلین به عدم جواز قرار می‌گیرد؛ زیرا در کتاب «کشف الرموز» که شرح کتاب النافع محقق است، فتوای استاد خود را نقل می‌کند و شرح می‌دهد، ولی هیچ اعتراضی به آن نمی‌کند. در واقع، آن را مثل مطلبی مسلم شرح می‌دهد و اشکالی بر آن وارد نمی‌کند. پس ظاهراً می‌توان ایشان را موافق استادش دانست: «إذا كانت الدعوى ديناً، وأقر المدعى عليه بثبوت الحق، ولا يمنع من الرد، أو يجحد (أنكر) المدعى عليه لكن للمدعى (عليه) خ) بیّنه، فليس له (للمدعى) خ) ان ينتزعه قهراً من يد المدعى عليه، بل عند الحاكم حسماً للخصومة» (کشف الرموز ۲: ۵۰۵).

## ■ آیت الله سبحانی

آیت الله سبحانی در ردیف قائلین عدم جواز قرار می‌گیرد. ایشان به طور مبسوط درباره مسئله، بحث و ادله مجوزین را رد می‌کند و در آخر می‌گوید که نظر محقق در کتاب نافع و شاگردش و فخر المحققین (یعنی عدم جواز که گذشت)، نظریه حق است: «و الحق، هو ما اختاره المحقق فی النافع و تلمیذه فی شرحه و فخر المحققین فی الإيضاح» (نظام القضاء و الشهاده ۲: ۷۱).

بنا بر آنچه گذشت، عمده دلیل نفی کنندگان تقاص استقلالی را در این فرض می‌توان اصل بیان کرد. بیشتر فقها برای قول به عدم جواز، به اصل تمسک می‌کنند و می‌گویند اصل، عدم جواز تصرف در مال غیر است و در جایی مثل تقاص که خلاف اصل است، باید به موضع ضرورت و قدر متیقن اکتفا کرد. در محل بحث، موضع ضرورت جایی است که داین نتواند به وسیله حاکم شرع، حق خود را بگیرد یا حاکم شرع نیست یا حاکم شرع، مبسوط الید نیست یا عادل نیست. پس در جایی که داین می‌تواند به وسیله حاکم شرع، حق خود را بگیرد، ضرورت منتفی است و در نتیجه، تقاص به طور استقلالی جایز نیست.

### (د) فرض مقرّ به دین بودن مدیون، ولی ممتنع از ادا

#### ۱. انظار و ادله مثبتین تقاص در این فرض

عده‌ای از فقها، در فرضی که مدیون اقرار به دین کند، ولی از ادا امتناع ورزد، قائل به جواز تقاص داین از اموال او به قدر دینش هستند. ایشان رجوع به حاکم را در این فرض لازم نمی‌دانند. حال اقوال و ادله برخی از فقهای پیرو این نظریه را ذکر می‌کنیم:

#### ■ شیخ طوسی

شیخ طوسی همانند موردی که مدیون منکر بود، قائل به جواز تقاص، بدون نیاز به رجوع به حاکم شرع است. ایشان همان ادله یاد شده در فرض قبلی را برای این فرض نیز ذکر می‌کند. در واقع، ایشان هر دو صورت را یکی می‌داند (الخلاف ۶: ۳۵۵).

#### ■ آیت الله خویی

آیت الله خویی در فرضی که مدیون از ادای دین امتناع کند، قائل به جواز تقاص به طور

استقلالی است. ایشان بین جاحد و ممتنع فرقی نمی‌بیند و همان طور که در فرض جاحد، قائل به جواز تقاص بود، در این فرض هم قائل به جواز تقاص است: «إذا كان امتناعه عن ظلم، سواء أ كان معترفاً به أم جاحداً، جاز لمن له الحقّ المقاصّة من أمواله و ذلك لعدّة روايات» (مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۴۱: ۵۴). دلیل آیت الله خویی، روایات است که این روایات در فرض منکر بودن مدعی علیه گذشت.

#### ■ آیت الله گلپایگانی

آیت الله گلپایگانی از پیروان نظریه جواز تقاص در فرض امتناع است که ابتدا قول به عدم جواز را مطابق قواعد می‌داند، ولی در ادامه، قول به جواز تقاص را قبول می‌کند (کتاب القضا ۲: ۱۰۳). دلیلی که ایشان برای نظر خود می‌آورد، اطلاق روایات است: «لکن مقتضی اطلاق بعض الأدله الآتیة فی صورت الثالثه (إذا جحد المدیون) هو الجواز» (همان).

#### ■ آیت الله تبریزی

آیت الله تبریزی از جمله فقهایی است که به اطلاق روایات استناد می‌کنند و قائل به جواز تقاص به طور مطلق می‌شوند: «تأمل بعضهم فی شمولها لما إذا كان المدین معترفا بالدين و لكن یمتنع عن أدائه و لو بالمماطلة اللاحقة بالامتناع، أو كان جاحدا و لكن للدائن بینة بدینه فیمکن له استیفاء الدين بالمحاكمة إلى الحاکم، و لكن الأظهر جواز التقاص فی الصورتین لإطلاق بعض الروایات» (أسس القضاء و الشهادات ۳۳۲).

ادله این گروه را دو مورد می‌توان دانست: اول، اجماع؛ دوم، اطلاقات و عمومات روایات.

#### اجماع

اجماع یکی از دلایلی است که برای جواز تقاص در این فرض به آن استناد شده است. البته تنها کسی که به اجماع استناد و اصلاً آن را مطرح کرده، شیخ طوسی است (الخلافاً ۶: ۳۵۵).

#### اطلاقات و عمومات روایات

تقریباً بیشتر فقهایی که قائل به جواز تقاص در ما نحن فیه هستند، به این دلیل استناد کرده‌اند. این گروه از فقها می‌گویند که روایات باب تقاص اطلاق دارند و شامل موردی می‌شوند که مدیون، مقرر باشد، ولی از ادای دین امتناع کند. بعضی از روایاتی که ایشان به اطلاق آن

تمسک کرده‌اند، در فرض قبلی ذکر شد و بعضی دیگر را برای نمونه در اینجا ذکر می‌کنیم:

- صحیح‌ه اُبی بکر: «قلت له: رجل لی علیه دراهم فجددنی و حلف علیها أ یجوز لی إن وقع له قبلی دراهم أن أخذ منه بقدر حقی؟ قال: فقال: نعم» (طوسی، تهذیب الحکام ۶: ۳۴۸).

«به او گفتم: از مردی درهم‌هایی طلب داشتیم، ولی او انکار کرد و بر آن قسم خورد. آیا جایز است اگر از او درهم‌هایی به دست من رسید، از آنها به قدر حقم بردارم؟ گفت: آری.»

- خبر علی بن سلمان: «قال: کتب إلیه (علیه السلام) رجل غصب رجلا مالا أو جاریة ثم وقع عنده مال بسبب ودیعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه أ یحل له حبسه علیه أم لا؟ فکتب (علیه السلام) نعم یحل له ذلك إن کان بقدر حقه، و إن کان أكثر فیاخذ منه ما کان علیه و یسلم الباقی.»

«به امام (ع) نوشته شد: مردی از مرد دیگر، مال یا جاریه‌ای غصب می‌کند. سپس مالی از او به سبب ودیعه یا قرض مثل همان چیزی که خیانت یا غصب کرده است، به دست آن مرد می‌افتد. آیا برای او جایز است آن را حبس کند یا خیر؟ امام نوشت: بله، جایز است برای او اگر به اندازه حق اوست و اگر بیشتر از حق اوست، مقداری را که او برداشته است، بردارد و بقیه را به او بدهد.»

فقیها به اطلاق این روایات استناد کرده‌اند و این روایات را شامل موردی می‌دانند که شخص، مقرر است، ولی از ادای آن امتناع می‌کند.

## ۲. انظار و ادله نفی کنندگان تقاص استقلالی در این فرض

در مقابل گروه اول، گروهی قائل به عدم جواز تقاص به طور استقلالی در فرضی هستند که مدیون، مقرر است، ولی از ادای دین امتناع می‌کند. اقوال برخی از فقهای پیرو این نظریه را مطرح می‌کنیم:

### ■ محقق حلی

محقق حلی بر خلاف فرض منکر بودن مدعی علیه، در این فرض، قائل به عدم جواز تقاص به طور استقلالی است (شرائع الاسلام ۴: ۹۹). به نظر ایشان، دین به صورت یک امر کلی است و مدیون مخیر در تعیین آن امر کلی است و در صورت امتناع فقط حاکم می‌تواند آن

را تعیین کند: «لأنّ للغریم تخیراً فی جهات القضاء فلا یتعین الحق فی شیء دون تعیینه أو تعیین الحاکم مع امتناعه» (همان). در واقع، ایشان از باب اینکه حاکم ولی الممتنع است، به عدم جواز تصرف غیر در اموال ممتنع حکم می‌کند.

#### ■ علامه حلی

علامه حلی یکی از کسانی است که در فرض مقر و ممتنع بودن مدیون، قائل به عدم جواز تقاص به طور استقلالی است. ایشان هم طبق قاعده الحاکم ولی الممتنع به عدم جواز حکم می‌کند: «لو کان الدعوی دیناً و الغریم باذل مقرّ لم یستقل من دون تعیینه أو تعیین الحاکم مع المنع» (ارشاد الاذهان ۲: ۱۴۲). در جایی دیگر می‌فرماید: «فإن کان الغریم مقرّاً باذلاً لم یستقل بالأخذ من دون إذنه، لأنّ له الخيار فی جهة القضاء فإن امتنع استقلّ الحاکم دونه أيضاً» (قواعد الاحکام ۳: ۴۴۸).

#### ■ شهید ثانی

شهید ثانی از پیروان نظریه عدم جواز تقاص در این فرض است. ایشان در فرض مقر و باذل بودن مدیون می‌گوید که تقاص جایز نیست؛ زیرا دین یک امر کلی است و مدیون در تعیین آن بر چیزی مخیر است: «لیس له الاستقلال بالأخذ، لأنّ حقّه أمر کلی فی ذمّة المدیون، و له التخیّر فی تعیینه من ماله، فلا یتعین فی شیء منه بدون تعیینه» (مسالك الافهام ۱۴: ۶۹). شهید ثانی در ادامه می‌گوید که حتی حاکم هم حق دخالت ندارد؛ زیرا حاکم، ولی الممتنع است و در فرض امتناع مدیون، حاکم دخالت می‌کند. پس در فرض ما که مدیون، مقر ولی ممتنع از اداست، حاکم فقط می‌تواند در اموال او تصرف کند و دینش را بپردازد: «لا مدخل للحاکم فی ذلك أيضاً و الحاکم إنما یلی علی الممتنع و من فی معناه» (همان).

#### ■ محقق اردبیلی

محقق اردبیلی به عدم جواز تقاص در صورت مقر و ممتنع بودن مدیون حکم می‌کند و می‌گوید که هر چند مدیون از ادای دین امتناع می‌کند، داین باید برای استیفای حق به حاکم رجوع کند: «إن کان مقرّاً، و لکن لیس ببازل، و إن قال انا باذل و لکن یماطل، فالظاهر من ضوابطهم أنّ لیس له ذلك أيضاً، بل یرجع إلی الحاکم لیأخذ له» (مجمع الفوائد و البرهان ۱۲:

۹۸). محقق اردبیلی به ضوابط فقها استناد می‌کند، ولی آن ضابطه را بیان نمی‌کند و ظاهراً منظور از ضابطه همان الحاکم ولی الممتنع باشد. بنابراین، عمده دلیلی که ایشان به آن تمسک می‌کنند، فقط یک دلیل است و آن، الحاکم ولی الممتنع است.

این گروه از فقها به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» استناد می‌کنند و می‌گویند کسی حق تصرف در مال دیگری را ندارد. در فرضی که شخصی دینی را باید بپردازد، چون این دین یک کلی در ذمه است، باید مدیون آن را در چیزی متعین کند و بدون تعیین او، دین در چیزی متعین نمی‌شود. در فرضی هم که مدیون از تعیین و پرداخت دین امتناع می‌کند، فقط حاکم شرع است که می‌تواند در اموال او تصرف کند و دین او را متعین و پرداخت کند. در واقع، حاکم طبق ولایتی که دارد، در اموال مدیون تصرف می‌کند و این ولایت برای غیر حاکم ثابت نیست.

## د) قضاوت بین دو نظریه و بیان نظریه ارجح

برای رسیدن به قول حق باید ادله دو گروه را بررسی کنیم و ببینیم ادله کدام گروه متقن و اقواست. چون دو فرض مطرح شده در مسئله یک مناط دارد و آن تنازع و اختلاف بین دو نفر است، ما هر دو فرض را با هم بررسی می‌کنیم.

عمده دلیلی که قائلین به جواز برای جواز تقاص به طور استقلالی مطرح کردند، اطلاق ادله تقاص بود. اگر به این دلیل، خدش‌های وارد شود، دست آنها خالی می‌ماند.

## الف) اشکال‌های وارد بر نظر مجوزین

### اشکال اول: استشهاد عرفی

اشکالی که به ایشان وارد است، این است که شرایط زمانی که از ائمه (ع) سؤال شده، به گونه‌ای است که حاکم جور زمام امور را به دست داشته و امکان رجوع به او برای استیفای حق نبوده است یا دست کم، عسر و حرج داشته است و ائمه (ع) با توجه به آن شرایط، به جواز تقاص از مال مدیون حکم می‌کردند. در واقع، امام (ع) در آن مسئله جزئی (که امکان رجوع به حاکم نبود)، به جواز حکم می‌کردند، نه به صورت یک حکم کلی.

مؤید اشکال اول این است که چرا زمانی که پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع)، حاکم بودند، روایتی از ایشان درباره جواز تقاص نقل نشده است؟ علت این است که حکومت وقت مشروع بود و گرفتن حق توسط مدعی، ممکن. پس دلیلی برای استیفای حق توسط خود مدعی وجود نداشته است. در روایت هندی، همسر ابوسفیان (که در استدلال شیخ طوسی گذشت)، پیامبر، حاکم بود و هند نزد حاکم شرع رفت و پیامبر طبق ولایتی که داشت، به او اذن تقاص داد. بعضی از فقهای عظام به این اشکال اشاره کرده‌اند، از جمله صاحب جواهر که می‌گوید: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف»، این لم نقل ذلك إذن منه (صلی الله علیه و آله) «نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۳۸۹».

#### اشکال دوم: مورد روایات، استئذان است

اشکال بعدی این است که امام (ع) در مقام اذن بود و نه در مقام جواب به مسئله شرعی. همان طور که آقا ضیا به این اشکال اشاره کرده است، (کتاب القضا ۱۶۲) احتمال دارد سائل در مقام استئذان بوده باشد و نه در مقام استفتا. به عبارت دیگر، چون امام، حاکم شرعی واقعی (و نه ظاهری) زمان خود بود، اذن به تصرف در اموال غیر را به سائل داده است. پس این امر می‌شود همان رجوع به حاکم شرع برای استیفای حق. هر چند آقا ضیا این اشکال را ثبوتاً مطرح و در ادامه، رد می‌کند، ولی اشکال وارد است. مؤید نظر ما، قول صاحب جواهر است که در ذیل یکی از احادیث وارد شده در تقاص به این اشکال اشاره می‌کند و می‌گوید: «إن لم یکن ذلك إذنا منه (ع)» «نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۳۸۹-۳۹۰».

پس با وجود چنین احتمال محتملی، استناد به کلام امام (ع) برای خرق اصل مهمی مثل حرمت تصرف در مال غیر وجهی ندارد و به قول علما، «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

#### اشکال سوم: مصلحت عامه

اشکال مهم دیگری که بر قائلین جواز تقاص به طور استقلالی وارد می‌شود، این است که با این کار، نظام جامعه بر هم می‌خورد؛ زیرا اگر هر کس با وجود حاکم مبسوط الید بخواهد حق خود را بگیرد، هرج و مرج پیش می‌آید. پس حقوق مردم باید از طریق حاکم شرع استیفا شود تا هرج و مرج پیش نیاید. اگر کسی بگوید در این صورت، از باب حکم ثانویه، تقاص به طور

استقلالی جایز نیست و ما در صدد بیان حکم اولیه هستیم، می‌گوییم همین به وجود آمدن هرج و مرج در صورت تقاص به طور استقلالی، نشانه این است که شارع، تقاص استقلالی با وجود تمکن رجوع به حاکم را تشریح نکرده است؛ زیرا باعث هرج و مرج می‌شود و احکام شارع بر اساس مصالح و مفاسد است و فعلی را که باعث مفسده به این بزرگی است، تشریح نکرده است. ذکر این نکته ضروری است در فرضی که شخص بی‌نه دارد و می‌تواند از طریق حاکم استیفای حق کند، ولی این کار سهولت ندارد، از باب حکم ثانویه، تقاص استقلالی جایز است که بحث ما حکم اولی است و نه ثانویه.

#### اشکال چهارم: روایات منصرف به عدم امکان استیفا توسط حاکم

مورد روایات، منصرف است به موردی که استیفا توسط حاکم امکان ندارد؛ زیرا به فرموده فقیه معاصر، آیت الله سبحانی در بیان روایت ابن زربی، «قال: قلت لأبي الحسن إنني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها، والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه» (عاملی، وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۲)، خود سلطان مال شخص را گرفته است. پس چگونه شخص می‌تواند از طریق حاکم استیفای حق کند؟ یا حسنه ابی بکر حضرمی «قال: قلت له رجل عليه درهم فجحدني و حلف عليها، يجوز لي إن وقع له قبلي درهم أن أخذ منه بقدر حقِّي؟ قال: فقال: نعم» (همان ۲۷۴) اطلاقی ندارد که به آن تمسک شود؛ زیرا سائل و مجیب در مقام بیان نبوده‌اند و حتی انصراف به عدم بی‌نه دارد؛ زیرا اگر بی‌نه‌ای در کار بود، سائل آن را ذکر می‌کرد و می‌گفت آیا با وجود بی‌نه می‌توانم تقاص کنم؟ با ذکر این دو روایت، حال بقیه روایات معلوم می‌شود. پس از اساس، روایات دلالت بر جواز ندارند (سبحانی، نظام القضاء و الشهاده ۲: ۷۰). البته در فرضی که شخص بی‌نه دارد، ولی گرفتن حق توسط حاکم سهولت ندارد و دارای عسر و حرج است، از باب حکم ثانویه، تقاص استقلالی جایز است.

#### اشکال پنجم: عدم تفاوت بین منکر و مقر ممتنع

اشکال مهمی که متوجه مجوزین است، این است که بین منکر و مقر ممتنع چه فرقی هست؟ عده‌ای از فقهای که در منکر، قائل به جواز تقاص بودند، در مقر ممتنع، قائل به عدم جواز تقاص

شدند. مگر چه فرقی بین این دو وجود دارد؟ اگر به صرف اینکه طرف، صاحب حق است، پس می‌تواند حقیقش را از اموال منکر بگیرد؛ در فرض مقرر ممتنع هم شخص، صاحب حق است. پس باید بتواند تقاص کند، بلکه به طریق اولی در فرض مقرر ممتنع باید تقاص، جایز باشد؛ زیرا در این فرض، مدیون به دین، اقرار و از پرداخت امتناع می‌کند، ولی در فرض قبلی، اصلاً منکر بود. به عبارت دیگر، اگر شخص ادعای دینی را دارد و مدعی علیه انکار می‌کند، پس وجود دین ثابت نشده است، ولی می‌گوییم تقاص با وجود ثابت نشدن دین جایز است. اگر شخص ادعای دینی را کند و مدعی علیه به آن اقرار کند، ولی آن را ندهد، پس دین ثابت شده است، ولی می‌گوییم با وجود ثابت شدن دین، تقاص جایز نیست. لعمری هذا واضح.

اگر گفته شود در فرض مقرر و ممتنع، چون حاکم ولی الممتنع است، تقاص جایز نیست، می‌گوییم از آنجایی که شارع فقط در فرض امتناع به حاکم ولایت تصرف داده و در فرض انکار مدعی علیه و ثابت نشدن حق، ولایت تصرف نداده است، کشف می‌شود مدعی هم تا اثبات دعوا نکرده است، ولایت تصرف ندارد؛ زیرا اگر ولایت تصرف داشته باشد، یعنی قائل به این شده‌ایم که تصرف در مال غیر، تا اثبات دعوا نشود، برای احدی جایز نیست حتی حاکم ولی برای مدعی، جایز است. مطلب برای فرد منصف روشن است و توضیح بیشتر می‌شود توضیح واضحات.

## ب) تقویت قول مخالفان

علاوه بر اشکال‌های وارد شده به ادله موافقان جواز، ادله مخالفان بسیار متقن و پذیرفتنی‌تر است. خلاف اصل بودن تصرف در اموال دیگری بدون اذن صاحبش، دلیل محکمی است؛ زیرا اموال هر کس محترم است و کسی حق تصرف در آن را بدون اذن صاحبش ندارد، مگر در موردی که شارع اجازه داده باشد و آن مورد در صورتی است که مدیون، دینش را ادا نمی‌کند و حاکم شرع در اموال او تصرف می‌کند و دینش را می‌پردازد. به عبارت دیگر، حاکم، ولی الممتنع است و می‌تواند در اموال ممتنعین از ادای دینشان تصرف کند. پس وقتی می‌گوییم در صورت امکان رجوع به حاکم شرع و استیفای حق توسط او، گرفتن حق توسط خود داین جایز نیست،

کلامی بس متین و محکم است؛ زیرا اولاً تصرف در مال دیگری، خلاف اصل است مگر در موضع ضرورت که ضرورت در محل بحث ما منتفی است؛ چون حاکم حق را استیفا می‌کند. ثانیاً طلب شخص یک دین کلی بر ذمه است و مشخص کردن آن در اموال متعدد مدیون، ولایتی می‌خواهد که فقط در اختیار حاکم است؛ زیرا او ولی الممتنع است. پس همان طور که آیت الله سبحانی می‌فرماید: «لا یعارضه شیء، حتی قاعده لاضرر» (نظام القضاء و الشهادة ۲: ۷۱)، چیزی با آن معارضه نمی‌کند حتی قاعده لاضرر؛ زیرا فرض این است که از طریق حاکم، حق استیفا می‌شود.

### ج) امکان تفصیل در مسئله

شاید بتوان در مسئله قائل به تفصیل شد و قول مجوزین و قول نفی کنندگان را به طور مطلق قبول نکرد به این صورت که نظر آیت الله فاضل را در مسئله بپذیریم. آیت الله فاضل معتقد است تقاص استقلالی جایز است در صورتی که استیفا توسط حاکم عسر و حرج داشته باشد و در صورتی که استیفای حق توسط حاکم عسر و حرج نداشته باشد، جایز نیست: «فیما إذا أمکن ذلك بدون العسر و الحرج فالظاهر هو عدم جواز المقاصة» (تفصیل الشریعه ۳۹۷). علتی را که ایشان برای نظر خود به آن استناد می‌کند، استشهاد عرفی است: «لأنّ مورد تلك الأدلة علی ما هو المتفاهم عند العرف صورة انحصار طریق التوصل إلى الحقّ فی المقاصّة» (همان)؛ زیرا زمانی که از ائمه (ع) درباره جواز تقاص سؤال شد، زمانی بود که جلّ قضات که منصوب از طرف حاکم وقت بودند، غاصب و فاسد بودند و حاکم عادل کم بود. در نتیجه، استیفای حق توسط آنها عسر و حرج داشت و ائمه (ع) با توجه به شرایط آن زمان به جواز تقاص حکم می‌کردند. به عبارت دیگر، نظر آیت الله فاضل، نظر سوم در مسئله است و آن عبارت از تفصیل است. طبق آن، اگر استیفای حق توسط حاکم امکان داشته باشد، ولی عسر و حرج داشته باشد، تقاص استقلالی جایز است. اگر استیفا توسط حاکم عسر و حرج نداشته باشد، تقاص استقلالی جایز نیست.

در زمان حاضر که معمولاً پی‌گیری پرونده‌ها و سپری شدن زمان دادرسی بسیار طولانی است، از مصادیق عسر و حرج به شمار می‌رود و نظر فاضل کاربرد دارد و طبق آن تقاص

استقلالی جایز است. البته این امر کلی نیست و ممکن است در بعضی از مواقع، طولانی نباشد. در نتیجه، عسر و حرج، منتفی و به تبع آن، تقاص استقلالی جایز نیست. به طور کلی، نظر آیت الله فاضل خالی از قوت نیست.

## نتیجه

- ۱- بنا بر آنچه در این تحقیق، مستدل و یا مستند شده است، می توان این نتایج را برشمرد:
  - ۱- در صورتی که طلب، عین باشد، به اتفاق فقهای شیعه، تقاص استقلالی مشروع است.
  - ۲- در صورتی که طلب، دین باشد و مدیون، معترف به آن باشد و از ادای آن ممتنع نباشد، تقاص مطلقا جایز نیست.
  - ۳- در صورتی که استیفای حق از طریق حاکم شرع به هر دلیلی ممکن نباشد، از منظر تمامی فقهای امامیه، تقاص استقلالی جایز است.
  - ۴- بر خلاف نظر اکثریت فقهای شیعه بر جواز تقاص، هنگامی که مدیون، منکر دین کلی است، ولی داین بینه محکمه پسند دارد یا به آن مقرر است، ولی از ادایش امتناع می ورزد و استیفای حق از طریق حاکم ممکن است، به نظر می رسد تقاص استقلالی جایز نیست.
  - ۵- چنانچه قول مختار قابل پذیرش نباشد، به نظر می رسد که قول به تفصیل، ارجح است. در این قول، در صورت عسر و حرج در استیفای حق از طریق حاکم، تقاص استقلالی جایز است.

## فهرست منابع

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. لسان العرب. چاپ ۳، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: مؤلف، بی تا.
۴. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۵. حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۶. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۷. سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۸. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحکام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. چاپ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۲. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، علی کزازی. کتاب القضاء. قم: مهر، بی تا.
۱۳. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۵. فاضل‌آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.

١٦. حلّی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٨٧ هـ. ق.
١٧. حلّی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. المختصر النافع فی فقه الإمامیه. چاپ ٦، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ١٤١٨ هـ. ق.
١٨. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ ٢، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ هـ. ق.
١٩. موحّدی لنکرانی، محمدفاضل. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ١٤٢٠ هـ. ق.
٢٠. خویی، سید ابو القاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ١٤٢٢ هـ. ق.
٢١. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. کتاب القضاء. قم: دارالقرآن الکریم، ١٤١٣ هـ. ق.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۳، تابستان ۹۴

صفحات ۷۰ تا ۹۱

حسین حاجی حسینی\*

h.hosiny64@gmail.com

# بررسی مستندات اجرای علنی حدود در فقه شیعه

## چکیده

بحث اجرای علنی یا غیر علنی حدود در عصر غیبت از دیرباز یکی از موضوعات اختلافی بین فقهای امامیه و حقوقدانان کشور بوده است. امروزه با توجه به جنبه های اجتماعی و حقوقی گسترده این مساله فقهی در ابعاد ملی و بین المللی یافتن قول صحیح در این مساله ضرورتی مضاعف پیدا کرده است.

در این بین هر کدام از مخالفان و موافقان اجرای علنی حدود، ادله ای را مطرح کرده اند. مطابق این تحقیق ادله نقلی موافقان، آیه دوم سوره نور و برخی روایات است و ادله عقلی آنها ارباب و اصلاح جامعه که در نهایت نیز به اجماع تمسک کرده اند. دلایل قائلان به اجرای غیر علنی حدود، بیشتر از سنخ عقلی است. از جمله این دلایل می توان به وهن دین، مجازات مضاعف بر مجرم و خلاف اصل شخصی بودن مجازات ها اشاره کرد.

به نظر می رسد ادله قائلان به اجرای غیر علنی حدود در عصر غیبت، دارای نقد جدی است و با ادله ای که از قرآن و سنت و عقل در اجرای علنی وجود دارد، یاری معارضه ندارد. بنابر این قول مختار این مقاله ضرورت اجرای علنی حدود ولو در عصر غیبت است.

## کلیدواژگان:

کیفیت اجرای حدود، عصر غیبت، اجرای علنی، وهن دین، مستندات فقهی.

## مقدمه

بدون شک، کیفر، یکی از عناصر تضمین کننده اجرای قانون در جامعه است به طوری که بدون مجازات، نصوص قانونی به نوشتار ادبی تبدیل خواهد شد که تنها جنبه ارشادی دارند. در این صورت، تخلف از قانون به راحتی انجام می گیرد. زیرا هیچ ضرر مادی و معنوی و هیچ درد و رنجی، افراد جامعه را تهدید نمی کند. به همین دلیل، عقلا در اصل و جوب کیفر تردیدی ندارند، اما بر سر موضوع، نحوه و شکل اجرای آن اختلاف نظر دارند.

در این راستا بحث اجرای علنی یا غیر علنی حدود در عصر غیبت از دیرباز یکی از موضوعات اختلافی بین فقهای امامیه و حقوقدانان کشور بوده است. امروزه با توجه به جنبه های اجتماعی و حقوقی گسترده این مساله فقهی در ابعاد ملی و بین المللی یافتن قول صحیح در این مساله ضرورتی مضاعف پیدا کرده است. لذا پژوهش حاضر در راستای پرداختن به چنین ضرورتی با بهره گیری از تحقیقات انجام گرفته و با بررسی دقیق ادله عقلی و نقلی طرفین و جمع بندی آنها، در پی تبیین قول مختار است.

در این راستا، مقاله حاضر در صدد است به چنین پرسش هایی پاسخ دهد، اینکه نظریه های فقهای شیعه در اجرای علنی حدود در عصر غیبت چیست. در صورت جواز اجرای علنی، این حکم الزامی است و یا استحبابی. همچنین مستندات هر نظریه چیست و کدام در مقام مقایسه ترجیح دارند. علاوه بر این، اجرای علنی حدود تنها مربوط به حد زنا است و یا در بقیه حدود نیز قابل توسعه است. نهایتاً در فرض جواز اجرای علنی حدود، مصداق طایفه که در لسان ادله وارد شده است با چه تعداد محقق می شود.

## ۱- مفهوم ضرورت مجازات

برای حفظ نظم و ثبات هر جامعه بر اجرای یک سلسله مقررات پافشاری می‌کنند تا در پرتو اجرای آن، نظم و تعادل جامعه تأمین شود و به همین دلیل، مجازات مجرم توجیه پیدا می‌کند و مجازات او در راستای ترجیح مصالح عالی‌ه جامعه بر مصلحت افراد قرار می‌گیرد؛ زیرا افراد دیگری هم که در جامعه زندگی می‌کنند، دارای کرامت هستند. به صرف اهمیت حفظ کرامت یک فرد نمی‌توان اجازه داد هر کاری را انجام دهد که منجر به تعرض به حق و کرامت دیگران شود. در حقوق جزا به منظور دفاع از نظم عمومی، حفظ ارزش‌ها و کرامت انسان‌ها، واکنش‌هایی را در نظر می‌گیرند و این وظیفه اعمال مجازات را بر عهده حکومت‌ها می‌گذارند. از اینجاست که ضرورت مجازات مجرمان روشن می‌شود. امام خمینی (ره) هم در کتاب ولایت فقیه، هدف از تشریح و اجرای همه احکام اسلامی را تحقق عدالت می‌داند و می‌فرماید: «اسلام به قانون، نظر آلی دارد؛ یعنی آن را آلت و وسیله تحقق عدالت در جامعه می‌داند؛ وسیله اصلاح اعتقادی و اخلاقی و تهذیب انسان می‌داند. قانون برای اجرا و برقرار شدن نظم اجتماعی عادلانه به منظور پرورش انسان مهذب است. وظیفه مهم پیغمبران، اجرای احکام بوده و قضیه نظارت و حکومت مطرح بوده است». (ولایت فقیه ۷۳)

## ۲- مفهوم علنی بودن مجازات

علنی بودن مجازات به معنای منتشر کردن و آشکار کردن آن است. (فیومی، المصباح المنیر: ۲: ۴۲۷؛ راغب، مفردات ألفاظ القرآن ۵۸۲؛ التحقيق ۸: ۲۱۱؛ معجم مقاییس اللغة ۴: ۱۱۱) منظور از آشکار کردن در این مورد، یکی، انتشار خبر اجرای مجازات در بین مردم است و دیگر اینکه علاوه بر اطلاع مردم، حضور آنها در زمان اجرای حکم لازم است و در اصطلاح فقها، طبق روایات متعدد، اعلان مجازات صرفاً با حضور مردم عینیت پیدا می‌کند. (المهذب: ۲: ۵۲۸؛ المهذب البارع ۵: ۴۲؛ إيضاح الفوائد ۴: ۴۸۱)

### ۳- مفهوم حد

حد به معنای منع است. آهن را حدید می‌گویند؛ چون قابل نفوذ نیست؛ یعنی منع می‌کند از اینکه چیزی در آن نفوذ کند و به دربان هم حداد می‌گویند؛ چون از ورود و نفوذ اغیار به داخل جلوگیری می‌کند و به تازیانه زدن، حد می‌گویند؛ چون موجب منع از ارتکاب مجدد می‌شود. (نجفی، جواهر الکلام ۱: ۲۵۴) به تصریح راغب اصفهانی، علت تسمیه حد زنا و حد خمر آن است که مرتکب را از ارتکاب جدید باز می‌دارد و دیگران را نیز از ارتکاب آن منع می‌کند و به چشم تیزبین هم حدید می‌گویند؛ چون از مخفی شدن چیزها منع می‌کند. «فبصرک الیوم حدید». (مفردات ألفاظ القرآن ۱۴۹)

### قائلین به جواز اجرای علنی حدود

در میان موافقان، عده‌ای قائل به وجوب و عده‌ای قائل به استحباب اجرای علنی حدود هستند. قائلین به وجوب، وجوب را از امر «ولیشهدوا»<sup>۱</sup> استنباط کرده‌اند که از آن میان می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد. علامه حلی در قواعد الاحکام می‌فرماید: «برای امام سزاوار است هرگاه حدی را اجرا می‌کند، مردم را آگاه سازد و به آنان فرمان دهد که حاضر شوند و حضور طایفه‌ای از مردم واجب است».<sup>۲</sup> (قواعد الاحکام ۳: ۵۲۹) صاحب جواهر می‌فرماید: «هیچ اشکال و خلافی در این نیست که سزاوار است امام و کسی که جانشین امام است، هرگاه اراده کرد حدی را اجرا کند، مردم را خبردار سازد تا برای اقامه حد اجتماع کنند، بلکه برای امام سزاوار است که مردم را به حضور فرمان دهد، همان گونه که امیرالمؤمنین علی (ع) به مردم فرمان داده و مستحب است هنگام اجرای حد، گروهی حاضر باشند...».<sup>۳</sup> (جواهر الکلام ۴۱: ۳۵۳ و ۴۹۲)

مقدس اردبیلی در زبدة البیان، حضور مردم را واجب می‌داند و می‌فرماید: «آیه بر وجوب احضار

۱. ولیشهدوا طائفة من المؤمنین. (نور/۲)

۲. «ینبغی للامام اذا استوفی حدا ان یشعر الناس و یامرهم بالحضور و یجب حضور طائفة...»

۳. «و لا اشکال و لا خلاف فی انه ینبغی للامام و من قام مقامه اذا اراد استیفاء الحد ان یعلم الناس لیتوفروا علی حضوره بل الذکا ینبغی له ایضا ان یامرهم به کما فعله امیرالمؤمنین علیه السلام و ینبغی ان یحضر اقامة الحد طائفة...»

طایفه‌ای از مؤمنان دلالت می‌کند تا شاهد رنج و عذاب آن دو باشند»<sup>۱</sup> (۶۶۰) آیت‌الله خوبی در مبانی تکمله المنهاج می‌گوید: «سزاوار است مردم برای حضور در محل اقامه حد آگاه شوند، بلکه - آنچه از فعل امر در آیه - ظاهر است، وجوب حضور عده‌ای برای اقامه حد است»<sup>۲</sup> (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۶۹). آیت‌الله میرزا جواد تبریزی می‌فرماید: «به طور کلی، حضور مردم هنگام اقامه حد اعم از تازیانه و رجم واجب است»<sup>۳</sup> (أسس الحدود و التعزیرات ۱۴۹) آیت‌الله موسوی گلپایگانی در الدر المنضود نیز می‌فرماید: «ظاهر فعل امر در آیه بر وجوب دلالت دارد. از این رو، به ناچار باید گفت که حضور جمعی در هنگام اقامه حد، واجب است، نه مستحب به دلیل اخذ به ظاهر صیغه امر که در وجوب ظهور دارد»<sup>۴</sup> (۴۲۸: ۱)

گروهی از فقها اجرای علنی حدود را مستحب می‌دانند. صاحب شرائع می‌فرماید: «سزاوار است مردم از اقامه حد آگاه شوند تا در محل اقامه حد اجتماع کنند و مستحب است هنگام اقامه حد، عده‌ای حاضر شوند»<sup>۵</sup> (شرائع الاسلام ۴: ۴۴۱) شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «هرگاه حد بر زانی واجب شود، مستحب است عده‌ای در محل اقامه حد حاضر شوند»<sup>۶</sup> (۸: ۸) امام خمینی در تحریر الوسیله، آگاه کردن مردم و فرمان دادن مردم برای حضور در اقامه حد را مستحب و احتیاط را در این می‌داند که عده‌ای از مؤمنان که از سه نفر کمتر نباشند، هنگام اجرای حد حاضر باشند.<sup>۷</sup> (۲: ۲۴) دلیل این گروه از فقها، حمل امر بر استحباب، اصل عدم وجوب (شهید ثانی، الروضة البهیة ۹: ۹۵) و احترازی بودن قیود (فاضل مقداد، کنز العرفان ۲: ۳۴۲) است. بنابراین، با توجه به اینکه فقها به وجوب یا استحباب اجرای علنی حدود فتوا داده‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که در جواز آن هیچ تردیدی نیست.

۱. «و تدل (الآیه) ایضا علی وجوب احضار طائفة ليشهد عذابهما.»

۲. «بل الظاهر وجوب حضور طائفة لإقامته... كما علیه جماعة، لظاهر الآية الكريمة.»

۳. «نعم، ظاهرها كون الحكم إلزامياً، و علی الجملة يجب الحضور لإقامة الحد جلدًا كان أو رجماً»

۴. «لكن الظاهر من الأمر هو الوجوب و علی هذا فلا بدّ من القول بوجوب ذلك لا استحبابه أخذًا بظاهر صيغة الأمر»

۵. «و ينبغي ان يعلم الناس ليتوفروا علی حضوره و يستحب ان يحضر اقامة الحد طائفة»

۶. «إذا وجب الحد علی الزانی يستحب أن يحضر اقامته طائفة»

۷. «ينبغي للحاكم إذا اراد اجراء الحد ان يعلم الناس ليجتمعوا علی حضوره بل ينبغي ان يامرهم بالخروج لحضور الحد و الاحوط حضور طائفة من المؤمنين ثلاثة أو أكثر»

## اصل و قاعده اولی در اجرای مجازات

یکی از بحث‌های کارساز و راه‌گشا درباره مجازات آشکار، روشن شدن قاعده اولیه در اجرای مجازات است؛ یعنی آیا ظهور اولیه در اجرای احکام، به علنی بودن آن انصراف دارد یا به پنهانی بودن آن؟ در این زمینه، بین حقوق باید تفاوت قائل شد؛ زیرا آنچه در حقوق الناس اهمیت دارد، جلب نظر صاحب حق است. از این رو، مثلاً در حق قصاص، ولی دم مخیر است بین اینکه مجرم را قصاص کند یا از او دیه بگیرد یا اینکه او را عفو کند. بنابراین، در حقوق الناس به این دلیل که همیشه رضایت مدعی و اجازه او در اجرای حکم شرط است، ضرورتی ندارد مجازات مجرم حتماً در ملاء عام انجام شود، هرچند در این خصوص نیز مجازات علنی می‌تواند فوایدی داشته باشد. (نک: تفسیر نمونه ۱۴: ۳۶۴)

در حقوق الله، مدعی، فرد خاصی نیست و جامعه از این قبیل جرایم زیان می‌بیند. جرم یادشده، حقی است که برای خدا ایجاد شده است و همه مردم در آن، مدعی العموم محسوب می‌شوند. پس این اصل چنین دلالت دارد که حکم باید به صورت آشکار اجرا شود. بنابراین، می‌توان ادعا کرد که قاعده اولی در حقوق الله، اجرای علنی است و در این راستا روایات فراوانی وجود دارد که به آنها پرداخته می‌شود. صرف نظر از این روایات، احادیث دیگری نیز کاشف از سیره امامان معصوم (علیهم السلام) در مورد اجرای علنی مجازات در بخش حقوق الله هستند و گویا مجازات علنی در این بخش، امری مسلم و مفروغ عنه است. این دسته از روایات در مجازات علنی صراحت ندارند، اما سیاق آنها بیانگر عادی بودن مجازات علنی است، مانند روایاتی که بر مرور امیرالمؤمنین علی (ع) یا امام صادق (ع) از محل اجرای حکم دلالت دارند. (حر عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۳۱۵-۳۱۶) آن بزرگواران وقتی با این صحنه مواجه می‌گردیدند، متذکر هر گونه اشتباه می‌شدند، ولی هیچ‌گاه از علنی بودن مجازات انتقاد نمی‌کردند.

در نهایت، می‌توان گفت از آنجا که حدود (مانند حد زنا، شرب خمر و ارتداد) بیشتر در موارد حق الله مصداق دارد، قاعده این است که مجازات آن باید در ملاء عام اجرا شود. در قصاص نیز از آنجا که موارد آن در حق الناس مصداق دارد، اصل اولی آن است که حکم آن باید به صورت غیر علنی اجرا شود مگر اینکه مصلحت مسلمانان، علنی بودن آن را اقتضا داشته باشد. در تعزیرات

چون به جرایم کوچک و سبک مربوط می‌شود و موارد آن هم در هر یک از حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند مصداق داشته باشد و از طرفی کیفیت اجرای آن نیز مانند کمیّت آن به نظر قاضی بستگی دارد، نمی‌توان اصلی مبنی بر علنی یا غیر علنی بودن در آن تأسیس کرد. حاکم اسلامی بنا بر صلاح مورد نظر خود می‌تواند به مقدار گناهی که مجرم مرتکب شده و با توجه به شرایط جسمی و روحی‌اش، وی را مجازات کند، چنان‌که در برخی روایات به این مطلب اشاره شده است. (حر عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۵۸۴)

### اختصاص اجرای علنی حدود به زنا یا سرایت آن به تمام حدود

ضرورت طرح این بحث از این باب است که به نظر برخی فقها، اجرای علنی حدود تنها در حد زناست و سرایت آن به جرایم دیگر، استناد فقهی ندارد. با این حال، دلایلی وجود دارد که می‌توان گفت جواز اجرای علنی حدود در جرایم دیگر هم دلیل فقهی دارد که به دو دسته از این ادله اشاره می‌کنیم.

#### الف) آیه دوم سوره نور

در این آیه، حد در مورد زنا یا غیر محصنه است، اما فقها آن را در زنا یا محصنه مطرح کرده‌اند. اساساً روش فقها در متون فقهی این است که بیشتر احکام مربوط به حدود را در بحث حد زنا بیان کرده‌اند؛ یعنی با نفی خصوصیت از حد زنا و عام جلوه دادن حد زنا، حکم آن را به دیگر ابواب حد تسری می‌دهند، مثل تأخیر در اجرای حد، ضغث، ارتکاب جرم مستوجب حد در زمان یا مکان مقدس، عدم اجرای حد در سرزمین دشمن، عدم کفالت و شفاعت در حد و غیر آن.

#### ب) روایت

با بررسی برخی روایات درمی‌یابیم که ادله اجرای علنی حدود، در حد زنا منحصر نیست که به دو روایت اشاره می‌شود:

۱. در این روایت آمده است که امام در مقابل اصحاب خود، حدّ فردی را که به لواط اقرار کرده و مجازاتش، سوزاندن بود، در حضور دیگران اجرا کرد.<sup>۱</sup> طبق این روایت که از عبارت «فی

۱. قال بینما امیرالمومنین (ع) فی ملا من اصحابه اذا اتاه رجل فقال: یا امیرالمومنین انی اوقیت علی غلام فطهرنی ... ثم قام و هو باک حتی دخل الحفیره التی حفرها له امیرالمومنین (ع) و هو یری النار تتاحج حوله، قال: فبکی امیرالمومنین (ع) و بکی

ملاً من اصحابه» تعبیر کرده است، استفاده می‌شود که اجرای حد لواط به صورت علنی و در حضور مردم اقامه می‌گردید که از لفظ «جمعياً» مستفاد است.

۲. در روایت دیگری، ابی بصیر می‌گوید: «از امام صادق (ع) در خصوص چگونگی حد تازیانه در زمان پیامبر اکرم (ص) پرسیدم. امام جواب داد: با کفش‌ها زده می‌شد و هر گاه شارب خمری آورده می‌شد، بر زدن‌ها افزوده می‌شد و همین‌طور مردم اضافه می‌کردند تا اینکه به ۸۰ ضربه متوقف می‌شد.»<sup>۱</sup>

به‌طور کلی، از مجموعه روایات و سیره معصومین فهمیده می‌شود که همه حدود به صورت علنی اجرا می‌شد و اصولاً مکان خاصی نبود که مختص به اجرای مجازات باشد. لازمه بعضی از مجازات‌ها، اجرای علنی آنهاست، مانند صلب که به صورت رسمی و علنی اجرا می‌شد، نه مخفی یا مجازات تبعید که اصولاً لازم است حاکم شرع اعلام کند فالان شخص، تبعیدی است، با او معامله و رفت و آمد نکنید و بر او سخت بگیرید. صاحب جواهر می‌گوید: «محارب از شهرش تبعید می‌شود و به هر شهری که او مأوا گزیند، حاکم باید بنویسد که با او هم‌غذا و هم‌مجلس نشوند و با او معامله نکنند». (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۲۹۵) بنابراین، قول به جواز اجرای علنی مجازات در تمامی حدود به صواب نزدیک‌تر است و اجرای علنی مجازات به حد زنا اختصاص ندارد.

## ادله موافقان اجرای علنی حدود

قائلان به اجرای علنی حدود، به قرآن، روایات، عقل و اجماع تمسک کرده‌اند:

### ۱- قرآن

از میان آیات قرآن به آیه دوم سوره نور استناد کرده‌اند.<sup>۲</sup> در این آیه تصریح شده است که طایفه‌ای از مؤمنان باید شاهد عذاب و رنج زانیه و زانی هنگام اجرای حد باشند و این نص در

اصحابه جمعاً فقال له امیرالمؤمنین (ع): قم... (عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۸: ۴۲۳).

۱. «عن ابی بصیر عن ابی عبدالله (ع) قال: قلت له کیف کان یجلد رسول الله (صلی الله علیه و آله)، قال: فقال: کان یضرب بالنعال و یزید کلما اتی بالشارب ثم لم یزل الناس یزیدون حتی وقف علی ثمانین» (وسائل الشیعه ۱۸: ۴۶۶)  
۲. «الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ». (نور/۲)

اجرای علنی حد زناست. این آیه گذشته از وجوب حضور طایفه‌ای از مردم یا استحباب آن، در هر صورت، بر اجرای علنی حدود و در کل، مجازات‌ها دلالت دارد. به اعتقاد بعضی از فقهای نامدار مانند ابن ادریس حلی (سرائر ۲۳: ۲۳۱) محقق حلی (المختصر النافع ۲۱۷) شهید ثانی (شرح الروضة البهیة ۹: ۹۵؛ مسالك الافهام ۲: ۴۳۰) و یحیی بن سعید حلی (الجامع للشرایع ۵۴۹) واجب است مجازات زنا در حضور جمعیت مؤمنان انجام گیرد. این دسته از فقها به دلالت جمله «ولیشهد» که صیغه امر و دستور است، حضور طایفه‌ای از مؤمنان را واجب می‌دانند؛ زیرا صیغه امر طبق قاعده در وجوب ظهور دارد و اصل در آن، وجوب است.

فقها بر اساس این آیه، وجوب یا استحباب حضور طایفه‌ای از مؤمنان را پذیرفته‌اند، اما در خصوص اینکه مراد از «طایفه»، چند نفر باشد، اختلاف نظر دارند. عده‌ای قائلند که مقصود از «طایفه»، حداقل، یک نفر است. برخی، حداقل دو نفر؛ برخی دیگر، سه نفر و برخی نیز ده نفر را مطرح کرده‌اند. بعضی دیگر این امر را به عرف واگذار کرده‌اند. اکنون نظر قائلین به این احوال را بررسی می‌کنیم:

#### ۱- حد اقل یک نفر

از جمله فقهای که این قول را پذیرفته‌اند، به محقق حلی (المختصر النافع ۱: ۶۳)، فاضل مقداد (کنز العرفان ۲: ۳۴۲)، جمال‌الدین حلی (المهذب البارع ۵: ۴۳)، آیت‌الله خویی (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۶۹)، میرزا جواد تبریزی (أسس الحدود و التعزیرات ۱۴۸) و شیخ طوسی (النهاية ۷۰۱) می‌توان اشاره کرد. شیخ طوسی در کتاب «خلاف» (۵: ۳۷۴) از آن عدول کرده و اقل طایفه را ده نفر دانسته است.

#### دلایل این دسته

الف) اصالة البرائة: اصل عدم زیاده. (المهذب البارع ۵: ۴۳) هنگام شک در لزوم حضور بیش از یک نفر، اصل عدم زیاده یا اصل عدم وجوب بیش از یک نفر جاری می‌شود و مقتضای این اصل، کفایت یک نفر است.

ب) معتبره غیاث ابن ابراهیم از امام صادق (ع) از امیرالمؤمنین علی (ع)<sup>۱</sup>.  
 ج) قول لغوی: برخی از فقها به قول «فراء» استناد کرده‌اند. فراء تصریح کرده است که طایفه بر یک نفر هم اطلاق می‌شود؛ چون «طایفه» از نظر لغوی به معنای قطعه‌ای از یک شیء است و یک نفر نیز قطعه و جزئی از یک جماعت محسوب می‌گردد.

## ۲- حد اقل دو نفر

قرطبی در تفسیر خود یکی از قائلین این قول را عکرمه می‌داند (الجامع لأحكام القرآن ۱۲: ۱۶۶). به نقل از قرطبی، عکرمه مراد از طایفه را دو نفر ذکر و به ایه شریفه «نَفْر»<sup>۲</sup> استناد کرده است. صاحب جواهر نیز استدلال این گروه را این گونه می‌آورد: «فرقه» اسم جمع است و دلالت بر حداقل سه نفر می‌کند و طایفه که از آن استثنا شده، دلالت بر دو یا یک نفر دارد. با این حال، از باب احتیاط، حمل بر دو نفر می‌شود (جواهر الکلام ۴۱: ۳۵۴)، اما این رأی، مخالف ظاهر آیه است و نمی‌توان برخلاف ظاهر آیه حکم کرد.

## ۳- حد اقل سه نفر

برخی دیگر، حضور حداقل سه نفر را لازم دانسته‌اند. از آن جمله می‌توان به ابن ادریس (السرائر ۳: ۴۵۴) و حضرت امام خمینی (تحریر الوسيلة ۸۷۱) اشاره کرد.

این دسته از فقها نیز چند دلیل برای مدعای خود ذکر کرده‌اند:

الف) طبق قول لغویین، طایفه از «طَوْف» و «حاطه» بر یک شیء یا فرد می‌آید. بنابراین، «طائفة من الناس» یعنی جماعتی که اطراف یک شیء حلقه زده‌اند. واضح است که تحقق این معنا مستلزم حضور حداقل سه نفر است. (السرائر ۳: ۴۵۴)

ب) «طایفه»، اسم جمع و اقل جمع، عدد سه است. (همان)

ج) عرف از لفظ «طایفه» چنین برداشتی دارد و از آن، سه نفر را اراده می‌کند. (همان)

۱. و تدلّ علیه معتبره غیاث بن ابراهیم، عن جعفر، عن أبيه عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): «في قول الله عزّ وجلّ «ولا تأخذكم بهم رافه في دين» قال: في إقامة الحدود، و في قوله تعالى «وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ» قال: الطائفة واحد» (عاملي، وسائل الشيعه ۲۸: ۹۳؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۵۴)  
 ۲. «... فَأُولَئِكَ نَفْرٌ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ». (توبه/۱۲۲)

د) یا توجّه به ارجاع ضمیر جمع به لفظ «طایفه» در آیه «نفر» که می‌فرماید: «... طائفة لیتفقّوها...»، پی می‌بریم که لفظ «طایفه»، جمع و اقل آن، سه نفر است. (همان)

#### ۴- حدّ اقل ده نفر

شیخ طوسی در «خلاف»، حضور حدّ اقل ده نفر را لازم می‌داند و در مقام استدلال می‌نویسد: «دلیل ما بر این رأی، رعایت احتیاط است؛ چون هر گاه ده نفر حاضر شوند، مطمئناً حدّ اقل رعایت گردیده است.»<sup>۱</sup> (الخلاف ۵: ۳۷۴)

بعضی از فقها همچون علامه حلی نسبت به این رأی اعتراض کرده و رعایت احتیاط را در این زمینه، بدون وجه دانسته‌اند. (مختلف الشیعة ۹: ۱۷۰) ابوالفتوح رازی در تفسیر «روح الجنان» نیز مقصود از طایفه را حدّ اقل ده نفر دانسته است. (۱۴: ۸۱)

#### ۵- رجوع به عرف

برخی دیگر از فقها همچون علامه در «مختلف الشیعه» (مختلف الشیعة ۹: ۱۷۰) در تعیین مراد از طایفه، رجوع به عرف را معتبر دانسته‌اند. هر چند ممکن است این معیار با نظر شارع موافق‌تر باشد، اما این اختلاف همچنان در تعیین مصادیق عرف وجود خواهد داشت.

### ۲- روایات

۱- ۲. روایت زراره از امام صادق (ع) که در آن، حضرت صادق (ع) فرمود: «مردی را خدمت امیرالمؤمنین علی (ع) آوردند که به جرم عفافی اقرار کرده بود. پس امیر مؤمنان علی (ع) به اصحابش فرمود: فردا صبح در حالی که صورت خود را پوشانده‌اید، نزد من بیایید. صبح هم به آنان فرمود: هر کس مثل عمل او را مرتکب شده است، او را رجم نکنند و برگردد. برخی از اصحاب منصرف شدند و برخی هم ماندند و او را رجم کردند». طبق این روایت، امام فرموده است که مردم حاضر شوند و حد به صورت علنی اجرا شود.<sup>۲</sup>

۱. «أقل ذلك عشرة... و دلیلنا: طريقة الاحتیاط، لأنه إذا حضر عشرة دخل الأقل فيه، و لو قلناه بأحد ما قالوه لكان قویاً، لأن لفظ الطائفة يقع علی جميع ذلك.»

۲. قال: أتى امیرالمؤمنین علیه السلام برجل قد أقر علی نفسه بالفجور فقال امیرالمؤمنین علیه السلام لاصحابه: اغدوا غدا علی منتملین فقال لهم: من فعل مثل فعله فلا یرجمه و لیصرف، قال: فانصرف بعضهم و بقى بعضهم فرجمه من بقى منهم. (عاملی، وسائل الشیعة ۱۸: ۳۴۲)

۲- ۲. روایت امام صادق (ع) درباره شخصی است که به لواط، اقرار و شدیدترین مجازات آن را که آتش باشد، اختیار کرده بود. وقتی وارد گودال آتش شد، امیر مؤمنان علی (ع) و اصحابش به گریه افتادند.<sup>۱</sup> از این روایت معلوم می‌شود که حضرت به اتفاق گروهی از اصحابش، شاهد اجرای حد بودند.

۳- ۲. روایت دیگر ابی بصیر از امام صادق (ع) است که ابی بصیر در مورد چگونگی حدّ تازیانه در زمان پیامبر اکرم (ص) از امام صادق (ع) سؤال کرد. امام صادق (ع) فرمود: «با کفش‌ها زده می‌شد و هر گاه شارب خمر آورده می‌شد، بر زدن‌ها افزوده می‌شد. همین‌طور مردم اضافه می‌کردند تا اینکه به ۸۰ ضربه برسد».<sup>۲</sup> از این روایت نیز فهمیده می‌شود که حدّ زدن شراب‌خوار به دست مردم بیانگر علنی بودن اجرای حدّ شرب خمر و دیگر حدود است.

۴- ۲. روایت دیگری درباره حضرت عیسی (ع) از امام صادق (ع) نقل شده است که نشان می‌دهد اجرای علنی حدود تنها مخصوص اسلام نیست. مردی نزد عیسی (ع) آمد و گفت: «من زنا کرده‌ام. مرا پاک کن. حضرت عیسی (ع) دستور داد بین مردم ندا دهند و آنان را دعوت کنند و هیچ کس در خانه نماند، بلکه همه بیایند تا شاهد اجرای حد باشند».<sup>۳</sup>

### ۳- ادله عقلی

#### ۱- ۳. اصلاح جامعه

حقوق‌دانان همواره سه هدف اصلی را برای مجازات برمی‌شمارند: ترساندن، سزادهی و اصلاح قانون‌گذار با این تصور که ترس از مجازات سنگین ممکن است بزه‌کار احتمالی را از

۱. «قال بینما امیر المؤمنین علیه السلام فی ملا من اصحابه اذ اتاه رجل فقال: یا امیر المؤمنین علیه السلام انی اوقبت علی غلام فطهرنی ... ثم قام و هو باک حتی دخل الحفیرة الّتی حفرها له امیر المؤمنین علیه السلام و هو یری النار تتاجج حوله، قال: فیکى امیر المؤمنین علیه السلام و یکى اصحابه جمیعاً فقال له امیر المؤمنین علیه السلام: قم...» (عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۴۲۳)

۲. «عن ابی بصیر عن ابی عبدالله (ع) قال: قلت له کیف کان یجلد رسول الله (ص) قال: فقال: کان یضرب بالنعال و یرید کلما اتى بالشارب ثم لم یزل الناس یریدون حتی وقف علی ثمانین» (عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۴۶۶)

۳. «قال الصادق (ع): ان رجلاً جاء الی عیسی بن مریم (ع) فقال: یا روح الله انی زنی، فطهرنی، فامر عیسی (ع) ان ینادی فی الناس ان لا یتقی احد الا یرجى تطهیر فلان» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۵۳)

اندیشه‌های شیرانه منصرف گرداند و با اجرای آن امیدوار است درس عبرتی به آنها داده باشد.  
(اردبیلی، حقوق جزای عمومی ۲: ۱۲۸)

امام خمینی (ره) هم اجرای علنی حدود را موجب اصلاح جامعه می‌داند و درباره اجرای علنی مجازات‌ها می‌فرماید: «اگر چهار تا دزد، دستش را ببرند در مجمع عمومی، دزدی تمام می‌شود».  
(صحیفه نور ۷: ۲۲۸)

## ۲-۳. عبرت‌پذیری و بازدارندگی عمومی

همان‌طور که ذکر شد، ترساندن، یکی از اهداف مجازات است. ترساندن شامل ترساندن خاص و عام می‌شود. هدف در ترساندن خاص، ترساندن فرد مجرم به منظور پیش‌گیری از تکرار جرم از سوی اوست و هدف در ترساندن عام، ترساندن جامعه و مجرمان احتمالی است. سزار بکاریا در «رساله جرایم و مجازات‌ها» اذعان می‌کند که مجازات باید حتمی و اجرای آن، سریع و آشکار باشد. وی معتقد بود: «حتمی بودن عقوبتی حتی معتدل همیشه تأثیری شدیدتر از ترس از مجازاتی موحش به جا می‌گذارد که امید رهایی در آن راه دارد». (رساله جرایم و مجازات‌ها ۹۸ - ۹۹)

فاضل مقداد (کنز العرفان ۲: ۳۴۲) از قدما و آیت‌الله مکارم شیرازی (الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل ۱۱: ۱۳) از معاصران به این دلیل استناد کرده‌اند.

ادله عقلی فقط در این موارد احصا نمی‌شود. برخی از موافقان در کتاب‌ها و مقالات خود، ادله دیگری را نیز آورده‌اند که نیازی به بیان تفصیلی آنها نیست و تنها به ذکر آنها بسنده می‌شود. از این ادله می‌توان به این موارد اشاره کرد. افزایش سطح امنیت اجتماعی و روانی در مردم، به نمایش گذاشتن اقتدار نظام اسلامی، مرهم نهادن بر قلوب جریحه‌دار مردم، پیش‌گیری از تبانی‌های احتمالی در اجرای حدود و مجازات‌ها از نتایج اجرای علنی است. (فلاح، اجرای حدود و مجازات‌ها از منظر عقل و نقل ۲۵۷)

## ۴- اجماع

با توجه به صراحت آیه ۲ سوره نور و تواتر روایات وارده از معصومین و نیز ادله متعدد عقلی که بر ضرورت اجرای علنی (حداقل) بخشی از حدود و مجازات‌ها وجود دارد، در اصل موضوع،

اختلافی نیست و همگان بر ضرورت آن اتفاق نظر دارند. شیخ طوسی از عبارت «بلاخلاف»<sup>۱</sup> استفاده کرده و آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز از شیخ طوسی، «عدم خلاف» در زمینه وجوب حضور طایفه‌ای از مؤمنان را در زمان اجرای حد نقل کرده است. (تفصیل الشریعه - الحدود ۲۳۶)

## ادله مخالفان اجرای علنی مجازات‌ها

مخالفان اجرای علنی مجازات‌ها برای اثبات نظریه خود، دلایلی را ذکر کرده‌اند که اکنون بررسی و نقد می‌کنیم:

اجرای علنی مجازات‌ها بر خلاف اصل شخصی بودن مجازات است: (نہازی، بهینه‌سازی اجرای آشکار حدود ۲) آثار آن بر خانواده و دیگر بستگان مجرم هم اعمال می‌شود. اینکه هر کس، مسئول عمل خویش است،<sup>۲</sup> به این معنا نیست که مجازات باید چنان باشد که هیچ کس غیر از مجرم حتی به صورت غیر مستقیم آزرده نگردد یا آسیب نبیند؛ چون در این صورت، تقریباً هیچ مجازاتی قابلیت اجرا پیدا نمی‌کند. در تمام مجازات‌ها ممکن است بستگان و خانواده مجرم و تعدادی از افراد جامعه هم متأثر شوند یا زیان ببینند، اما این آثار غیر مستقیم، با اصل شخصی بودن مجازات‌ها منافات ندارد. مثلاً اگر مجرم به مجازات حبس هم محکوم شود، باز هم خانواده و بستگان او از نظر مالی و روحی زیان می‌بینند و اگر بخواهیم این تبعات اجرای مجازات را از بین ببریم، باید کاملاً از اجرای آن دست برداریم.

اجرای علنی موجب وهن دین است و جایز نیست: (همان) در کبرای این قضیه اشکالی نیست، اما صغرای آن اثبات نشده است. بنابراین، نمی‌توان به این نتیجه رسید. صغرای قضیه این است که اجرای علنی حدود موجب وهن دین خواهد شد. کبرای قضیه این است که هر عملی که موجب وهن دین باشد، جایز نیست. صغرای قضیه محل بحث است؛ یعنی آیا به طور مطلق، اجرای علنی در تمامی حدود موجب وهن دین است؟ اگر ثابت شود که جواب مثبت است، می‌توان گفت که اجرای علنی حدود جایز نیست، ولی به مجرد احتمال نمی‌توان به عدم جواز حکم داد. یکی از فقهای معاصر در

۱. «یستحب أن يحضر عند إقامة الحد علی الزانی طائفة من المؤمنین بلا خلاف».

۲. و لا تزر وازرة وزر اخرى.

خصوص نحوه اجرای رجم می‌گوید: «چنانچه حقیقتاً مستلزم وهن اسلام باشد، می‌توان شیوه اجرای آن را تغییر داد» (موسوی اردبیلی، گنجینه آرای فقهی قضایی، کد سؤال ۸۶) ولی با تخیل نباید در حکم اسلام دست برد.

بنابراین، شاید در برخی موارد، اجرای علنی حدود موجب وهن دین گردد و با حکومت ادله دیگر همچون قاعده اهم و مهم، قاعده مصلحت و حفظ نظام از اجرای آن به شیوه علنی بتوان دست برداشت. با این حال، نمی‌توان این حکم را به تمام مجازات‌ها سرایت داد؛ زیرا با اثبات وجوب اجرای علنی از روایات، اصل در اجرای علنی است و مواردی را که موجب وهن می‌شود، با تخصیص می‌توان از این حکم کلی خارج کرد.

اجرای علنی حدود با هدف و مجازات که اصلاح مجرم است، منافات دارد و با تأثیر منفی بر مجرم، زمینه بازگشت او را به جامعه از بین می‌برد: (قربان‌نیا، اجرای مجازات ۹۵) این دلیل به نظر می‌رسد تنها هدف مجازات را اصلاح مجرم دانسته است، در صورتی که اولاً مجازات اهداف دیگری هم دارد، مثل ارعاب و بازدارندگی. ثانیاً اگر اجرای مجازات به طور علنی با هدف مجازات که یکی از آنها، اصلاح مجرم است، منافات داشت، در سیره معصومین (علیهم السلام) بر آن تأکید نمی‌شد؛ زیرا حدود در زمان معصومین با همین هدف به صورت علنی اجرا می‌شد. ثالثاً تمام مجازات‌ها برای مجرم تلخ است و ممکن است اثر منفی بگذارد، هر چند تأثیر منفی مجازات علنی بر مجرم بیشتر است. با این حال، برای دستیابی به تمام اهداف مجازات، علنی بودن آن ضرورت دارد. رابعاً عکس این قضیه به نظر صادق‌تر می‌آید؛ زیرا می‌توان گفت یکی از آثار اجرای علنی مجازات‌ها، اصلاح مجرم است؛ یعنی اگر مجرم بداند به چه نحوی مجازات می‌شود، با یک حساب ساده، ممکن است از ارتکاب جرم منصرف شود. اگر بداند که زبان عمل او بیشتر از سود آن است و هزینه جرم بالاست و یک بار آن را تجربه کرده است، مطمئناً در تصمیم‌گیری او مؤثر خواهد بود. از این رو، برخی از جرم‌شناسان می‌گویند: «اگر مجازات به حد کافی ناخوشایند و زنده باشد، متخلف، جرم را تکرار نخواهد کرد». (پیش‌گیری از جرم ۵۴)

شیخ مفید در مقنعه می‌گوید: «هنگامی که امام یا جانشین امام خواست زن و مرد زانی را حد بزند، باید مردم را برای حضور در محل اقامه حد آگاه سازد. وقتی مردم جمع شدند، در حضورشان بر آن دو

حد جاری کند تا هر کس که این دو را می‌بیند، از انجام چنین کاری منزجر شود و برای دیگران عبرت و درس باشد.<sup>۱</sup> (المقنعه ۷۸۰ - ۷۸۱)

اجرای علنی حدود هرگز بازدارنده نیست و به جای ایجاد رعب و وحشت در بین مردم، بزه‌کاران و تماشاکنندگان موجب هم‌دردی آنها با جرم می‌شود: (نهای، بهینه‌سازی اجرای آشکار حدود ۳۴) این سخن در بعضی موارد اندک صحیح است، اما کلیت ندارد و در بسیاری از جرایم شنیع که روح افراد جامعه را آزرده و افکار عمومی را متأثر می‌کند، اجرای علنی و سریع مجازات مجرم، تقریباً خواست همه افراد است؛ زیرا این نحوه مجازات می‌تواند روح آزرده آنها را تا حدی التیام بخشد. همچنین موجب رعب و وحشت مجرمان و دل‌گرمی مردم به اجرای عدالت توسط دستگاه قضایی می‌شود.

اجرای علنی مجازات‌ها موجب تحمیل مجازات مضاعف بر مجرم می‌گردد: (فتحی، «بررسی فقهی - حقوقی اجرای علنی حدود و گستره آن» ۸: ۸) علنی اجرا کردن مجازات، یکی از شیوه‌های مجازات است که خود، بخشی از مجازات است، نه مجازاتی جداگانه. یکی از فقهای معاصر (بهجت، گنجینه آرای فقهی قضایی سوال ۹۰۸۸) در این خصوص می‌گوید: «کیفیت اجرا نیز خود جزو مجموعه مجازات است یا در تقدیم یا رجحان».

۶. اجرای علنی مجازات‌ها، منافی کرامت بشر است: (به نقل از: مقتدایی، مجله معرفت ۱۰: ۱۴) آدمی دارای کرامت است و انسانی که مرتکب جرم می‌شود، در واقع، کرامت خود و جامعه را خدشه‌دار کرده است و برای به دست آوردن این کرامت از دست رفته فرد و جامعه، اجرای مجازات ضروری می‌نماید. حتی می‌توان گفت مجازات، ابزاری برای حفظ ارزش و کرامت افراد جامعه است به طوری که آن را به سخت‌گیری پدر، تأدیب فرزند یا تلاش پزشک برای معالجه بیمار تشبیه کرده‌اند. معالجه بیمار ممکن است با درد همراه باشد، اما نتیجه آن، بهبودی و سلامتی فرد و در نتیجه، سلامتی و امنیت جامعه از سرایت بیماری آن فرد است.

۱. «و اذا اراد الامام او خلیفته جلد الزانین نادی بحضور جلدھما، فاذا اجتمع الناس جلدھما بمحضر منھم، لینجز من یشاہدھما عن مثل ما اتیاه و یكونا عبرة غیرھما و موعظة لمن سواھما».

در بحث اجرای حد سرقت، شخصی این سؤال را مطرح می‌کند: چگونه است دستی که پانصد دینار دیده آن است، به خاطر سرقت ربع دینار بریده می‌شود؟ در مقابل این سؤال، سید مرتضی جواب می‌دهد: «عزت امانت، آن را پر بها و ذلت گناه آن را ارزان کرده است. پس حکمت خدا را دریاب.»<sup>۱</sup> (مجلسی، بحارالانوار ۹: ۴۰) سید مرتضی، علت کم ارزش شدن شخص را خیانت و گناه می‌داند و هر شخصی با گناه و خیانت، خود را در معرض مجازات قرار می‌دهد. در نتیجه، آنچه کرامت انسانی را خدشه‌دار می‌کند، جرم است، نه اجرای علنی مجازات. همچنین بر خلاف بسیاری از دیدگاه‌های موجود در فلسفه مجازات که بر حفظ کرامت مجرم استوار نیست، در دیدگاه اسلام، مجازات مجرم نیز در فرآیند نگاه انسانی به مجرم و از باب لطف و رحمت بر او به شمار می‌آید و با کرامت انسانی او منافات ندارد. (آداب الصلوة ۲۳۶)

مخالفان اجرای علنی توجیه‌های دیگری نیز ارائه کرده‌اند که همچون توجیه‌های پیشین بیشتر جنبه درک شخصی از شیوه منتخب شرع در اجرای حدود دارد و حتی یارای مقابله با ادله عقلی اجرای علنی را ندارد، چه رسد به مقابله با ادله قطعی از کتاب و سنت. در اینجا تنها به چند توجیه دیگر آنها بسنده می‌شود. مخالفان معتقدند اجرای مجازات در انظار عمومی به خصوص اعدام و بازتاب رسانه‌ای آن، ضررهای قابل توجه فردی و اجتماعی به همراه دارد که می‌توان چنین برشمرد:

۱- از شوم‌ترین آثار گرفتن جان یک نفر در مقابل چشم دیگران و اعلام جرایم او به طور گسترده آن است که قبح و ترس از انجام آن عمل و حتی گرفتن جان کسی از بین می‌رود. می‌توان ادعا کرد بر خلاف گفته کسانی که این امر را موجب ارعاب و عبرت‌انگیزی دیگران می‌دانند، چنین چیزی رخ نمی‌دهد. (حسینی اشکوری و دارابی، «اجرای علنی مجازات‌ها از دیدگاه فقه مقارن و تأثیر مقتضیات زمان» ۳: ۴۰)

۲- دیدن صحنه مجازات گاهی سبب خشونت و بدبینی افراد نسبت به جامعه می‌شود و آسایش عمومی را از مردم سلب می‌کند. (دانش، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها ۶۶)

۱. «عز الامانة اغلاها و ارضها ذل الخيانة فافهم حکمة الباری».

۳- شخص محکوم به مجازات همچون قهرمان یک نمایش نامه حزن‌انگیز جلوه می‌کند و ممکن است تماشاگران در آینده از او تقلید کنند. (میر محمدصادقی، کنکاشی در تأثیر اربابی مجازات اعدام ۱۴)

۴- بیشتر کسانی که جرمی مرتکب می‌شوند، خود را برحق می‌بینند و از انجام عمل خود احساس بدی ندارند و چه بسا معتقد باشند وظیفه خود را انجام داده‌اند. دیدن صحنه مجازات یک انسان چون مرتکب جرمی شده است، به برخی این جسارت را می‌دهد که کار قانون و محکمه را وظیفه خود بدانند و به احقاق حقوق پنداشته خود از مردم بپردازند. (حسینی اشکوری و دارابی، «اجرای علنی مجازات‌ها از دیدگاه فقه مقارن و تأثیر مقتضیات زمان» ۳: ۴۰)

### نتیجه

گرچه نظرات فقهای امامیه در اجرای علنی حدود در عصر غیبت مختلف است. اما در نهایت می‌توان اصل جواز اجرای علنی حدود را مسلم دانست و ادله مخالفان اجرای علنی حدود را رد کرد.

در این بین برخی از فقها مانند علامه حلی، صاحب جواهر، مقدس اردبیلی، مرحوم آیت الله خویی، مرحوم آیت الله گلپایگانی و مرحوم آیت الله میرزا جواد تبریزی قائل به وجوب اجرای علنی حدود هستند. دسته دیگر از فقیهان شیعه مانند صاحب شرایع، شیخ طوسی و مرحوم امام خمینی قایل به استحباب در این خصوص هستند. در این بین بعضی از فقها قائل به اختصاص این حکم به حد زنا هستند که قول به توسعه در تمامی حدود به صواب نزدیک‌تر است. همچنین در اینکه مصداق طایفه در لسان دلیل با چه تعداد محقق می‌شود بین فقهای شیعه اتفاق نظر وجود دارد. برخی ملاک را به تشخیص عرف واگذار کرده‌اند.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز. المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۳. ابوالحسن احمد بن فارس بن زکریا. معجم مقائیس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۴. ابوالفتح رازی، حسین بن علی. روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن. مشهد: آستان قدس رضوی، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۵. اردبیلی محمدعلی. حقوق جزای عمومی. چاپ ۲، تهران: میزان، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد. زبدة البیان فی أحكام القرآن. تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا.
۷. اصفهانی، مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الانوار. چاپ ۲، بیروت: مؤسسه الوفا، ۱۳۰۴ هـ.ق.
۸. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. المقنعه. چاپ ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۹. بکاریا، سزار. رساله جرایم و مجازاتها. ترجمه: محمدعلی اردبیلی. چاپ ۷، تهران: میزان، ۱۳۹۳ هـ.ش.
۱۰. بهجت، محمدتقی. گنجینه آرای فقهی قضایی. قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه.
۱۱. تبریزی، جواد بن علی. أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۲. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. چاپ ۶، قم: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۷ هـ.ش.
۱۴. حسینی اشکوری، سید علی و دارابی، بهنام. «اجرای علنی مجازاتها از دیدگاه فقه مقارن و تأثیر مقتضیات زمان». فقه مقارن - ۳ (۱۳۹۳) ۲۵ - ۴۴.
۱۵. حلّی، ابن ادیس، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۶. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ هـ.ق.

١٧. حلّي، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى. قواعد الاحكام. قم: مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤١٩ هـ.ق.
١٨. حلّي، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. چاپ ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ هـ.ق.
١٩. حلّي، فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف. إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٣٨٧ هـ.ق.
٢٠. حلّي، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. چاپ ٦، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، ١٤١٨ هـ.ق.
٢١. حلّي، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. چاپ ٢، قم: مؤسسه اسماعيليان، قم، ١٤٠٨ هـ.ق.
٢٢. حلّي، مقداد بن عبد الله سيوري. كنز العرفان في فقه القرآن. قم: مرتضوى، ١٤٢٥ هـ.ق.
٢٣. حلّي، يحيى بن سعيد الجامع للشرائع. قم: مؤسسة سيد الشهداء العلمية، ١٤٠٥ هـ.ق.
٢٤. خويي، سيد ابو القاسم موسوي. مباني تكملة المنهاج. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ١٤٢٢ هـ.ق.
٢٥. دانش، تاج زمان. حقوق زندانيان و علم زندان ها. تهران: دانشگاه تهران، ١٣٧٦ هـ.ش.
٢٦. راغب اصفهاني، ابوالقاسم حسين بن محمد. المفردات في غريب القرآن. تهران: مؤسسه العلمی المطبوعات، ١٤٣٠ هـ.ق.
٢٧. طبرسي، فضل بن حسن. مجمع البيان في تفسير القرآن. قم: منشورات مكتبة آيت الله العظمى مرعشي نجفي، قم، بی تا.
٢٨. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن. التبيان في تفسير القرآن. بيروت: دار احياء التراث العربي، بی تا.
٢٩. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٧ هـ.ق.
٣٠. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الاماميه. چاپ ٣، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ هـ.ق.
٣١. طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. چاپ ٢، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٠ هـ.ق.

۳۲. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۳. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۴. فتحي، حجت‌الله. «بررسی فقهی حقوقی اجرای علنی حدود و گستره آن». رواق اندیشه - ۸ (۱۳۸۱) ۸۹ - ۱۰۲.
۳۵. فلاح، حسن و چالی بابلی، احمد. «اجرای حدود و مجازات‌ها از منظر عقل و نقل». فقه و مبانی حقوق - ۸ (۱۳۸۶) ۲۵۱ - ۲۶۴.
۳۶. فیومی، احمد بن محمد مقرئ. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: منشورات دار الرضی، بی تا.
۳۷. قربان‌نیا، ناصر. «اجرای مجازات، آشکار یا نهان». نامه مفید - ۳ (۱۳۸۰) ۵۸ - ۶۶.
۳۸. قرطبی، محمد بن احمد. الجامع الاحکام القرآن. تهران: ناصر خسرو، ۱۳۶۴ هـ.ش.
۳۹. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. الدر المنصود. قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۴۰. گوردون، هیوز. پیشگیری از جرم. ترجمه: علی‌رضا کلدی و محمدتقی جغتایی. تهران: سازمان بهزیستی کشور، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۴۱. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الحدود). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۴۲. مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ هـ.ق.
۴۳. مظفر، محمدرضا. أصول الفقه. چاپ ۵، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۴۴. مقتدایی، مرتضی. «اجرای علنی حدود». معرفت - ۱۰ (۱۳۸۸).
۴۵. مقیمی، ابوالقاسم. «فلسفه مجازات در اسلام». فقه اهل بیت - ۵۱ (۱۳۸۶) ۱۰۶ - ۱۴۷.
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر، الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. چاپ ۱۰، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۱ هـ.ش.
۴۸. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. گنجینه آرای فقهی قضایی. قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه.

۴۹. موسوی خمینی، سید روح‌الله. آداب الصلوه. چاپ ۱۰، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۵۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله. تحریر الوسیله. چاپ ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۵۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله. ولایت فقیه. چاپ ۱۸، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۸ هـ.ش.
۵۲. میر محمد صادقی، سید حسین. «کنکاشی در تأثیر اربعی مجازات اعدام». دادگستری - ۳۷ (۱۳۸۲) ۳-۹.
۵۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۵۴. نهازی، غلام‌حسین. «بهینه‌سازی اجرای آشکار حدود الهی». امنیت - ۲۳ و ۲۴.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۳، تابستان ۹۴

صفحات ۹۲ تا ۱۰۱

محسن فرزام\*

Mohsen.f.1990@gmail.com

# شهادت بر زنا

## بررسی نظریه های فقهای امامیه در اعتبار کیفیت خاص در مشاهده

### چکیده

گرچه در فقه امامیه، به صورت کلی شروطی برای ادای شهادت تعیین شده است اما با توجه به اهتمام شارع در امر فروج، در شهادت بر زنا، شروط دیگری نیز به طور اختصاصی وضع شده است. بنابر نظر مشهور، رؤیت به نحو مخصوص از جمله این شروط اختصاصی است. به عبارت دیگر نحوه مخصوصی که در روایات باب با تعبیر «کالمیل فی المکحله» بیان شده، در اعتبار شهادت بر زنا لازم است یا مشاهده مقدمات ملازم با زنا هم کفایت می کند. در این نوشتار، علاوه بر نظر مشهور فقهای شیعه، سایر انظار نیز طبقه بندی و ادله آنان به تفکیک در هر نظریه تحلیل شده است.

با عنایت به اینکه مشاهده زنا بدین صورت کمتر اتفاق می افتد و از نظر شرعی نیز تجسس در این امر جایز نیست، همچنین با توجه به حساسیت این مسئله از منظر اجتماعی و فرهنگی و مجازات سنگین مترتب بر هر دو سوی مساله یعنی حد زنا و حد قذف و از همه مهم تر وجود اختلاف بین فقها، تبیین مبانی فقهی مواد قانونی مرتبط ضرورت دارد.

نظریه مشهور فقها و به ویژه قدما، رؤیت به نحو مخصوص را شرط دانسته‌اند. برخی از فقها مانند شیخ مفید(ره) نیز بین شهادتِ موجب جلد و شهادتِ موجب رجم قائل نظریه تفصیل را برگزیده‌اند. نهایتاً طبق نظریه فقهایی دیگر مانند صاحب جواهر(ره) و محقق خویی(ره)، مطلق علم به زنا حتی اگر از طریقی غیر از مشاهده حاصل شده باشد، برای ادای شهادت کفایت می‌کند. در این میان، تحقیق حاضر نظریه مشهور را دارای قوت بیشتری دانسته است.

## کلیدواژگان:

بینه، شهادت بر زنا، کالمیل فی المکحله، مقدمات ملازم با زنا.

## مقدمه:

گرچه در فقه امامیه، به صورت کلی شروطی برای ادای شهادت تعیین شده‌است اما با توجه به اهتمام شارع در امر فروج، در شهادت بر زنا، شروط دیگری نیز به طور اختصاصی وضع شده است. بنابر نظر مشهور، رؤیت به نحو مخصوص از جمله این شروط اختصاصی است. به عبارت دیگر آیا نحوه مخصوصی که در روایات باب با تعبیر «کالمیل فی المکحله» بیان شده، در اعتبار شهادت بر زنا لازم است یا مشاهده مقدمات ملازم با زنا هم کفایت می‌کند.

با عنایت به اینکه مشاهده زنا بدین صورت کمتر اتفاق می‌افتد و از نظر شرعی نیز تجسس در این امر جایز نیست، همچنین با توجه به حساسیت این مسئله از منظر اجتماعی و فرهنگی و مجازات سنگین مترتب بر هر دو سوی مساله یعنی حد زنا و حد قذف و از همه مهم‌تر وجود اختلاف بین فقها، تبیین مبانی فقهی مواد قانونی مرتبط ضرورت دارد.

در این نوشتار، ابتدا سعی می‌شود تعبیر کالمیل فی المکحله و تاثیر آن در شهادت بر زنا تحلیل شود. سپس اصل اولی در ادای شهادت به دست آید. بعد از آن علاوه بر بیان نظر مشهور فقهای شیعه، سایر انظار نیز طبقه‌بندی و ادله آنان به تفکیک هر نظریه تحلیل شود و نهایتاً قول مختار تبیین گردد.

## ۱- اصطلاح «کالمیل فی المکحله»

در عمده روایات باب حد زنا، تعبیری آمده است که موجب شده است فقها مباحث متنوعی ذیل آن مطرح کنند. تعبیر «کالمیل فی المکحله»، اصطلاح علمی این بحث، در لغت به معنای «مانند میل در سرمه‌دان» (مهیار، فرهنگ ابجدی عربی - فارسی ۸۵۴) است. این اصطلاح و تحلیل آن که نحوه روایت مورد نظر در زنا را نشان می‌دهد، مبنای استدلال فقها در شیوه اثبات عمل زنا از طریق شهادت است. البته آنچه در برخی روایات و کلام فقها به عنوان شرط روایت کالمیل فی المکحله آمده، چیزی جز روایت نفس زنا نیست؛ زیرا اولاً در برخی روایات دیگر مانند صحیح حلبی (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۹۴)، روایت ادخال و اخراج شرط شده و در بعضی روایات مانند معتبره ابی بصیر (همان ۲۸: ۹۵)، روایت جماع در کنار این الفاظ آمده است. ثانیاً آنچه خویی در مقابل روایت کالمیل فی المکحله بیان می‌کند، مشاهده مقدمات خارجی ملازم با زناست. پس نباید بپنداریم که منظور از روایت کالمیل فی المکحله، معنای ظاهری آن است تا اشکال شود چنین چیزی در خارج جز در موارد نادر مصداق نخواهد داشت. علاوه بر این، اگر معنای ظاهری این عبارت، مورد نظر باشد، روایت به نحو کالمیل فی المکحله به تجسسی جداگانه نیاز دارد که در این صورت، عدالت شاهد زیر سؤال می‌رود و در واقع، نقض غرض رخ می‌دهد؛ چون لازمه شهادت، نوعی روایت است که عدالت شاهد را مخدوش می‌کند.

## ۲- تأسیس اصل در ادای شهادت

مشهور فقها، علم را در شهادت معتبر می‌دانند و از ظاهر عبارات آنان فهمیده می‌شود که این علم باید از منشأ عادی باشد. بنابراین، در شهادت بر سرقت، غصب، قتل، زنا و امثال آن، مشاهده فعل و در مواردی مانند قذف، اقرار، شهادت بر شهادت و مانند آن، سماع معتبر است. مقتضای این حرف آن است که در شهادت بر مبصرات، اگر منشأ علم شاهد، چیزی غیر از ابصار باشد، شهادت وی پذیرفته نشود. تبریزی می‌فرماید: «ظاهر کلمات مشهور، اعتبار ابصار را می‌رساند.» برخی مانند محقق اردبیلی در این حکم توقف کرده‌اند و برخی چون فاضل هندی، شهادت را در صورتی که مبنای آن، تواتر یا خبر محفوف به قرینه باشد، جایز می‌دانند. صاحب ریاض نیز

معتقد است اصل در شهادت بر این است که علم از مبادی حسی نشئت بگیرد، اما این اصل، مقید به صورت امکان است (تبریزی، اسس القضاء و الشهادات ۵۰۸). پس اگر مورد شهادت از امور حسی باشد، همان گونه که محل بحث ماست، فقط در صورتی شهادت پذیرفته می‌شود که علم شاهد از مبانی حسی ناشی شده باشد. در مقابل، برخی فقها مانند صاحب جواهر، مطلق علم را کافی دانسته‌اند، حتی اگر از مبادی حسی نباشد (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۹۹). حضرت امام خمینی در تحریر الوسیله، این قول را اشبه می‌داند. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۴۵) آیت الله گلپایگانی نیز ضمن قبول این قول، ذکر سمع و ابصار در روایات و کلام فقها را از باب غلبه دانسته و معتقد است که سمع و ابصار در اینجا طریقت دارند، نه موضوعیت (گلپایگانی، کتاب الشهادات ۲۴۱). از مجموعه اقوال می‌توان دریافت که قدر متیقن در جایی است که علم شاهد بر مبنای حس باشد که قول مشهور نیز بر همین امر دلالت می‌کند. البته شهادت در امور وجدانی مانند وحدانیت خدا یا اموری که اخبار مستند به حس در آن متعذر باشد، مانند واقعه غدیر، نیازی به مبادی حسی ندارد و مطلق علم کفایت می‌کند. این تفصیل با معنای لغوی شهادت نیز سازگار است؛ زیرا شهادت گاه به معنای حضور و گاه به معنای اعتقاد به چیزی آمده و هر دو معنا در قرآن کریم به کار رفته است (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن ۴۶۵). پس قول صاحب جواهر در قسم دوم تمام است، اما در مواردی مانند زنا که از امور حسی هستند، باید علم از طریق عادی آن، یعنی مبادی حسی حاصل شده باشد که ظاهر روایات و کلام مشهور نیز همین امر را تقویت می‌کند.

### ۳- اقوال در مسئله

#### ۳-۱- قول مشهور: رؤیت به نحو مخصوص

مشهور فقها معتقدند که برای ادای شهادت، مشاهده ایلاج و اخراج شرط است. اگر شهود بر زنا شهادت دهند، اما به معاینه و رؤیت فعل شهادت ندهند، زنا ثابت نمی‌شود و حدّ قذف بر شهود جاری خواهد شد. در واقع، شهود هم باید عیناً زنا را دیده باشند و هم هنگام ادای شهادت به رؤیت و مشاهده فعل تصریح کنند. در تقویت نظر مشهور باید گفت: اولاً این قول با ظاهر

روایات سازگاری دارد و از شهرت نیز برخوردار است. ثانیاً همان طور که بیان شد، علم شاهد باید از طریق عادی آن حاصل شده باشد که در مواردی مانند زنا، رؤیت و مشاهده فعل است. بنابراین، سخن مشهور با عموماً باب شهادت نیز هم‌خوانی دارد. همچنین حساسیت شارع در جرایم منافی عفت، وضع شرایط خاص در اثبات این جرایم و همچنین مجازات سنگین آن باعث شده است که این قول، طرفداران بیشتری بیابد؛ چرا که در قول مشهور نسبت به دیگر اقوال، دقت و حساسیت بیشتری لحاظ شده است.

### ۳-۲ قول شیخ مفید: تفصیل بین زناى رجمى و جلدی

در بیشتر روایات از جمله معتبره ابی بصیر، شرط رؤیت اذخال و اخراج فقط در زناى موجب رجم آمده است. «عن ابی بصیر عن ابی عبدالله (ع) قال: لا یرجم الرجل و المرأه حتی یشهد علیهما اربعه شهداء علی الجماع و الا یلاج و الا یدخل کالمیل فی المکحله» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۹۵). این نکته باعث ایجاد قول سومی در بین فقها شده که شیخ مفید قائل به آن است. ایشان در زناى موجب جلد، صرف معاینه و مشاهده را کافی می‌دانند، ولی در زناى موجب رجم، معاینه به نحو مخصوص را لازم دانسته است (مفید، المقنعه ۷۸۶).

#### ■ نقد قول شیخ مفید

تفصیل ایشان با ظاهر بیشتر روایات این باب سازگاری دارد و در بیشتر روایاتی که از رؤیت مخصوص سخن به میان آمده، صحبت از مجازات رجم است. با این حال، این قول مورد قبول نیست؛ زیرا در برخی روایات مانند صحیح حریز از امام صادق (ع)، ایشان، مشاهده به نحو مخصوص را شرط قبول شهادت بر مطلق زنا دانسته است، نه فقط زناى موجب رجم: «عن حریز عن ابی عبدالله (ع) قال: القاذف یجلد ثمانین جلدۀ و لا تقبل له شهادۀ أبداً - إلا بعد التوبۀ أو یکذب نفسه - فإن شهد له ثلاثه و أبی واحد - یجلد الثلاثه و لا تقبل شهادتهم حتی یقول أربعه - رأینا مثل المیل فی المکحله» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۱۷۷). آیت الله منتظری نیز در ردّ نظر شیخ مفید می‌فرماید: «ممکن است طرفداران این نظریه به حدیث محمد بن قیس استناد کنند، (همان ۲۸: ۹۵) در حالی که این حدیث به دو نحو نقل شده که در نقل کلینی، مخصوص جلد است، نه رجم که بنا بر این نقل، رؤیت به نحو مخصوص در زناى موجب جلد نیز لازم است» (منتظری، کتاب الحدود ۴۹).

همچنین با توجه به اینکه در حدود، بنای شارع بر تخفیف است، بعید نیست در زناى موجب جلد نیز رؤیت ادخال و اخراج، شرط باشد. از طرفی، مشهور فقها چنین فرقی میان زناى رجمی و جلدی قائل نیستند و مخالفت با مشهور نیز مشکل است. نکته دیگر این است که سخن شیخ مفید در زناى موجب جلد ابهام دارد؛ زیرا اگر منظور از معاینه و مشاهده در زناى موجب جلد همان مشاهده نفس عمل زنا باشد، اختلافی بین ایشان با مشهور نخواهد بود. همان گونه که گذشت، آنچه در کلام مشهور به عنوان شرط رؤیت ادخال و اخراج آمده، چیزی جز رؤیت نفس زنا نیست. اگر منظور شیخ، رؤیت مقدمات ملازم با زنا باشد، ایشان در زناى موجب جلد با خویی هم‌نظرند. علاوه بر این، تفصیل شیخ در بین فقها، طرفداران زیادی ندارد.

### ۳-۳ قول صاحب جواهر: مطلق علم به زنا

صاحب جواهر معتقد است در شهادت بر زنا، مشاهده نفس ایلاج و اخراج لازم نیست؛ زیرا طبق مبنای ایشان، عمومات باب شهادت، مطلق علم به وقایع را برای ادای شهادت کافی می‌داند. به فرموده صاحب جواهر، اعتبار ابصار در محل بحث از آن جهت است که رؤیت، طریق غالب حصول علم در مبصرات است و آنچه در روایات آمده، شهادت بر ادخال و اخراج است، نه رؤیت آن (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۲۹۹). به عبارت دیگر، اگر شهود از راهی غیر از مشاهده به زنا علم پیدا کنند و به رؤیت کالمیل فی المکحله شهادت دهند، شهادت معتبر است. گویا ذکر مشاهده ایلاج و اخراج هنگام ادای شهادت، برای اثبات دقت و اطمینان شهود است و جزو تشریفات ادای شهادت است، حتی اگر علم آنها مستند معتبری غیر از مشاهده داشته باشد.

#### ■ نقد قول صاحب جواهر

به قول صاحب جواهر نیز اشکال‌هایی وارد است. همان گونه که آیت الله گلپایگانی می‌فرماید، برخی در این مسئله بین سه نکته خلط کرده‌اند: اول اینکه آیا در شهادت بر زنا مانند دیگر مبصرات، رؤیت معتبر است یا صرف علم به زنا از دیگر طرق برای شهادت کفایت می‌کند؟ در صورت اعتبار مشاهده، احراز آن نیز لازم است. دوم اینکه شهادت باید صریح باشد که این مورد نیز در باب زنا و دیگر ابواب مشترک است. سومین مورد که وجه تمایز شهادت بر زنا از دیگر موارد است، لزوم ذکر رؤیت و مشاهده در شهادت است که از نصوص عدیده از

جمله صحیح‌ه حلبی به دست می‌آید (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۲۹۴). صاحب در المنزود در ادامه می‌فرماید: «ذکر مشاهده در شهادت بر زنا تا اندازه‌ای در روایات تکرار شده که شیخ حر عاملی این باب را باب ان الزنا لا یثبت إلا بأربعة شهدا یشهدون علی معاینة الإیلاج نامیده است» (گلپایگانی، الدر المنزود ۱: ۱۹۱). به این ترتیب، ادعای صاحب جواهر مبنی بر اینکه شاهد باید شهادت بر رؤیت اذخال و اخراج دهد، صحیح است، اما اینکه رؤیت اذخال و اخراج، لازم نیست و صرف علم به زنا کفایت می‌کند، لزوماً اثبات نمی‌شود. در واقع، همان طور که در کلام آیت الله گلپایگانی آمده، در اینجا خلطی صورت گرفته است. حال اگر در شهادت، مبنای مشهور پذیرفته شود، یعنی علم شاهد فقط در صورتی معتبر باشد که مبتنی بر مبادی عادی حسی باشد، قول صاحب جواهر رد می‌شود. در صورتی که مبنای خود صاحب جواهر در شهادت پذیرفته شود و مطلق علم کافی باشد و مشاهده موضوعیتی نداشته باشد، باز هم می‌توان به آن اشکال کرد. آیت الله گلپایگانی می‌فرماید: «آنچه صاحب جواهر در صدد اثبات آن است، جداً خلاف ظاهر روایات است؛ چرا که ظهور روایات، در اعتبار نفس رؤیت و مشاهده قابل انکار نیست» (همان ۱: ۱۹۵). بنابراین، نه تنها نظر صاحب جواهر هم در باب شهادت و هم در فرع فقهی مورد بحث مخالف مشهور است، بلکه مخالفت با ظاهر روایات نیز از اشکال‌های وارد بر کلام ایشان است.

### ۳- ۴ قول آیت الله خویی: رؤیت مقدمات

آیت الله خویی نیز همچون صاحب جواهر، مشاهده نفس زنا را شرط نمی‌داند، اما ایشان در شهادت، مبنای مشهور را می‌پذیرد و شهادت مبتنی بر حس و از مبادی عادی را حجت می‌داند. آیت الله خویی معتقد است اگر در شهادت بر زنا، رؤیت نفس زنا لازم باشد، چنین چیزی جز در موارد محدود در خارج محقق نمی‌شود و اشتراط رؤیت به نحو کامل فی المکحله سبب سد باب شهادت است. این در حالی است که در عصر پیامبر اکرم (ص)، در موارد فراوانی، بر زنا شهادت داده شده و آثار آن اعم از رجم و جلد نیز به اجرا در آمده است. پس رؤیت مقدمات ملازم با زنا برای ادای شهادت کفایت می‌کند. در واقع، همین که شهود، مقدمات ملازم با زنا را دیده باشند، شهادت عن حس به حساب می‌آید (خویی، مبنای تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۱۹). ایشان نیز مانند صاحب جواهر عبارت کامل فی المکحله را فقط قید شهادت می‌داند، نه قید رؤیت که رد این مطلب در نقد کلام صاحب جواهر گذشت.

### ■ نقد قول آیت الله خویی

این ادله نیز قابل خدشه است. این ادعا که در عصر پیامبر اکرم (ص)، موارد زیادی از حدّ زنا به موجب شهادت رخ داده است، برای ما ثابت نیست. با ملاحظه روایات درمی یابیم بیشتر مواردی که زنا در عصر پیامبر اکرم (ص) و دیگر معصومین (علیهم السلام) ثابت شده، از طریق اقرار بوده است، نه شهادت. همچنین در این مسئله، اعتماد به مقدمات خارجی، تالی فاسدی دارد؛ چون ممکن است دخول صورت نگرفته و صرفاً تفخیز انجام شده باشد که حکم آن متفاوت خواهد بود به خصوص در جایی که حداقل یکی از طرفین، محصن باشد که تفاوت مجازات زنا محصنه با مجازات تفخیز قابل مقایسه نیست. در ضمن، اشکال انسداد باب و تعطیلی شهادت بر زنا نیز قابل رد است. با قبول شرط روایت به نحو مخصوص، شهادت بر زنا به ندرت رخ می دهد، اما با توجه به حساسیت شارع در موارد مربوط به عفاف و تشریع شروط خاص در آن از جمله تعداد شهود، تعداد اقرار، عمل معصوم در منصرف کردن مُقر و منحرف کردن موضوع، به نظر می رسد که شارع از مخفی ماندن و منتشر نشدن چنین وقایعی در جامعه استقبال می کند.

نکته دیگر این است که گفتیم در ادای شهادت، تصریح به مشاهده لازم است. حال اگر شهود در خارج نیز را دیده باشند که مطلوب ما حاصل است. اگر به صرف دیدن مقدمات یا علم به زنا از طریق غیر از مشاهده، بر روایت ادخال و اخراج شهادت دهند، در واقع، شهادت دروغ داده اند. بنابراین، می توان گفت تصریح به روایت در ادای شهادت، با مشاهده خود زنا ملازمه دارد. بنابراین، در شهادت، روایت نفس فعل زنا لازم است اعم از اینکه زنا موجب جلد باشد یا موجب رجم. در روایات برای شهادت بر زنا، روایت زنا و شهادت عن حس شرط شده که گاهی با عناوین دیگری مانند روایت ادخال و اخراج یا کالمیل فی المکحله بیان گردیده است. پس نباید پنداشت که این الفاظ چیزی جز روایت نفس زنا را شرط کرده اند. حال اگر شهود بدون حصول این شرط، شهادت بدهند، حدّ قذف بر ایشان جاری خواهد شد. شهود باید علاوه بر روایت زنا، هنگام ادای شهادت نیز بر روایت و مشاهده ادخال و اخراج تصریح کنند که این دو را نباید با هم خلط کرد. این قول علاوه بر اینکه با ظاهر روایات سازگاری دارد، با عموماً باب شهادت نیز مطابقت دارد و از شهرت هم برخوردار است.

## نتیجه

گرچه اصل در فقه امامیه حدوث علم شاهد از طریق مبادی عادی حسی است که در مبصرات از طریق مشاهده حاصل می‌شود اما هنگامی که مسأله، شهادت بر زنا است از این اصل تعدی می‌شود. به عبارت دیگر در فقه امامیه بنا بر نظریه مشهور فقهای شیعه، رویت به نحو مخصوص و یا به تعبیر روایات مربوط اشتراط رویت کالمیل فی المکحله اعتبار شده است. در این مقاله با تبیین نظریه برخی فقها مبنی بر تفصیل بین شهادت موجب جلد و شهادت موجب رجم و نظریه دیگری مبنی بر کفایت مطلق علم به زنا حتی اگر از طریق غیر از مشاهده حاصل شده باشد، نظریه مشهور مبنی بر اشتراط رویت به صورت مخصوص ترجیح داده شده است.

## فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۲. ایروانی، باقر. دروس تمهیدییه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری. قم: ۱۴۲۷ هـ.ق.
۳. تبریزی، جواد بن علی. اسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۴. تبریزی، جواد بن علی. اسس القضاء و الشهادات. قم: دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ قرآن. بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۷. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام. قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۸. شیخ مفید، محمد بن محمد بغدادی. المقنعه. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۹. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۰. فاضل موحّدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. قم: مرکز فقه ائمه اطهار، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۱. فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الابهان عن قاعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۳. منتظری نجف آبادی، حسین علی. کتاب الحدود. قم: دارالفکر، ۱۴۳۱ هـ.ق.
۱۴. مهیار، رضا. فرهنگ ابجدی عربی - فارسی. قم: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰ هـ.ش.
۱۵. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۶. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکمله المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۸. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. قم: دار القرآن کریم، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۹. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. کتاب الشهادات. قم: دار القرآن کریم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۲۰. نجفی، حسن بن جعفر (کاشف الغطاء). انوار الفقاهه. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۱. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۳، تابستان ۹۴

صفحات ۱۰۲ تا ۱۲۲

محسن شیبری\*

Mohsenshiri313@gmail.com

# سرقفلی

## تحلیل ماهیت و احکام آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

### چکیده

سرقفلی در سالیان اخیر، نقش تأثیرگذاری در معاملات اماکن تجاری کشور یافته است. در عین حال برخی ابهامات و اختلافات در این مساله نشان می دهد مطالعات فقهی و حقوقی سرقفلی ناکافی بوده است. علاوه بر این، با توجه به فراگیری این موضوع در بسیاری از فعالیت های بازرگانی، ترافعات ناشی از آن، ضرورت انجام تحقیقات کمی و کیفی در این باره را ضروری می نماید. در مقاله حاضر با مروری گذرا بر مفهوم لغوی و اصطلاحی سرقفلی انظار فقهی و حقوقی در ماهیت این حق در یک فهرست تنظیم شده است. همچنین با مقایسه مفهوم سرقفلی با مفهوم مشابه حق آب و گل و یا حق کسب و پیشه تفاوت های این دو گردآوری شده است. سپس با توجه به ایضاح صورت گرفته از این مفهوم، برخی اقوال در مشروعیت و احکام مترتب بر سرقفلی از منظر فقه و حقوق بازخوانی شده است. نهایتاً مواد قانونی سرقفلی در مجموعه قوانین فعلی کشور احصا و توضیح داده شده است. تحقیق پیش رو با توصیف و تحلیل سرقفلی، برخی ابهامات فقهی، حقوقی و قانونی این مساله را روشن کرده، نظر مختار خود را در اختیار قرار می دهد.

### کلیدواژگان:

سرقفلی، حق پیشه، حق آب و گل، اجاره.

\* دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح دو حوزه ی علمیه قم.

## مقدمه

انسان تا رسیدن به مرحله شهرنشینی و تعاملات اجتماعی، دوره‌های گوناگونی را پیموده و در این راه، به اقتضای نیازهای زندگی اجتماعی خود و در پی گسترش روزافزون نیازهای اقتصادی و تجاری، عرف‌های تازه‌ای را پذیرفته است. یکی از این عرف‌ها، حق سرقفلی است که فقه و حقوق برای به سامان درآوردن آن بحث‌هایی را مطرح و قواعدی را وضع کرده‌اند. یکی از این اقتضائات جدید سرقفلی است. بیشتر معاملاتی که موضوع آنها، املاک تجاری است، با بحث سرقفلی درآمیخته است و امروزه درصد بالایی از معاملات املاک تجاری به طور مستقیم به سرقفلی تعلق می‌گیرد و روزانه، هزاران معامله مرتبط با سرقفلی در بازارهای داخلی و بین‌المللی صورت می‌گیرد.

در این بین مبحث سرقفلی در میان فتاوای فقها و نظریه‌های حقوق دانان و قوانین داخلی ایران فراز و نشیب‌های بسیاری را از سر گذرانده است اما با وجود این به علت مستحدثه بودن حق سرقفلی در بین فقه‌های امامیه و همچنین در نظام حقوقی ایران، نظرات متفاوتی در ماهیت آن وجود دارد. در این راستا با توجه به اختلافات فقها و حقوق دانان از یک سو، ابهام و چنددستگی قوانین از سوی دیگر و نیز فراگیر بودن این واقعیت، ضروری است تا بحث سرقفلی بیشتر کاویده و بررسی شود.

این مقاله متکفل بررسی سرقفلی را از دیدگاه فقه و حقوق مدنی و قوانین مصوب در نظام حقوقی ایران است. نوشتار حاضر ابتدا مباحث مقدماتی را برای آشنایی اجمالی با سرقفلی مطرح و سپس مباحث فقهی و حقوقی مربوط به حق سرقفلی بررسی می‌شود. در ادامه، سیر قوانین مصوب ایران را درباره سرقفلی پی گرفته خواهد شد.

## مفهوم‌شناسی سرقفلی

سرقفلی، حقی عرفی است. «حق آب و گل، حقی است که مستأجر را پیدا آید در دکان یا حمام یا کاروان‌سرای و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد خود تواند فروخت.» (دهخدا، لغت‌نامه ۱۳۶۰۸) این حق و حقوق مشابه که در مباحث آینده مطرح خواهد شد، در اقتضاهای امروزین زندگی اجتماعی بشر ریشه دارد. این حق در بین روستاییان ناشی از کار و زحمت کشاورز است که بین روستاییان خرید و فروش می‌شود و بر اساس آن، مالک ده نمی‌تواند زارع و رعیت را از ده خود بیرون کند مگر اینکه قیمت دست‌رنجش را بپردازد. «در عرف فعلی ایران، سرقفلی بر دو نوع است: یکی، حقی است که بازرگان یا پیشه‌ور و صنعتگر در ازای کار و زحمتی که در جلب مشتریان و شهرت و موقعیت مؤسسه و مغازه خود متحمل گردیده، به دست آورده است و آن را مال و دارایی خود می‌داند و مورد معامله قرار می‌دهد. دیگری، حقی است که هر مالک مستغلات و صاحب ساختمان جدید در موقع اجاره دادن به تاجر یا مغازه‌دار یا صنعتگر و صاحبان مشاغل آزاد علاوه بر مال الاجاره، مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می‌گیرد.» (کاتبی، «حق سرقفلی یا مالکیت تجاری» ۵۱: ۱۲۱)

منشأ پیدایش این حق به ویژگی‌های ملک مورد اجاره برمی‌گردد. دسترسی داشتن به خیابان اصلی، در نبش بودن ملک، قرار داشتن مغازه در طبقه هم‌کف و نزدیک به ورودی پاساژ، زیاد بودن طول ملک (در عرف: طولانی بودن بر ملک)، داشتن انبار مناسب، داشتن محل مناسب برای ساخت ویتترین و مانند آن، اوصافی هستند که سبب می‌شود هر ملک نسبت به ملک دیگر دارای امتیازاتی باشد و مالک می‌تواند در ازای این امتیازات، مبلغی را از مستأجر دریافت کند. این حق مالک که می‌تواند در ازای واگذاری آن به مستأجر، مبلغی را از وی مطالبه کند، حق

سرقفلی نامیده می‌شود. با استقرا در موارد جریان سرقفلی روشن می‌شود که عوامل به وجود آورنده سرقفلی به دو دسته عوامل مادی و غیر مادی تقسیم می‌شود: عناصر مادی عبارت است از کالاهای تجاری، مواد اولیه، ابزار کار در صنعت، قفسه‌بندی و تزیینات داخلی، اثاثیه و وسایل کار و تجارت و همه‌اشیایی که برای بهره‌برداری و به کار انداختن سرمایه لازم است. عناصر غیر مادی نیز عبارت است از موقعیت مشتری‌گیری (مانند نزدیکی به میدان عمومی یا خیابان‌های اصلی)، علامت تجاری و نام تجاری، گواهی‌نامه اختراع ترسیمات و مدل‌ها، طول مدت اجاره و حسن شهرت مستأجر.

عنوان «سرقفلی» در علوم مختلفی مانند حساب‌داری، فقه و حقوق از جمله حقوق تجارت و ثبت مطرح شده است. ماده ۳۱ قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷ درباره حق آب و گل است که با حق سرقفلی شباهت دارد. البته به نظر می‌رسد خاستگاه اصلی این بحث، علم فقه و حقوق مدنی است؛ چون بحث از امور ماهوی و عوارض ذاتی مربوط به سرقفلی در این علوم مطرح می‌شود و احکام و آثار ثانوی سرقفلی در دیگر علوم.

سرقفلی در حقوق داخلی ایران سابقه‌ای صد ساله دارد. نوشته‌هایی چون مقاله «سرقفلی» نوشته دکتر زنگنه در سال ۱۳۲۷ و مقاله «حق سرقفلی یا مالکیت تجاری» اثر دکتر کاتبی در سال ۱۳۳۵، قدیمی‌ترین نوشته‌های مستقل درباره سرقفلی به شمار می‌روند. دکتر خلعت‌بری نیز در کتاب حقوق تجارت در سال ۱۳۱۲ به این موضوع پرداخته است. ایجاد و رواج تدریجی سرقفلی سبب شد بحث از آن در کتاب‌های فقهی نیز جایگاهی ویژه پیدا کند و در سده اخیر، فقهای معاصر از مشروعیت و احکام فقهی سرقفلی بحث کرده‌اند.

### نظریه‌های مربوط به ماهیت فقهی و حقوقی سرقفلی

نظریه‌های متعدد فقها و حقوق‌دانان درباره ماهیت سرقفلی را که گاهی با همدیگر تباین کامل دارند، در ده تحلیل می‌توان دسته‌بندی کرد که گزارش آن به صورت فهرست‌وار از این قرار است:

۱- مبلغی که بابت سرقفلی پرداخت می‌شود، بخشی از اجاره‌بهاست و اجاره‌بها، دو قسمت است که قسمتی از آن به صورت اقساط و بخشی از آن به صورت یکجا و با عنوان سرقفلی از

مستأجر دریافت می‌شود.

۲- مالک حق دارد از بین مستأجران مختلفی که تقاضای اجاره محل را دارند، یکی را انتخاب کند. این حق یک حق مالی است و موجر می‌تواند بابت این حق، مبلغی را از مستأجر دریافت کند که همان مبلغ سرقفلی است.

۳- مالک در زمان انعقاد اجاره، به صورت شرط ضمن عقد شرط می‌کند که مستأجر مبلغی را به وی قرض دهد و در مقابل، مالک متعهد می‌شود چنانچه مستأجر تقاضای تمدید اجاره را بکند، مالک بدون افزایش دادن اجاره‌بها، عقد اجاره را تمدید کند.

۴- مستأجر دوم، مبلغی را به مستأجر اول تحت عنوان هبه معوضه می‌پردازد تا در عوض، وی از حق خود برای تمدید اجاره صرف نظر کند.

۵- مستأجر دوم، مبلغی را به مستأجر اول تحت عنوان جعاله می‌پردازد تا در عوض، وی از حق خود برای تمدید اجاره صرف نظر کند.

۶- مستأجر دوم، مبلغی را به مستأجر اول تحت عنوان مصالحه می‌پردازد تا در عوض، وی از حق خود برای تمدید اجاره صرف نظر کند.

۷- مستأجر اول وقتی مبلغی را برای سرقفلی از مستأجر دوم دریافت می‌کند، به وی مدیون می‌شود. سپس مستأجر دوم را حواله می‌دهد به مالک تا معادل این مبلغ را که مالک به مستأجر اول، بدهکار است، به مستأجر دوم بپردازد.

۸- مالک در یک معاوضه، حق تعیین مستأجر بعدی یا تمدید اجاره را به مستأجر واگذار می‌کند و در عوض، مبلغی را به عنوان سرقفلی دریافت می‌کند.

۹- مالک برای انتخاب یکی از مستأجران متعددی که تقاضای اجاره دارند، مبلغی را به عنوان جعل تعیین می‌کند و در عقد جعاله، این مبلغ را از مستأجر در قبال ترجیح او بر دیگران دریافت می‌کند.

۱۰- مالک در ضمن قرارداد اجاره، عقد وکالتی را با مستأجر منعقد می‌کند و در تمدید اجاره و تعیین مستأجر بعدی به مستأجر وکالت می‌دهد و مبلغی را در ازای این توکیل دریافت می‌کند.

اختلاف آشکاری میان این تحلیل‌ها به چشم می‌خورد. مثلاً برخی از آنها ناظر به مبلغی هستند که مالک از مستأجر دریافت می‌کند و برخی ناظر به مبلغی که مستأجر اول از مستأجر

دوم دریافت می‌دارد و برخی نیز هر دو را در نظر گرفته‌اند. از طرف دیگر، به مقتضای برخی از این تحلیل‌ها، مالک موظف است مبلغی را که از مستأجر دریافت کرده است، به وی برگرداند، ولی طبق نظر برخی دیگر، این مبلغ به ملکیت موجر درمی‌آید. به نظر می‌رسد هر کدام از این تحلیل‌ها از جهتی به خطا رفته‌اند که در بخش‌های بعدی به آن خواهیم پرداخت.

### تعریف اصطلاحی سرقفلی در کلام فقها و حقوق دانان

حق سرقفلی از مسائل مستحدثه فقهی به شمار می‌رود و به همین دلیل، فقط در کتاب‌های فقهی معاصر، تعریف آن را می‌توان یافت. این حق در نظام حقوقی ایران، نهادی نوپاست و قانون‌گذار پس از فراز و نشیبی طولانی، آن را به رسمیت شناخته است. کتاب‌های حقوقی نیز هم‌پای قانون‌گذار آن را تعریف کرده‌اند.

«سرقفلی، حقی است متعلق به ملک مثل حق ریشه که مالک می‌تواند در عوض مالی، آن را به دیگری واگذار کند به طوری که شخص دیگر بتواند ملک را برای خود اجاره کند یا حق مزبور را در قبال گرفتن مالی به دیگری واگذار کند که به دیگری اجاره نماید.» (تبریزی، گنجینه استفتائات ۸۱) به دیگر سخن، «سرقفلی عبارت است از حق اولی‌یتی که مستأجر بر ملک پیدا می‌کند در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن، شخص مستأجر که سرقفلی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک، اولی از دیگران است.» (مکارم شیرازی، توضیح المسائل ۹۲) بنابراین، «اگر محلی اجاره داده شود و در اثر فعالیت مستأجر و حسن مدیریت او، آن محل مورد توجه و مراجعه مردم قرار گیرد، برای مستأجر، حقی به وجود می‌آید که آن را سرقفلی می‌نامند.» (نوری همدانی، گنجینه استفتائات ۸۱) پس «حق سرقفلی عبارت از حقی است که تاجر نسبت به استفاده از شهرت تجاری و مشتریان تقدم در اجاره محل تجارت خود و آنچه مربوط به آنهاست، پیدا می‌کند.» (زنگنه، سرقفلی ۸: ۱۱۹)

در تعریف‌هایی دیگر، «پولی که مستأجر اول به مالک می‌دهد و یا مستأجر ثانی به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره می‌دهد، سرقفلی نامیده می‌شود.» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی

حقوق (۳۵۶) و «امتیازی است که به موجب آن، مستأجر متصرف به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران، مقدم شناخته می‌شود.» (کاتوزیان، عقود دینی (۵۷۱) به این ترتیب، این «حق تجاری ... که برای تاجر در تعقیب تجارت خود حاصل می‌گردد، ... دارای عوامل و اجزای متعددی است از قبیل: حق موقعیت، حق اجاره، اسم تجاری، امتیاز اختراع، علامت صنعتی و غیره.» (کاتبی، به نقل از: خلعت‌بری ۵۱: ۱۱۹)

دیده می‌شود که در کلمات فقها، حق سرقتی به عنوان یکی از حقوق مستأجر تفسیر شده است، ولی برخی نیز آن را حقی از حقوق مالک تعریف کرده‌اند. حقوق دانان نیز در تعریف سرقتی نظرهای مختلفی دارند. برخی از تعاریف، سرقتی را حق مالی قابل معاوضه می‌داند، در حالی که برخی دیگر، آن را بر پولی منطبق دانسته‌اند که بابت این حق پرداخت می‌شود.

### تفاوت سرقتی با حقوق مشابه

در ادبیات کهن، حقوقی همچون حق آب و گل، حق گده و حق رعیتی با توجه به قراین و تعریف‌هایی که از آنها ارائه شده، معادل همین حق سرقتی در نظام حقوقی فعلی است. در این میان، حقوق دانان بر سر وحدت یا تعدد حق سرقتی با حق کسب و پیشه اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند حق کسب و پیشه همان حق سرقتی است، ولی برخی دیگر، این دو حق را دو نهاد متمایز و مستقل از یکدیگر می‌دانند. در تعریف حق کسب و پیشه گفته شده است: «حقی است برای مستأجر، بازرگان و پیشه‌ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره محلی کسب معاش می‌کنند ولو آنکه بازرگان نباشند. [این حق] با سرقتی تفاوت دارد؛ زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده سرقتی نیست. حق کسب یا پیشه تابع تملک منافع مورد اجاره مذکور است؛ یعنی مال تبعی است چندان که توقیف حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون توقیف منافع مورد اجاره علی‌الاصول درست نیست.» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ۱۷۰۷)

برای واضح شدن تعدد حق سرقتی با حق کسب و پیشه، تفاوت‌های این دو را به صورت فهرست‌وار بیان می‌کنیم:

- ۱- حق کسب و پیشه تدریجی الحصول است و به عمل مستأجر بستگی دارد، ولی حق سرقفلی ثابت الوجود است و به خود ملک قائم است.
- ۲- مقدار حق سرقفلی قابل ضمان است؛ یعنی با ارزیابی کارشناسی و تعیین ارزش آن، چنانچه ثبت رسمی شده باشد، قابلیت ضمان را داراست بر خلاف حق پیشه که این قابلیت را ندارد.
- ۳- حق سرقفلی هنگام عقد موجود است و اسقاط آن اسقاط مالیم یجب نیست، اما حق پیشه چون با عمل مستأجر به صورت تدریجی حاصل می‌شود، هنگام عقد موجود نیست و اسقاط آن اسقاط مالیم یجب است.
- ۴- حق سرقفلی قابل انتقال به غیر است، ولی حق کسب و پیشه قابل انتقال و واگذاری نیست مگر در صورت درخواست تجویز انتقال منافع و صدور حکم در این خصوص یا تفویض انتقال به غیر.
- ۵- حق سرقفلی قابل توقیف است و از حقوق مالی و جزو اموال غیر منقول تبعی است و باتقدیم دادخواست تأمین خواسته یا تقاضای توقیف از طریق اجرائیات اداره ثبت اسناد و املاک قابل توقیف است، ولی حق پیشه قابل توقیف نیست.
- ۶- حق سرقفلی با توافق بین مالک و مستأجر تعیین می‌شود، اما حق پیشه به حکم دادگاه و توسط کارشناس تعیین می‌شود.
- ۷- وجهی که در ازای حق سرقفلی پرداخت می‌شود، به مالک یا مستأجر قبلی است، اما وجهی که در ازای حق پیشه پرداخت می‌شود، متعلق به مستأجر متصرف است.
- ۸- حق سرقفلی ابتدائاً و پیش از قرارداد اجاره وجود دارد، اما حق پیشه پس از انعقاد اجاره و در طول مدت اجاره به تدریج به وجود می‌آید.
- ۹- چنانچه ملک در معرض اجرای طرح‌های عمومی شهرداری یا نهادهای دولتی قرار گیرد، علاوه بر ارزش ملک، مبلغی نیز به عنوان سرقفلی به مالک پرداخت می‌شود، ولی نسبت به حق پیشه، مالک حق مطالبه مبلغی در ازای آن ندارد.
- ۱۰- درباره مشروعیت فقهی این دو حق گفته شده است که بیشتر فقها حق کسب و پیشه را مشروع نمی‌دانند برخلاف حق سرقفلی که آن را مشروع می‌دانند.

## بررسی ادله مشروعیت سرقفلی در فقه

تنها دلیلی که برخی فقها از جمله مرحوم کلانتر در تعلیقه بر لمعه (۲: ۴۱۷) و آیت الله نوری همدانی در مقاله «سرقفلی» (۵۵) برای سرقفلی ذکر کرده‌اند، روایت محمد بن مسلم درباره موارد جواز رشوه است. بر این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ دلالت اشکال شده است. در این روایت، محمد بن مسلم می‌گوید که از امام صادق (ع) درباره حکم کسی پرسیدم که به دیگری پولی می‌دهد تا از منزلش بیرون رود تا او در آنجا ساکن شود. امام فرمود: اشکال ندارد: «محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد الاهوازی عن حماد بن عیسی عن حریر عن محمد بن مسلم سألت ابا عبد الله عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال لا بأس به.» (عاملی، وسائل الشیعة ۱۲: ۳۰۷)

بیشتر فقها این روایت را در بحث استثنائات حرمت رشوه مطرح کرده و مضمون آن را جواز پرداخت رشوه بر اعمال مباح دانسته‌اند. (حلی، منتهی المطلب ۱۵: ۴۰۲؛ اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان ۸: ۸۶؛ طباطبایی، ریاض المسائل ۸: ۱۸۳؛ نجفی، جواهر الکلام ۲۲: ۱۴۹) برخی دیگر این روایت را حمل بر جعاله کرده‌اند. (بحرانی، فقه المصارف والنقود: ۱۴۳) برخی دیگر این روایت را درباره غاصبی دانسته‌اند که منزلی را غصب کرده باشد. (فیض کاشانی، الوافی ۱۷: ۸۹) برخی دیگر نیز این روایت را ناظر به سرقفلی دانسته‌اند. (کلانتر، حاشیه للمعة الدمشقية ۲: ۴۱۷؛ نوری همدانی، «سرقفلی» ۵۵)

### بررسی سند روایت

با توجه به بررسی صورت گرفته در کتاب فقها می‌بینیم که به بررسی سندی این روایت تصریح نکرده‌اند. بر اساس قواعد علم رجال، سند را بررسی می‌کنیم:

اسناد شیخ طوسی به الحسين بن سعيد الاهوازی به چهار طریق است به این شرح:

۱- الحسين بن عبيدالله الغضائري عن احمد بن محمد بن يحيى العطار عن ابيه عن محمد بن علي بن محبوب الاشعري القمي عن احمد بن محمد بن عيسى الاشعري القمي عن الحسين بن سعيد الاهوازی.

در این طریق، بعد از غضائری که استاد شیخ طوسی در بغداد است، بقیه افراد، قمی هستند و همگی امامی‌مذهب و توثیق شده‌اند جز احمد بن محمد بن یحیی که توثیق خاص ندارد، ولی چون استاد شیخ صدوق است و پدر وی نیز از بزرگان است و آثار پدرش را نقل می‌کند، می‌توان از این راه، وی را توثیق کرد.

۲- محمد بن محمد بن النعمان المفید و الحسین بن عبیدالله الغضائری واحمد بن عبدالواحد ابن عبُدون عن احمد بن محمد بن الولید عن ابیه عن احمد بن محمد بن عیسی الاشعری القمی عن الحسین بن سعید الاهوازی.

این طریق نیز قمی است و همه افراد آن امامی‌مذهب و از ثقات هستند به جز احمد بن محمد بن ولید که توثیق خاص ندارد، ولی باز هم از این راه که او، استاد شیخ صدوق است و آثار پدرش را نقل می‌کند که از بزرگان قم است، قابل توثیق است.

۳- علی بن احمد بن محمد ابن ابی جید القمی عن احمد بن محمد بن عیسی الاشعری القمی عن حسین بن سعید الاهوازی.

این طریق نیز قمی است. تنها مزیتی که نسبت به دیگر طرق دارد، یکی، علو اسناد و قرب اسناد آن است و دیگری اینکه ابن ابی جید، خودش، قمی است و از مشایخ قمی شیخ طوسی است بر خلاف غضائری و مفید و ابن عبُدون که از مشایخ بغدادی شیخ طوسی هستند. مشکل این طریق آن است که ابن ابی جید توثیق خاص ندارد و از راه اینکه استاد شیخ طوسی است و میراث ابن الولید را نقل می‌کند، قابل توثیق است.

۴- محمد بن محمد بن النعمان المفید عن جعفر بن محمد بن قولویه القمی عن ابیه عن سعد بن عبدالله الاشعری القمی عن احمد بن محمد بن عیسی الاشعری القمی عن الحسین بن سعید الاهوازی.

این طریق نیز قمی است و افراد آن، امامی‌مذهب و ثقه هستند جز محمد ابن قولویه که توثیق خاص ندارد، ولی از این راه که از شیوخ جعفر بن محمد بن قولویه، صاحب کامل الزیارات و پدر اوست، قابل توثیق است.

در مجموع، چهار طریقی که شیخ طوسی به الحسین بن سعید الاهوازی دارد، هر یک مبتلا

به یک واسطه است که توثیق خاص ندارند، ولی از راه‌های دیگر قابل توثیق هستند. در نتیجه، اتصال شیخ طوسی به الحسین بن سعید اهوازی قابل اعتماد است.

الحسین بن سعید الاهوازی، ثقه و کوفی الاصل است که با برادرش، حسن به اهواز و سپس به قم آمدند و در منزل حسن بن ابان، مهمان بودند و همان جا درگذشت و از طبقه امام رضا، امام جواد و امام هادی (علیهم السلام) است. حماد بن عیسی نیز از اصحاب اجماع و کوفی الاصل و ساکن بصره است و از طبقه امام صادق، امام کاظم و امام رضا (علیهم السلام) است. بنابراین، از نظر اتصال مکانی و زمانی، در روایت حسین بن سعید از حماد مشکلی وجود ندارد. حرّیز بن عبدالله، از ذی الاصل و ساکن کوفه است، ولی چون به سجستان زیاد سفر می‌کرد، به او سجستانی می‌گویند و از طبقه امام صادق (ع) است. در روایت حماد از حرّیز نیز مشکل اتصال مکانی و زمانی وجود ندارد و یکی از معروف‌ترین نسخه‌های کتاب حرّیز از حماد نقل شده، ولی وثاقت حرّیز در بین رجالین مورد اختلاف است. حرّیز از جمله کسانی است که در زمان حیات امام صادق (ع) به قیام مسلحانه دست می‌زدند و در سجستان با خوارج درگیری داشتند و توسط همین افراد هم به شهادت رسید. از کشی نقل شده است که امام با او ملاقات نمی‌کرد. برخی رجالین همین حجب حضرت را جراح وی دانسته‌اند، ولی ابن داوود، او را توثیق و علامه حلی نیز تصریح کرده که حجب مستلزم جرح نیست؛ چون علت این حجب برای ما روشن نیست. (مثلاً احتمال دارد اگر امام در انظار عمومی با او ملاقات می‌کرد، خوارج به بهانه اینکه او از امام دستور جنگ گرفته است، امام را به شهادت می‌رسانند.)

محمد بن مسلم، از بزرگان شیعه در کوفه است و دو سال پس از وفات حضرت صادق (ع) از دنیا رفته است. پس مشکل اتصال زمانی و مکانی در روایت حرّیز از محمد بن مسلم وجود ندارد. در نتیجه، سند این روایت از شیخ طوسی تا حسین بن سعید، سند قوی و قابل اعتماد است. از حسین بن سعید تا حضرت صادق (ع)، سند کوفی بوده و حلقه اتصال آن، حسین بن سعید است که از کوفه به قم سفر کرده است. قسمت کوفی سند هم طبق مبنای قدما و هم طبق مبنای متأخرین قابل عمل است؛ چون شواهد و قراین صدق که قدما آن را ملاک عمل می‌دانند (مانند وثاقت بیشتر راویان و شهرت راویان و اتصال زمانی و مکانی)، در آن وجود دارد و طبق مبنای

متأخرین هم این روایت، حسنه است؛ چون تعدادی از راویان، امامی مذهب ممدوح هستند، ولی توثیق ندارند) و قابل عمل است.

پس سند این روایت به خودی خود مشکلی ندارد، ولی مشکل آن است که این روایت را فقط شیخ طوسی نقل کرده است. شیخ کلینی و شیخ صدوق با اینکه روایات حماد عن حریز عن محمد بن مسلم را نقل کرده‌اند، این روایت را ذکر نکرده‌اند. پس این روایت از منفردات شیخ طوسی در تهذیب است.

### بررسی مضمون روایت

به اندازه تتبعی که صورت گرفت، در کتاب‌های فقهی، توضیح و تبیین چندانی برای این روایت یافت نشد. از این رو، نخست معنای لغوی و سپس جعل اصطلاح شرعی و فقهی بررسی می‌شود و آن‌گاه معنای عرفی جست‌وجو خواهد شد. اگر رجوع به معنای عرفی هم نافع نبود، به معنای لغوی رجوع کنیم.

رشوه در لغت از ماده راء و شین و واو است که به معنای تسبیب و تسبب بین دو چیز با رفق و ملایمت است. (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۲: ۳۹۷) رشوه اصطلاحی در باب قضاوت نیز به دلیل اینکه سبب صدور حکم به نفع راشی می‌شود، رشوه نامیده شده است. کلمه رشوه در لسان روایات به معنای خصوص رشوه در قضاوت نیست، بلکه معنای آن اعم است؛ یعنی هر چیزی که کسی در ازای انجام کاری دریافت کند، مانند روایت مسند به حضرت رسول (ص) منقول از حضرت صادق (ع): «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) رَجُلًا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ لَا تَحِلُّ لَهُ - وَ رَجُلًا خَانَ أَخَاهُ فِي امْرَأَتِهِ - وَ رَجُلًا يَحْتَاجُ النَّاسَ إِلَى نَفْعِهِ فَيَسْأَلُهُمُ الرِّشْوَةَ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۰: ۱۹۱)

وقتی مراد از آن، رشوه در قضاوت باشد، قید «فی الحکم» به آن اضافه می‌شود، مانند روایت سکونی از امام صادق (ع): «السُّحْتُ تَمَنُّ الْمَيْتَةِ وَ تَمَنُّ الْكَلْبِ وَ تَمَنُّ الْخَمْرِ وَ مَهْرُ الْبُعِيِّ وَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ وَ أَجْرُ الْكَاهِنِ». (همان ۵: ۱۲۷) پس رشوه دارای اصطلاح شرعی جدیدی نیست. در عرف نیز ظاهراً به همان معنای لغوی به کار می‌رود. رشوه به معنی هر چیزی است که در ازای

انجام کاری گرفته شود و با قرینه در معنای خاص رشوه در باب قضاوت کاربرد دارد.

در نتیجه، در روایت محمد بن مسلم، اگر قرینه‌ای باشد مبنی بر اینکه رشوه در معنای حقیقی‌اش به کار نرفته است، تابع آن خواهیم بود، ولی ظاهراً قرینه‌ای نیست که مراد از رشوه در این روایت، جعاله یا عناوین دیگر باشد. پس مراد از رشوه در اینجا همان معنای لغوی است. آیا مراد از منزل در این روایت، محلی است که شخص در آن سکونت دارد، ولی ملک او نیست و فقط حق استفاده از آن را دارد یا شامل منزلی نیز می‌شود که ملک خود شخص باشد؟ اگر احتمال اول، درست باشد، مراد از رشوه، چیزی است که شخص در ازای صرف نظر از حق خود در استفاده از آن ملک دریافت می‌کند و با قواعد فقهی سازگار است؛ زیرا دریافت چیزی در ازای صرف نظر کردن از حقوق قابل اسقاط و قابل معاوضه اشکال ندارد. اگر مراد، منزلی باشد که ملک خود شخص است، مشکل دارد؛ چون اینکه شخص از ملک خود بیرون رود تا دیگری در آن ساکن شود، باید تحت یکی از عناوین شرعی مانند اجاره یا بیع و مانند آن باشد، در حالی که در این روایت، قرینه‌ای بر این مطلب وجود ندارد. پس منزل در این روایت ظهور دارد در منزلی که از ملک خود شخص نیست و فقط در آن سکونت دارد.

حال می‌پرسیم: مراد از منزلی که این شخص، ساکن آن است، ولی مالک آن نیست و فقط حق استفاده از آن را دارد، آیا محلی است که ملک عمومی است و این شخص حق استفاده از آن را دارد، مانند موقوفات عامه و خاصه و اراضی مفتوحه عنوة یا اینکه شامل املاک خصوصی نیز می‌شود؟ اگر احتمال دوم اثبات شود، این روایت فی الجمله بر مشروعیت سرقفلی دلالت می‌کند؛ چون مضمون روایت این طور می‌شود که کسی که در منزلی سکونت دارد و مالک آن نیست و مثلاً آن را اجاره کرده است، برای اینکه از آنجا کناره‌گیری کند و دیگری در آن ساکن شود، مبلغی را از او می‌گیرد و امام فرموده است این کار اشکال ندارد. به نظر می‌رسد مراد از منزل در این روایت، روشن نیست و هیچ یک از این دو احتمال رجحانی ندارد. این روایت از این نظر، مجمل است و مراد از آن معلوم نیست.

در مجموع، این روایت هم از لحاظ سندی مشکل دارد؛ چون اگر چه به خودی خود، سند متصل و صحیح دارد، ولی از انفردات شیخ طوسی است و محل اشکال است. از لحاظ دلالت

نیز مجمل است و در نتیجه، قابل استناد نیست و اگر بتوانیم ادله دیگری بر جواز سرقفلی اقامه کنیم، این روایت می‌تواند مؤید آن ادله قرار گیرد.

## احکام سرقفلی در کلمات فقها

### الف - تحریر الوسيله، امام خمینی

حضرت امام در مسئله اول از بحث سرقفلی می‌فرماید: «استتجار الأعیان المستأجرة دكة كانت أو داراً أو غیرهما لا یوجب حدوث حق للمستأجر فیها بحيث لا یكون للمؤجر إخراج بعد تمام الإجارة»؛ اجاره کردن یک محل - چه محل تجاری باشد و چه مسکونی - موجب ثبوت حقی برای مستأجر نمی‌شود تا پس از اتمام مدت اجاره، موجر حق اخراج مستأجر از محل را نداشته باشد.

ایشان در ادامه، طول مدت سکونت در محل و شهرت تجاری و مانند آن را سبب ثبوت حقی برای مستأجر نمی‌داند. بنابراین، اگر مستأجر پس از مدت اجاره، بدون رضایت مالک در محل بماند، غاصب خواهد بود و ضمان غصب به عهده او می‌آید. اگر محل تجاری را اجاره کند و با موجر شرط کند که تا مدت معین و طولانی، اجرت را افزایش ندهد و نیز شرط کند که اگر مستأجر خواست محل را به مستأجر دیگری تحویل دهد، مالک باز هم اجرت را افزایش ندهد، در این حالت، مستأجر می‌تواند در ازای تحویل دادن محل به مستأجر دوم، مبلغی را با عنوان سرقفلی از او دریافت کند.

به نظر حضرت امام، اگر در ضمن عقد اجاره، موجر و مستأجر شرط کنند که تا وقتی مستأجر در آن محل هست، اجرت را افزایش ندهد - یعنی اگر مستأجر قصد تمديد اجاره را داشته باشد، مالک موظف باشد با همان اجرت معین، اجاره را تمديد کند - یا موجر و مستأجر شرط کنند که موجر آن محل را به کس دیگری اجاره ندهد و هر سال با قیمت متعارف فقط به او اجاره دهد، در این دو حالت، مستأجر می‌تواند در ازای اسقاط حق خود، مبلغی را از موجر یا از شخص ثالث دریافت کند. اگر مستأجر حق ایجار داشته باشد، می‌تواند در ازای اجاره دادن محل به مستأجر دوم، مبلغی را از وی دریافت کند و نیز مالک می‌تواند در ازای اجاره دادن محل به مستأجر، مبلغی را به عنوان سرقفلی از وی دریافت کند. (۲: ۵۸۴)

### ب - ما وراء فقه، آیت الله سید محمد صدر

آیت الله صدر با طرح صورت‌های مختلفی برای این مسئله، حکم هر یک را بیان می‌کند که خلاصه آن چنین است:

اگر موجر به مستأجر اذن به ایجار نداده باشد و گرفتن سرقفلی در بازار نامتعارف باشد یا بخواهند در موردی که دریافت سرقفلی در آن متعارف نیست (مانند منزل مسکونی)، سرقفلی دریافت کنند، دریافت سرقفلی جایز نیست.

اگر دریافت سرقفلی در بازار متعارف باشد و مالک نیز اذن به ایجار داده باشد و قانون اجاره (قانون مدنی عراق در کلمات فقهای نجفی به عنوان منشأ ایجاد عرف فرض شده است) نیز شامل عقدی نشود که طرفین منعقد کرده‌اند، دریافت سرقفلی جایز است.

اگر دریافت سرقفلی در بازار متعارف نباشد و قانون اجاره نیز شامل آن نشود، صرف اذن مالک به ایجار سبب جواز سرقفلی نمی‌شود مگر اینکه موجر و مستأجر شرط کرده باشند که اجاره تا چند سال تمدید شود که در این فرض، مستأجر می‌تواند برای صرف نظر از حق خود، مبلغی را دریافت کند.

اگر دریافت سرقفلی متعارف باشد و عقد اجاره مشمول قانون اجاره باشد، از آنجا که قانون اجاره، موجر را ملزم به عدم اخراج مالک و تمدید اجاره بدون افزایش اجرت می‌کند، این قانون به منزله شرط ضمنی است و گرفتن سرقفلی جایز خواهد بود. (۱۲: ۱۷۴)

### ج - منهج الصالحین، آیت الله خویی

«الضابط فی جواز أخذها و عدمه هو أنه فی کل مورد کان للمؤجر حق الزیادة فی بدل الإیجار أو تخلیة المحل بعد انتهاء مدة الإیجار، و لم یکن للمستأجر الامتناع عن دفع الزیادة أو التخلیة لم یجز أخذها، و التصرف فی المحل بدون رضا مالکة حرام، و أما إذا لم یکن للمالک حق زیادة بدل الإیجار و تخلیة المحل و کان للمستأجر حق تخلیته لغيره بدون إذن المالک جاز له عندئذ - أخذ السرقفلیة شرعا». در هر موردی که موجر حق اضافه کردن اجرت یا تخلیه محل بعد از اتمام مدت اجاره را داشته باشد و مستأجر حق منع موجر را نداشته باشد، مستأجر حق دریافت سرقفلی ندارد. در غیر این صورت، دریافت سرقفلی جایز است. (۱: ۴۲۲)

## د- جامع الاحکام الشرعیه، آیت الله سبزواری

موجر در چهار مورد می‌تواند از مستأجر سرقفلی دریافت کند:

- اگر هنگام عقد قرارداد، موجر به مستأجر بگوید: «این خانه را یک سال اجاره می‌دهم با اجرت ماهیانه ۱۰۰ درهم و ۵۰۰ درهم هم باید به عنوان سرقفلی به من بدهی».
- اگر عقد اجاره را برای مدت معینی منعقد کنند و موجر حق فسخ اجاره برای خود قرار دهد و در مدت اجاره، مقدار اجرت محل در عرف بازار افزایش پیدا کند، موجر می‌تواند در ازای عدم فسخ اجاره، مبلغی را از مستأجر دریافت کند.
- اگر هنگام عقد قرارداد شرط کنند که اگر مستأجر پیش از اتمام مدت اجاره، اجاره را فسخ و محل را تخلیه کند، باید مبلغی را به موجر بپردازد.
- اگر هنگام عقد قرارداد شرط کنند که اگر مستأجر در مواعد مقرر، اجرت را پرداخت نکند و پرداخت اجرت را به تأخیر بیندازد، باید مبلغی را به موجر بپردازد. (۶۴۳)

## ه- منهاج الصالحین، آیت الله سیستانی

به نظر ایشان، اجاره کردن یک محل و طول مدت اجاره و شهرت محل تجاری سبب ایجاد حقی برای مستأجر برای عدم تخلیه یا تمدید اجاره نمی‌شود، اما اگر هنگام عقد اجاره علاوه بر اجرت، مبلغی را نیز دریافت کند در ازای اینکه اجاره را تمدید کند یا حق تعیین مستأجر بعدی را به مستأجر بدهد و اگر مستأجر از این حق خود صرف نظر کند، می‌تواند مبلغی را در ازای آن دریافت کند. (۴۵۳:۱)

از مجموع کلمات فقها به دست می‌آید که نظر غالب این است که صرف طول مدت اجاره و شهرت تجاری و عواملی از این دست سبب ایجاد حقی برای مستأجر نمی‌شود تا در ازای آن، مبلغی را از مالک مطالبه کند. اگر شرط ضمن عقد یا توافق‌های خارج از قرارداد مبنی بر دریافت سرقفلی وجود داشته باشد، این مبلغ قابل مطالبه خواهد بود.

## سرقفلی در قوانین موضوعه ایران

سرقفلی در قوانین مصوب ایران فراز و نشیب بسیاری داشته است. چون در کتاب‌های حقوقی، مجموعه قوانین مربوط به سرقفلی جمع‌آوری نشده است، در این قسمت به بررسی سیر

تحول این نهاد در قوانین موضوعه می‌پردازیم. قدیمی‌ترین مواد قانونی که در موضوع سرقتی به تصویب رسیده‌اند، ماده ۳ قانون اصلاح حکمیت مصوب ۱۳۰۸ و ماده ۹ قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۰۹ است که در این دو ماده، مستأجر بعد از انقضای مدت اجاره، در صورت عدم تخلیه و اعلام رسمی مالک، متصرف عدوانی قلمداد شده است، ولی درباره مؤسسات تجاری این حکم را جاری نکرده و حل و فصل این دعاوی را به قانون حکمیت سپرده است. دیوان عالی به موجب حکم ۲۵۸۸ به تاریخ ۱۳۱۶/۹/۲، سرقتی را غیر معمول و غیر قابل مطالبه اعلام کرد. ماده ۳۱ آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷ نیز دست‌رنج رعیتی و حق اولویت و گاوبندی و مانند آن را غیر قابل درخواست ثبت و اعتراض ثبت اعلام کرد. در سال ۱۳۱۷ با تصویب ماده ۱ آیین‌نامه تعدیل مال الاجاره، مستغلات مال الاجاره، حق خلع ید مستأجر تا سه سال پس از انقضای اجاره، از مالک سلب گردید. تبصره ۱ ماده ۱ قانون اختیارات دکتر میلیسپو<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۲۲ و آیین‌نامه ۳۸۲۸۴ مصوب خرداد ۱۳۲۳ (که به شماره ۲/۱۸۸ در مهر ۱۳۳۴ اصلاح و تصویب شد) برای نحوه تعیین اجاره‌بها و تمدید اجاره وضع شده است. در سال ۱۳۳۹ با تصویب قانون روابط مالک و مستأجر، قانون‌گذار نگاه جدیدی به حق سرقتی را آغاز کرد و سرقتی قابل مطالبه اعلام و ضوابط آن تعیین شد. در سال ۱۳۵۶ نیز با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر، ضوابط جدیدی برای سرقتی تعیین گردید.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، اختلافات گسترده‌ای درباره مشروعیت حق سرقتی پدید آمد. شورای نگهبان در نظریه‌ای که در سال ۱۳۶۳ مقرر داشت: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود، سرقتی باشد، طبق تحریرالوسیله عمل شود.» در سال ۱۳۶۵ در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مقرر شد از تاریخ تصویب این قانون، همه اماکن استیجاری که با سند رسمی بدون دریافت هیچ‌گونه سرقتی و پیش‌پرداخت به اجاره واگذار می‌شود، در رأس انقضای اجاره، مستأجر موظف به تخلیه آن است مگر آنکه مدت اجاره با توافق طرفین

۱. پس از جنگ جهانی دوم برای سامان‌دهی به اوضاع آشفته اقتصادی و اداره امور مالی، دکتر میلیسپو امریکایی به ایران آمد و رئیس کل دارایی کشور شد و قانونی معروف به قانون اختیارات دکتر میلیسپو در مجلس شورا تصویب گردید.

تمدید شود. مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۹ در نظریه‌ای، ملاک عمل در مورد حق کسب و پیشه را قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ اعلام و ماده واحده الحاقیه به آن را نیز همچنان معتبر دانست. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷۲/۳۱۳/۹۲ به تاریخ ۱۳۷۲/۴/۱۹ حق سرقفلی و حق کسب و پیشه را متحد دانست و این نظریه مجمع به حق سرقفلی نیز سرایت کرد. در سال ۱۳۷۶ با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر، ضوابط و شرایط جدیدی برای سرقفلی تعیین شد. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۶ در رأی وحدت رویه‌ای مقرر داشت: «مستنبط از ماده واحده الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵ این است که قانون مزبور ناظر به عقود اجاره‌ای است که بعد از تصویب آن قانون و ابتدئاً منعقد می‌شوند و شامل اماکن تجاری که سابقه اجاره به تاریخ قبل از تصویب قانون فوق داشته‌اند، نمی‌شود.» ماده واحده قانون اجازه واگذاری امتیاز سرقفلی و مشارکت غرفه‌ها و فروشگاه‌های پایانه‌های عمومی بار و مسافر و مجتمع‌های خدمات رفاهی بین راهی مصوب ۱۳۷۷ نیز به سازمان حمل و نقل و پایانه‌های کشور اجازه داده است تا امتیاز سرقفلی غرفه‌ها و فروشگاه‌های پایانه‌ها و مجتمع‌های خدمات رفاهی بین راهی و نیز پارک‌ها را قبل از شروع به احداث یا تکمیل آنها به متقاضیان بهره‌برداری یا احداث واگذار کند.

## نتیجه

با توجه به مستحدثه بودن حق سرقفلی در بین فقهای امامیه و همچنین در نظام حقوقی ایران، نظرات بعضاً متفاوتی در ماهیت آن وجود دارد اما می‌توان حق سرقفلی را حقی دانست که مستأجر در برابر پرداخت وجهی نسبت به ملکی پیدا می‌کند. بر این اساس شخص مستأجر در اجاره این ملک نسبت به دیگران اولویت دارد. در این نظر حق سرقفلی با حق آب و گل و یا حق کسب و پیشه متفاوت است. تنها دلیلی که برخی از فقها برای مشروعیت این حق به صورت مستقل و نه به صورت شرط ضمت عقد مطرح کرده‌اند، روایت محمد بن مسلم درباره موارد جواز رشوه است که این روایت از لحاظ سندی مخدوش و از لحاظ دلالتی دارای اجمال است. اما با تحلیل نظرات فقهایی که متعرض این مساله شده‌اند می‌توان چنین استنباط کرد که اگر این حق به صورت شرط ضمن عقد و یا مطابق توافق خارج از قرارداد ایجاد شود، مبلغ مورد نظر قابل مطالبه است. در این نظریه به صرف طول مدت اجاره، شهرت تجاری و عواملی از این دست چنین حقی برای مستأجر ایجاد نمی‌شود. همچنین بر این مبنای فقهی نظام تقنینی کشور حق سرقفلی را معتبر دانسته است. پس از طی فراز و نشیب‌هایی قانون‌گذار محترم، در سال ۱۳۷۶ با تصویب قوانین روابط موجر و مستأجر، ضوابط و شرایط جدیدی خود را برای سرقفلی تعیین کرده است.

## فهرست منابع

۱. ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا. چاپ ۲، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۲. بحرانی، محمد سند. فقه المصارف و النقود. قم: مکتبۀ فذک، ۱۴۲۸ هـ.ق.
۳. تبریزی، جواد. گنجینه استفتائات. قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۶ هـ.ش.
۴. جریح، علی. معجم المصطلحات القانونیه. تهران: خرسندی، ۱۳۸۷ هـ.ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. چاپ ۱۰، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷ هـ.ش.
۶. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. تهران: کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۳ هـ.ش.
۸. خمینی، سید روح الله موسوی. تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۹. خویی، سید ابو القاسم موسوی. منهج الصالحین. چاپ ۲۸، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۰. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری. کتاب مکاسب. حاشیه: سید محمد کلانتر. چاپ ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۱. دهخدا، علی اکبر. لغت نامه. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ هـ.ش.
۱۲. زنگنه، عبدالحمید. «سرقفلی». کانون وکلا - ۸ (۱۳۳۷) - ۱۷ - ۲۳.
۱۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. جامع الاحکام الشرعیة. چاپ ۹، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۴. سیستانی، سید علی حسینی. منهج الصالحین. چاپ ۵، قم: نشر دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۵. صدر، سید محمد. موسوعة كتب الامام الشهيد السيد محمد الصدر. کتاب ماوراء الفقه. قم: جلال الدین، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۶. عبدی پور فرد، مهدی. «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی». فقه و حقوق - ۱۷ (۱۳۸۴) - ۸۹ - ۱۱۴.
۱۷. عمید، حسن. فرهنگ عمید. تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۳ هـ.ش.
۱۸. کاتبی، حسین قلی. «حق سرقفلی یا مالکیت تجاری». کانون وکلا - ۵۱ (۱۳۳۵) - ۱۱۰ - ۱۳۸.
۱۹. کاتوزیان، ناصر. عقود دینی. تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۱ هـ.ش.

۲۰. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر. توضیح المسائل. چاپ ۳، قم: مطبوعاتی هدف، ۱۳۷۱ هـ.ش.
۲۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۲۳. نوری همدانی، حسین. «سرقفلی». پژوهش و حوزه ۸- (۱۳۸۰) ۵۰-۵۸.
۲۴. نوری همدانی، حسین. گنجینه استفتائات. قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۶ هـ.ش.

# اطلاع رسانی علمی

# گزارش نشست علمی بررسی فقهی افساد فی الارض (۱)

نشست علمی بررسی فقهی افساد فی الارض در مرکز آموزش های تخصصی فقه با حضور حجت الاسلام و المسلمین فاضل، استاد سطوح عالی حوزه علمیه و دانش پژوهان این مرکز در زمستان ۱۳۹۳ برگزار شد. دبیر این نشست، حجت الاسلام و المسلمین محقق فر بود و در آغاز نشست، آقای محمودی، دانش پژوه مرکز و مسئول گروه تحقیقاتی پرونده افساد فی الارض، گزارشی از پرونده قضایی و تحقیقات گروه علمی ارائه داد. در ادامه، حجت الاسلام و المسلمین فاضل نظرهای خود را بیان کرد.

## ■ فشرده پرونده و گزارش کار (آقای محمودی)

متهم، دانشجوی انصرافی و سرباز فراری است که خودش را امام زمان (ع) و خضر نبی (ع) معرفی کرده است و در مؤسسه ای به اغفال افراد پرداخته و مدعی شده است به او وحی می شود، علم غیب دارد، طی الارض می کند و از معانی حروف مقطعه قرآن آگاه است. وی برای دانشجویان و شاگردان خودش نیز احکامی از قبیل ازدواج و طلاق و نخواندن نماز یا انجام ندادن واجبات صادر کرده است. گفته اند روزی به حضرت یونس (ع) توهین می کند و به شاگردانش می گوید که سوره واقعه، زیارت عاشورا و زیارت جامعه و مانند آن ها را نخوانید. در نماز هم به قرائت حمد

و سوره نیاز نیست و اصلاً به وضو گرفتن نیاز نیست. در نهایت، با تعدادی از شاگردان مؤنث خودش رابطه نامشروع داشته و بیان داشته خودتان را در مقابل خدا فنا کنید و از همه چیز خودتان بگذرید. اداره کل اطلاعات تهران اتهام این شخص را بیان مطالب کفرآمیز، ترویج خرافه‌گرایی و عقاید انحرافی، ادعای پیامبری، ارتباط نامشروع، توهین به پیامبران و اخلال در نظم و امنیت عمومی، اعلام و پرونده را به شعبه ۷۹ دادگاه کیفری استان ارسال کرد.

این پرونده از نظر صدور حکم تقریباً سیزده مرحله گردش کاری داشت. در اولین مرحله، دادگاه شعبه ۷۹ کیفری استان، رفتار و اعمال ارتكابی متهم را مصداق افساد فی الارض دانست و چون در صلاحیت خودش نبود، به دادگاه انقلاب ارجاع داد. پرونده در مرحله دوم به شعبه ۱۵ دادگاه انقلاب اسلامی رفت که این دادگاه، رفتار و اعمال ارتكابی متهم را مصداق افساد فی الارض دانست. از نظر این دادگاه، مصادیق این عمل‌ها و رفتار ارتكابی متهم، مصادیق بارز لطمه به حیثیت اجتماعی و ناموسی و دین مردم، تلقی و موجب مفسده عمومی و انحراف جامعه از راه حق می‌شود و چون تکرار هم در آن بوده، متهم، مفسد فی الارض است و به اعدام محکوم می‌شود.

پس از سیزده بار گردش پرونده، در آخرین مرحله، شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور رأی را بررسی می‌کند و همان رأی شعبه ۱۵ دادگاه انقلاب مبنی بر افساد فی الارض را تأیید و برای مستند رأی خود، فتوایی از مرحوم امام خمینی (ره) را از تحریر الوسیله ذکر می‌کند. در این فتوا گفته شده است که محاربه و افساد، دو موضوع مستقل است و تشخیص آن بر عهده محاکم صالح است و در خود تشخیص مصداق به روایتی از وسائل الشیعه استناد شده است مبنی بر این که کسانی که به بدعت دعوت می‌کنند، مفسد هستند و مهدورالدم. با جمع این تمام استنادات، حتی خود دادگاه انقلاب، سرانجام متهم را به دلیل افساد فی الارض به اعدام محکوم می‌کند.

عمده استناد مبتنی بر بحث بدعت و فساد فی الارض و با اهتمام به روایت مفسد فی الارض است؛ یعنی رفتار ارتكابی متهم را مصداق بدعت در دین دانسته‌اند. با این حال، باید روشن شود:

یک - آیا رفتار ارتكابی ایشان بدعت است؟

دو - آیا بدعت از مصادیق افساد فی الارض می‌تواند باشد؟

سه - رابطه بین جرم افساد و محاربه و مستند فقهی افساد فی الارض چیست؟

## ■ مباحث حجت الاسلام فاضل

ایشان با اشاره به مسئله تکرار رفتارهای ارتكابی مجرم، جرم‌هایی را که منجر به اثبات اتهام افساد متهم می‌شد، بررسی کرد و افزود که در ادعای توهین به پیامبران، اگر مسئله سب النبی را به پیامبران توسعه بدهیم، این مسئله به قاضی کمک می‌کند زودتر به مفهوم مفسد فی الارض برسد و حکم را صادر کند. در مورد کسی که کار خلاف اخلاق کند، به پیامبر ناسزا بگوید و عده‌ای را دور خود جمع کند و دستور دینی بدهد و بدعت در دین بگذارد و بر همه این اعمال اصرار داشته باشد، راحت‌تر می‌توان قضاوت کرد.

پس ابتدا باید بررسی شود که اصلاً عنوانی به نام افساد وجود دارد یا خیر. مثلاً در آیه قرآنی که مسئله محاربه آمده، بحث محاربه و افساد با هم است و بسیاری از فقها این دو را با هم می‌دانند. برای افساد به صورت جداگانه حکم صادر نمی‌شود. پس موضوعات جانبی و قراین قبل و بعد به همراه اتفاقاتی که می‌افتد و این مصداق را پررنگ می‌کند، کمک می‌کند قاضی مستند خوبی بیابد و این حکم را صادر کند؛ چون بسیاری از این موارد به تنهایی مستوجب حکم اعدام است.

### بررسی عنوان بدعت و نسبت آن با افساد

ایشان ضمن بیان تعاریفی از بدعت به ارتباط جرایم انتسابی مجرم و مفهوم بدعت پرداخت. در دین، بدعت دو تعریف معروف دارد: یکی، ادخال لیس فی الدین بقصد الادخال؛ یعنی قصد داخل کردن وجود داشته باشد. دوم، داخل کردن در دین بدون اینکه دایره مدار قصد باشد؛ یعنی عنصر قصد نقش ندارد و هر کس را شامل می‌شود که چیزی بگوید که در دین نیست. بر اساس تعریف اول، ادخال با قصد ادخال در دین و به اسم دین و به این عنوان که دین این حرف را می‌گوید، مصداق بدعت است. یعنی اینکه گوینده و مدعی قصد داشته باشد ادعا کند که دین همین است، نه اینکه شما به مقاماتی رسیده‌اید و به روزه و نماز به این صورت نیاز ندارید. یک بار، منظور وی از بیان این دستورها آن است که عبادات به این صورت فقط برای شما نیست، ولی اگر کسی به این نتیجه خلاف رسید که مثلاً نماز و روزه مربوط به فلان افراد است و بگوید این سخنان از طرف خود من نیست و دین خدا همین است، آیا این دستورها بدعت است؟

بنابراین، یکی از ارکان بدعت، ورود و دخول در دین است به این صورت که دستورهایی غیر از دستورهای دینی را به عنوان دین مطرح کند. رکن بعدی این است که قصد داشته باشد ادخال کند. با این قصد فرد پی می‌بریم وی می‌خواهد در دین دست ببرد. اگر بدعت مسجل شد، بدعت مستحق قتل است یا نه؟ به تنهایی مستحق قتل باشد یا اینکه مصداقی از افساد باشد؟

حجت الاسلام فاضل با توجه به سؤال مطرح شده در موضوع نشست به بررسی حکم بدعت و ادله آن و نیز ارتباط آن با افساد پرداخت. اگر بدعت شد، متهم باید کشته شود یا نه؟ اگر بدعت‌گذار حکم قتل داشت، مستند آن چیست؟ آیا صرف خود بدعت منشأ حکم قتل است یا افساد فی الارض؟ در اینجا آنچه را مورد استناد قاضیان قرار گرفته است، مطرح می‌کنیم.

مستند، روایتی است در باب ششم از ابواب حد محارب که صاحب وسائل به عنوان کارشناس حدیث و فقیه آورده و عناوینی که برای باب انتخاب کرده، قابل استناد است. عناوین نشان می‌دهد این گونه از روایت استنباط کرده و عنوانش را «باب قتل الدعوات الی البدء» آورده است. دو روایت هم نقل می‌کند: محمد بن عمر بن عبدالعزیز کشی (صاحب رجال معروف) به نقل از امام گفت: چه کسی فارس را می‌کشد؟ هر کس او را بکشد، به بهشت می‌رود. حال مشکل فارس چه بود که حضرت برای کشتن او سرمایه‌گذاری کرد؟ فارس، فتنان (فته‌گر) بود: «یفتن الناس و یدعوهم الی البدعه». روایت دوم نیز همین عبارت است، ولی با سند دیگری نقل شده است. صاحب وسائل وقتی این روایت را نقل می‌کند، می‌فرماید با توجه به این روایت، هیچ اثری از افساد دیده نمی‌شود، چه واژه افساد، چه ماده افساد و چه هیئت آن. تنها واژه‌ای که غیر از مسئله بدعت می‌بینید، فتنه است با تعبیر «کان فتناناً» که حضرت دستور کشتن ایشان را می‌دهد.

این روایت، دو مشکل دارد: اول اینکه سند آن مرسله است. مشکل دیگر این است که ممکن است از باب قطع ماده فساد باشد. قطع ماده فساد و افساد فی الارض، دو مسئله جدا از هم هستند. یکی از چالش‌های اصلی مدعیان افساد این است که چرا فقهای ما برای افساد عنوانی باز نکردند؟ عده‌ای برای دفاع از این قضیه، دلایلی پیدا کرده‌اند که در واقع، مربوط به مسئله فساد است، نه افساد. فساد با افساد فرق می‌کند. مسئله، افساد روی زمین با قیودش است، نه فساد. فساد ممکن است هر چیزی باشد و توسعه داشته باشد. تحت عنوان قلع و قمع

ریشه فساد از باب نهی از منکر دلیل داریم. در اینجا نیز فرد، فتنه‌گر است که این عنوان مستقل قرآنی است. البته در فقه به این عنوان نیامده، ولی در قرآن به این معنا مطرح شده و صاحب وسائل به عنوان محدث و فقیه این فتنه را زیرمجموعه نهی از منکر و امر به معروف دانسته است. پس اگر امام بر فرض اینکه این سند درست باشد، دستور کشتن کسی را به این عنوان داده باشد، قانون یا قاضی به چه مستندی آن را مستند افساد فی الارض قرار می‌دهد؟ البته اگر بگویند بر اساس این روایت، به قتل این فرد حکم می‌شود و به افساد ارتباطی ندارد، باید بررسی شود که آیا واقعا سند این روایت تا این حد است یا خیر؟ اصلاً آیا این قضیه در مورد واقعه خاصی است یا خیر؟

بر اساس اطلاقی که از این روایت استفاده می‌شود، هر داعی به بدعتی، مستحق قتل است و این برداشت خیلی روشن نیست. ضمن اینکه روشن نیست که این حکم از باب فساد فی الارض باشد و به آن اشاره‌ای نشده است.

ایشان تعلیل کرد که دوری فقها و نبود حکومت اسلامی در دست فقها، دلیل اصلی پرداخته نشدن به موضوع افساد است؛ چرا که بسیاری از موارد آن در جریان حکومت مصداق پیدا می‌کند. این در حالی است که مبحث محاربه، دلایل آن و موضوع و احکام آن از ابتدا مشخص بوده و در مباحث فقها به تفصیل درباره آن بحث شده است. ایشان افزود که ظاهراً در چند دهه اخیر، اولاً حکومت به دست ما آمد. ثانیاً زمینه‌های افساد متعدد و متنوع شد. این دو عامل دست به دست هم داد تا این موضوع پررنگ شود.

## افساد در آیات

استاد فاضل با ارجاع دانش‌پژوهان به آیات قرآن برای تحقیق در عنوان افساد افزود: سند افساد، دو آیه سوره مائده است که درباره داستان هابیل و قابیل، پشت سر هم آمده است: «من اجل ذلك كتبنا علی بنی اسرائیل انه من قتل نفساً بغير نفس». (مائده/۳۲) از این آیه چه چیزی استفاده می‌شود؟ مجوز برای بنی اسرائیل در قتل چه بود؟ «من قتل نفساً بغير نفس او فساد فی الارض کما قتل الناس جمیعاً». پس دو مجوز برای قتل داریم که یکی، قصاص و دیگری،

فساد است. در نتیجه، فساد، مجوزی می‌شود برای قتل و قرآن این سخن را به صورت تأییدی بیان می‌کند.

آیه دوم چنین است: «انما جزاء الذین یحاربون الله ورسوله یسعون فی الارض فسادا». (مائده/۳۳) در این آیه، «یسعون فی الارض فسادا» به عنوان یک ملاک کلی مطرح است. احتمال بر عکس هم مطرح شده است. مسلم است که رابطه اینها را نمی‌توان قطع کرد و گفت که دو عامل مستقل و موضوع مستقل برای احکام چهارگانه هستند. واضح است که افساد به تنهایی نمی‌تواند مستند به این آیه قرآن باشد، به جز اشکال‌هایی که در برداشت از خود آیه‌ها وجود دارد. اگر واقعاً از همه آن اشکال‌ها صرف نظر شود و از این آیه بفهمیم که تنها ملاک حکم افساد است، بقیه آیه، مقدمه است.

در حقیقت، مستقلاً روشن نیست که هر کدام به تنهایی مستقل هستند و موضوعی برای احکام چهارگانه باشند. برداشت مفسران نیز این مطلب را تأیید می‌کند. عرب و عجم، سنی و شیعه اینها را با هم به عنوان مستقل ندیده‌اند و همه اینها به آن ارتکاز کمک می‌کنند.

حجت الاسلام فاضل در پایان جلسه با پاسخ‌گویی به سؤالات برخی دانش‌پژوهان، نکات و مسائلی را مطرح کرد که جا دارد تلاش علمی گسترده‌تری درباره آنها انجام گیرد. از جمله آن مسائل این است که مفسران با توجه به نکات ادبی چه استظهاری از آیه دارند؟ مواد افساد، محاربه و یسعون فی الارض در آیه به تبیین بیشتر نیاز دارد و تعیین نوع مفهوم افساد در روایات مهم است. همچنین باید دید آیا واقعاً حکم بر عنوان افساد مترتب است یا اینکه عناوین دیگری که ملازم با افساد است؟ اگر افساد آمده، توضیح و بیان آن است یا مصداق نهی از منکر؟

در پایان جلسه، حجت الاسلام محقق‌فر با تشکر از حضور استاد محترم و دانش‌پژوهان مرکز، بررسی بیشتر این موضوع را با حضور دکتر بای، یکی از مؤلفان قانون مجازات وعده داد.

## گزارش نشست علمی بررسی فقهی افساد فی الارض (۲)

دومین نشست علمی جرم افساد فی الارض با محوریت پرونده مطرح در دادگستری از سلسله نشست‌های مرکز آموزش‌های تخصصی فقه، با تکیه بر مباحث فقهی طرح شده توسط حجت الاسلام و المسلمین فاضل، استاد سطوح عالی حوزه علمیه در نشست اول و با حضور دکتر بای، عضو هیئت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی در مرکز آموزش‌های تخصصی فقه در زمستان ۱۳۹۳ برگزار شد. خلاصه مباحث مهم این نشست به این شرح است:

### ■ فشرده گزارش پرونده (بهمن سام خانیانی)

در پرونده، جوانی به نام م. الف، متهم به جرایم متعدد از قبیل بدعت‌گذاری، بیان مطالب کفرآمیز و اخلال در نظم و امنیت عمومی پس از سپری کردن مراحل قضایی، در مرحله نهایی به جرم بدعت‌گذاری و افساد فی الارض به مجازات اعدام محکوم شد. مستند این رأی بر مبنای مستقل دانستن عنوان افساد فی الارض مطابق با نظر امام خمینی (ره)، روایتی از باب ششم وسائل الشیعه است.

## ■ فشرده توضیح نشست اول (استاد فاضل)

حجت الاسلام و المسلمین فاضل در نشست اول، دیدگاه‌های فقهی در این باره و اشکال‌های این رأی را بیان کرد. ایشان پس از تعریف جرم بدعت‌گذاری و تقسیم‌بندی آن و بررسی ادله روایی و خدشه در سند و مفاد آنها، حکم قتل را برای بدعت‌گذار صحیح ندانست و حکم به اعدام بدعت‌گذار از باب افساد فی الارض را نزدیک‌تر به واقع دانست. سپس به بیان پیشینه جرم‌انگاری در افساد فی الارض و بیان و بررسی ادله استقلالی دانستن جرم افساد فی الارض پرداخت. درباره ادله نیز به آیات ۳۲ و ۳۳ سوره مائده و چند روایت، اشاره و به دلالت آیات و سند روایت خدشه وارد کرد. در پایان، ادعای یادشده را با توجه به دلایل برشمرده شده و مخالفت با قول مشهور، مردود دانست.

## ■ گزارش کامل نشست دوم (دکتر بای)

### بررسی و نقد رأی از نظر موضوع‌شناسی

جرایم منتسب به متهم پرونده از دو نظر قابل بررسی است. اول اینکه بعضی جرایم در قانون، مجازات معلوم دارند و از این نظر، مشکلی نیست. در مورد بعضی از اتهام‌ها که در قانون، مجازات خاصی برای آنها ذکر نشده است، نمی‌توان مجازات ثابت کرد مگر به استناد قاعده «التعزیر لکل عمل محرم». از این رو، به بررسی اجمالی این قاعده می‌پردازیم.

### بررسی قاعده «التعزیر لکل عمل حرام»

اقوال متعددی در مورد این قاعده وجود دارد. در این بین، امام خمینی (ره) در بخشی از کتاب تحریر الوسیله، تعزیر را برای عمل حرام به طور مطلق و در بخشی دیگر، تعزیر را تنها برای کبایر ثابت می‌داند. حال با توجه به این اختلاف، اگر قاضی را به فقه احاله دهیم تا در مواردی که قانون‌گذار جرم‌انگاری نکرده است، بر اساس منابع فقهی، حکم و مجازات مربوط را مشخص کند، این کار موجب مختل شدن نظام دادرسی می‌شود؛ زیرا محدودیت و ضابطه‌ای مشخص

برای تمسک به این قاعده وجود ندارد و موجب اعمال نظرهای شخصی خواهد شد. اگر در اینجا فردی بگوید بنا بر اینکه در فقه گفته شده است: «التعزیر بما یراه الحاکم»، پس قاعده «التعزیر لکل عمل حرام» بدون ضابطه نیست، بلکه شارع این اختیار را به حاکم داده است تا در مواردی، مرتکب عمل حرام را تعزیر کند، در پاسخ این اشکال می‌گوییم: لفظ «حاکم» به حاکم مصطلح شرعی انصراف دارد، نه قضات امروزی.

### چند مبحث حول محاربه

#### تعریف محاربه در فقه شیعه

بیشتر فقها در تعریف محاربه گفته‌اند: «المحاربه تجرید السلاح لاخافة الناس»؛ یعنی قید تجرید سلاح و ترساندن مردم را در تعریف گنجانده‌اند. در مقابل، امام خمینی (ره) و صاحب جواهر، تجرید سلاح را به اراده افساد فی الارض مقید کرده‌اند. امام خمینی (ره) از این فراتر رفته است و می‌گوید: «المحارب کل من جرد سلاحه او جهزه لاخافة الناس و اراد افساد فی الارض».

#### بررسی ارکان محاربه (عدم موضوعیت حمل سلاح و اخافه بالفعل)

از تعریف سابق مشخص می‌شود که حمل سلاح به عنوان عنصر مادی و به قصد اخافه یا اراده افساد فی الارض، عنصر معنوی جرم محاربه است. با این حال، در اینکه آیا حمل سلاح موضوعیت دارد یا خیر، اختلاف‌هایی وجود دارد. بعضی از فقها مثل صاحب جواهر، حمل سلاح را دخیل دانسته‌اند و بعضی دیگر مانند علامه حلی و فاضل هندی، به کار بردن سلاح را در تحقق محاربه شرط نمی‌دانند و صرف ایجاد اخافه را کافی می‌دانند. روایات بسیاری در باب محاربه که از اسلحه حرفی به میان نیاورده‌اند، این قول را تأیید می‌کنند.

در مورد اخافه می‌توان گفت بعضی از فقها اخافه بالفعل را لازم می‌دانند. اگر اخافه بالفعل را شرط ندانیم، جرایمی مانند اسیدپاشی را که اخافه آنها متأخر از وقوعشان است، می‌توان به محاربه محلق کرد. در این حالت، این قول خالی از قوت نیست، چنان‌که روایاتی نیز بر آن دلالت می‌کند. در هر حال، در این مورد، مشکلات دیگری نیز وجود دارد از جمله اینکه آیا

می‌توان اسید را سلاح به شمار آورد یا خیر؟ برخی، اسید را اسلحه نمی‌دانند، اما در مقابل، می‌توان چنین استدلال کرد که اولاً بسیاری از فقها، اسلحه را شرط نمی‌دانند و آنهایی که وجود اسلحه را شرط می‌دانند، مانند آیت‌الله گلپایگانی و آیت‌الله شاهرودی، می‌گویند که نوع خاصی در سلاح موضوعیت ندارد و تنها قابلیت ایجاد وحشت و قدرت کشندگی کفایت می‌کند. آخرین نکته این است که آیا محاربه، جرمی علیه امنیت عمومی است یا علیه حکومت؟ باید دانست بین جرایمی که موجب اختلال در نظم و امنیت می‌شوند، با جرایم علیه حاکمیت، تلازمی برقرار نیست. از این رو، محاربه جزو جرایمی است که امنیت عمومی را بر هم می‌زند، ولی از جرایم علیه حاکمیت به شمار نمی‌آید. آیا جرم افساد فی الارض، جرمی مستقل است یا جرمی تحت عنوان محاربه؟

### بررسی فقهی مستقل دانستن جرم افساد فی الارض

از نظر فقهی، اگر بتوان مصادیقی برای افساد فی الارض در کلام فقها یافت که تعریف محاربه بر آن صادق نباشد، می‌توان افساد فی الارض را جرمی مستقل به شمار آورد. با این حال، باز جای این اشکال باقی می‌ماند که چرا فقها باب خاصی را برای افساد فی الارض در نظر نگرفته‌اند؟ در هر صورت، قائلین به مستقل بودن جرم افساد فی الارض به مستنداتی از قبیل آیات ۳۲ و ۳۳ سوره مبارکه نساء استناد می‌کنند. استدلال به این آیات مبتنی بر مفهوم داشتن لقب است و اگرچه در اصول بین علما در مفهوم داشتن لقب، اختلاف نظر است، با رجوع به عرف می‌توانیم از لقب نیز مفهوم بگیریم. علاوه بر این آیات، می‌توان به روایات متعددی اشاره کرد که مضمون آنها بر این امر دلالت می‌کند که جرم افساد فی الارض در امت‌های پیشین، جرم مستقلی دانسته می‌شد و مرتکب آن، مستحق قتل بود و این امر به قدری در اذهان مردم معهود بود که فرعون برای اقناع مخاطبانش، به مفسد بودن حضرت موسی (ع) استدلال کرد.

در این خصوص، علاوه بر آیات، روایات متعددی در کتاب‌های فقهی وجود دارد که از مجموع آنها و کلمات فقها می‌توان استنباط کرد که افساد فی الارض، جرم مستقلی باشد. از جمله آنها روایت فضل بن شاذان از امام رضا (ع) است با این مضمون: «فی حدیث طویل قال فلا یحل قتل احدٍ من النصار و کفار فی دار التقیه الا قال او ... فی فساد» که از لحاظ سند، معتبر و از لحاظ دلالت،

تام است. همچنین روایت یونس در مبسوط است که بر اساس مضمون آن، اگر کسی مرتکب جرایم تعزیری شود و سه بار مجازات گردد، بار چهارم کشته می‌شود؛ چون فردی که بعد از سه بار ارتکاب جرم و مجازات شدن، باز به آن جرم دست بزند، ساعی در فساد است.

در پایان، به آیات و روایاتی استناد می‌کنیم که حکم به قتل از باب افساد فی الارض است، نه قصاص.

#### الف) قتل اهل ذمه به دست مسلمان

بر اساس روایاتی که در مورد مجازات قاتل اهل ذمه وجود دارد، اگر مسلمانی، فردی از اهل ذمه را بکشد و سه بار این عمل را تکرار کند، در نوبت سوم به قتل محکوم خواهد شد. در اینجا بعضی از فقها گفته‌اند این مجازات از باب قصاص است. اولین اشکال این است که شرط قصاص، تساوی در دین است که در این فرض محقق نمی‌شود. اشکال دوم این است که این مسلمان را در مقابل کدام یک از مقتولان ذمی می‌خواهید قصاص کنید؟ ولی دم کیست؟ از این رو، بسیاری از فقها گفته‌اند این حکم در روایت از باب افساد فی الارض است.

قرینه دیگری که در روایت وجود دارد و به این مطلب راهنمایی می‌کند که مجازات از باب قصاص نیست، این است که امام در یکی از روایت‌ها می‌فرماید: مردم نمی‌توانند تحمل کنند که مسلمانی، افراد زیادی از اهل ذمه را بکشد. «هذا شیءٌ شدید». این کار هم فسادانگیز است و هم افراد را نسبت به دین بدبین می‌کند. فقهایی که این مجازات را برای قاتل اهل ذمه از باب افساد فی الارض می‌دانند، عبارتند از: ابوصلاح حلبی، محقق اردبیلی، ابن زهره، علامه حلی، اسکافی، شهید ثانی (در یکی از آثارش) و قمی در کتاب جامع الخلاف و الوفاق.

#### ب) قتل برده به دست حرّ

روایت دیگری که فقها آن را بر افساد تطبیق داده‌اند، در حالی که در روایت، اسمی از افساد فی الارض نیامده است، قتل برده‌هاست. اگر کسی، برده‌ای را بکشد و این کار را تا سه نوبت تکرار کند، محکوم به قتل خواهد شد. این در حالی است که مجازات کشتن برده، قتل و قصاص نیست: «کتب علیکم القصاص فی القتل الحر بالحر و العبد بالعبد» (بقره/ ۱۷۸). «عبد» در این روایت در مقابل «حرّ» قرار گرفته است و نمی‌تواند از باب قصاص باشد. اگر هم به قصاص قاتل شویم، این سؤال پیش می‌آید که کدام یک از مالکان عبد اول یا عبد دوم یا عبد سوم یا

فرزندان عبدها حق قصاص دارند؟

در این بین، بعضی از فقها مجازات یادشده را از باب افساد فی الارض می‌دانند؛ زیرا چنین فردی موجب برهم زدن نظم جامعه شده است و اگر با وی برخورد نشود، برده‌کشی راه می‌اندازد. از جمله فقهای قائل به این نظر می‌توان از طباطبایی در ریاض المسائل و فخر المحققین و حلی و ابن زهره نام برد.

(ج) روایت نباش قبر

روایتی از فضیل در این زمینه وجود دارد که به آن می‌توان استدلال کرد. روایت از این قرار است که امام صادق (ع) می‌فرماید: «النباش اذا كان معروف بذلک قطعہ»؛ کسی که نباش است و کفن دزد است و به قصد دزدی نبش قبر می‌کند، دستش قطع می‌شود. فقها در این روایت تأمل کرده و گفته‌اند که اگر قبر، حرز است، دست قطع می‌شود. اگر قبر، حرز باشد، باز هم چون قیمت کفن به حد نصاب نمی‌رسد، از باب سرقت نمی‌توان حدی جاری ساخت. اگر بگوییم قیمت کفن به حد نصاب می‌رسد، این اشکال مطرح می‌شود که چرا بار اول، حد سرقت را جاری نمی‌سازیم و چرا اجرای حد به معروف شدن فرد به کفن دزدی وابسته باشد؟ این اشکال‌ها باعث شده است فقها به این سو برونند که مجازات قطع دست از باب سرقت نیست و باید از راه دیگری اثبات شود.

شهید ثانی، فیض کاشانی، علامه حلی، ابن ادریس و دیگران می‌گویند مجازات نباش قبر از این روست که مصداقی از مفسد فی الارض بوده و امام از باب افساد فی الارض به مجازات حکم کرده است، ولی اسمش را در بسیاری از موارد نیاورده است.

### بررسی حقوقی مستقل دانستن جرم افساد فی الارض

از نظر حقوقی، قانون‌گذار در مواد ۱۸۰، ۱۸۱ و ۱۸۳ ق.م.ا. قدیم، مجازات محاربه و افساد فی الارض را یکی در نظر گرفته بود، اما در قوانین دیگر از آن عدول کرده و برای افساد مفهومی مستقل در نظر گرفته است. قانون‌گذار در مواد متعددی، عمل ارتكابی را افساد فی الارض دانسته است، در حالی که عنصر مادی و معنوی محاربه در این جرایم وجود ندارد و این کار به دلیل مستقل دانستن

جرم افساد فی الارض است. از جمله، مواد قانون مبارزه با قاچاق انسان مقرر می‌دارد: «چنانچه فرد قاچاق شده، کمتر از ۱۸ سال تمام باشد و عمل ارتكابی از مصادیق محاربه و افساد فی الارض نباشد...». نمونه دیگر، مجازات جرم توزیع عمده سی دی‌های غیر مجاز است. البته قانون‌گذار در ماده ۲۸۶ ق.م.ا.ج.د، تکلیف را روشن کرد و افساد را جرم مستقل دانست.

### نتیجه

به واسطه کثرت قراین و شواهد موجود در باب، تراکم ظنون حاصل می‌شود و می‌توان نتیجه گرفت که افساد فی الارض، جرم مستقلی است.

# الملخصات

المترجم: محسن الشيرى\*

## دراسة مستندات التنفيذ السافر للحدود في فقه الإمامية

حسين الحاجي الحسيني

من المسائل الخلافية قديماً، بين فقهاء الامامية و هكذا بين علماء الحقوق، هو تنفيذ الحدود في عصر الغيبة بشكل سافر أو غير سافر. نظراً الى الجهات الاجتماعية و الحقوقية لهذه المسألة الفقهية، في المستوى الوطني و العالمي في العصر الحاضر، يبدو اختيار القول الصحيح في المسألة من الضروريات.

لكل من الموافق و المخالف في هذه القضية ادلة. و على طبق هذا التحقيق، الادلة النقلية للموافقين هي الآية الثانية من سورة نور و بعض الاخبار، و الادلة العقلية لهم هي الارعاب و اصلاح المجتمع و نهايتاً الإجماع. و امادلة القائلين بتنفيذ الغير السافر للحدود، فهي تكون غالباً من سنخ الادلة العقلية؛ منها و هن الدين، العقوبة المضاعفة للمجرم و أصالة خصوصية العقوبات.

يبدو أن ادلة عدم جواز التنفيذ السافر للحدود، فيها مناقشة فوية و ليست لها قوة المعارضة لأدلة الجواز من القرآن و السنة و العقل. فعلى هذا الاساس، القول المختار في هذه المقالة هو القول بجواز التنفيذ السافر للحدود ولو في عصر الغيبة.

\* من طلاب المستوى الرابع في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

## التقاص الاستقلالي

### دراسة مشروعية التقاص بدون اذن الحاكم في فقه الإمامية

حامدبارسا

في فقه الامامية يعدالحاكم الشرعي مرجعا لحلّ المرافعات و استيفاء الحق. و السؤال حول هذه المرجعية انها هل تكون ثابتة في جميع الموارد؟ يعتبر تقاص الدين، ممّا استثنى من هذه المرجعية، على بعض الاقوال و بعبارة اوضح: هل يجوز تقاص الدين بغير استيذان من الحاكم الشرعي أو يلزم الاستيذان منه؟ قداجمع الفقهاء على جواز التقاص من دون اذن الحاكم في بعض الموارد و وقع الخلاف بينهم في بعض آخر.

و نحن في هذا التحقيق تصدينا لانفكاك الموارد المتفق عليها من المختلف فيها و تبين الاقوال و الادلة في الموارد الخلافية. فمستند المشهورالقائلون بجواز التقاص الاستقلالي الاطلاقات و العمومات. و مستند القائلين بعدم الجواز هو اصاله حرمة التصرف في مال الغير. هنا في هذه السطور يُدعم القول بعدم الجواز فلايجوز للدائن تقاص دينه من اموال المديون؛ و في الملفات القضائية المعنونة بدعوى حق التقاص الاستقلالي، يحكم على الدائن بالتصرف العدواني في اموال المديون، و يستقر الضمان على الدائن. و بترتب هذه الآثار يظهر وجه الحاجة الى هذا التحقيق.

## بدل الخلوّ

### تحليل ماهية بدل الخلوّ واحكامه في فقه الإمامية و النظام الحقوقي الايراني

محسن الشيرى

يكون لبدل الخلو دور مؤثر في معاملات الاماكن التجارية في السنوات الأخيرة. مع ذلك يبدو أنّ التثويرات الفقهية و الحقوقية لهذه المسالة ليست بشكل كافٍ. و من جانب آخر بما أنّ هذا الموضوع له أثر عام في كثير من العمليات التجارية و الترافعات الناشئة منها، فالحاجة ماسّة الى إجراء تحريّيات في هذه المسالة كمّا و كيفاً. و في هذه المقالة بعد نظرة عابرة على المعنى اللغوي و الاصطلاحى،

يبين الانظار الفقهية و الحقوقية حول ماهية هذا الحق بشكل فهرسى، و ايضا نقياس حق بدل الخلو و الحقوق المشابهة كحق الماء أو حق حُسن السُمة أو الحرفة، و نبين الفروق بينها. و بعد إيضاح ماهية هذا الحق، يُذكر بعضُ الاقوال في مشروعيتها و الاحكام المترتبة عليه. و فى النهاية نأتى بالمواد القانونية فى مجموعة قوانين البلد و توضيحها. هذا التحقيق يحاول أن يستدرك بعض الابهامات الفقهية و الحقوقية و القانونية لهذه المسألة بمساعدة توصيف و تحليل حق بدل الخلو، و أن يبرز الرأى المختار فى المسألة.

## الشهادة على الزنا

### تحليل آراء فقهاء الإمامية فى اعتبار شكل خاص من الرؤية

محسن فرزام

بما أن للشارع فى أمر الفروج اعتناءً خاصاً فالشهادة على الزنا لها شرائط، غير الشروط العامة المعتبرة فى الشهادة. و من هذه الشرائط الخاصة، ما ذهب اليه المشهور المعبر عنه برؤية «كالميل فى المكحلة». فوقع السؤال: هل يعتبر هذه الرؤية أو يكفى رؤية المقدمات الملازمة للزنا؟ و نحن فى هذه السطور، بصدد طرح رأى المشهور و الآراء الغير المشهورة و تحليل هذه الآراء و أدلتها. و الذى يوكد تبين المبانى الفقهية للمواد القانونية فى هذه المسألة أن الرؤية بهذا الشكل لا توجد إلا نادراً و أن من البديهي عدم جواز التجسس فى مثل هذه الامور، مضافاً الى اهمية المسألة و تاثيره فى المجتمع، و من جانب آخر شدة العقوبة المترتبة على كلا الجهتين حد الزنا وحد القذف، و اختلاف آراء الفقهاء فى المسألة. ثم المشهور من الفقهاء خصوصاً القدماء منهم، على اشتراط الرؤية بهذا الشكل. و بعض الفقهاء كالشيخ المفيد، فصلوا بين الشهادة الموجبة للجلد و الموجبة للرجم، كما ان بعضاً آخر من الفقهاء كصاحب الجواهر و المحقق الخوئى، يكفى عندهم مطلق العلم بالزنا لأداء الشهادة حتى لو حصل عن غير المشاهدة. و فى هذه السطور تُدعم نظرية المشهور من الفقهاء.

## المباني الفقهية لمنع تصدى منصب القضاء للمرأة في نظر المشهور من فقهاء الامامية

رضا العسكري

نظراً الى شياع المسائل الاختصاصية للنساء، في نظام الإدعاء العام الوطني اليوم و نظراً الى اولوية مباشرة القاضى المماثل للتعقب القضائى فى بعض هذه المسائل، تجدد اليوم البحث عن قضية مشروعية تصدى القضاء للمرأة بعد إثارة البحث عنه فى كتب القدماء من الفقهاء و التحقيقات العديدة منهم. لكن قليلاً ما توجد مجموعة منظمة من الآراء و المباني الفقهية و تحليلها بشكل دقيق باللغة الفارسية.

ثم ان المشهور من فقهاء الامامية على عدم جواز تصدى القضاء للمرأة مطلقاً، مستنداً الى الكتاب و السنة و الاجماع و دليل العقل و السيرة و فى النهاية الى مذاق الشريعة و تعاضد الظنون. و على ازاء مسلك المشهور القول بالتفصيل لبعض الفقهاء كالميرزا القمى و المحقق الاردبيلى. و هنا فى هذه السطور محاولة المناقشة فى ادلة المشهور و يستند القول بعدم الجواز مطلقاً الى أصالة عدم الولاية مؤيداً ببعض ادلة المشهور.