

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جامعه
المصطفی
العالمیة
افغانستان



دوفصلنامه

یافته‌های فقه صادق

سال اول ❁ شماره اول ❁ خزان و زمستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: مدرسه علمیه صادقیه - کابل با همکاری نمایندگی جامعه المصطفی در افغانستان

مدیر مسئول: محمدجمعه احمدی

سر دبیر: محمدطاهر مهدوی

دبیر تخصصی: محمدامین احمدی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه (به ترتیب الفبا): احمدی آمنه، احمدی فاطمه، احمدی محمدجمعه، احمدی محمدحسین،

اقبال محمد طاهر، رضایی محمدرجب، محسنی محمدامین، محمدی غلام رضا، مهدوی محمدطاهر،

نجفی طوبی

دوفصلنامه «یافته‌های فقه صادق»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های فقه صادق» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های فقه صادق»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمريت نشرات

کابل، ناحیه ۶، توحید آباد، مدرسه علمیه صادقیه-کابل

شماره تماس: ۰۰۹۳۷۴۸۳۸۹۴۲۷

آدرس سامانه: <http://ms.miu.edu.af>

ایمیل: ms.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم و راهنمای ارسال مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشن‌مند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۶۵۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۵۰۰ کلمه نباشد.
۴. افیلیشن مقاله در پاورقی صفحه اول شامل: عنوان وظیفه نویسنده، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس. اگر مقاله دو نویسنده یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه نویسنده دوم، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس.

راهنمای تنظیم ساختار مقاله علمی

۱. چکیده: عنوان چکیده با فونت BNazanin11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۰۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت BNazanin11 معمولی. در چکیده باید به تبیین موضوع، بیان هدف پژوهش، روش تحقیق، سؤال اصلی تحقیق، روش گردآوری داده‌ها و بیان مهم‌ترین یافته‌های تحقیق با اختصار اشاره شود. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص ماضی معلوم استفاده شود. از علائم اختصاری و نقل قول مستقیم و ذکر عناوین فرعی پرهیز شود.
۲. کلیدواژه‌ها: حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه که با کامه از هم جدا شده باشد و در یک خط نوشته شود.
۳. مقدمه: در مقدمه به ترتیب به بیان مسئله، سؤال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، پرداخته شود.
۴. بدنه مقاله: باید دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی [و فرعی‌تر] و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۵. نتیجه‌گیری: نتیجه‌گیری متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارت است از پاسخ به سؤال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد شده، به صورت مختصر آورده می‌شود.
۶. ارجاع‌دهی به صورت درون‌متنی به شیوه APA باشد. مثال منابع تک‌جلدی: (محسنی «حکمت»، ۱۳۹۰: ۵۴۶)؛ منابع چندجلدی: (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱۸: ۴۰۲)
۷. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: محسنی «حکمت»، محمد آصف، (۱۳۹۰)، زنان در افغانستان (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها، قم: انتشارات المصطفی (ص))

ارسال و پیگیری مقاله

۱. مقاله باید از طریق سامانه نشریات به این آدرس ارسال شود: <http://ms.miu.edu.af>
۲. مراحل ارسال مقاله: ورد به سامانه نشریات از طریق آدرس فوق، انتخاب نشریه موردنظر، ثبت نام و ایجاد صفحه اختصاصی، ورود به صفحه اختصاصی با استفاده از یوزر-پسوردی که سامانه می‌دهد و اقدام به ارسال مقاله طبق راهنمایی سامانه.
۳. پیگیری مقاله: آگاهی از روند دریافت، پذیرش اولیه، داوری، ارجاع برای اصلاح، پذیرش نهایی، ویراستاری، صفحه‌آرایی، انتشار الکترونیکی، از طریق همان صفحه اختصاصی، از سوی نویسنده قابل پیگیری است.

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان ۱
- سخن نخست ۳
- بررسی حدود خُجر صغیر در فقه اسلامی و حقوق مدنی افغانستان ۵
محمد جمعه احمدی
- تقسیم‌بندی جرائم به حد و تعزیر با تأکید بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» ۳۵
فاطمه احمدی
- مشروعیت سقط عمدی جنین از منظر فریقین (امامیه و اهل سنت) ۵۹
غلام رضا محمدی
- بررسی مبانی فقهی تلقیح مصنوعی ۸۱
محمد طاهر مهدوی
- قاعده تداخل دیات در فقه حنفی و حقوق وضعی ۱۰۱
محمد طاهر اقبالی
- ربای قرضی و رهیافت‌های شرعی آن در بانکداری اسلامی ۱۱۹
محمد طاهر مهدوی

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

پیشرفت بشر در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، اندیشمندان و نویسندگانی است که عمر پربرکت خود را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند؛ همان‌ها که ارزش والای حقیقت‌جویی و گوهر تقوا و فضیلت را هرگز به متاع و مقام زودگذر دنیا نفروخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، با بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها یاد می‌شود. در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در آموزه‌های اسلامی، مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به‌عنوان وارثان انبیای الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است؛ زیرا حیات برتر انسانی در تفکر اسلامی، درگرو اندیشه و ایمان است. لذا فرزاندگانی که با اندیشه و قلم خود مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر عهده بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌ها هستند.

بدون تردید گسترش علم از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است و رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش به دست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو، می‌توان به تعالی و شکوفایی مادی و معنوی رسید. جامعه علمی و آکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزش برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسبش را نیافته و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که رسیدن به پیشرفت مادی و معنوی، درگرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای مؤثر برای توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده است. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به‌منظور توسعه

دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی با گزارش‌های آموزشی اعضای هیئت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند تا به دست دیگر دانش‌دوستان نیز برسد.

نماینده‌ی جامعة المصطفی (ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه با معنویت، اهتمام داشته است. این دانشگاه با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز آکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش و با عنایت به این که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشراتی، به‌ویژه در حوزه مجلات علمی، مدنظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی «سیناوب»، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد شد که مرتب به‌صورت دو فصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شود. سامانه مدیریت نشریات علمی «سیناوب» برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌کند که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهان در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار بگیرد.

لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روزافزون الهی، استدعا نمایم.

سخن نخست

زندگی بایسته که بر مبنای کرامت عُلّیای آدمی اساس گزاری شده باشد، مستلزم وضع قوانین، مقررات، حدود و تعریفات خاص است تا انسان بتواند مسیر درست، منطقی و عقلانی را انتخاب و از سلامت همه جانبه آن اطمینان حاصل کند. این دغدغه در عصر حاضر که بازار تعامل جهانیان به دست نوآوری‌ها، خلاقیت و دست آوردهای جدید بشر از لحاظ ارائه الگوهای ارزشی متنوع در نوسان است، اهمیت مضاعف می‌یابد.

در این میان نقش و جایگاه «فقه» به معنای اصطلاحی آن که متکفل ارائه الگوی سالم زندگی برگرفته از سنجه‌های و حیانی است، بسی برجسته‌تر و قوی‌تر نمود یافته است. بدون شک «فقه» مجموعه‌ای از قواعد و قوانین زندگی است که در ساحت‌های فردی، اجتماعی، اقتصادی و... تشریع و اجرا می‌شود. قاطعیت و الزام‌آور بودن مکانیسم اجرایی آن به حدی است که قوانین دست‌ساز (موضوعه) بشری فاقد آن است. پس می‌توان به راحتی ادعا کرد که از منظر فقهی یک ضرورت است که مرگ و زندگی انسان‌ها در قالب و اختیار قواعد فقه باید تجربه گردد تا سلامت انتخاب‌های انسان در این جهان تضمین گردیده و سعادت ابدی او تأمین شود.

پیچیدگی‌های زندگی در دوران معاصر از یک طرف، تصور ایستا بودن قواعد فقه و احیاناً سکوت آن در برخی موارد که باید ورود داشته باشد و برای انسان خط و نقشه راه ترسیم کند از طرف دیگر، سبب شده که برخی بیم آن داشته باشند که گویی فقه و قواعد آن در ظرفیت زمانه‌های بسیار قدیم، محجور و محبوس مانده است. برای همین برخی زمره ضرورت و لزوم بازنویسی قواعد فقهی را سر می‌دهند؛ اما حق مطلب این است که با تأمل به روند جعل قواعد فقهی و سیر رشد آن در بستر زمان و با نگاه به آرای فقهای معاصر (ولو علی خلافهم) درمی‌یابیم که نه تنها فقه ایستا و ساکت نیست، بلکه چون مبتنی بر اندیشه و تفکر نجات و رستگاری پایانی زندگی انسان در روی زمین بنا نهاده شده، باید در تمام ساحت‌های زندگی دخالت گرا عمل کند. مداخله‌گری فقه تنها در بستر زندگی فردی محدود نبوده/ نباید باشد،

بلکه ساحت‌های اقتصاد، تجارت، فرهنگ، حقوق، سیاست، مدیریت و رهبری را نیز تحت پوشش قرار می‌دهد.

بنابراین نیاز است که علما و روشنفکران متعهد و متدین جامعه بر تبیین بیشتر و بهتر نظریات فقهی فقها و مراجع عظام تقلید بر پایه منطق، عقلانیت، معرفت صادقانه و راستین همت گمارند و جامعه دین‌مدار که زندگی را بر ستون پایه‌های فقه و قواعد الزامی آن استوار ساخته است را در جهت تحقق و تطبیق ارزش‌های فقهی مساعدت نمایند.

نشریه تخصصی «یافته‌های فقه صادق» با همکاری و عنایت نمایندگی جامعه المصطفی (ص) در افغانستان در چوکات فعالیت پژوهشی مجموعه علمی دینی صادقیه، فعالیت پژوهشی و علمی خود را شروع کرده و در چارچوب مقررات آن شجره طیبه در پی واکاوی قواعد فقهی با ملاحظه پدیده‌های نو - محصول تکنالوژی و دست آورد عصر حاضر بشر - است. بی‌تردید این مسئله گاهی مستلزم فهم تازه و جدید از مبانی و منابع فقهی خواهد شد. در راستای رویکرد علمی و پژوهشی این نشریه، تلاش خواهیم کرد تا موضوعات نسبتاً جدید، شناسایی و با استناد به منابع معتبر فقهی تجزیه و تحلیل شود تا جایگاه فهم فقهی تبیین گردد.

جا دارد از اینکه نهاد مبارک المصطفی (ص) در افغانستان بستر جدّ و جهد علمی را در مدارس دینی و مراکز علمی این کشور پایه‌گذاری کرده است، تشکر و سپاسگزاری نمود. یقیناً علم برخاسته از فهم منابع نخست و حیانی و دینی می‌تواند تاریکی حاصل از نگاه صرفاً مادی بشر امروزی را به روشنائی و هدایت تبدیل نماید. از نویسندگان و اعضای محترم هیئت تحریر این مجله نهایت سپاسگزارم که علی‌رغم مصروفیت‌های تدریسی و علمی که در زیرمجموعه دینی فرهنگی صادقیه دارند، تلاش کردند و با ارائه مقاله‌های علمی خود بر غنای این نشریه افزودند، سپاسگزاری ویژه و خاص نمایم.

مدیر مسئول

محمد جمعه احمدی

بررسی حدود حَجَر صغیر در فقه اسلامی و حقوق مدنی افغانستان

محمد جمعه احمدی^۱

چکیده

تصرفات مالکانه در حوزه معاملات، برای رفع نیازهای آدمی صورت می‌گیرد. برای اینکه استفاده از آن به ظلم و تجاوز به حقوق دیگران منجر نشود، باید در بعض موارد محدود گردد؛ زیرا گاهی افرادی مثل کودکان که موضوع بحث این تحقیق است، شرایط لازم اهلیت تصرف تام را ندارند. حمایت از حقوق و جلوگیری از ورود ضرر و زیان به آنها، مستلزم آن است که تحت عنوان حَجَر شرایط خاص پیش‌بینی شود تا عدالت را به بهترین وجه تضمین کند. یافته‌های این مقاله که با روش توصیفی تحلیلی تدوین شده، نشان می‌دهد که نسبت به جواز و عدم جواز فقهی تصرفات صغیر و شرایط صحت آن، از سوی فقها فتاوای متنوعی بیان شده است. فقها امامیه و شافعیه غالباً متمایل به رأی عدم جواز هستند جز در موارد خاص؛ مانند وصیت به خویشان، هبه، حیازت و مباحات. فقه‌های حنبلی فقط معاملات صغیر ممیز را در اشیای کم‌ارزش جایز می‌دانند و از دیدگاه بعضی از فقها صحت و جواز تصرفات کودک تابع اجازه و تأیید ولی شرعی او است. از نظر دانشمندان حقوق نیز دیدگاه‌های مختلف بیان شده از جمله در حقوق مدنی افغانستان، سن اهلیت تصرف مالکانه یا سن خروج از حجر، ۱۸ سال تمام است. در اسناد حقوقی بین‌المللی نیز پایان دوره کودکی غالباً تکمیل ۱۸ سال است بدون اینکه به عناوین فقهی مانند رشد، بلوغ، تمیز، قیمومیت و ولایت اشاره کند.

کلیدواژه‌ها: حَجَر صغیر، رشد، اهلیت استیفا، حقوق مدنی افغانستان، فقه اسلامی

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، مدرس و مدیر حوزه علمیه صادقیه، جامعه المصطفی العالمیه، کابل - افغانستان.

شماره تماس: ۰۷۴۸۳۸۹۴۲۷، ایمیل: mjahmadi139@gmail.com

ارتباط در تمام موارد بخصوص در مورد تجارت و اقتصاد یک نیاز اساسی و طبیعی بشر برای زندگی در روی زمین است تا در سایه آن بتواند در جهت حل گرفتاری‌ها و مشکلات خویش موفق باشد. مدیریت برقراری روابط معاملاتی در دوره و زمان اخیر اهمیت مضاعف یافته، چون پیچیدگی‌های عصر تکنولوژی از یک طرف و تولد نیازهای متعدد و متناسب با آن از طرف دیگر، سبب شده است تا افراد و گروه‌ها به‌تنهایی نتوانند از عهده کنترل و مدیریت آن به‌جانب حفظ و صیانت از منافع و مصالح خود، برآیند. در بسیاری موارد ضرورت‌های اجتماعی ایجاب می‌کند تا بخش از دادوستدها به‌واسطه افراد صغیر/کودک انجام شود. کم نیست موارد که افراد صغیر (فاقد اهلیت تصدی معاملات) متصدی این فعالیت اقتصادی-اجتماعی است. ضرورت اصل عدالت اقتضا می‌کند تا در جهت صیانت و حفظ حقوق کودکان در این مورد خاص، راه‌کارهای لازم سنجیده شود. بدین منظور در مورد جواز، صحت و شرایط معاملات صغیر در دانش فقه و حقوق که از مسائل بسیار مهم شرایط زندگی در عصر ما است، مباحث جدی و مهم مطرح است. متناسب با این مسئله مهم، نویسنده قصد دارد که درباره صحت حقوقی و مشروعیت فقهی معاملات صغیر، تحقیق کند تا با بررسی نظریات حقوقی و فقهی، دامنه موضوع حَجر کودک در تصرفات مالکانه او مشخص شود.

وجود منفعت در معامله، توانایی سنجش منفعت و درک مصلحت از انجام معامله توسط فروشنده و خریدار، تحت عنوان «صلاحیت»، اصلی‌ترین معیار مشروعیت معامله است که معمولاً برای انسان‌ها در سنین خاصی ممکن می‌شود. البته ذکر این نکته بدین معنی نیست که وجود مصلحت یا منفعت در معامله کودکان مجوز صحت معامله است؛ «صحیح نبودن تصرفات کودک در موارد مذکور (تصرفات مالی، ذمه یا تعهد، نفس خودش) هیچ ارتباطی با وجود مصلحت یا عدم آن ندارد». (مدرسی، ۱۳۹۰: ۴۳۸) منظور از وجود منفعت در معامله به معنای «مالیت» آن است؛ مالیت شیئی لزوماً مستلزم منفعت عمومی و عقلایی آن نیست، بلکه به‌صورت



خاص هرگاه نزد یک فرد مرغوبیت داشته باشد، مالیت آن به اثبات می‌رسد. «مالیت، اعتبار عقلایی است؛ یعنی در خارج ما بازاء ندارد، بلکه اعتبار عقلی و ذهنی است.» (ذکی، ۱۳۹۵: ۳۰۰) لذا در صحت انجام معاملات یکی از شرائط لازم در فقه و حقوق، شرط سنّی و حصول رشد طرفین معامله است. (وحید خراسانی، ۱۴۲۱: ۱: ۵۸۵) بنابراین افراد زیر سن قانونی (تابع درک و تشخیص شارع در فقه و قانونگذار در حقوق) یا ممنوع از معامله شده یا معاملات آنان منوط به وجود شرایط خاص است که برای صحت و لزوم آن پیش‌بینی شده باشد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. حَجَر

حَجَر در لغت به معنای منع و شرعاً «مَنْعٌ مِنْ إِنْفَازِ تَصَرُّفِ قَوْلِي» است. (الغنیمی الدمشقی، بی‌تا، ۱: ۱۹۹؛ منلاخسرو، بی‌تا، ۲: ۲۷۳) در اصطلاح فقهی به معنای مانع شدن شخص از تصرف در همه یا بخش از اموالش است و به شخصی که شرعاً تصرفات او محدود و ممنوع شده باشد «مَحْجُور یا ممنوع التصرف» گفته می‌شود. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۲: ۱۵۵) مَحْجُور کسی است که شرعاً یا قانوناً نمی‌تواند در اموالش تصرف کند. نابالغ بودن، دیوانگی، بردگی، سفاهت، ورشکستگی (ذکی ۱۳۹۵: ۳۹۵) و بیماری منجر به مرگ از اسباب حَجَر شمرده می‌شود. «فقه حنفی بر قولی بودن تصرفات در بحث حَجَر صغیر تاکید دارد و تصرفات غیر قولی را شامل حَجَر نمی‌داند». (منلاخسرو، بی‌تا، ۲: ۲۷۳) در فقه جعفری بر مبنای حدیث امام صادق (ع) در تعریف حجر یتیم آمده است: «انْقِطَاعُ يَتِيمٍ بِالْإِحْتِلَامِ وَهُوَ أَشَدُّ وَ...؛ پایان یتیمی یتیم به آن است که محتمل شود که این نشانه رشد او است». (مدرسی، ۱۳۹۰: ۴۳۷) از این حدیث می‌توان استفاده کرد که رفع حجر منوط به بلوغ بر علاوه حصول رشد است. در اصطلاح حقوقی «حَجَر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند یا عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حقوق» (عمید،

۱۳۶۴: ۷۸۰) به دو نوع تقسیم می‌شود:

الف: محجوریت ذاتی که بر اساس نظر شارع و بدون واسطه اعمال می‌شود؛ مانند محجوریت نابالغ، دیوانه و معتوه (قانون مدنی کویت مصوب ۱۹۸۰: بند ۱، ماده ۸۵)

ب. محجوریت عَرَضی که بر پایه نظر شارع؛ اما با واسطه حکم حاکم محقق می‌گردد؛ مانند سفاهت و ورشکستگی شخص مُفْلِس. (کاشف الغطاء ۱۳۵۹، ۲: ۱۵۹)

۲-۱. صغیر

صغیر در لغت به معنای کوچک بودن (انصاری و دیگران، ۱۳۸۴، ۲: ۱۲۱۷) و در اصطلاح کسی است که از نظر سنی به نمو جسمانی و بلوغ لازم نرسیده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۶) صغیر در اصطلاح فقهی فردی است که به سن رشد/ بلوغ نرسیده باشد و به صورت طبیعی توان تشخیص حق و باطل، منفعت، مصالح و زیان خویش را نداشته باشد. (ر.ک. موصلی، ۱۹۳۷، ۲: ۹۴) فقهای حنفی اِکمال سن هجده سالگی برای پسران و هفده سالگی برای دختران را پایان دوره کودکی/ صغر می‌دانند. (همان: ۹۵)

بنا به نظر مشهور فقهای تشیع سن بلوغ پسران ۱۵ سال تمام و دختران ۹ سال تمام قمری است. (مدرسی ۱۳۸۱: ۲۹) بعضی فقها از نظر مشهور عبور کرده و صدق عنوان صغیر یا کودکی را در مقایسه با عناوین تکالیف شرعی توزیع کرده‌اند. مثلاً سن بلوغ دختران را در وجوب روزه اِکمال ۱۳ سالگی مشروط به عدم عادت ماهانه قبل از آن، تعیین کرده‌اند. (محقق کابلی، ۱۳۸۸: مسئله ۳۰۸۳) بر این مبنا دختران قبل از سن ۱۳ سالگی در خصوص وجوب روزه، صغیر و فاقد تکلیف خوانده می‌شوند. برخی فقها در مورد بلوغ به تبع موضوعات متعدد فتاوی متعدد دارند. مانند (صانعی ۱۴۲۷، ج ۷: ص ۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ص ۲۱؛ فیض کاشانی، ۱۳۸۸، ۱: ۶۳) روزه را در ۱۳ سالگی یا توأم با شروع حیض قبل از آن و حدود را در ۹ سالگی واجب و وصیت و عتق را در ده سالگی جایز دانسته‌اند. برخی نیز معاملات را در ده



سالگی به شرط رشد، حدود و تعزیرات را همزمان با شروع حیض و عبادات را در سیزده سالگی (محقق کابلی ۱۳۸۸: مسئله ۳۰۸۳) واجب دانسته‌اند.

صغیر در اصطلاح حقوق به فردی اطلاق می‌شود که به سن قانونی اهلیت تمتع و استیفاء حقوق خویش (بلوغ شرعی) نرسیده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸) میثاق حقوق طفل در اسلام مصوب ۱۳۹۷ دولت جمهوری اسلامی افغانستان طفل را چنین تعریف می‌کند: «براساس این میثاق طفل به کسی گفته می‌شود که در برابر قانون مکلف نبوده و به سن بلوغ نرسیده باشد». (میثاق حقوق طفل در اسلام، ۱۳۹۷: ماده ۱) ماده سوم قانون حمایت حقوق طفل مصوب ۱۳۹۷ در بند اول طفل را به کسی اطلاق می‌کند که «سن ۱۸ سالگی را تکمیل نکرده باشد».

در ماده ۷۰ حقوق مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵، اكمال سن ۱۸ سالگی سن قانونی اهلیت برای پسر و ۱۶ سالگی برای (ازدواج) دختر تعیین شده است. در ماده ۳۹ قانون مدنی به صورت مطلق برای دختر و پسر تکمیل ۱۸ سالگی سن اهلیت کامل تعیین شده است.

۳-۱. بلوغ

بلوغ در لغت به معنای رسیدن به حد رشد و جوان شدن کودک است؛ (عمید ۱۳۶۴: ۳۷۳) اما در اصطلاح هرگاه بلوغ راجع به سن و گذشت زمان (عمر) اطلاق شود، زمان معین و مشخص را شامل می‌شود که در آن قوای جسمی فرد نُمُو کرده و آماده تولد و تناسل است. در این اصطلاح بالغ کسی است که دوران عمر کودکی خود را پشت سر گذاشته و وارد یک دوره دیگر از عمر خویش شده است که قوای جسمی و غرائز جنسی او رشد کافی یافته‌اند. (روحانی، ۱۴۱۴، ۲۰: ۱۰۴)

۴-۱. رُشد

رشد در لغت راه راست یافتن، به راه شدن، هدایت یافتن، (عمید، ۱۳۶۴: ۱۰۴۳) است. لذا رشید به کسی گفته می‌شود که به هدایت رسیده باشد. در اصطلاح مقصود از رسیدن انسان به سن رُشد این است که شخص توانایی اداره، رهبری، نقل و انتقال ملکیت (خرید و فروش) اموالش را به نحو عقلایی داشته باشد؛ یعنی وجود

چنین صفتی در شخص به عنوان رُشد، موجب بهره‌برداری درست از مال و مانع صرف مال در راه‌های غیر عقلایی می‌گردد. (مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۱، ۷: ۲۶۴) نباید از نظر دور داشت که با این همه، تعریف واضح و واحدی از حد و حدود سن بلوغ و رُشد، در فقه و حقوق ارائه نشده و حصول آن از سن ۱۸ تا ۲۱ سالگی (قانون معاملات مدنی امارات مصوب ۱۹۸۶: ماده ۸۵) در نوسان است.

۲. حدود و گستره حَجَر صغیر از نظر فقه

حوزه صلاحیت کودک ممیز از نظر فقه حنفی نسبتاً وسیع است. از نظر احناف تصرفات صغیر ممیز در مواردی که فقط برای صغیر منفعت وارد می‌گردد، نیازی به اجازه و نظارت ولی وی نیست؛ مانند قبول هبه، وصیت، وقف بدون عوض؛ اما آن دسته از تصرفات که در آن نفع و ضرر (ذو وجهین) وجود دارد، نباید بدون اجازه ولی باشد؛ «قال الحنفیه: تجوز تصرفات الصبی الممیز بدون اذن الولی». (مغنیه، ۱۳۸۵، ۵: ۶۳۱) هرگاه صغیر به دلیل قِلَّت سن، توان درک منافع و مضار خویش را نیز نداشته باشد، در اصطلاح فقهی «غیر ممیز» خوانده می‌شود که تمام اقدامات و اعمال وی تابع قوانین و دستورالعمل‌های خاص شرعی و فقهی فاقد اثر و باطل است.

۱-۲. بررسی نظریات فقهی در مورد صغیر غیر ممیز

جواز و عدم جواز فقهی تصرفات مالکانه صغیر غیر ممیز: همه اعمال انسان، تابع اراده وی است که ناشی از محاسبه و تشخیص او بر محور سود و زیان شکل گرفته است. بر همین مبنا پیامدهای شرعی و کیفری عملکردهای او نیز قابل توجیه است. کسی که به هردلیلی توان تشخیص زشت از زیبا و خوب از بد را ندارد، طبعاً نمی‌تواند منفعت و ضرر خویش را تشخیص دهد و تعریف کند. لذا پاسخگوی اعمال و رفتار خود نیز ن. خواهد بود؛ زیرا هرچند اراده موجود است، ولی اراده ناشی از تشخیص و محاسبه عقلانی موجود نیست. (حرعاملی، بی‌تا، ۱: ۴۲)

بقاء حَجَر غیر ممیز در فقه حنفیه: در فقه حنفی صغار غیر ممیز نمی‌تواند مطلقاً به مایملک خویش تصرفات مالکانه داشته باشد و حَجَر وی تا زمان بلوغ و رشد باقی



است. در کتاب مجلة الاحکام راجع به تعريف صغیر غیر ممیز آمده است: «صغیر غیر ممیز کسی است که بیع و شراء را فهم نمی تواند و نمی داند که بیع سلب کننده ملکیت است یا جلب کننده آن، بین غبن فاحش و یسیر نیز تفریق نمی تواند. کسی که بین این موارد فرق قائل است و تشخیص داده می تواند، از وصف ممیز برخوردار می شود». (جمعی از مؤلفین، بی تا، ۱: ۱۸۴) یکی از علمای حنفی با تعريف حجر صبی می گوید: «لأنه إن كان غیر ممیز کان عديم العقل؛ صبی غیر ممیز فاقد عقل و درک است. لذا محجور از تصرف شمرده می شود». (الغنیة المدمشقی، بی تا، ۲: ۶۶) یکی دیگر از علمای اهل سنت می نویسد: «المحجور علیه لصغر سنه وعدم تمییزه تصرفاته وعقوده باطلة...؛ تصرفات صغیر غیر ممیز چه نافع باشد چه مضر، یا دائر مدار ضرر و نفع به حال او باشد، مطلقاً باطل است». (قدری باشا، ۱۸۹۱، ۲۸: ۱)

۲-۲. عدم حجر غیر ممیز در فقه حنابله

بعضی از فقهای حنبلی در مورد تصرفات صغیر غیر ممیز فتوا به جواز دارند؛ اما در صورتی که مال مورد تصرف از اشیای کم اهمیت باشد. مانند خریدن و فروختن حلوا که معمولاً مال اطفال است یا مثل خریدن و فروختن یک گنجشک که از لحاظ ارزش خیلی قابل ملاحظه عقلاً نیست. در این حالت اگر کودک ولو بدون اذن ولی معامله انجام دهد، صحیح است. (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۱)

بقای حجر غیر ممیز در فقه امامیه و شافعیه: در فقه امامیه بیع و فروش و عقود و ایقاعات کودکان مطلقاً باطل است «المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبی». (انصاری، بی تا، ۳: ۲۷۵) «معامله با بیچه نابالغ باطل است؛ هر چند ممیز و با اذن ولی او باشد». (ذکی، ۱۳۹۵: ۳۹۰)

۲-۳. حجر مطلق صبی از نظر نگارنده

با توجه به اینکه صغیر ممیز شرعاً بسته به شرایط، پاسخگوی اعمال و رفتار خویش است و می تواند اعمال و اقدامات مهم و بزرگی انجام دهد و اقدامات وی محکوم به صحت شرعی باشد:

صحت وصیت صبی: طبق روایتی از امام صادق (ع) در باب وصیت به نیکی‌ها (بر و احسان) اگر صغیر سن ۱۰ سالگی را تکمیل کند نافذ است، حضرت می‌فرماید: «آن‌گاه که کودک ده ساله شود جایز است در یک سوم از اموال خود وصیت نماید». (شیخ طوسی، بی‌تا، ۹: ۱۸۲) در جای دیگر نظیر این روایت داریم که می‌فرماید: «وقال الامامیه و الشافعيه: اذا بلغ الصبي عشراً صحت وصيته في البر و الاحسان». (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۰)

صحت طلاق صبی: حتی در زمینه طلاق نیز صغیر می‌تواند زوجه شرعی‌اش را که با رعایت شرایط خاص فقهی عقد شده، طلاق بدهد و طلاق وی صحیح است. در این خصوص از امام کاظم (ع) سؤال شده: «آیا کودکی که به حد بلوغ نرسیده است، می‌تواند زن خود را طلاق دهد یا اموال خود را صدقه دهد؟ حضرت فرمودند: إِذَا طَلَّقَ لِلْسَّهْنِ وَ وَضَعَ الصَّدَقَةَ فِي مَوْضِعِهَا وَ حَقَّهَا، فَلَا بَأْسَ وَ هُوَ جَائِزٌ». (حرعاملی، بی‌تا، ۲۲: ۷۹) در جای دیگر مستند به همین روایت داریم که «وقال اکثر من واحد من امامیه یصح طلاقه ایضاً استناداً الی بعض الروایات». (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۰) فقه حنفی طلاق صبی را جایز نمی‌داند: «فَلَمْ يَصِحَّ طَلَاؤُ صَبِيٍّ وَمَعْجُونٍ مَغْلُوبٍ». (منلاخسرو، ۲: ۲۷۳)

در خصوص صحت یا عدم صحت طلاق صبی نباید از این نکته غفلت کرد که در شرایط حاضر به دلیل اینکه صغیر اهلیت تمتع طلاق دادن را ندارد یا بنا بر قولی اهلیت تمتع اجرای طلاق زنش را دارد، لیکن اهلیت استیفای آن را ندارد، در عدم صحت طلاق شوهر صغیر ادعای اجماع شده است. امام خمینی در مورد عدم نفوذ طلاق صغیر قبل از ده سالگی ادعا دارد که اقوی همین است و بعد از اتمام ده سالگی بنا بر احتیاط واجب طلاق وی را نافذ نمی‌داند. (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲: ۱۵)

۴-۲. حصر رأی حَجَر مطلق در مورد صبی غیر میمز

بعید است که صغیر میمز مشمول قول «عدم صحت تصرفات مالکانه صغیر» باشد؛ زیرا چنانکه ذکر شد صغیر می‌تواند وصیت کند ولو در حوزه خاصی مانند موضوع برّ و احسان یا چنانکه می‌تواند برای طلاق زوجه‌اش اقدام کند ولو بر مبنای برخی



روایات که قبلاً ذکر شد. پس مناسب این است که قول به عدم جواز مطلق تصرفات صغیر حصر در مورد خاص گردد که صغیر غیر ممیز باشد. لذا صغیر غیر ممیز به هیچ وجه نمی‌تواند تصرف مالکانه در اموال خود داشته باشد، حتی در صورت که قیم یا ولی شرعی و قانونی او اذن بدهد. گفتنی است به برخی از فقیهان چون مقدس اردبیلی صحت معاملات صبی ممیز به طور مطلق نیز نسبت داده شده است. (باقری و کاظمی افشار، ۱۳۹۸) مثل قائل شدن وی به امکان صحت امامت صبی ممیز. (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ۲: ۳۵۰)

۵-۲. حدود حجر صغیر ممیز از دیدگاه فقه امامیه

بین فقهای امامیه در خصوص حدود صلاحیت تصرفات صغیر نظر واحد و یکسان وجود ندارد. آیت الله وحید خراسانی در توضیح المسائل خود می‌گوید: «معامله با بچه نابالغ که مستقل در معامله باشد، در مال خود باطل است و اگر معامله با ولی باشد و بچه نابالغ ممیز فقط صیغه معامله را جاری سازد، معامله صحیح است. (وحید خراسانی: ۲۱۱۰) ایشان در مسئله ۲۳۰۴ می‌فرماید: «بچه ای که بالغ نشده شرعاً نمی‌تواند در مال یا در ذمه خود مثل این که ضامن شود یا قرض کند و مانند آن تصرف نماید، و همچنین است نسبت به تصرف مالی در نفس خود مثل این که خود را اجاره دهد، یا در مضاربه یا مزارعه و مانند آن عامل شود». (همان، ۲۳۰۴) از نظر ایشان بلوغ با تکمیل سن ۱۵ سالگی پسران و تکمیل ۹ سالگی دختران حاصل می‌شود.

طبق نظر مشهور، فقهی امامیه برای صغار به دلیل فقدان اهلیت شرعی به صورت مستقل و بدون اجازه و اذن ولی یا قیم قانونی وی، نمی‌تواند اجازه تملیک و تملک اعطا کند، حتی برای ممیز. (مغنیه، ۱۳۸۵: ص ۶۳۱) ماده سی و هشتم قانون احوال شخصیه تشیع که بر مبنای فقه امامیه تدوین شده تصریح می‌کند که «تصرفات مالی صغیر ممیز و سفیه به طور مستقل غیر نافذ بوده، تنها با اجازه ولی، وصی یا قیم آن‌ها نافذ می‌گردد». (قانون احوال شخصیه تشیع، ماده ۳۸ بندهای ۱-۲) ماده پنجاه و پنجم قانون مذکور تصریح می‌کند «تصرف صغیر غیر ممیز در اموال و حقوق

مالی و غیر مالی باطل است، بلکه تصرفات ممیز غیر بالغ که به طور غیر مستقل عمل کند، در غیر معاملات جزئی که بر آن عادت جاری شده نیز، باطل است بلکه تصرفات مالی فاقد رشد نیز درست نیست». (همان، ماده ۵۵: بند ۱)

البته منع تصرفات صغیر در صورتی است که مستقلانه بخواهد معامله یا داد و ستد کند که غالباً به جهت عدم رشد، خوف ورود ضرر در اموال او می‌رود. لذا وضع قواعد و قوانین استحقاقی/ حمایتی که بتوان توسط آن از صغیر در برابر زیان‌های احتمالی حمایت کرد، ضروری و لازم به نظر می‌رسد.

طبق ادله ذیل باید توجه داشت که در حوزه فقهی صغیر تحت عنوان صغیر بودن (صباوت) خویش محجور از تصرفات است؛ (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۰) اما در صورتی که عنوان ممیز بودن در کنار عنوان صغیر بودنش قرار گیرد، در بعضی تصرفات آن اختلاف است.

۱-۵-۲. اجماع و شهرت علمای امامیه

فقه‌های امامیه بر اینکه صغار به دلیل عدم توانایی تشخیص سود و زیان نباید به انجام معاملات و تصرفات مالکانه دست بزنند، اجماع کرده است؛ (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۱) زیرا «از نظر شرعی و بر پایه احادیث فراوان (مانند حدیث رفع قلم)، تصرفات نابالغ، اعم از غیر ممیز و ممیز، چه نافع و افزایش‌دهنده اموالش باشد و چه نباشد، اعتبار ندارد. مگر مواردی که دلیل خاص دارد؛ مانند وصیت کودک ده‌ساله در مطلق خیرات یا ارحام و نزدیکان». (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۲: ۱۶۱)

علامه حلی صغر سنی را یکی از اسباب حَجَر، می‌داند و کودکان را تا رسیدن به حد بلوغ و رشد از انجام تصرفات مالکانه منع می‌کند. ایشان در این باره می‌نویسد: «صغیر محجور علیه است به دلیل نصّ و اجماع، ممیز باشد یا غیر ممیز، در جمیع تصرفات؛ مگر در موارد استثنایی و صغیر تا به مرحله رشد نرسیده باشد، هرچه سنش بالا رود نیز از حالت و وضعیت حَجَر خارج نمی‌شود». (علامه حلی، بی‌تا، ۱۴: ۱۸۵) «تصرفات صغیر در مال خویش با بیع و صلح و هبه و قرض دادن و اجاره و ودیعه دادن و عاریه و غیر این‌ها، نافذ نیست». (موسوی خمینی، ۱۴۳۴، ۲۳: ۱۴)



شبهه این تعبیر در کلمات دیگر فقها از جمله در کتاب جواهرالکلام نیز ذکر شده است: «أما الصغیر فمحجور علیه». (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۴)

این شواهد ایجاب می‌کند که اجماع علما را در مورد صغیر که بدون اذن ولی اقدام به تصرفات مالکانه کرده باشد یا به وی ضرر وارد کرده باشد، منحصر کنیم.

۲-۵-۲. عدم تمکن صغیر بر تحقق عقد صحیح

تصرفات مالکانه مانند بیع، اجاره، رهن و... ذاتاً مقتضی تحقق قرارداد یا عقد است و عقود تابع قصد است و قصد یا اراده برای تحقق عقد تعیین کننده است. بدیهی است که تصرفات کودک، به دلیل عدم تشخیص و عدم قدرت سنجش سود و زیان، منفعت و مصحلت مشروعیت ندارد و بر آن اثر شرعی نقل و انتقال، قبض و اقباض ملکیت مترتب نمی‌گردد. (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۲) پرداخت واجبات مالی مانند پرداخت زکات مالی نیز بر عهده صغیر واجب نیست. مطابق فقه حنفیه و امامیه (مغنیه، ۱۳۸۵: ص ۱۶۶؛ الغنیمی الدمشقی، ۱: ۱۳۷) در باب تعلق وجوب پرداخت زکات یکی از «شرایطی که درکنار عقل، آزادی، مالکیت و تمکن از تصرف ذکر شده، بلوغ است». (علامه حلی، بی تا: ۱۰۲)

از نظر فقه حنفیه در باب وجوب پرداخت زکات «ثمار و زرع»، عقل و بلوغ شرط نیست. لذا مطابق آن از ثمار و زرع متعلق به صغیر نیز می‌توان زکات پرداخت کرد. فقه حنبلی و شافعی در مسئله وجوب پرداخت زکات مال عقل و بلوغ را شرط صحت پرداخت زکات نمی‌دانند. در این موارد صغیر می‌تواند از اموال خود راساً زکات واجب را پرداخت نماید، لیکن تخریج زکات از مال صبی، توسط ولی وی باید انجام شود. (مغنیه، ۱۳۸۵: ۱۶۶) اگر ولی شرعی و قیم قانونی صغیر بنفسه با مال و اموال صغیر تجارت می‌کند و از این رهگذر مالی بدست می‌آورد از باب استحباب شرعی، می‌تواند زکات تجارت بر اموال صغیر را پرداخت کند. (علامه حلی، بی تا: ۱۰۳) در هر صورت تصرف صغیر نسبت به اموال خودش بنا به نظر اکثر فقها، فاقد اثر شرعی است. لذا نقل و انتقال به سبب عقد فاسد صورت نمی‌گیرد و حتی بحث زکات بر اموال وی نیز ناشی از این مسئله دانسته شده است.

۳-۵-۲. فقدان اهلیت (نه مالکیت) فقهی صغیر

تصرفات مالکانه که طبعاً مقتضی نقل و انتقال املاک، تعهدات، اشتغال یا فراغ ذمه می‌گردد، در گام نخست اهلیت و صلاحیت شرعی برای جواز تصرف لازم دارد. «اهلیت همان سزاواری و شایستگی است. در علم حقوق عبارت است از صلاحیت قانونی برای دارا بودن حق (اهلیت استحقاق) و اعمال حق (اهلیت استیفا یا اهلیت اعمال حق) و فقدان اهلیت را حَجَر گویند». (شفایی، ۱۳۸۲، ۶: ۳۵)

صغار به همین دلیل که اهلیت برای قبض و اقباض شرعی (اهلیت تصرف-اهلیت استیفا) ندارد، به انجام تصرفات مالکانه مجاز نمی‌باشد. (مغویه، ۱۳۸۵: ۶۳۲) البته اشتباه نشود که صغار پس از تولد خود تا دم مرگ اهلیت مالکیت (اهلیت تمتع) دارند؛ اما اینجا بحث از عدم وجود اهلیت به معنای عدم اهلیت در تصرف است که به دلیل حَجَر خویش، نمی‌توانند موقتاً به مایملک خود تصرف نمایند.

۴-۵-۲. حدیث رفع تکلیف از صغار

تکالیف مختص افرادی است که توان انجام یا اجرای آن را برای رهنمایی و هدایت خود، داشته باشد. افرادی که توان تحمل اجرای تکالیف را ندارد و یا برای او طوری دشوار است که عادتاً نمی‌شود تحمل کرد، در این مقام تکالیف ساقط می‌شود؛ زیرا فلسفه اصلی تکالیف، رهنمایی و روشننگری مکلفین است. هرگاه این خاصیت و ویژگی خدشه‌دار شود، اصرار بر تحقق و ثبوت آن معنا ندارد.

در این مورد حدیث ذکر شده که حضرت رسول (ص) فرمود: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَ عَنِ الْوَلَدِ حَتَّى يَحْتَلِمَ». (ابن ابی جمهور ۱۴۰۳، ۱: ۲۰۹؛ ابن حنبل، بی تا، ۱: ۱۴۰) این حدیث اطلاق دارد و می‌تواند اصل تشریع احکام تکلیفی و احکام وضعی مانند وجوب زکات را رفع کند. از طرفی دیگر با دقت علمی می‌توان دریافت که این حدیث با اطلاق خود از باب امتنان، حاکم و ناظر بر عمومات و اطلاقات ادله ثبوت احکام اولیه است مانند: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» (توبه: ۱۰۳) که ناظر به حکم وضعی است.

محمد آصف محسنی نیز ذیل بحث وجوب نفقه زوجه، تصریح می‌کند که زوج



صغیر مکلف به پرداخت نفقه نیست؛ زیرا صغیر از احکام تکلیفیه و وضعیه، مرفوع القلم است. (محسنی، ۱۴۲۹، ۲: ۷۵۸)

حدیث رفع تکلیف از صغار به دو معنا ممکن است توجیه شود: یکی اینکه ماهیت مرفوع اصل مشروعیت تکلیف است نسبت به صغیر؛ یعنی اینکه اصلاً تکلیف برای صغار مشروعیت ندارد. دیگر اینکه تکلیف برای صغار مشروعیت دارد، ولی الزام ندارد و به واسطه حدیث رفع اصل الزام تکلیف از عهده صغار از باب امتنان برداشته شده است. در کتاب عروه آمده است: «أن إطلاق أدلة التشريع شامل للبالغ والصغير، وحديث رفع القلم إنما يرفع الإلزام». (حکیم، بی تا، ۸: ۴۲۴ و ۷: ۱۰۱)

به هر حال حدیث رفع چه رافع مشروعیت باشد و چه رافع الزام، دوران صغیری تحت اطلاق آن شامل است. به این معنا تصرفات صغیر، در تملیک و تملک یا نقل و انتقال اثر شرعی ندارد.

۲-۶. حدود حجر صغیر ممیز در فقه حنفی

۲-۶-۱. تجویز تصرفات مأذون به إذن ولی

مذهب حنفی برای صغیر ممیز با اذن ولی شرعی وی اجازه تصرف می‌دهد و او را از تحت حکم منع و حجر استثنا می‌کند: «ولا المميز إلا بإذن وليه». (جمعی از مؤلفین، بی تا، ۲: ۶۶) لکن در بقیه موارد، کودک ممیز یا غیر ممیز، به موجب نص و اجماع در جمیع تصرفات خود، به جز آنچه استثنا شده است، مانند وجود اذن، عبادات و اسلام... ممنوع التصرف است. در کتاب مجله الاحکام این چنین است «لأنه (صغیر) إن كان غير مميز كان عديم العقل، وإن كان مميزاً فعقله ناقص». (همان، ج ۲: ۶۶) عین این عبارت در کتاب درر الاحکام نیز آمده است: «فإن كان غير مميز كان عديم العقل». (منلا خسرو، بی تا، ۲: ۲۷۳)

۲-۶-۲. تجویز تصرفات حاوی منفعت بدون إذن ولی

مطابق نظر بعضی از فقهای اهل سنت، تصرفات صغیر ممیز در مواردی که صرفاً برای حال او منفعت داشته باشد، به تصرف مالکانه مجاز است. در این فرض صغیر می‌تواند به اموالی تصرف داشته باشد که صرف به نفع او است و احتمال ورود زیان

و ضرر منتفی باشد. مانند قبول هبه، وصیت، تملک حیازات و... حتی در این فرض اذن و اجازه ولی نیز شرط نشده است «إذا كان المحجور عليه صبياً مميزاً». (قدری باشا، ۱۸۹۱، ۱: ۲۸)

لکن در کتاب مجله الاحکام آمده است: «لَا تَصِحُّ تَصَرُّفَاتُ الصَّغِيرِ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ الْقَوْلِيَّةُ مُطْلَقًا وَإِنْ أُذِنَ لَهُ وَلِيُهُ». (مَادَّةُ ۹۶۶) در این ماده جمیع تصرفات قولی صیغر غیر ممیز، منع شده است. در ماده ۱۵۷۳ همین کتاب ذیل بحث اقرار آمده است: «وَلَكِنَّ الصَّغِيرَ الْمُمَيِّزَ الْمَأْذُونَّ» صیغر ممیز که از جانب ولی خود مأذون است، در حکم بالغ است. (مجله الاحکام، بی تا، ۱: ۳۰۸) در ماده ۹۷۲ صحت تصرفات صیغر مأذون تأکید می شود «لَوْ أُذِنَ لِلصَّغِيرِ مِنْ قِبَلِ وَلِيهِ... وَتَكُونُ عُقُودُهُ الَّتِي هِيَ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ مُعْتَبَرَةً». (همان، ۱: ۱۸۹)

۳-۶-۲. منع تصرفات حاوی زیان و ضرر حتی با اذن ولی

در کتاب مجله الاحکام در خصوص منع تصرفات حاوی زیان برای صبی آمده است: «يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ الْمُمَيِّزِ إِذَا كَانَ فِي حَقِّهِ نَفْعًا مَحْضًا؛ در صورت که تصرفات صیغر ممیز مستلزم ورود نفع و سود باشد، مطلقاً جائز است ولو اذن ولی نباشد، ولی تصرفاتی که مستلزم زیان و ضرر در حق او باشد، ممنوع است ولو ولی او اذن و اجازه داده باشد». (جمعی از مؤلفین، بی تا، ۱: ۱۸۷) بر اساس این فرض، اگر داد و ستد صیغر ممیز حاوی احتمال ضرر بر او باشد، از نظر فقه حنفی جایز نیست.

۲-۶-۴. سن رفع حجر صبی از نظر مذهب حنفی

مسلم است که صبی برای خروج از حالت حجر، باید بالغ باشد و سن بلوغ از دیدگاه ابوحنیفه در دختران اِکمال ۱۷ سالگی و در پسران هجده یا هفده سالگی است، ولی سایر حنفیان سن بلوغ را اِکمال ۱۵ سالگی می داند (ابن قدامه، ۱۹۹۷، ۴: ۳۴۶؛ الزحیلی، ۶: ۴۷۳)

۷-۲. حدود حجر صیغر ممیز در فقه حنبلی

۱-۷-۲. ابقای حجر صبی بدلیل فقدان رضا و اراده

بهوتی حنبلی یکی از علمای اهل سنت حنبلی می نویسد: «فَلَا يَصِحُّ مِنْ صَغِيرٍ



وَمَجْنُونٍ... لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَغْتَبِرُ لَهُ الرِّضَا فَلَمْ يَصَحَّ مِنْ غَيْرِ رَشِيدٍ كَالِإِقْرَارِ؛ بَيْع صَغِيرٍ وَ مَجْنُونٍ مجاز نیست چون در بّیع رضا شرط است و قول آنان ناشی از رضا نیست. پس بّیع مثل اقرار فقط از ناحیه فرد رشید صحیح است». (بهوتی، بی تا، ۳: ۱۵۱)

۲-۷-۲. تجویز تصرفات صبی ممیز با اذن ولی

بهوتی دو گروه را از تحت حکم بطلان بّیع استثنا می کند؛ یکی صغیر ممیز و دیگری سفیه. به نظر وی این دو می توانند با اذن ولی خود بّیع و شرا (تصرفات مالکانه) داشته باشد. آنگاه برای ولی آنان نیز قید می آورد که بر آن ها حرام است که به غیر مصلحت مولی علیه خویش نظر و اجازه بدهد. (بهوتی، بی تا، ج ۳: ص ۱۵۱) در مذهب حنبلی و مالکی سن بلوغ دختر و پسر اتمام ۱۵ سالگی تعیین شده است. (ابن قدامه، ۱۹۹۷، ۴: ۳۴۶)

۲-۷-۳. تجویز تصرفات صبی غیر ممیز در امور یسیره بدون اذن ولی

در فقه حنبلی تصرفات صغیر غیر ممیز در امورات یسیره (کم اهمیت) جائز است ولو بدون اجازه ولی وی صورت گرفته باشد آقای بهوتی می نویسد: «(وَيَصِحُّ تَصَرُّفُ صَغِيرٍ، وَلَوْ دُونَ تَمْيِيزٍ) فِي سِيرٍ (بهوتی، بی تا، ۳: ۱۵۱) اطلاق این قول اجازه ولی و قیم را نیز منتفی می داند.

۲-۷-۴. عدم جواز تصرفات بلاعوض صبی بدون اذن ولی

نکته بسیار حائز اهمیت این است که سایر فقهای مذاهب اسلامی تکسب صغیر اموال رایگان و مجانی را مانند قبول هبه و...، مجاز و تصرفات وی را در این خصوص صحیح می دانند؛ اما در مذهب حنبلی تصرفات صغیر و سفیه در قبول هبه (امور مجانی که صرفاً برای صغیر و سفیه منفعت دارد) بدون اذن ولی جائز نیست. (بهوتی، بی تا، ۳: ۱۵۱)

در کتاب قواعد فقهیه ابن جزّی کلبی آمده است «فَأَمَّا لِصَغِيرٍ فَهَوَّ غَيْرُ الْبَالِغِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ...؛ صغیر که غیر بالغ است، طبق اصل اولی مجاز به تصرف در اموال خودش نیست. اگر تصرف کرد، تابع تشخیص ولی او است. اگر ولی اجازه داد، نافذ و در غیر آن باطل است؛ اما مطابق این فتوا تصرفات که به



صورت بلاعوض انجام شده باشد و به ضرر صغیر باشد؛ مانند هبه، عتق از مال خودش مطلقاً باطل و مردود است. (کلبی، بی تا، ۱: ۲۱۱)

۸-۲. حدود حجر صغیر ممیز در فقه شافعی

طبق تعریف که در ذیل بحث حجر در کتاب الفقه المنهجی دکتر مصطفی الخن و همکاران وی آمده است، صبی از منظر فقه شافعی به کسی اطلاق می شود که در سن احتلام (بلوغ) نرسیده باشد و سن بلوغ مقارن با احتلام تعیین شده که تکمیل سن ۱۵ سالگی است. در کتاب فوق الذکر در این خصوص چنین است: «[الصغیر] فهو من لم يحتلم، أو يبلغ سن الحلم، وهو خمس عشرة سنة». (الخن و دیگران، بی تا، ۸: ۲۵۰)

۱-۸-۲. ابقای حجر مطلق صبی به دلیل حدیث رفع

صغیر ولو ممیز باشد در فقه شافعی مجاز به تصرف به اموال خویش نیست؛ زیرا مرفوع القلم است. از طرفی یکی از شرایط صحت اقرار بلوغ است «البلوغ، فلا یصح إقرار صبی دون البلوغ، ولو كان ممیزاً، لا متناع تصرفه، ولرفع القلم عنه» عدم صحت اقرار صبی ممیز در اینجا حجر وی از تصرف و مرفوع القلم بودن او ذکر شده است. (الخن و همکاران، ۱۹۹۲، ۸: ۲۴۰)

۲-۸-۲. وجوب زکات بر مال صبی

در فقه شافعی صبی مکلف به پرداخت زکات مال خویش است؛ لکن نه مستقلاً توسط خودش، بلکه ولی او باید زکات مالش را پرداخت کند. این مورد آمده است: «أنه لا یشرط لوجوب الزکاة فی المال بلوغ صاحبه ولا عقله ولا رشده... ولیس المعنی أن الصبی والمجنون مکلفان شرعاً بإخراج الزکاة من مالیهما» (الخن و همکاران، ۱۹۹۲، ۲: ۱۷)

با این بیان می یابیم که طبق نظر فقه شافعی صغیر ولو غیر ممیز باشد، بدون ولی نمی تواند به مالش تصرف نماید. بنابراین در فقه شافعی معاملات و تصرفات مالکانه صغیر مطلقاً غیر شرعی است. عدم صحت شرعی تصرفات صغیر بدین معنا است



که صغیر نمی تواند طرف مستقل هیچ عقدی از عقود قرار گیرد، نه به عنوان معطی و نه به عنوان قابض. (الخن و همکاران، ۱۹۹۲، ۸: ۲۵۰۹) اعم از اینکه عقود را وکالتاً انجام دهد یا اصالتاً، در اشیای کوچک و سیر (کم اهمیت) باشد [چنانکه حنابلّه در خصوص اجناس سیر تصرفات صغیر غیر ممیز را حتی بدون اذن ولی اش اجازه داده بود]، یا در اشیای خطیر (با اهمیت)، نذر باشد یا اقرار، و صغیر نیز ممیز باشد یا غیر ممیز. طبق این نظر تمام تصرفات مالکانه صغیر، باطل است. (مغنیه، ۱۳۸۵: ۶۳۱)

۲-۹. جمع بندی نظریات فقها در خصوص حجر صغیر

نظریات فقهی علمای اسلام در مورد جواز یا عدم جواز تصرفات مالکانه صغیر که به حد بلوغ نرسیده است مختصراً بیان شد که به صورت ذیل جمع بندی می کنیم: اول: از نظر فقه امامیه، صغیر مطلقاً نمی تواند تصرفات مستقلانه مستلزم نقل و انتقال اموال را داشته باشد. این صغیر چه ممیز باشد و چه غیر ممیز، چه با اذن ولی باشد چه بدون اذن ولی.

دوم: از نظر فقه امامیه در صورت که معامله با اشیای کم ارزش باشد و رواج معمول بازار مسلمین نیز نوعاً معامله در آن را توسط نابالغ ممیز تأیید کند، مشروط به اذن ولی صحیح است. (سیستانی، بی تا: مسئله ۲۰۹۲)

سوم: از نظر فقه امامیه وصیت صغیر نابالغ نسبت به نزدیکان و ارحامش نیز صحیح است. نظر آیت الله سیستانی در این مورد چنین است: «پس وصیت بچه نابالغ صحیح نیست مگر آنکه ده سال داشته باشد و وصیت برای ارحامش یا صرف در خیرات عامه نموده باشد که وصیت او در این دو مورد صحیح است؛ اما اگر برای غیر ارحامش وصیت کند یا آنکه بچه هفت ساله وصیت کند در مورد چیز مختصری از اموالش، صحت وصیت محل اشکال است. پس باید احتیاط رعایت شود. (همان: مسائل ۲۷۱۴-۲۲۷۰)

چهارم: از نظر فقه امامیه در صورت که در انجام معامله یا تصرف صغیر ممیز صد درصد مصلحت وجود داشته باشد، بسته به تشخیص قضات دادگاه می توان آن را

امضا کرد و صحه گذاشت.

پنجم: از نظر فقه حنبلی صغیر ولو غیر ممیز باشد، بدون اذن ولی خویش در اشیای حقیر می‌تواند تصرف نماید؛ مانند فروش یک گنجشگ یا حلوا. ششم: فقه شافعی و حنبلی در تعیین سن بلوغ که اتمام ۱۵ سال است، با اندیشه فقهی امامیه (در خصوص سن پسران) یکی است؛ اما در خصوص سن دختران، قول مشهور در فقه امامیه ۹ سال قمری است.

هفتم: در نظر نگارنده در منابع جامع فقهی فریقین به صورت مستقل بابی دیده نشد که در آن از حقوق و تکالیف کودک و صغار بحث شده باشد، بلکه به تناسب موضوعات مختلف و به تبع آن‌ها احکامی مرتبط با کودک و حقوق وی نیز بحث شده است؛ مانند بحث ارث، قصاص، دیات و حدود، نکاح و طلاق و... به نظر می‌رسد این یک نقیصه است که هنوز باب مستقلی تحت عنوان احکام فقهی برای امور و حقوق صغار باز نشده است.

۳. حدود و گستره حَجَر صغیر در حقوق افغانستان

کشورهای مختلف بسته به ایدئولوژی‌های متنوع که دارند نسبت به تعریف کودک، سن بلوغ وی، اهلیت و صلاحیت تصرفات او مواضع متنوع و گوناگون اتخاذ کرده‌اند و سن مسئولیت‌پذیری کودکان از ۷ سالگی تا ۲۱ سالگی در نوسان تعریف شده است. در این میان مسلم است که حقوق مدنی کشورهای اسلامی تابع دیدگاه‌های شریعت اسلام و فقه اسلامی است. لذا در قانون مدنی افغانستان در مورد حکم تصرفات صغیر مانند دیگر موضوعات سعی شده جایگاه فقه اسلام مد نظر باشد. در مجموع باید دانست که در قانون مدنی کشورها در خصوص حَجَر صغیر، سه فکتور اساسی بسیار تاثیرگذار است: الف. وجود/عدم منفعت در تصرفات مالی صغیر؛ ب. وجود/عدم صفت تمیز در صغیر؛ ج. وجود/عدم اذن و اجازه ولی برای تصرفات صغیر. با توجه به این سه عنصر اصلی، مباحث حَجَر صغیر را از نظر حقوقی پی‌میگیریم.



۱-۳. بطلان تصرف صغیر غیر ممیز در حقوق مدنی افغانستان

در قانون مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵ آمده است که «تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می شود اگرچه که ولی وی اجازه داده باشد». (قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵: ماده ۵۴۳) بر اساس نص این ماده، عنوان تمیز و عدم موجودیت آن در تصرفات صغیر اثرگذار است. طوری که اگر صغیر غیر ممیز باشد تمام تصرفات وی باطل و بلااثر است. فلسفه طرح چنین قاعده ای بیانگر نهایت تلاش قانونگذار برای صیانت و حفاظت از حقوق و اموال افراد بی دفاع (صغار) است که به خودی خود دارای اهمیت فوق العاده در تحکیم عدالت در جامعه است.

۲-۳. صحت و بطلان تصرفات صغیر ممیز دائر مدار نفع و زیان در حقوق مدنی افغانستان

در حقوق مدنی افغانستان در ماده ۵۴۴ آمده است که «تصرف صغیر ممیز که کاملاً به منفعت وی باشد، جواز دارد و صحیح است. اگرچه ولی وی اجازه نداده باشد؛ اما در صورت که تصرف مذکور کاملاً به ضرر وی باشد، باطل پنداشته می شود. اگرچه ولی وی اجازه داده باشد». (همان، ۱۳۵۵: ماده ۵۴۴) پیداست که قانونگذار بر مبنای این ماده در صدد حفظ منافع و مصالح صغیر است.

اصل ماهیت حجر در حقوق داخلی و بین المللی برای صغار به عنوان یک مکانیزم قانونی و فقهی اقتضا دارد که صغیر ممیز در اعمال حقوقی صرفاً نافع خود به طور مستقل مجاز به تصرف باشد. در عین زمان به خاطر جلوگیری از ضرر و زیان به اموال و دارایی وی و لزوم حفاظت از منافع و مصالح او ایجاب می کند که تصرفات باعث ضرر و زیان ولو تحت اذن و اجازه ولی و قیم او انجام یافته باشد ممنوع باشد.

۴-۳. سن خروج از حجر در قانون مدنی افغانستان

سن خروج از حجر و ممنوع التصرف بودن در قانون مدنی افغانستان، تکمیل ۱۸ سالگی است. «هرگاه سن شخص تحت ولایت به ۱۸ سال تمام برسد، ولایت ولی به انجام می رسد، مگر اینکه به سببی از اسباب حجر محکمه با صلاحیت به دوام

آن حکم نموده باشد». (همان، ماده ۲۸۳) مطابق قانون مدنی افغانستان، افراد زیر سن ۱۸ سال صغیر گفته می‌شوند. حَجَر صغیر بعد از ۱۸ سالگی، رفع می‌شود و او می‌تواند مستقلاً از حقوق و صلاحیت خویش استفاده کند.

۵-۳. بررسی نظریات حقوقی در مورد حَجَر صغیر

۱-۵-۳. قصد انشا شرط رفع حَجَر صغیر در تصرف بر حقوق مالی

در حقوق و قواعد حقوقی برای صغیر محدودیت‌هایی وضع شده است که ناشی از دو قضیه است:

یکی اینکه صغیر به نسبت صغر سنی خود فاقد اراده و رضا است. لذا در تصرفات خود قصد انشا نمی‌تواند، حال آنکه قصد انشا، شرط صحت تصرف است. در نتیجه تصرفات وی باطل است. دیگر اینکه صغیر به دلیل عدم توانایی و ضعف در جهت دفاع از خود و حفاظت از دارایی خود، مستحق حمایت است و حمایت قانون‌گذار مستلزم وضع حَجَر صغیر نسبت به تصرفات اوست؛ تصرفاتی که شرایط تأمینی لازم برای صیانت از حقوق، امتیازات و منافع کودک در آن سنجش نشده باشد موجب خسارت و زیان حقوق کودک است، اصل ضرورت حمایت از کودکان و افراد بی‌دفاع ایجاب می‌کند که باید وضع حَجَر وی به‌عنوان یکی از اقدامات تأمینی به رسمیت شناخته شود.

این مسئله در سطح جهان مورد توجه حقوقدانان قرار دارد. اصل ۴ و ۵ اعلامیه جهانی حقوق کودک مصوب ۱۹۵۹ میلادی نیز در این زمینه می‌نویسد: «کودک باید از امنیت اجتماعی بهره‌مند شود...، باید تحت توجه خاص، آموزش و مراقبت لازم متناسب با وضع خاص وی، قرار گیرد». (اعلامیه جهانی حقوق کودک، ۱۹۵۹: ۵ و ۴) هر دو قضیه پیشین در استدلالات حقوقی حقوقدانان یادآوری شده است. برخی فقدان اراده و رضا را از علل بطلان تصرفات مالکانه صغیر دانسته‌اند. برخی دیگر با طرح این مسئله که صغیر در برخی حالات واجد اراده و رضاست، رضایت و اراده‌ی حکایت از صحت تصرفات او دارد، توضیح داده‌اند که چون صغیر مستحق حمایت است، لذا حقوقدانان حَجَر را به‌عنوان یک مکانیزم حمایتی از حقوق او پیشنهاد و



جعل کرده‌اند. بر خلاف صغیر غیر ممیز که تصرفات مذکور از ناحیه او مطلقاً باطل و بلااثر شمرده می‌شود.

ممکن است اشکال شود که صرفاً قصدانشا (رضا و اراده) تعهد بلاعوض ایجاد می‌کند. حال آنکه صغیر ممیز در این موارد متذکره تملک بلاعوض دارد! نه، تعهد بلاعوض.

در پاسخ استدلال می‌شود که تعهد بلاعوض دقیقاً همان تملک بلاعوض است؛ زیرا تملک نیز در حقیقت قبول مالکیت است و مالکیت به معنای تعهد بر سلطنت مالک بر مال و قبول آثار مترتب بر آن، گفته می‌شود. بدیهی است که قبول مالکیت بر مال، به خودی خود سبب به وجود آمدن برخی از تعهدات حقوقی بر مالک می‌گردد. هرگاه پس از قبول ملکیت مالک، آسیبی از ناحیه آن مال بر کسی یا کسانی وارد شود و ناشی از تقصیر در نگهداری و مدیریت مالک باشد، مسلم است که مالک پاسخگو است. لذا تصرفات صغیر ممیز در این موارد صحیح است. هرچند ممکن است صرفاً نافذ نباشد؛ زیرا بحث ولایت ولی و قیمومت قیم صغیر مطرح است. لکن صغیر غیر ممیز به دلیل اینکه فاقد قصدانشا، رضا و اراده است محجور از تصرف است.

۲-۵-۳. معیار زمانی اهلیت و رفع حجر از صغیر در حقوق

در حقوق داخلی کشورها سن بلوغ که مقارن با رفع حجر صغار می‌باشد با توجه به تنوع شرایط اقلیمی، نژادی، فرهنگی و... متفاوت و گوناگون تعیین شده است. حدود صغر سنی در قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی (از جمله مصر، لیبی، یمن، سودان و قطر)، بر اساس فقه حنفی و مشهور فقه مالکی سن ۱۸ سالگی را برای پایان دوره کودکی مقرر کرده‌اند.

در قانون مدنی افغانستان نیز سن رشد توأم با بلوغ تکمیل ۱۸ سال تمام شمسی تعیین شده است. (قانون مدنی افغانستان: ماده ۳۹) در قانون حمایت از اطفال مصوب ۱۳۹۷ افغانستان که پس از وقفه نسبتاً طولانی و مخالفت‌های شدید نمایندگان پارلمان بر روی تعیین معیار سن رشد و اهلیت تصویب شد، ماده سوم بند اول آن تمام افراد

زیر ۱۸ سال را طفل (کودک) تعریف کرده است. کود جزای افغانستان مصوب ۱۳۹۵ ماده ۹۵ نیز سن ۱۸ سال را برای خروج از دورهٔ طفولیت تعریف کرده است. قانون احوال شخصیه اهل تشیع در ماده ۲۷ تصریح دارد که سن رشد (نه بلوغ) برای پسران ۱۸ سالگی مکمل شمسی و برای دختران ۱۶ سالگی مکمل شمسی است.

کشورهایی مانند مغرب و بحرین، شانزده سالگی و اردن پانزده سالگی را پایان کودکی شمرده‌اند. (ر.ک. شرادی، بی‌تا: ۱۴۵ ۱۴۸؛ فوده، بی‌تا: ص ۶۹ به بعد) در ایران مطابق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی، سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است.

۴-۵-۳. اهلیت قانونی و حقوقی شرط صحت تصرف مالکانه

اهلیت قانونی پیدا شدن صفتی در فرد است که با وجود آن قانوناً می‌تواند در انجام برخی فعالیت‌های اجتماعی، مدنی و حقوقی خود استقلال داشته باشد و مسئولیت یا پیامدهای اعمال خود را مستقلاً و بدون اشتراط نظارت و قیمومت فرد دیگر، به عهده بگیرد. در خصوص صغیر چنانکه ذکر شد در حقوق بسیار کشورهای اسلامی سن بلوغ برای یافتن اهلیت تصرف در حقوق مالی کافی نیست. بلکه علاوه بر آن «رشد» نیز باید پیدا شود.

در باب انجام معاملات ماده ۳۹ قانون مدنی افغانستان تصریح می‌دارد «سن رشد هجده سال مکمل شمسی می‌باشد، شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود». (قانون مدنی افغانستان ماده ۳۹) چنانکه در این ماده ملاحظه می‌گردد اهلیت حقوقی و قانونی شخص برای صحت تصرفات مالی، تکمیل سن ۱۸ سالگی است که در صورت ۱۸ ساله بودن، می‌تواند به انجام معاملات اقدام نموده و شخصاً اموال و دارایی خویش را مدیریت کرده مسئولیت کیفری خود را نیز به عهده بگیرد.

تصرفات صغیر که فاقد اهلیت حقوقی است، تحت هر عنوان که باشد ممنوع است. در این مورد ماده ۵۴۳ قانون مدنی افغانستان تصریح دارد «تصرف صغیر غیرممیز باطل پنداشته می‌شود اگر چه ولی وی اجازه داده باشد». لکن ماده ۴۲



قانون مدنی افغانستان افراد که فاقد اهلیت تصرف باشد یا ناقص الاهلیت باشد، تابع احکام وصایت، ولایت و قیمومت قرار داده است. بدین معنا که کسانی که اهلیت حقوقی تام برای تصرف ندارند؛ مانند صغیر، باید تحت ولایت ولی و قیمومت قیم شرعی خود عمل کنند. پس حصول رشد به عنوان تکمیل کننده اهلیت تصرف صغیر، با عروض عناوین و اوصاف دیگر؛ مانند غفلت یا سفاهت، رافع مطلق نقص اهلیت تام برای صغیر تلقی نمی گردد. چنانکه ماده ۴۱ این قانون مقرر می دارد «شخص ممیزی که به سن رشد نرسیده یا اینکه به سن رشد رسیده؛ اما سفیه یا مبتلا به غفلت کاری باشد، ناقص اهلیت پنداشته می شود». (احمدی، ۱۳۹۲: ۴۷) اینجا نکته ظریفی وجود دارد و آن اینکه فهم قانونگذار افغانستانی در ذیل ماده ۴۱ قانون مدنی که فرد سفیه و غافل را نیز رشید می داند، جای بسیار تأمل دارد.

۵-۳. حصول رشد شرط تکمیل اهلیت تصرف مالکانه

طفل غیر ممیز که دارای رشد نیست، فاقد اهلیت تصرف است و نمی تواند حتی تحت نظر ولی، قیم و وصی به انجام معاملات حقوقی اقدام کند. چنانکه ماده ۵۴۳ قانون مدنی مقرر می دارد «تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می شود اگر چه ولی وی اجازه داده باشد». (قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۴۳)

در حقوق مدنی افغانستان مطابق ماده ۴۰ قانون مدنی کشور شخصی که از نگاه صغر سن غیر ممیز باشد، نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد و از لحاظ سن به کسی غیر ممیز اطلاق می گردد که سن وی به هفت سالگی نرسیده باشد. (همان) برابر این ماده طفل صغیر که سن وی به هفت سالگی نرسیده باشد، نمی تواند به انجام معاملات دست بزند. از اطلاق چنین حکم استفاده می شود که حتی در دوران عدم تمیز یا غیر ممیز بودن تحت نظارت ولی نیز نمی تواند اقدام به انجام معاملات حقوقی کند.

آنچه در فوق ذکر شد، حاکی از این است که طفل ممیز فاقد اهلیت معرفی نشده بلکه دارای اهلیت ناقص معرفی شده است که با عنایت به ماده ۴۲ همین قانون افراد ناقص اهلیت تابع حکم ولایت، قیمومت و وصایت می گردند.

اشتراط حصول رشد در صحت تصرفات مالی از جمله دستورات قرآنی نیز است. چنانکه قرآن می‌فرماید: «وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ». (نساء: ۶)

۶-۳. انواع تصرفات صغیر ممیز

الف. تصرفات که کاملاً متضمن منفعت صغیر است.

ب. تصرفات که کاملاً متضمن ضرر صغیر است.

ج. تصرفات که متضمن نفع و ضرر هردو باهم است.

در صورت اول تصرفات صغیر به هر نوع که باشد، جواز دارد ولو با اجازه ولی وی نباشد. (قانون مدنی افغانستان: ص ۵۴۴) در صورت دوم هرگونه تصرف صغیر متضمن ضرر، باطل است ولو تحت نظارت و اذن ولی وی باشد. (همان: ۵۴۴) در صورت سوم هرگاه تصرف مذکور هم احتمال ضرر و هم احتمال نفع را داشته باشد، با اجازه ولی در حدود صلاحیت وی یا اجازه شخص ناقص اهلیت بعد از رسیدن به سن رشد، موقوف است.

۷-۳. تناقضات قانون مدنی افغانستان در تجویز و عدم تجویز تصرفات طفل

منظور قانون‌گذار افغانستانی از وضع مواد ۵۴۴ و ۴۱ و ۴۲ قانون مدنی خیلی واضح نبوده و به نحوی متضاد با یکدیگر به نظر می‌رسد؛ زیرا در مواد ۴۱ و ۴۲ برای صغیر ممیز که به سن رشد نرسیده است، عنوان نقص اهلیت می‌دهد و ماده ۴۲ ناقصین اهلیت را تابع احکام ولایت و قیمومت می‌داند.

خلاصه از نظر قانون مدنی افغانستان تصرفات صغیر غیر ممیز، برابر ماده ۴۰ آن قانون، این است مادام که صغیر به سن تمیز (هفت سالگی) نرسیده باشد، نمی‌تواند معاملات حقوقی انجام بدهد. صغیر که ممیز است، ولی به سن رشد (۱۸ سالگی) نرسیده، برای انجام تصرفات خویش ناقص اهلیت بوده و طبق ماده ۴۲ آن قانون، تابع احکام وصایت و ولایت است. بدین معنا که نقص اهلیت صغیر با نظارت و اجازه وصی یا ولی و قیم برداشته می‌شود.

نتیجه گیری

نتیجه تحقیق در دو بخش ارائه می شود:

الف. بررسی احکام فقهی: پس از بررسی آرا و نظریات فقههای مذاهب اسلامی معلوم شد که در خصوص احکام فقهی معاملات صغیر، در صورت که غیر ممیز باشد در بطلان معاملات و تصرفات وی اتفاق نظر است؛ زیرا او در چنین حالتی فاقد اراده حقوقی و فاقد توان تشخیص سود و زیان (منفعت) خویش است. اما در صورت ممیز بودن صغیر، هر چند نظر یکسان وجود ندارد، ولی بنای مشهور در بستر فقه جعفری در مورد تصرفات مالکانه طفل صغیر ممیز عدم جواز تصرف است.

در خصوص جواز و عدم جواز تصرفات مالکانه کودک سه حالت تصور کرده اند: الف. در حالت که با اجازه ولی باشد، صحیح و نافذ است؛ ب. در حالت که فاقد اجازه ولی باشد، صحیح است، لکن غیر نافذ می باشد؛ ج. در حالت که تصرفات وی در اشیای خطیر باشد، معاملات وی ولو دارای شرط تمیز باشد باطل است، نه اینکه صحیح باشد ولی نافذ نباشد.

از منظر فقه اهل تسنن تصرفاتی مانند بیع و اجاره و سایر معاوضات مالی، بر حسب اصل وضع خود متردد بین نفع و ضرر است. این تصرفات سود و زیان دارد و اگر صغیر ممیز اقدام به انجام آنها کند، به اعتبار بهره مندی او از اهلیت ادا، صحیح تلقی می شود؛ اما چون اهلیت ادای ناقص دارد، متوقف بر اجازه ولی است. اگر ولی اجازه داد، این اجازه ولی نقص اهلیت وی را جبران نموده، تصرف صحیح است. مطابق این دیدگاه فقهی اهل سنت تصرفات صغیر در مواردی که موجب ضرر و نقص مال است؛ مانند هبه دادن، وقف کردن و... حتی در صورت اذن و اجازه ولی نیز جواز فقهی ندارد؛ اما تصرفات که حاوی منفعت محض باشد؛ مانند قبول هبه، صدقه و وصیت و مانند آن ولو بدون اجازه و اذن ولی باشد صحیح است، چون مستلزم مصلحت و منفعت وی می باشد.

ب. بررسی احکام حقوقی: از دیدگاه حقوقدانان عنوان صغیر برای کسی اطلاق می شود که توانایی سنجش منافع و مصالح خویش و اهلیت تصرفات مالکانه را نیز





نداشته باشد. معمولاً صغیر در این تعریف شامل افرادی می‌شود که به سن بلوغ (رشد) نرسیده باشد. معیار رسیدن به سن رشد در حقوق مدنی افغانستان و کسب صلاحیت و اهلیت تمتع و استیفای حقوق، تکمیل سن ۱۸ سالگی خورشیدی است. بنابراین کسی که سن ۱۸ سالگی خویش را تکمیل نکرده باشد، صغیر گفته می‌شود و اقدامات یا تصرفات مالکانه وی نیز دارای صحت حقوقی نیست. در قانون احوال شخصیه اهل تشیع معیار بلوغ پسر اکمال سن ۱۸ سالگی و دختر اکمال سن ۱۶ سالگی تعیین شده است، مطابق قانون احوال شخصیه تا فردی به سن بلوغ نرسیده باشد واجد شرایط تصرفات مالکانه نیست.

نکته دیگر حائز اهمیت این است که صغیر ممکن است دو حالت داشته باشد؛ یا دارای توانایی تمیز خوب از بد است یا نیست. صغیر غیر ممیز چون دارای تمیز نیست، دارای اهلیت هم نیست و تمام معاملات و تصرفات او باطل و بلا اثر است. صغیر غیر ممیز، فرد نابالغی است که اهلیت استیفای هیچ حقی از حقوق خود را ندارد؛ زیرا از یک جهت دارای قوه تمیز نیست و نمی‌تواند مفهوم حق را درک و شیوه اعمال آن را تشخیص دهد و از طرف دیگر، فاقد اراده حقوقی و قصد است؛ اما صغیر ممیز که در هر حال دارای قوه تمیز نسبی منافع و زیان خود است، اعمال حقوقی که برای وی فقط منفعت دارد مانند قبول «هبه» صحیح است. در صورتی که آن دسته از تصرفات وی که تحت نظر قیّم یا ولی شرعی او انجام شده است نیز باید حاوی رعایت جهت منفعت و مصلحت وی باشد تا محکوم به صحت گردد. سایر اعمال حقوقی او که مستلزم ضرر او است؛ مانند دادن «هبه»، یا متردد بین زیان و منفعت باشد، غیر نافذ (نه باطل) و منوط به اجازه ولی یا قیّم او است. در صورت شک، اصل در غیر ممیز بودن است. براین اساس معاملات و سایر اقدامات چنین فردی محکوم به بطلان بوده و فاقد اثر حقوقی و فقهی است.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن ابی جمهور، (۱۴۰۳)، عوالی اللثالی، بی جا: مطبعة سيد الشهداء.
۲. ابن حنبل، احمد ابن محمد، (۱۹۹۱م)، المسند، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳. ابن قدامة حنبلی، عبدالله بن احمد، (۱۹۹۷م)، المغنی، ریاض: دارعالم الكتب.
۴. احمدی، هاشم، (۱۳۹۲)، اصول محاکمات مدنی، کابل: مقصودی.
۵. اردبیلی مقدس، (بی تا)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: جامعه مدرسين.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، (بی تا)، المکاسب، بی جا: تراث الشيخ الأعظم.
۷. انصاری، مسعود و دیگران، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: محراب فکر.
۸. باقری، احمد و کاظمی افشار، هاجر، (۱۳۹۸)، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران: موسسه دائرة المعارف اسلامی.
۹. بهوتی حنبلی، منصور بن یونس، (بی تا)، كشف القناع عن متن الاقتناع، بی جا: دارالكتب العلمية.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۱. جمعی از مؤلفین، (بی تا)، مجلة الاحکام العدلیه، بی جا: آرام باغ کراتشی.
۱۲. حر عاملی، محمدبن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
۱۳. الخن، مصطفی و همکاران، (۲۰۰۱م)، الفقه المنهجي، دمشق: دارالقلم.
۱۴. ذکی، سیدطالب، (۱۳۹۵)، منتخب رساله احکام مطابق فتاوی آیت الله خامنه ای، کابل: صبح امید.
۱۵. روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴ق)، فقه الصادق، قم: مؤسسة دار الكتاب.





۱۶. الزُّحَلِي، وَهْبَةُ بن مصطفى، (بی‌تا)، الفقه الاسلامی، دمشق: دارالفکر.
۱۷. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۵ق)، توضیح المسائل، قم: مطبعه مهر.
۱۸. شفايي، عبدالله، (۱۳۸۲)، احوال شخصيه در فقه و حقوق، فصلنامه فقه.
۱۹. شيخ طوسي (۱۳۶۴)، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، تهران: بی‌نا.
۲۰. شيخ طوسي، (۱۳۸۷ق)، المبسوط في الفقه الاماميه، تهران: مكتبه مرتضويه.
۲۱. صانعی، یوسف، (۱۴۲۷ق)، بلوغ البنات، قم: انتشارات میثم تمار.
۲۲. طباطبایی، محسن حکیم، (۱۳۷۴)، مستمسک العروة الوثقی، قم: دارالتفسیر.
۲۳. علامه حلی، (بی‌تا)، تبصرة المتعلمين، (ترجمه: علامه شعرانی)، تهران: نشر اسلامیه.
۲۴. عمید، حسن، (۱۳۶۴)، فرهنگ فارسی، تهران: امیر کبیر.
۲۵. الغنیمی الدمشقی، عبدالغنی، (بی‌تا)، اللباب فی شرح الكتاب، بیروت: بی‌نا.
۲۶. فیض کاشانی، محسن، (۱۳۸۸)، معتصم الشيعة فی أحكام الشريعة، تهران: انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری.
۲۷. قدری باشا، محمد، (۱۸۹۱م)، مرشد الحیران الی معرفه الانسان، بی‌جا: مطبعه کبری امیریه بی‌بلاق.
۲۸. کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۵۹)، تحرير المجله فی الفقه، قم: موسسه امام صادق(ع).
۲۹. کلبی، محمد ابن جزی، (بی‌تا)، القواعد الفقهيہ، بی‌جا: بی‌نا.
۳۰. محسنی، محمد آصف، (۱۴۲۹ق)، حدود الشریعه، قم: موسسه بوستان کتاب.
۳۱. محقق کابلی، قربانعلی، (۱۳۸۸)، رساله عملیه، قم: نشر پاییز.
۳۲. مدرسی، سید محمدتقی، (۱۳۸۱)، احکام عبادات، قم: انتشارات محبان الحسین.
۳۳. مدرسی، سید محمدتقی، (۱۳۹۰)، احکام معاملات، قم: انتشارات محبان الحسین.
۳۴. مغنیه، محمد جواد، (۱۳۸۵)، الفقه علی المذاهب الخمسه، بی‌جا: موسسه الصادق.



۳۵. منلا خسرو، (۱۴۸۰م)، دررالْحکام فی شرح غررالْحکام، بی جا: داراحیاء کتب عربیه.
 ۳۶. موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، (۱۳۸۱)، الموسوعة الفقهية، قم: موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
 ۳۷. موسوی خمینی، روح الله، (بی تا)، تحریرالوسیله، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 ۳۸. موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۳۴ق)، موسوعة الإمام الخمينی ۲۲ و ۲۳، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 ۳۹. موصلی، این مودود، (۱۹۳۷م)، الاختیار لتعلیل المختار، قاهره: مطبعة حلبی.
 ۴۰. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲ش)، جواهرالکلام، بیروت: بی نا.
 ۴۱. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۱)، توضیح المسائل، قم: نگارش.
- قوانین:

۴۲. اعلامیه جهان حقوق کودک ۱۹۵۹.

۴۳. قانون احوال شخصیه اهل تشیع مصوب ۱۳۸۷.

۴۴. قانون حمایت از اطفال افغانستان: مصوب ۱۳۹۷.

۴۵. قانون مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵.

۴۶. قانون مدنی کویت مصوب ۱۹۸۰.

۴۷. کدجزا افغانستان ۱۳۹۵.

۴۸. میثاق حقوق طفل در اسلام ۱۳۹۷.

تقسیم‌بندی جرائم به حد و تعزیر با تأکید بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»

فاطمه احمدی^۱

چکیده

در متون جزایی اسلامی، تقسیم‌بندی جرائم به حد و تعزیر یک قاعده قطعی و مسلم است. این تقسیم‌بندی علاوه بر اینکه مبنای بخش‌هایی از احکام است، برای قواعد جزایی نیز کاربرد دارد. بنابراین تقسیم‌بندی حد و تعزیر و اینکه دارای بنیاد قانونی است یا فقط از ادله نقلی برداشت شده، کمتر مورد مطالعه قرار گرفته است. سؤال اصلی این است که دو مقوله حد و تعزیر، در بین قواعد فقهی چه جایگاهی دارد؟ این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و با واکاوی بنیادهای عقلی و نقلی نتیجه می‌گیرد که به‌سختی می‌توان این تقسیم‌بندی را بر بنیاد عقلی مبتنی ساخت. پس این تقسیم‌بندی و شناسایی دیگر مجازات‌ها باید بر اساس ادله نقلی و قانونی استوار باشد. بدون چنین دلایلی نه اصل تقسیم‌بندی درست است و نه شناخت احکام ویژه برای حد و تعزیر قابل اثبات. در این مقاله، این تقسیم‌بندی بر اساس ادله نقلی بحث و بررسی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تقسیم‌بندی جرائم، حد، تعزیر، مجازات، قواعد فقهی

۱. ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی، مدرس حوزه علمیه صادقیه کابل وابسته به جامعه المصطفی العالمیه- افغانستان
ایمیل: fatima.ahmadi.556@gmail.com

بر اساس نظریه مشهور در فقه اسلامی، جدا از اینکه قصاص مجازاتی برای جنایت بر نفس است، عضو یا منافع، مجازات‌ها به حد و تعزیر تقسیم می‌شوند. حد مجازاتی است که میزان آن در شرع مقدس مشخص شده است؛ اما برای تعزیر، اندازه معینی بیان نشده است. تعیین چگونگی کیفر تعزیری به حاکم یا دادرس پرونده (بنا بر اختلاف نظر موجود در این باره) سپرده شده است. مثلاً گاهی در شرایطی می‌توان با تکیه بر عناوین ثانویه یا تراجم مصلحت حاصل از اجرای حد یا مفسده‌ای دیگر، از اجرای حد چشم‌پوشی کرد یا در مواردی مانند اجرای حد بر بیمار و ناتوان، آن را به تأخیر انداخت یا به‌طور نمادین اجرا کرد، ولی تغییر در چگونگی مجازات حدی جایز نیست؛ زیرا آن‌ها در نصوص شرعی دقیقاً معین شده‌اند.

تقسیم‌بندی حد و تعزیر دست‌کم از دو جهت غیر منعطف است:

نخست این‌که خود این تقسیم‌بندی ثابت است؛ به این معنا که باوجود اختلاف نظر در شمارگان حدود، حد برای همیشه حد و تعزیر همیشه تعزیر است. درحالی‌که در نظام‌های کیفری عرفی در حوزه واکنش به جرم، تعیین دسته‌ای از واکنش‌ها به‌عنوان مجازات‌های ثابت و دسته‌ای دیگر به‌عنوان مجازات‌های متغیر، رایج است؛ اما خود این تقسیم‌بندی با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، قابل تغییر است؛ البته با توجه به این نکته که تعیین کیفر ثابت حقیقتاً برخلاف اصل و کاملاً استثنایی است.

دوم این‌که چگونگی مجازات‌های حدی برخلاف تعزیر که تغییرات قانونی در آن راه دارد، همیشه ثابت است، نمی‌توان بر حد افزود یا از آن کاست. این فرق در نظم دهی دوگانه حد-تعزیر بسیار تعیین‌کننده است.

دامنه این تفاوت‌ها همچنان روز به روز زیاده‌تر می‌شود؛ زیرا با این پیش‌فرض که میزان کیفر حدی در همه حال ثابت است و تغییر و تبدیل آن‌ها به دلایل و اسباب معینی امکان‌پذیر است. کیفرهای حدی، شامل نهادهای جزایی نو پیدا مانند تعلیق، تعویق، تخفیف، آزادی مشروط و نظام نیمه آزادی (در موارد حبس حدی)، منع



محاكمه مجدد و منع مجازات مضاعف، نمی‌شوند و تعیین کیفرهای تکمیلی و تبعی برای جرائم حدی سخت می‌شود.

در بررسی‌های به‌عمل‌آمده در خصوص مبانی تقسیم جرائم به حد و تعزیر، مجموعه‌ای که بتواند این تقسیم‌بندی را به‌صورت دقیق در فقه، از نظر آیات و روایات و قانون بررسی کند، وجود ندارد و برخی کتب و مقالات از قبیل «التعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق» که گسترده‌ترین و جامع‌ترین کتابی است که در این باره تألیف شده، مشروعیت اقامه حدود و تعزیرات در عصر غیبت، تأمل در حد و تعزیر جرائم با تکیه بر زمان و مکان، به‌صورت کلی پرداخته‌اند و هیچ‌کدام به‌صورت منسجم این مقوله را با دو دیدگاه تبیین نکرده است. با توجه به اهمیت موضوع و اینکه قانون افغانستان الهام گرفته از فقه حنفی است لازم است موضوع حاضر در حقوق افغانستان و فقه بررسی شود و تمایزات و تشابهاتی که در این زمینه وجود دارد مشخص گردد. باید یادآور شویم که اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر و این که بعضی از جرائم دارای کیفر ثابت و بعضی دارای کیفر متغیرند، مستند به روایات متعدد است. به تعبیر دیگر این تقسیم‌بندی، روایی است تا صرفاً قانونی و فقهی.

۱. مفاهیم

۱-۱. جرم

جرم در لغت به معنای گناه، تعدی، خطا و عصیان آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۹۶) بنابراین از لحاظ لغوی دارای محدوده گسترده است که هم شامل بزه می‌شود و هم گناه و به زبان فارسی به‌عنوان فعل یا ترک فعل مستلزم کیفر نیز استعمال می‌شود. در حقیقت بزه مترادف کلمه جریمه است و جریمه اخص از جرم، فعل یا ترک فعلی است که قانون آن‌ها را با عقوبت تنبیه بدنی تعقیب کند. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۲۱) در متون ادبی گذشته نیز جرم هیچ‌گاه فقط به معنای فعل یا ترک فعل قابل عقوبت دنیوی، نبوده و دارای معنای وسیعی بوده است که هم شامل گناه می‌شده هم بزه و هم خطا. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۷)

این ادعا در ادبیات حقوقی فعلی جا افتاده است، هرچند لفظ وارداتی «جریمه» از

معنای اصلی خود عدول کرده و در ردیف مجازات و جبران خسارت قرار گرفته است. این حالت در مورد کلمه بزه نیز قابل تطبیق است. تلفظ صحیح بزه در لغت‌نامه دهخدا به فتح «ب» و «ز» یا به فتح «ب» و کسر «ز» است و این تصور که این واژه و واژه‌های هم‌خانواده یعنی بزه‌کار و بزه‌کاری اخیراً و بیشتر برای مطالعات جرم شناختی رایج گردیده، منطبق با واقع نیست و واژه قدیم و رایج در ادبیات فارسی بوده و بهتر است به مرور در نظام تعلیم حقوق کشور استعمال شود. (دهخدا ۱۳۷۷: ۱۴۰)

جرم در اصطلاح از معنای لغوی آن فاصله داشته و بر اساس رشته مربوطه، شرایط و قیودی بر معنای لغوی وارد شده است. تعریف جرم بر اساس نظر دانشمندان و بر اساس رشته‌هایی که جرم را مورد مطالعه قرار می‌دهد متنوع و متفاوت است. بسیار مشکل است تا از میان جمعی از تعاریف، تعریفی را انتخاب کرد که جامع افراد و مانع اغیار باشد؛ حتی در حقوق کیفری نیز حقوق‌دانان بر سر تعریف نهایی جرم توافق ندارند و در نهایت با وجود نظرات اصلی خویش، تسلیم تعریف قانونی جرم می‌شوند.

۱-۲. حد

کلمه حد به دو معنا «فاصله و مرز» به کار رفته است. در بیان دیگر معنایی نزدیک به همین معنا، حد به معنای نهایت و پایان چیزی است. اگر این معنا در معنای اصطلاحی حدود لحاظ شده باشد، تأکید در این نام‌گذاری بر پایداری و عدم تغییر است. گویا حدود مرزهایی هستند که از آن‌ها نباید تجاوز کرد. باین حال برخی از لغت‌شناسان گفته‌اند: «حد در اصل به معنای منع است». (ابن اثیر الجزری، ۱۴۱۳: ۴۲۳) «وحدّ رجل عن الامر، منعه و حسیبه»؛ (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳: ۲۲۱) یعنی منع و حبس کرد او را. «الحدُّ الحاجز بین الشیئین الذی یمنع اختلاط احدهما بالآخر». (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲: ۲۲۱)

حد فاصله بین دو چیز است که مانع مخلوط شدن یکی با دیگری می‌شود. حد حائل و حاجز میان دو چیز، کناره و انتهای چیزی، به معنای کرانه، مرز، اندازه و مقدار است. به دیگر سخن حد به معنای صَرف و برگرداندن نیز استعمال می‌شود. حتی ابن فارس، «منع» را اولین معنا و «مرز» را دومین معنای حد ذکر کرده است.



اگر این معنا در حدود اصطلاحی لحاظ شده باشد، تأکید و بار معنایی کلمه حدود بیشتر از جنبه بازدارندگی کیفرهای حدی است. بنابراین هر دو معنایی که برای حدود ذکر شده از یکدیگر چندان دور نیستند؛ مرز به معنی تعیین چیزی به منظور ممانعت از ورود به آن است. پس به سختی می‌توان پویایی یا ایستایی حدود را با تکیه بر مباحث لغت‌شناسی به سر و سامانی رسانید. بخصوص این‌که قول لغت‌شناسان در چنین مباحثی بیشتر جنبه حدسی دارد.

۱-۳. تعزیر

تعزیر مصدر فعل عَزَّ از ریشه «عزr» در لغت به معانی رد و منع، (ابن اثیر الجزری، ۱۴۱۳: ۲۲۸) ضرب دون الحد، تأدیب، سرزنش و ملامت، بزرگ دانستن و ادای احترام نسبت به فردی، نصرت و یاری کردن با زبان و شمشیر و... آمده است. (ایزدی فر، ۱۳۹۴، ۲: ۲۳۲) به نظر می‌رسد ریشه اصلی تعزیر همان منع ورد است و در تمام معانی دیگر نوعی رد و منع وجود دارد؛ چنانکه ابن اثیر می‌گوید: «به تأدیبی که کمتر از حد است، تعزیر گفته می‌شود؛ چون جانی را از تکرار گناه منع می‌کند». (این اثیر الجزری، ۱۳۶۴: ۳۲). به نصرت و یاری کردن تعزیر گفته می‌شود؛ چون کسی را که یاری نموده‌ای، دشمنان را از او دفع و آن‌ها را از آزار دوباره نسبت به وی منع کرده‌ای». (همان، ۲۴۰) بنابراین تعزیر مختص ضرب نیست، بلکه مربوط به هر نوع واکنشی می‌شود که به وسیله آن بتوان مجرم را از انجام دوباره گناه، منع کرد. اما در اصطلاح از نظر اکثر فقهای شیعه و مذاهب مختلف عامه، تعزیر عقوبتی است که شارع نوع و مقدار معینی برای آن تعیین نکرده است.

با توجه به اینکه برخی از مجازات‌های تعزیری نوع و مقدار آن در شرع معین شده است، بسیاری از فقها برای شمول این بخش از مجازات‌های تعزیری قید «غالباً» را در تعریف افزوده‌اند. بنابراین تعزیر مجازات و عقوبتی است که اغلب نوع و میزان آن از جانب شارع معین نشده و تعیین آن با توجه به مقتضیات زمان، نوع جرم، و شخصیت مجرم، از اختیارات حاکم است. (فتاحی، ۱۳۹۲، ۱: ۱۱۳)

برخی معتقدند که تعزیر به مجازات و عقوبت منحصر نیست، بلکه طیف وسیعی

از امور را همچون صورت درهم کشیدن، وعظ کردن، توبیخ کردن، و تهدید کردن، کفارات مالی، مجازات‌های تعزیری برای اعمال حرام شرعی، و گاه اعمال مفسده‌آمیز هرچند حرام شرعی نباشد مثل تعزیر نابالغ و دیوانه و... را در برمی‌گیرد که اطلاق مجازات بر موارد از آن‌ها راه ندارد، یا دست‌کم تردید وجود دارد. حال اگر کسی بخواهد تعریفی بیاورد که همه این مجموعه را در برگیرد و درعین حال مانع ورود حدود، قصاص و دیات باشد، کاری مشکل و شاید ناممکن است. ازاین‌رو برای تعزیر باید یک تعریف تقریبی ارائه داد و گفت: «تعزیر هرگونه رفتار یا کرداری است، است که نوع و میزان آن غالباً در شرع مشخص نشده و به‌منظور اصلاح و تأدیب متخلف و جلوگیری از ارتکاب جرم، تعیین و اعمال می‌گردد». (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۴۹)

۲. کیفرهای حدی

۲-۱. اسباب کیفرهای حدی

فقه‌ها در اسباب کیفرهای حدی اتفاق‌نظر ندارند. برخی از فقها اسباب حد را ۱۴ مورد دانسته‌اند. (طوسی، ۱۴۰۰، ۴: ۷۳۲) برخی دیگر با افزودن دو مورد، تعداد آن را به ۱۶ مورد رسانده‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۰) بعضی دیگر با اختلاف در برخی موارد، همان ۱۶ مورد دانسته‌اند. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۱۷۸) گروهی نیز با کمی اختلاف تعداد اسباب را به ۱۸ مورد رسانده‌اند. (شاه‌رودی، ۱۴۲۶: ۲۵۱) با وجود این، برخی دیگر فقط به ۹ مورد از اسباب حدود اشاره کرده‌اند. (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ۲: ۴۴۹) برخی دیگر هشت مورد دانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۷) کمتر از این هم گفته شده است.

اگرچه عناوینی مانند حد زنا، (کلینی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۹۲) و حد قذف، (همان، ۲۱۰) لواط، مساحقه، قوادی، میگساری، سرقت، سحر، محاربه و ارتداد در روایات آمده است؛ (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۶۱) اما روایاتی که موارد حدود را به‌طور کامل شمرده باشد، وجود ندارد. نبود روایت در این باره منشأ اختلاف فقها درباره حدود شده است. از سوی دیگر، شناسایی گونه‌ای تعزیر با عنوان «تعزیرات منصوص» هم تعداد حدود را مبهم ساخته است.



۲-۲. انواع کیفرهای حدی

نوع و میزان کیفرهای حدی که در شرع آمده عبارتند از قتل (مجازات جرائمی چون زنا، به عنف و لواط ایقابی) رجم (مجازات زانی و زانیه محصن) شلاق (مجازات شراب خوری، زنا، قذف، قوادی) قطع عضو (مجازات سرقت حدی در مرتبه اول و دوم و محاربه) حبس ابد، (منتظری، ۱۳۷۳، ۲: ۴۴۴) (مجازات سرقت حدی در مرتبه سوم، اکراه به قتل عمد و ممسک در قال عمد) و تبعید، در موارد که میزان در شرع مشخص شده است، حد به شمار می‌رود. مثلاً مردی که ازدواج کرده با زنش رابطه جنسی برقرار نکرده است در صورت ارتکاب زنا، یک سال از شهرش تبعید می‌شود. صلب یا به دار کشیدن (یکی از مجازات‌های تعزیری محاربه ذکر شده است)، سر تراشیدن. (حاجی ده آبادی ۱۳۸۸: ۳۸)

۳-۲. ویژگی‌های کیفرهای حدی

در فقه جزایی اسلام برای واکنش کیفری به پدیده مجرمانه کیفرهای متنوعی طراحی شده است. برای حد از سایر انواع حد از سایر انواع کیفر، تفاوت‌های قابل توجهی برشمرده است. (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۳۰۷) اگرچه به نظر برخی، برای اثبات بسیاری از این تفاوت‌ها نصوص قابل اعتمادی وجود ندارد (نوبهار، ۱۳۹۳، ۴: ۱۴۲) و در اختصاص بسیاری دیگر آن، برای حد مقابل تعزیر تردید وجود دارد. (حسینی، ۱۳۸۸: ۳۹) به هر حال تأکید بر این ویژگی‌ها، سبب شده است که اصول حاکم بر کیفرهای حدی، تفاوت اساسی با سایر انواع کیفر پیدا کند. تعیین نوع و مقدار کیفرهای حدی چنانکه وجه مشترک همه تعریف‌ها است، از مهم‌ترین قیود احترازی به شمار می‌آید که بسیاری از فقها آن را وجه تمایز بین حدود و تعزیرات ذکر کرده‌اند.

۴-۲. قطعیت کیفرهای حدی

عمده‌ترین فاکتورهای قطعیت حدود عبارتند از عدم جواز تعطیلی، عدم جواز تأخیر، عدم جواز شفاعت و کفالت. نصوص بسیاری به اجرای بی‌چون و چرای حدود، با سرعت هر چه بیشتر و بدون کمترین تأخیر تأکید دارند، مگر در موارد خاصی که از روی مصلحت، موقتاً تارفع مانع، اجرای حد به تأخیر افتد (کلینی، ۱۴۰۷، ۲: ۱۸۷)

همچنین روایاتی با الفاظ مختلف از پیامبر (ص) و ائمه (ع) نقل شده که از شفاعت و کفالت در اجرای حدود منع کرده‌اند. بسیاری از منابع شیعی و سنی عدم جواز شفاعت و کفالت را در حد، یکی از تفاوت‌های میان حد و تعزیر شمرده‌اند.

۲-۵. شدت کیفرهای حدی

از آنجا که جرائم مستوجب حد بیشترین آسیب را به اجتماع وارد می‌آورند، کیفرهای نسبتاً شدیدتری برای مقابله با این جرائم تجویز شده است. شدت مجازات حدود در دو حالت قابل بررسی است:

اولاً: در شرایط عادی، ارتکاب جرائم مستوجب حد، مجازات‌های سنگینی در پی دارند. شدید بودن مجازات‌های حدی در مقایسه با انواع دیگر مجازات‌ها، بسیار ملموس و روشن است؛ زیرا بر اساس قاعده فقهی «التعزیر دون الحد» مقدار مجازات تعزیری نباید بیشتر از حداقل مجازات حد باشد. (الزحیلی، ۲۰۱۱، ۶: ۱۴۵) همچنین شدت نسبت به نفع و فایده حاصل از ارتکاب آن‌ها بسیار بالا است، برای مثال تحمّل ۱۰۰ تازیانه در حد زنا، آن‌هم با آن کیفیت که در حضور تعدادی از مؤمنان، هم از لحاظ جسمانی و هم از نظر معنوی و حیثیتی در ازای این انتفاع و لذت زودگذر، بسیار شدید بوده و کمتر انسان عاقلی حاضر می‌شود که چنین درد و رنج شدیدی را در قبال منفعتی کوتاه بپذیرد.

ثانیاً: در شرایط خاصی مجازات‌های حدی، به حداکثر شدت می‌رسند و حذف مرتکب جرم از جامعه را به دنبال دارد. این شدت فوق‌العاده، غالباً در دو صورت بروز می‌کند؛ یکی ارتکاب اعمالی که در وضعیت عادی از لحاظ اخلاقی و فطری، قبح بالایی دارند و غیرقابل تحمل هستند و به واسطه ارتکاب آن عمل در واقع مجرم استحقاق خویش برای تخفیف یا تساهل را از خود سلب نموده و مستحق مرگ می‌شود. مانند زنای با محارم. در برخی از مواقع علل مشدده عام مثل تکرار جرم موجب تشدید حداکثر مجازات حدود می‌شود. (حاجی ده‌آبادی ۱۳۹۷: ۳۱۳)

۲-۶. تشریفات خاص در اجرای کیفرهای حدی

مرحله اجرای حد بر مجرم، مستلزم تشریفات خاص بوده که باید در اجرای حد مورد



توجه متولیان اجرای حد قرار گیرد که این تشریفات و آداب خاص در راستای اهداف موردنظر شارع از اجرای مجازات، مثل اصلاح مجرم، بازدارندگی عمومی، رضایت خاطر بزه دیده و... قابل توجیه هستند. به عنوان مثال حد رجم یکی از حدودی است که با تشریفات خاصی مثل دفن کردن تا سینه، رو به قبله بودن، سنگ زدن ابتدایی توسط حاکم و اندازه سنگ‌ها، اجرای می‌گردد. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۷۸)

۷-۲. شروط سخت‌گیرانه در اثبات کیفرهای حدی

ادله اثبات جرائم حدی محدود بوده و برای پذیرش آنان به عنوان ادله ثابت‌کننده جرم حدی، شروط و ضوابط خاصی در شرع اسلام پیش‌بینی شده است. این ادله عبارتند از اقرار متهم، شهادت شهود، و علم قاضی در هریک از این ادله، باید شرایط و ضوابط دقیق و خاصی رعایت شود تا جرم حدی به اثبات برسد. در اقرار برای اثبات جرم نصاب و کیفیت مشخصی در نظر گرفته شده است. به عنوان مثال نصاب اقرار برای اثبات جرائم زنا، لواط، مساحقه چهار بار، برای قذف و سرقت دو بار و برای محاربه، یک بار اقرار با وجود سایر شرایط، جرم را اثبات می‌کند.

در کیفیت اقرار در جرایم جنسی (زنا، لواط و مساحقه) از حساسیت بالایی برخوردار است؛ اولاً اقرار کننده باید دارای شرایط کمال باشد؛ یعنی عاقل، بالغ، مختار، قاصد و آزاد باشد. (محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۴۹) ثانیاً اقرار صریح یا حداقل ظاهر باشد؛ یعنی نوع جرم ارتكابی را مشخص نماید نه اینکه اقرار به صرف وجوب اجرای حد بر خویش نماید. ثالثاً به رغم قاعده مشهور «منع انکار پس از اقرار» در زنا مستوجب رجم، انکار مقرر موجب سقوط حد رجم از وی می‌گردد. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۷۸) رابعاً به اعتقاد برخی از فقها، چهار بار اقرار باید در چهار مجلس مختلف واقع شود. (نجفی، ۱۳۹۸، ۲۱: ۲۸۳) در فقه اهل سنت تنها در نصاب آن برای اثبات جرم حدی، اختلاف اندکی وجود دارد. نزد فقهای احناف برای اثبات جرم حدی مثلاً زنا، علاوه بر لزوم احراز شرایطی همچون عقل، بلوغ و... برای اقرار کننده چهار مرتبه اقرار در چهار مجلس نیز شرط است. (مرغینانی، ۱۲۷۶: ۳۳۹) ولی نزد فقهای شافعی و مالکی یک مرتبه اقرار نیز برای اثبات حد زنا کافی است. (قرطبی، ۱۴۲۰، ۳: ۲۲۵)



شهادت که دومین دلیل اثبات کننده جرم حدّی است، برای آن شرایط و ضوابط خاصی در شرع در نظر گرفته شده است. اولاً شاهد باید دارای اوصافی؛ بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، عدالت، طهارت مولد، و نفی اتهام باشد. (خویی، ۱۳۹۳: ۴۴) ثانیاً در هریک از جرائم حدّی، نصاب معینی با توجه به جنسیت شهود، برای اثبات آن جرم در نظر گرفته شده است. ثالثاً همه شهود در یک زمان و مجتمعا برای اقامت شهادتشان نزد قاضی شرع حاضر شوند وگرنه، نه تنها جرمی را اثبات نمی کنند، بلکه شهود حد قذف می خورند. علاوه بر شروط شاهد، خود شهادت نیز باید شرایطی را دارا باشد که در محکمه پذیرفته شود. مثلاً موضوع شهادت باید به طور قطع و یقین بیان شود و شهود باید در مشهود علیه از لحاظ زمان، مکان و سایر کیفیات بر فعل واحد اتفاق نظر داشته باشند.

۳. حد تعزیر

۳-۱. انواع تعزیر

درباره نوع کیفرهای تعزیری اختلاف آرا و اقوال قابل توجه است. گروهی به دلایلی استناد کردند و تعزیر را منحصر در تازیانه دانسته اند؛ مانند اینکه تعزیر در شرع به معنی تازیانه است، و اصاله عدم ایذای مؤمن در شک تعزیر با غیر تازیانه، و اصاله التعین در دوران بین تعیین و تخیر، اصل بر تعیین تازیانه است که با انجام آن تکلیف قطعی ادا می شود و عبارت «دون الحدّ» در روایات و کلمات فقها، بیشتر با تازیانه سازش دارد؛ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۶۷) اما فقهای عامه و برخی از فقهای امامیه به جواز مجازات حبس از باب تعزیر تصریح کردند. (منتظری، ۱۳۷۳، ۲: ۴۴۴) یا پس از ذکر مواردی از حبس تعزیری که در روایات آمده، نتیجه گرفته اند که مشروعیت حبس ضروری زندگی انسان و حکومت اسلامی است. مضافاً اینکه در میان قواعد فقهی، حتی قاعده به نام «الحبس عقوبة» وجود دارد که بر اساس آن حبس به عنوان یک عقوبت بازدارنده از جمله حبس تعزیری جانی برای بازداشتن وی از تکرار جرم استفاده می شود. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۱۴۱)

راجع به مشروعیت تعزیر مالی نیز در فقه خاصه و عامه بحث شده و اقوال موافق



و مخالف اختیار شده است. درباره جواز اعدام «قتل» تعزیری نیز در فقه عامه و خاصه بحث شده است. گروهی با این بیان که تعزیر به منظور تنبیه و اصلاح و بازپروری انجام می‌گیرد، در «قتل» اعدام تنبیه و تأدیب و اصلاح منتفی است، بلکه نقض غرض لازم می‌آید، با توجه به تأکید فراوان بر اصل حرمت دما در منابع اسلامی جواز اعدام تعزیری را نپذیرفتند و استناد به عناوین چون «افساد فی الارض»، «اختیار حاکم» و «نهی از منکر» را در جواز اعدام تعزیری کافی ندانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۳) از فقهای اهل سنت نیز برخی قائل به این قول هستند، دلیل آن را اعتراض عمر به کشتن یکی از مسلمانان که به صفوف مشرکان پیوسته بود و به عنوان تعزیر اعدام شده بود، می‌دانند. (فتحی بهسنی، ۱۹۸۰: ۱، ۱۷۱) اما برخی دیگر از فقها و دانشمندان شیعه و سنی قائلند که تعزیر شامل اعدام نیز می‌شود؛ زیرا اختیارش دست حاکم است و او بر حسب مصلحت و به تناسب جرم اقدام می‌کند حتی اگر به درجه اعدام هم برسد.

فقهای اهل سنت در مواردی چون ساحر، کاهن، اعتیاد در ارتکاب جرم لواط، سب چند بار پیامبر، جاسوسی مسلمان برای دشمن، و خیانت به کشور، فساد کسی که جز با قتل دفع نمی‌شود، مانند کسی که ایجاد تفرقه یا دعوت به بدعت در دین می‌کند، مجازات قتل را از باب تعزیر جایز شمردند. (ابن اثیر الجزیری، ۱۴۱۹: ۵، ۲۱) عبدالقادر عوده منشأ مجازات تعزیری قتل را سنت قولی پیامبر (ص) می‌داند که فرمود: «هرکس به قصد ایجاد تفرقه و تشّت شما را به شورش علیه یک مرد دستور دهد، او را بکشید. بلاها و سختی‌هایی در پیش است، پس اگر کسی بخواهد میان این امت درحالی که متحدند تفرقه افکند، هرکه باشد او را با شمشیر بزنید». (کاظمی، ۱۳۸۹، ۲۲: ۴۶) با بررسی کتب فقهی امامیه نیز می‌توان مواردی را یافت که در مجازات تعزیر، قتل پیش‌بینی شده است. مانند مجازات متنبی مدعی نبوت، مسلمان جادوگر در باب نهی از منکر، کسی که جلوگیری از منکر و فساد او جز با جرح و قتل امکان‌پذیر نباشد، (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۴: ۲۹۰) در مواردی فقها بر اساس قاعده فقهی؛ «اصحاب الکبار یقتل فی الثالث او الرابع» به قتل در تکرار جرم تعزیری

فتوا داده‌اند که از آن جمله است: تکرار خوردن روزه علنی در ماه مبارک رمضان برای بار سوم موجب قتل شمرده است. (محقق حلی، ۱۴۱۱: ۲۹۹) یا کسی که بدون عذر نماز را ترک کند، در مرتبه اول و دوم تعزیر و در مرتبه سوم کشته می‌شود. (همان: ۵۳۲) یا کسی که با آگاهی از حکم ربا، به رباخواری اقدام کند، در صورت تکرار کشته می‌شود. (صدوق، ۱۴۱۳، ۴: ۷۱)

بنابراین بسیاری از فقهای امامیه و عامه به دلایلی چون اطلاقات روایات باب تعزیر، اینکه در بسیاری از روایات، «تعزیر غیر تازیانه مانند حبس، آلوده نمودن لباس و بدن مجرم، تعزیر مالی آمده است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۸۱) اطلاقات باب امر به معروف و نهی از منکر، کلمات اهل لغت که تعزیر به معنای ردع و منع و تأدیب است، اهداف تعزیر، برقراری نظم و انضباط در جامعه و اختیارات حاکم اسلامی که مهم‌ترین دلیل تنوع مجازات است، استناد کردند، تعزیر را منحصر به تازیانه نمی‌دانند و به مجازات‌های دیگر مانند نفی بلد، حبس، اهانت، جریمه مالی حتی قتل و اعدام تعزیری نیز سرایت دادند و به اعمال آن‌ها حکم کردند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۲، ۱: ۴۴)

۳-۲. قلمرو تعزیر

در خصوص قلمرو کیفر تعزیر، کلمات فقها دچار تشّت زیادی است. آرای فقهی فریقین از وجود دست‌کم چهار رأی در باب مجازات تعزیری حکایت می‌کند. برخی معتقدند که تعزیر در مواردی اجرا می‌شود که در روایات آمده باشد. به بیان دیگر در مواردی که شارع به عنوان حدّ یا تعزیر تعیین عقوبت نموده است و حکم صریحی در ارتباط با آن وارد نشده، مشکل است، زیرا معلوم نیست چنین تعزیری شرعاً جایز باشد. (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ۴: ۱۵۴) برخی معتقدند که تعزیر شرعی منحصر به اعمالی است که در شرع، گناه کبیره تلقی شده است. نظر دیگر آن را گسترش داده و گناهان صغیره را نیز در سایه عقوبت‌های تعزیری قرار می‌دهد.

مفاد ادّله که در شریعت مورد تعزیر واقع شده است، تعزیر را نسبت به اعمالی که به لحاظ عناوین اولی‌شان گناه محسوب می‌شوند، اثبات می‌کند؛ افعالی که



در خودی خود و به لحاظ حکم اولی، مباح هستند و انجام آن‌ها مجازات شرعی در پی ندارد. اگر حکومت به خاطر مصلحت و حفظ نظم عمومی محدودیت‌ها و مجازات‌های را وضع می‌کند، از باب عنوان ثانوی است، ویژگی مجازات‌های تعزیری را ندارد، باید عناوین دیگری مانند مجازات‌های قانونی، حکومتی و مانند آن را انتخاب کرد تا احکام غیر از احکام مجازات‌های تعزیری را بر آن‌ها مترتب کرد. (فتحی بهسنی ۱۹۸۰، ۱: ۱۱۳)

دیدگاه چهارم این است که تعزیر اختصاصی به گناه ندارد و در غیر گناه نیز تعزیر جایز است. بر اساس این نظر، مجازات تعزیری عنوان عامی است که هم رفتارهای شرعی و هم رفتار مفسده‌انگیز مخالف مصالح اجتماعی را در بر می‌گیرد. رفتارهای حرام شرعی، شامل ارتکاب افعال حرام و ترک واجب می‌شود که به دو قسم منصوص و غیر منصوص تقسیم می‌شود و رفتارهای مخالف نظم اجتماعی و مصالح عمومی، ممکن است از نظر شرع مقدس اسلام، معصیت تلقی نگردد؛ اما حکومت می‌تواند به دلیل حفظ نظام و پیشگیری از مفساد اجتماعی و اصلاح فرد و جامعه آن را جرم‌انگاری نماید و مرتکب آن را مستحق کیفر تعزیری بداند. مانند قوانین گمرکی، تخلفات رانندگی و... (رستمی نجف‌آبادی، ۱۳۹۱: ۲۳-۲۲) بسیاری از فقهای خاصه و عامه معتقد به دیدگاه چهارم هستند. (حر عاملی، ۱۴۱۹، ۲۹: ۱۴۳)

۳-۳. میزان تعزیر

پیرامون میزان و اندازه کیفر تعزیر نیز وحدت کلمه وجود ندارد. فقهای عامه و خاصه معتقدند از نظر قلت اندازه معینی ندارد؛ اما از جهت کثرت، راجع به مقدار تعزیر با شلاق، در فقه امامی، چهار قول مطرح شده است: «مطلقاً کمتر از حدّ برده (چهل ضربه) باشد؛ باید کمتر از اقل حدود (هفتاد و پنج ضربه) در مورد شخص آزاد، و چهل ضربه در مورد شخص برده باشد؛ در جرائم متناسب با جرائم حدّی، به میزان حدّ عمل ارتكابی و در صورتی که جامع شرایط وجوب حد باشد، نرسد و در جرائم غیر مرتبط و غیر متناسب با جرائم حدّی، به اقل حدود، (حدّ قوادی، هفتاد و پنج ضربه) بالغ نگردد». (حر عاملی، ۱۴۱۹: ۴۴۸)

یا اینکه حاکم اسلامی بر اساس «قاعدة التعزیر دون الحدّ» در تعیین مقدار تعزیر در جرائم غیر متناسب با حدّ مبسوط الید است. برخی هم کلمه «دون» را در قاعدة یاد شده به معنی غیر دانسته و به مبسوط الید بودن حاکم در تمام تعزیرات حکم کرده‌اند. (احدی، ۱۳۹۴: ۲۸) در فقه عامه از قول به عدم جواز تعزیر بیش از ده ضربه هست تا قول به جواز تعزیر به هر تعداد ضربه شلاق، حتی اگر از میزان حدّ تجاوز کند. در خصوص میزان مجازات مالی، حبس و تبعید از باب تعزیر، نیز اقوال مختلف است. (حسینی، بی‌تا: ۹۲) البته بسیاری میزان مجازات‌های تعزیری را با توجه به شرایط جرم ارتكابی، مرتکب جرم و بزه دیده به نظر حاکم دانسته‌اند.

۳-۴. امکان تخفیف، تعلیق، شفاعت، کفالت و عفو در تعزیر

از ویژگی‌های تعزیر امکان تخفیف، تعلیق، شفاعت، کفالت و عفو است. این ویژگی‌ها به قاضی این امکان را می‌دهد که برای هر مجرم، مجازات متناسب با در نظر گرفتن مجموعه‌ای از عوامل چون شخصیت و خصوصیت‌های مجرم، دفعات جرم و مرتبه‌ای آن، نوع جرم ارتكابی و میزان ضرر وارده بر قربانی و جامعه را اعمال کند.

۴. تفاوت‌های حد و تعزیر

از میان فقهای اهل سنت، احمد بن ادریس از فقیهانی است که به ذکر تفاوت‌های حد و تعزیر پرداخته است. (قرافی، ۱۴۳۱، ۴: ۳۲۰) در میان فقیهان امامیه، شهید اول نیز تحت تأثیر قرافی (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۱۴۲) و پس از او فاضل مقداد، (سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۲) تفاوت‌های میان حد و تعزیر را شرح داده‌اند. ماوردی از فقهای اهل سنت نیز تنها به سه تفاوت اشاره کرده است. (ماوردی، بی‌تا: ۳۴۴) این تفاوت‌ها عبارتند از:

۴-۱. تفاوت حد و تعزیر از جهت میزان مجازات

میزان تعزیر در جانب کمیت مشخص نشده است؛ اما تعزیر باید کمتر از حد باشد. با این حال بسیاری از فقهای اهل سنت از جمله شافعی به استناد گزارشی که خلیفه دوم، متخلفی که مَهر وی را جعل کرده بود سیصد ضربه تازیانه زد، معتقدند اگر



حاکم مصلحت بداند می‌تواند بیش از مقدار حد نیز تعزیر کند. (حر عاملی، ۱۴۲۹:

۱۴۲) در مورد تفاوت میان حد و تعزیر توضیح چند نکته لازم است:

اول: بعضی از فقها مانند ابن جنید و ابن زهره میزان تعزیر را در جانب کمی هم مشخص کرده‌اند؛ (ابن زهره الحلبي، ۱۴۱۷: ۱۶۷) احتمالاً تعیین حداقل کیفر به منظور جمع میان روایات بوده است. صاحب جواهر با اشاره به این قول آن را رد می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۱: ۲۹۰)

دوم: همان‌گونه که شهید اول گفته است اهل سنت معتقدند که میزان تعزیر از حد بیشتر است، فقهای امامیه نیز قاعده «التعزیر بما دون الحد» را پذیرفته‌اند؛ اما در عمل به این قاعده پایبند نبوده‌اند. مواردی از مجازات‌های تعزیری وجود دارد که برابر با حد یا بیشتر از آن است. قطع دست سارق به خاطر ربودن انسان آزاد و فروختن وی، قطع دست نباش یا کشتن او به صورت مطلق یا در صورت تکرار جرم، قطع دست سارق کفن حتی بدون رعایت میزان نصاب، قطع دست کلاه‌بردار و به‌طور کلی کشتن کسانی که فقیهان برای توجیه حکم اعدام آنان، به فساد استناد کرده‌اند، مانند اعدام کسی که به کشتن اهل ذمه یا بردگان خو کرده است، قتل تکرارکننده جرائم تعزیری و مواردی از این دست. البته با توجه به این که در تلقی فقه سنتی، حدی به نام افساد فی الارض وجود ندارد. بنابر روایتی، امام علی (ع) در مورد مولایی که بنده خود را به سختی شکنجه کرده بود وی را به صد ضربه شلاق، یک سال تبعید و آزادی قهری بنده علیه مولا محکوم نمود. (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۹۲) چنین واکنشی از برخی از مجازات‌های حدی نیز شدیدتر است.

۴-۲. تفاوت حد و تعزیر با تکیه بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و ادله آن

۴-۲-۱. نظر فقها

گرچه لفظ تعزیر در زبان شارع به معنای اخص استفاده شده؛ اما ممکن است دلایل دیگری دال بر اختیارات بیشتر حاکم در مجازات مجرمین باشد. از جمله این دلایل که مورد استناد واقع شده است، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده است و در کتب فقهی هم به بیان‌های مختلف مثل «التعزیر

بما یراه الحاکم» (نجفی، ۱۳۴۲، ۴۱: ۱۶۹) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید ۱۴۱۳، ۱: ۷۷۶) و نظیر این‌ها بیان شده است. صرف نظر از اینکه در این قاعده صاحب اختیار، قاضی محکمه باشد یا ولی امر مسلمین، در بررسی این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا در تعزیر، حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار دارد یا اینکه تعیین نوع مجازات هم از اختیارات حاکم است؟

بعضی از فقها چون شیخ مفید و شیخ صدوق در سراسر کتب خود هرکجا از تعزیر نام برده‌اند، آن را به معنای خاص استعمال کرده‌اند. (مفید. ۱۴۱۳، ۱: ۷۷۶) این گروه در برخی موارد حتی واژه تأدیب را هم به همین معنا استعمال نموده‌اند. برخی دیگر چون شیخ طوسی هرچند در موارد متعدد تعزیر را در معنای تازیانه استعمال نموده است، لکن بنابر نظر ایشان اگر قاضی صلاح دید، می‌تواند تعزیر را با تأدیب جایگزین کند که تأدیب شامل زندان و توبیخ هم می‌شود. (طوسی، ۱۴۰۴، ۸: ۹۷) در نگاه اول چنین رأیی با اینکه بگوییم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و شامل زندان و مجازات‌های دیگر می‌شود تفاوت عملی ندارد؛ چرا که در هر دو صورت زندان مشروع است و قاضی حق زندانی کردن دارد؛ اما مراجعه به تعاریف شیخ طوسی نسبت به تأدیب بیانگر تفاوت مهم این دو نظر است. چرا که ایشان به دقت میان تعزیر و تأدیب تفکیک می‌کند و طبق نظر ایشان تأدیب مجازاتی بی حد و قید نیست که صرفاً منوط به نظر حاکم باشد، بلکه مجازاتی کمتر از تعزیر است؛ همان‌گونه که تعزیر مجازاتی کمتر از حد است. درواقع جایگزینی تعزیر با تأدیب نوعی تخفیف از سوی حاکم است. طبق نظر شیخ طوسی چنین مجازاتی اختصاصی به حاکم ندارد و برای ولی صغیر، قیم یتیم، معلم، جد و زوج هم ثابت است. (همان: ۶۹) این نظر مؤیداتی هم از روایات دارد.

شیخ طوسی در کتاب الخلاف این نظر را که «زندان هم نوعی تعزیر است»، به ابوحنیفه نسبت می‌دهد. (طوسی ۱۴۰۷، ۸: ۵۰۵) طبیعتاً اینکه پس از بیان آرای مذاهب مختلف امامیه و اهل سنت این نظر را تنها به ابوحنیفه نسبت می‌دهد، اگر دال بر نادر بودن آن نزد شیخ نباشد، حداقل بیانگر آن است که این حرف که زندان



هم تعزیر است، برخلاف تصور شایع نه از باب معنای لغوی، بلکه از باب اجتهاد و رأی فقهی است و الا اختصاص آن به ابوحنیفه، بی معنا است.

اما در دوره‌های بعد، علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۷، ۵: ۴۱۱) و صاحب جواهر تعزیر را اعم از تازیانه دانسته و به شمول آن بر زندان و توبیخ تأکید کرده‌اند. در نتیجه طبق نظر ایشان حاکم حق تعیین نوع مجازات را هم خواهد داشت. هر چند دقت در نظراتشان بیانگر آن است که در بسیاری از مواقع تعزیر را به معنای خاص استعمال کرده‌اند و این خود جای تأمل است؛ اما این نظر هم آن‌گونه که بعضی‌ها تصور کرده‌اند به معنای بی‌قید و شرط بودن اختیار نیست، بلکه تعزیر باید در حدود شرع باشد. به همین دلیل فقها برای تعزیر شروطی نظیر کمتر از حد بودن (محقق حلی ۱۴۰۸: ۱۵۵) و منع از مجازات مالی و جانی (همان، ۳۴۹) ذکر کرده‌اند. باید توجه داشت شروطی که فقهای مختلف برای تعزیر بیان کرده‌اند، یکسان نیست. مثلاً برخی گفته‌اند اقل تعزیر مشخص نیست، ولی اکثر آن معلوم است. برخی دیگر هم اقل و هم اکثر را معین کرده و برخی دیگر گفته‌اند از هیچ طرف حدی ندارد. (مجلسی، ۱۴۰۶، ۸: ۶۰)

۴-۲-۲. بررسی ادله لفظی

روایاتی که در باب تعزیر وارد شده است، به لحاظ الفاظ به چند قسم کلی تقسیم می‌شوند:

روایاتی که در آن نوع مجازات یعنی تازیانه ذکر شده است، روایاتی که در آن از الفاظ عامی مثل تعزیر یا تأدیب استفاده شده است، روایاتی که صرف نظر از ذکر لفظ تعزیر یا تأدیب، با عباراتی نظیر «حدا لیس له وقت»، «حدا غیر الحد»، «ذَلیکَ اِلَیَّ الْاِمَام» و «هو دون الحد» به‌گونه‌ای تعزیر را توضیح داده‌اند. به عبارت بهتر در این روایت تعریف شرعی تعزیر و حدود آن توسط معصوم بیان شده است. **روایات قسم اول:** بی‌تردید قسم اول نمی‌تواند اثبات‌کننده اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات باشد؛ زیرا تازیانه بودن مجازات از قبل مفروض و معین است، بلکه در صورتی که قائل به اختیار والی شدیم باید این روایات را به‌گونه‌ای توجیه کنیم؛ اما

دو قسم دیگر هر کدام می‌تواند به صورت عام یا خاص دلیلی برای اثبات این مدعا باشد.

روایات قسم دوم (ادله عام): این قسم از روایات دو دسته است:

الف. در موارد متعددی در احادیث از لفظ تعزیر استفاده شده است. به عنوان مثال در مورد افترا به اهل کتاب از امام صادق (ع) سؤال شده است: «هَلْ يَجْلَدُ الْمُسْلِمُ الْحَدَّ فِي الْإِفْتِرَاءِ عَلَيْهِمْ» و امام در پاسخ می‌فرماید: لَا وَلَكِنْ يَعْزَّرُ. (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۱۱) یا در مورد توهین به دیگری امام صادق (ع) می‌فرماید: «لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيَعْزَّرُ» (همان: ۲۴۱) در این روایات امام می‌فرماید یعزّر و قید دیگری را بیان نمی‌کنند. بنابراین با توجه به اینکه بسیاری از لغت دانان تعزیر را به معنای تأدیب معنا کرده‌اند، حاکم هرگونه صلاح دانست می‌تواند مجرم تأدیب کند. در واقع طبق این نظر آنچه مسلم است این است که تأدیب از معانی اصلی این کلمه است و انتقال به معنای ضرب دون الحد یا حتی انصراف به آن امری غیر معلوم است. اگر انصرافی هم باشد ناشی از کثرت وجود خارجی است که صلاحیت تقید لفظ را ندارد.

ب. همچنین در مواردی در روایات اهل بیت (ع) از لفظ تأدیب استفاده شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۲) و در شمول معنای این لفظ تردیدی نیست. لذا باید به اقتضای اطلاق این لفظ در روایات حکم به اطلاق اختیار حاکم در تأدیب مجرمین کنیم. در کتب فقهی هم درباره مجازات کودک، مجازات همسر با چوب مسواک (طوسی، ۱۳۸۷، ۸: ۳۳۸) و مواردی از این دست از لفظ تأدیب استفاده شده است. با این تفسیر می‌توان گفت تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر است که چه بسا اختصاصی به حاکم ندارد، بلکه ولی صغیر، مولا و حتی ناهی از منکر هم چنین اختیاری دارند که البته این خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل باشد. لکن حداقل می‌توان گفت دلالت این لفظ بر مدعای مشهور مردود است (خصوصاً اینکه در غالب این روایات تازیانه بودن مجازات هم مفروض است).

روایات قسم سوم (ادله خاص): این قسم روایات هرچند مکرراً برای اثبات عمومیت این قاعده مورد استناد واقع شده است، ولی تنها در صورت تقطیع



می‌تواند مدعا را اثبات کند. درواقع اگر با دقت بنگریم می‌بینیم در تمام این روایات تازیانه بودن مجازات مفروض است. برای توضیح بیشتر باید هرکدام از این روایات را بررسی کرد:

الف: در اسلام مجازات به دو نوع است. مجازاتی که از نظر کمی و کیفی مشخص و معلوم است و مجازاتی که کم و کیف آن به حاکم واگذار شده است (مجازات غیر مقدر). (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۸) آنچه از قبل مشخص شده، حد و آنچه از قبل مشخص نشده، تعزیر است. در یک روایت در مورد تعزیر آمده است «حدا لیس له وقت؛ حدی که وقتی برای آن نیست» و در روایت دیگر آمده است «حدا غیر الحد؛ حدی (مجازات) غیر از حدود».

اما برای داوری بهتر نسبت به این ادعا باید روایات مذکور را بیان و بررسی نمود:

روایت اول: عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ شُھُودِ الزُّوْرِ قَالَ فَقَالَ يَجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَقْتُ وَذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ وَيَطَافُ بِهِمْ حَتَّى يَعْرِفَهُمُ النَّاسُ؛ از امام درباره شهود زور پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمودند: به حدی که مقدار معین ندارد تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند».

(کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۱)

در این روایت بیان شده که تعزیر مقدار مشخص ندارد و این اختیار به امام واگذار شده است که این مقدار را تعیین کند؛ اما نوع مجازات با عبارت «يجلدون» کاملاً معلوم است و با در نظر گرفتن نوع مجازات، جایی برای تعیین آن توسط حاکم نمی‌ماند و بدون شک حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار خواهد داشت؛ به عبارت دیگر «ذلک الی الامام» به معنای نداشتن حد شرعی نیست، بلکه امام تعداد تازیانه را برحسب گناه فرد و طاقت او تعیین می‌کند. کما اینکه در مورد حد محارب هم عین همین عبارت ذکر شده است. (حر عاملی، ۱۴۱۹، ۱: ۳۰۸) حال آنکه حد آن معلوم است.

روایت دوم: عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي بِهَيْمَةٍ أَوْ شَاةٍ أَوْ نَاقَةٍ أَوْ بَقَرَةٍ فَقَالَ عَلَيْهِ أَنْ يَجْلَدَ حَدًّا غَيْرَ الْحَدِّ؛ از امام صادق (ع) درباره

حکم مردی که با حیوان چهارپایی یا گوسفند یا شتر ماده یا گاو ماده نزدیکی کند، سؤال کردم و ایشان در پاسخ فرمودند: باید او را به حدی غیر از حد، تازیانه زنند». (همان: ۲۰۴)

در این روایت نیز نوع مجازات توسط امام مشخص شده و با این قرینه معلوم می‌شود که تفاوت صرفاً در تعداد تازیانه است که در حد معلوم است و در تعزیر معلوم نیست.

ب: در برخی از روایات تعزیر با عبارت «دون الحد» بیان و تعریف شده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۱) غالب فقها در اینجا دون را به همان معنای متداول (مقابل فوق) معنا کرده‌اند؛ اما برخی دیگر «دون» را به معنای غیر دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲۱۶) همان‌گونه که در برخی از آیات کریمه قرآن نظیر آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَندَادًا». (بقره: ۱۶۵) «وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ» (آل عمران: ۶۴) در این معنی استعمال شده است و در نتیجه تعزیر هر مجازاتی است که غیر از حد باشد؛ اما در بعضی از این روایات اصلاً لفظ تعزیر بیان نشده است، بلکه صرفاً گفته شده «جلد دون الحد» یا «ضرب دون الحد»، (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۱۹۹) که در این موارد نوع مجازات با الفاظ ضرب و جلد کاملاً معلوم و معین است پس نمی‌تواند مستمسک خوبی برای عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع باشد.

در برخی دیگر لفظ تعزیر ذکر شده و در توضیح تعزیر گفته شده که تعزیر دون الحد است.

۴-۲-۳. بررسی ادله غیرلفظی

گروهی دیگر از ادله نه به‌طور خاص و نه به‌طور عام دلالت بر اعم بودن تعزیر از شلاق ندارند؛ بلکه لازمه صدور آن‌ها از معصوم عمومیت مفهوم تعزیر است. در بررسی روایات و قضاوت‌های صورت گرفته توسط ائمه علیهم السلام مواردی دیده می‌شود که نه از جنس حدود است و نه از جنس تازیانه. حال این سؤال مطرح می‌شود که این موارد اگر تعزیر نیست پس چیست؟ و اگر بگوییم از باب تعزیر



است مدعا ثابت می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۲: ۲۱۹) توضیح بیشتر آنکه این موارد مستقیماً دلالت بر اهمیت تعزیر نمی‌کند، بلکه باید جداگانه اثبات نمود. این‌ها قضیه‌ای در مورد خاص نبوده، بلکه از باب تعزیر بوده که البته اثبات چنین چیزی دشوار است.

نتیجه‌گیری

حد در لغت به معنای فاصله و مرز میان دو چیز و تعزیر به معنای رد و منع است، ولی آنچه در این تحقیق واکاوی شده، تفاوت حد و تعزیر و بررسی آن در قواعد فقهی است. شواهد قابل قبول نشان دهنده آن است که در قانون جزایی اسلام، دسته‌ای از جرائم دارای مجازات ثابت است و مجازات دیگر جرائم، تغییرپذیر و متوقف به رأی قاضی یا حاکم است. اصل این تقسیم‌بندی ریشه در روایات دارد تا استنباط فقیهان از متون موجود. با این وجود بررسی روایات راجع به حدود نشان می‌دهد هم اصل این تقسیم‌بندی و هم بسیاری از جزئیات مسائل حدود در متن یک حدیث یا در ضمن بیان و خطابی واحد، تشریع نشده‌اند. آن‌ها بیشتر در جریان برخورد با واقعیت‌های عملی تشریع شده‌اند، نه در یک موقعیت واحد. پس این احتمال ثابت می‌شود که مقررات ناظر به کیفرگذاری، به احکام ولایی در برابر احکام شرعی و ابدی نزدیک‌ترند. به همین ترتیب، شماری از مجازات‌ها مانند کیفر نوشیدن شراب که اکنون حد قلمداد می‌شود، به لحاظ شواهد تاریخی غیرقابل انکار، دچار تغییراتی شده‌اند. این به معنای آن است که حد در تلقی مسلمانان صدر اسلام مجازاتی تغییر ناپذیر نبوده است.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن اثیر الجزری، مبارک بن محمد، (۱۳۶۴)، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، (تحقیق: طاهر احمد الزاوی، محمود الطناحی)، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲. ابن زهره الحلبي، حمزه بن علی، (۱۴۱۷)، *الغنية النزوع*، قم: انتشارات امام صادق (ع).
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۸)، *لسان العرب*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴. اختر، نایب علی، (۱۳۹۵)، *بررسی مبانی کیفری تبعی در فقه و حقوق جزای افغانستان*، پایان نامه ماستری.
۵. ایزدی فر، علی اکبر، حسین نژاد، سید مجتبی، (۱۳۹۴)، «تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیل سیر سخنان شهید ثانی در مسالك»، پژوهش های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۹) *قواعد فقه جزایی*، تهران: انتشارات سمت.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۲۹)، *جامع عباسی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. حسینی، سید محمد، (بی تا)، *انوار درخشان*، قم: چاپ لطفی.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۳)، *مبانی تکملة المنهاج*، (به اهتمام: علی رضا سعید)، تهران: نشر خرسندی.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، *لغت نامه دهخدا*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت- دمشق: دارالقلم، دارالشامیه.
۱۴. رستمی نجف آبادی، حامد، (۱۳۹۱)، «بررسی قواعد فقهی تعزیرات»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، شماره ۲۳.



۱۵. الزحیلی، وهبة بن عابدين، (۲۰۱۱)، *الفقه الاسلامی وادلتہ، دمشق: دارالفکر*.
۱۶. سیوری، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۳)، *نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیہ، قم: انتشارات کتابخانہ آی اللہ مرعشی نجفی*.
۱۷. صدوق، محمد بن علی بابویه، (۱۴۱۳)، *من لایحضرہ الفقیہ، قم: دفتر انتشارات اسلامی*.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیہ، تهران: مکتبہ المرتضویہ*.
۱۹. علامہ حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، *قواعد الاحکام فی معرفۃ الحلال والحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی*.
۲۰. علامہ حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی تا)، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام*.
۲۱. علی بن محمد، ماوردی، (بی تا)، *الاحکام السلطانیة، قاهره: دارالحديث*.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۶)، *قواعد فقه (بخش حقوق جزا)، تهران: انتشارات سمت و مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی*.
۲۳. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، *التشريع الجنایی، قاهره: مکتبہ دار العروبه*.
۲۴. فتاحی، سید محسن، ۱۳۹۲، *دراسة فی التعزیریة العقوبات الحکومہ، تهران: نشر ادیان*.
۲۵. فتحی بهسنی، احمد، (۱۹۸۰م)، *العقوبة فی فقه الاسلامی، قم: دارالکتاب العربی*.
۲۶. قرافی، احمد بن ادريس، ۱۴۳۱ *انوار البروق فی انواء الفروق، بیروت: بی نا*.
۲۷. قرطبی، محمد بن احمد، (۱۴۲۰)، *الجامع لأحكام القرآن، بیروت: دارالکتب العلمیہ*.
۲۸. کاظمی، سهراب، ۱۳۸۹، «*قلمرو مجازات تعزیری در فقه اسلامی*»، *مطالعات تقریب مذاهب اسلامی، شماره ۲۲*.
۲۹. کریمی جهرمی، علی، (۱۴۱۲)، *الدر المنضود فی احکام الحدود: تقریرات درس فقه آیت الله گلپایگانی، قم: دارالقران الکریم*.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی، ۱۴۰۷، تهران: دارالکتب الاسلامیہ*.

۳۱. مجلسی، محمد تقی، (۱۴۰۶)، روضة المتقين فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۳۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۳. محقق داماد، مصطفی، سید، (۱۳۸۳)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ص ۲۱۶.
۳۴. محمدی گیلانی، محمد، (۱۳۷۴)، حقوق کیفری در اسلام، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۳۵. مرغینانی، علی بن ابی بکر، (۱۲۷۶)، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، پاکستان: بی نا.
۳۶. مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۳)، المقنعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، تعزیر و گسترش آن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۸. منتظری، حسین علی، (۱۳۷۳)، کتاب الحدود، قم: دارالفکر.
۳۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان.
۴۰. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۲)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۱. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۲. نجفی خمینی، محمدجواد، (۱۳۹۸)، تفسیر آسان، تهران: انتشارات اسلامیه.
۴۳. نوبهار، رحیم، (۱۳۹۳)، «از تعطیل حد تا الغاگرایی کیفری» پژوهش‌های حقوقی تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۴.
۴۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.

مشروعیت سقط عمدی جنین از منظر فریقین (امامیه و اهل سنت)

غلام رضا محمدی^۱

چکیده

سقط عمدی جنین با اجهاض حمل از جمله مسائل فقهی است که فقیهان اعم از شیعه و اهل سنت نظرات گوناگونی در حرمت یا عدم حرمت سقط عمدی آن بیان کرده‌اند. هدف این مقاله که با روش توصیفی تحلیلی تدوین شده، بررسی دیدگاه‌های مذاهب اربعه اهل سنت و مذهب شیعه امامیه در خصوص سقط عمدی جنین است. براساس یافته‌های این تحقیق به طور کلی دو مرحله از مراحل تکامل جنین، در ایراد دیدگاه علمای اسلامی نقش به سزایی ایفا می‌کند؛ یکی قبل از دمیده شدن روح در جنین که می‌توان از اقوال علمای اهل سنت و شیعه به جواز سقط جنین در این مرحله دست یافت با این شرط که ادامه بارداری تهدیدی برای جان مادر باشد؛ اما مرحله بعد از دمیده شدن روح در جنین، محل بحث و اختلافاتی بین فقها در مذاهب خمس شده که به دو گروه موافقان و مخالفان تقسیم می‌شوند. به نظر می‌رسد نظری که رجحان دارد همان جواز سقط جنین پس از دمیده شدن روح در صورت تهدید جان مادر باشد.

کلیدواژه‌ها: سقط جنین، امامیه، اهل سنت، قصاص، دیه و کفاره

۱. محصل خارج فقه و اصول و مدرس مدرسه علمیه صادقیه (ع) کابل.

ایمیل: ghulamrezamuhammadi91@gmail.com

واقعیت این است که سقط جنین، از ادوار گذشته تا کنون، در تمام جوامع بشری به دلایل با بهانه‌های مختلف آشکار و نهان، توسط مادر، والدین، پزشکان و اشخاص فاقد صلاحیت، به صورت جنایی (عمدی)، ضربه‌ای (شبه عمد و خطای محض) و درمانی (قانونی) انجام گرفته است. همیشه وجدان فردی و جمعی در مقابل بسیاری از سقط جنین‌ها آزردہ خاطر شده و در این میان زنان به دلیل این‌که حامل نسل و امانت الهی هستند از لحاظ جسمی و روحی بیشترین آسیب را متحمل می‌شوند و به دلیل عدم آگاهی از محدوده شرعی سقط جنین، خود را گناهکار نیز می‌دانند.

از سوی دیگر به دلایل بسیاری هم چون مسائل اقتصادی ناچار به انجام این کار می‌گردند. به همین دلیل همیشه سؤالی به این صورت مطرح بوده که آیا انداختن و از بین بردن جنین مطلقاً ممنوع است و یا مطلقاً مشروع؟

در پاسخ به این سؤال، اقشار مختلف جامعه، مخصوصاً فقهاء، حقوق دانان، متخصصان علوم پزشکی، جامعه شناسان و روان شناسان، با التفات داشتن به شرایط حاکم در جامعه و واقعیت‌های اجتماعی و هم‌چنین با عنایت به تعالیم انبیاء الهی و کتب مقدسه آنان، باورهای گوناگونی داشته و نظریات مختلفی ارائه کرده‌اند.

اما در این نوشتار دیدگاه اسلام به ویژه مذاهب خمسہ مدّ نظر می‌باشد تا بدین وسیله بانوان جامعه اسلامی از وظیفه دینی خود در قبال این حکم فقهی آگاهی یابند. روش مورد استفاده در این پژوهش، مطالعه منابع فقهی اسلامی و تحقیقات صورت گرفته در این موضوع است.

تحقیقاتی که تا کنون صورت گرفته است بیشتر راجع به دیدگاه‌های پزشکی و روان شناختی سقط جنین، روش‌های سقط جنین، قوانین کشورها در این خصوص و فواید یا آسیب‌های این مسئله اجتماعی به بحث و بررسی پرداخته‌اند. در مواردی هم تلاش پژوهش‌گران برای تبیین نظریه اسلام و مخصوصاً دیدگاه علمای امامیه، پیرامون این موضوع بسیار مفید بوده است؛ اما فرق این تحقیق با تحقیقات دیگر در این جهت است که در این مقاله به مشترکات میان مذاهب پنجگانه اسلامی در این



مسئله، دست یابد و نقطه‌های افتراق میان آنان را پیدا کرده تا دیدگاه کلی اسلامی را در خصوص سقط عمدی جنین در دسترس بانوان مسلمان قرار داده تا مادران و خواهران مسلمان ما با این آگاهی بتوانند در حفظ و حراست از کیان خانواده تلاش نمایند و در مقابل سیاست و دسیسه‌های دشمنان با شبهاتی چون: محدود نمودن نسل، باعث آرامش خواهد شد و فرزند کمتر، زندگی بهتر، با آگاهی کامل و با علم داشتن به دستورات دین مقدس اسلام، به مبارزه و مقابله پردازند.

۱. مفاهیم

«سقط» به کسر و فتح و ضم سین هر سه وجه درست است؛ اگر چند غالباً به کسر خوانده می‌شود و عبارت است از فرزندی که قبل از تکمیل شدن مدت بارداری مادر از شکم مادر بیفتد. (ابن اثیر، بی تا، ۲: ۳۸۷)، (جوهری، ۱۴۱۰، ۳: ۱۱۳۲) سقط، همان جهیض است و گفته شده که جهیض، به سقطی گفته می‌شود که خلقت او تمام و روح نیز بر او دمیده شده است، بدون این که زنده بماند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۷: ۱۳۲)

«جنین» به بچه‌ای که تا هنوز در شکم مادر است گفته می‌شود؛ چون در شکم مادر مستور و پنهان است. (همان: ۱۳، ۹۳؛ دهخدا، بی تا)

«قصاص» کشنده را کشتن و جراحت کردن عوض جراحت و چیزی را به بدل چیزی فراگرفتن. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۷، ۷۶)

«دیه» حق کشته شده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۵: ۳۸۳)، «دیه»، مفرد «دیات» است و اصل آن «ودی» بوده که «هاء» عوض «واو» آورده شده است و به معنای خون‌بهای کشته شده است. (جوهری، ۱۴۱۰، ۶: ۲۵۲۱)

«کفّاره» اسم است برای آنچه بدان گناه و جز آن پنهان شود؛ و «کفّارات» را نیز بدین جهت «کفّارات» نامیدند که آن‌ها گناهان را می‌پوشانند و مستور می‌سازند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۵: ۱۴۸)، (دهخدا، بی تا).



۲. مشروعیت سقط عمدی جنین قبل از دمیدن روح از نظر فقهای امامیه

الف. سقط جنین شرعاً حرام است و در هیچ حالتی جایز نیست. (خمینی، ۱۴۲۴، ۲: ۹۴۶)
 ب. اگرچه سقط جنین چه روح در آن دمیده شده باشد یا نه، در حالت عادی و بدون ضرورت حرام است و سبب دیه نیز می‌شود؛ اما امروزه در دنیا و جوامع بشری، در مواردی به جهت بعضی از مسائل پزشکی، این کار صورت می‌گیرد و از این کار به «سقط درمانی» یاد می‌شود. به چند نمونه آن اشاره می‌گردد:

۱. در بیماری‌های چون سرطان که مادر مجبور به معالجه و درمان خویش می‌شود و این کار به غیر از سقط طفل دیگر راهی ندارد.

۲. در بیماری‌های مانند بیماری‌های قلبی، کلیوی و نیز مسمومیت حاملگی که ادامه حاملگی زن خطر قطعی یا احتمالی برای او دارد.

۳. در بیماری‌های که اگر سقط صورت نگیرد، جنین مرده یا ناقص الخلقه و معلول متولد می‌شود یا به مرض‌های دیگری مبتلا می‌شود.

برای آگاهی از احکام سقط عمدی جنین در موارد گفته شده و نظایر آن، توجه به مسائل زیر لازم است:

مسئله ۱. سقط جنین به طور کلی حرام است مگر در حالت ضرورت. فرقی ندارد روح در آن دمیده باشد و یا خیر و نیز فرقی نیست بین این که از راه مشروع نطفه منعقد شده باشد یا از طریق غیر مشروع، سقط آن با رضایت پدر و مادر صورت بگیرد یا بدون رضایت آنان، سقط توسط پدر و مادر انجام شود و یا غیر آن دو. (منتظری، ۱۴۲۷: ۳۲۱)

مسئله ۲. اگر انسان متخصص و مورد اعتمادی، چنین تشخیص بدهد که زنده ماندن مادر متوقف است بر سقط طفل او که روح نیز در او دمیده شده است یا چنین تشخیص بدهد که بقای طفل در شکم مادر سبب نقص یا درد غیر قابل تحمل برای مادر او می‌شود و زنده نگه داشتن جنین در خارج از شکم مادر ممکن نباشد. در این صورت سقط آن اشکال ندارد. گرچند موجب دیه می‌شود و دیه آن را باید پرداخت نماید. (همان).



مسئله ۳. اگر احتمال برود یا این که اطمینان داریم به این که جنین معیوب و نارس است. اگر بعد از دمیده شدن روح باشد، سقط عمدی آن به طور قطع جایز نیست و قبل از دمیدن روح نیز خالی از اشکال نخواهد بود. (همان)

مسئله ۴. اگر بیماری مادر به گونه ای است که درد غیر قابل تحمل فعلی دارد و درمان او لازم و ضروری است؛ اما در خلال معالجه و درمان، طبعاً جنین نیز از بین می رود، اقدام به معالجه جایز است؛ فرقی ندارد قبل از دمیدن روح باشد یا بعد از آن. (همان)

مسئله ۵. مشکلات اقتصادی، اجتماعی و نظایر آن مجوز سقط نمودن جنین نمی شود، گرچه قبل از دمیدن روح در او باشد. (همان)

ج. سقط جنین از آغاز مراحل بارداری و پیدایش طفل در رحم زن تا این که به صورت انسان کامل در آید، از نظر شرع مقدس حرام است. (فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۳)
د. سقط جنین به عنوان اولی از محرمات قطعی در شریعت اسلامی است. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۶)

۱-۲. ادله حرمت سقط عمدی جنین قبل از دمیدن روح

الف. قرآن کریم: «کسی را که خداوند خونس را حرام شمرده، نکشید، جز به حق».^۱ (اسراء/۳۳). این آیه سقط جنین را بعد از تمام شدن خلقت او و دمیده شدن روح، شامل شود؛ زیرا بر جنین در این حالت، نفس صدق می کند؛ اما شمول آیات مذکوره در کمتر از این مرحله مشکل است؛ زیرا حیات انسانی بر جنین بدون روح صادق نیست اگر چند دارای حیات نباتی است. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۶)

ب. سنت: روایاتی زیادی به سر حدّ تواتر یا نزدیک به آن وجود دارند که بر وجوب دیه دلالت دارند و این روایات به دلالت التزامی بر حرمت سقط جنین نیز دلالت دارند؛ زیرا دیه جبران خسارتی است که بر اثر وارد نمودن جنایت بر جنین به سبب سقط او و بر غیر جنین وارد شده است. پس سقط عمدی جنین بدون اذن شارع قطعاً حرام خواهد بود. اسحاق بن عمار می گوید: «به حضرت امام موسی بن جعفر (ع) عرض کردم:

۱. وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُؤْسَفُ فِيهِ الْقَتْلُ إِنَّهُ كَانَ مُثْمَرًا.



زن از حامله شدن ترس دارد و دوايي می‌آشامد که حملش را بیرون بیندازد. حکمش چیست؟ امام فرمود: نه این کار جایز نیست. عمار: آن چه را که زن از شکمش بیرون می‌اندازد، نطفه است. امام: آغاز خلقت انسانی نطفه است.^۱ (عاملی، حر، ۱۴۰۹، ۲۶: ۲۹). این روایت با صراحت کامل، هم آغاز موجودیت انسانی را توضیح می‌دهد و هم حکم قطعی آن را بیان می‌کند. (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۴۹؛ محسنی، ۱۴۲۶، ۱: ۵۹) صحیح‌ه ابوعمیده از حضرت امام باقر (ع) نقل می‌کند: «زنی در حالی که آبستن است دوايي می‌آشامد که فرزندش را سقط کند، حکمش چیست؟ فرمود: اگر استخوانی باشد که گوشت بر او روییده و گوش و چشم برای او ایجاد شده است باید دیه‌ی او را به پدرش تسلیم کند و اگر علقه و یا مضغه بوده باشد باید چهل دینار یا برده‌ای به پدرش تسلیم نماید. گفتیم: آیا این زن از دیه‌ی فرزندش ارث نمی‌برد؟ فرمود: نه؛ زیرا او قاتل فرزندش است.^۲ (عاملی، حر، ۱۴۰۹: ۲۹، ۳۱۸). (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۵۱)

ج. عقل: عقل بر حرمت ظلم دلالت دارد و از بدترین و فاحش‌ترین ظلم‌ها سقط جنین است؛ زیرا تجاوز نمودن بر کسی است که هیچ‌گونه قدرتی بر دفاع از خود را ندارد. متأسفانه چنین چیزی در بعض کشورهای غربی که از مرتکب شدن هیچ نوع ظلم و شنیاع ابایی ندارند، رایج شده است. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۶)

د. اجماع: تمامی علمای اسلامی بر وجوب پرداخت دیه به خاطر جبران خسارت وارده بر جنین بر اثر سقط عمدی، اجماع دارند. (همان، ۲۸۹)

ه. ادله ثبوتی دیه: تمام ادله‌ای که دیه را به تمام مراتب جنین از آغاز استقرار نطفه در رحم تثبیت می‌کند، به وقوع قتل دلالت دارد. (همان، ۲۸۶)

درست است که دیه قبل از تعیین هویت کامل انسان به عنوان قتل نفس انسانی نیست؛ اما چنان‌که از روایات معتبر نقل کردیم، سقط عمدی جنین در چنین حالتی

۱ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ الْمَرْأَةُ تَخَافُ الْحَبْلَ فَتَشْرِبُ الدَّوَاءَ فَتُلْقِي مَا فِي بَطْنِهَا قَالَ لَا فَقُلْتُ إِنَّمَا هُوَ نُطْفَةٌ فَقَالَ إِنَّ أَوَّلَ مَا يُخْلَقُ نُطْفَةٌ.

۲ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي امْرَأَةٍ شَرِبَتْ دَوَاءً وَهِيَ حَامِلٌ لِيَطْرَحَ وَلَدَهَا فَأَلْقَتْ وَلَدَهَا قَالَ إِنْ كَانَ لَهُ عَظْمٌ قَدْ نَبَتَ عَلَيْهِ اللَّحْمُ وَشَقَّ لَهُ السَّمْعُ وَالْبَصَرُ فَإِنَّ عَلَيْهَا دِيَّةً تُسَلِّمُهَا إِلَى أَبِيهِ قَالَ وَإِنْ كَانَ جَنِينًا عُلْقَةً أَوْ مُضْغَةً فَإِنَّ عَلَيْهَا أَرْبَعِينَ دِينَارًا أَوْ غُرَّةً تُسَلِّمُهَا إِلَى أَبِيهِ قُلْتُ فَمَنْ لَا تَرِثُ مِنْ وَلَدِهَا مِنْ دِيَّتِهِ قَالَ لَا لِأَنَّهَا قَتَلَتْهُ.



کشتن موجود زنده‌ای است که در مسیر حیات انسانی در حال حرکت است و این از با اهمیت‌ترین دلایل احترام و حیثیت جان آدمی است. (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۵۲) و. **گواهی متخصصان تشریح و پزشکان:** پزشکان و دیگر متخصصان مربوطه با بیانات گوناگون در یک معنا اتفاق نظر دارند و آن عبارت است از تحولات پیش آمده بر زن از هنگام حامله شدن. این تحول در تمام اعضای مربوطه قابل لمس و دیدن است. لذا سقط جنین در حقیقت مختل ساختن وضع جسمانی خاص زن است که به جهت بارداری به وجود آمده و ضررهای جسمانی را نتیجه می‌دهد. (همان)

ز. **جنایت بودن قضیه:** از قضایای که می‌تواند حرمت سقط عمدی جنین را پس از استقرار نطفه در رحم تأیید کند، تعبیر «جنایت» است که بعضی از فقها درباره اسقاط نطفه از رحم، چنین تعبیر نموده‌اند. (همان)

صاحب جواهر پس از نقل عبارت محقق ابوالقاسم حلی صاحب شرائع، چنین فرموده: «اما نطفه بعد از قرار گرفتن در رحم، به آن تعلق نمی‌گیرد مگر دیه که عبارت باشد از ۲۰ دینار» و می‌گوید: «پس جنایت کار به آن جنایت نمود و اسقاط کرد». (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳: ۳۶۹)

۲-۲. موارد جواز سقط جنین قبل از دمیدن روح

۱. باقی ماندن جنین در رحم زن برای او مشقت داشته باشد؛ به گونه‌ای که تحمل بارداری برای او ممکن نباشد. در این صورت برای خود زن جایز است که آن را بیندازد. (فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۳)

۲. عدم سقط جنین برای سلامتی زن ضرر داشته باشد، مانند این که زن به مرض قند، قلب یا فشار خون مبتلا باشد و بارداری او منجر به زیاد شدن مرض او بشود، ولو این مرض قابل تحمل بوده و سبب عسر و حرج نباشد؛ اما ضررش بیشتر از آن چیزی است که طبیعت بارداری آن را اقتضا دارد، در این صورت نیز خود زن می‌تواند به سقط جنین اقدام نماید، هر چند احتیاط عدم اقدام به سقط را اقتضا دارد. (همان)

۳. جنین از حیث خلقت دچار آفت و عیب باشد و با وسایل مطمئن امروزی به این مطلب آگاهی حاصل شود؛ اما صرف این که جنین از نظر خلقت دچار آفت باشد، این امر،



سبب جواز سقط جنین نمی‌شود. (همان، ۷۴۴)

۴. اگر جنین از طریق غیر مشروع منعقد شده باشد، عده‌ای گفته‌اند سقط آن جایز است؛ اما این سخن دچار اشکال است، مگر در فرضی که باقی ماندن جنین در رحم زن بر او حرجی باشد. بنابراین اگر زن در غیر از موارد حرجی، جنینش را عمدتاً سقط نماید، باید دیه را نیز بپردازد و تنها حرمت تکلیفی ندارد. البته دیه به سبب اختلاف مراتب بارداری مختلف است. (همان) در این صورت اتلاف جنین جایز نیست. مگر این که قول آن عده از قداما را بپذیریم که به کفر ولد زنا قائلند که این قول ضعیف است و قابل پذیرش نیست و اگر فرض شود که بارداری ولد زنا یا ولادت او سبب عسر و حرج شدید برای مادر می‌شود، دو صورت دارد:

الف. زنا با میل و رغبت زن انجام شده، در این صورت برای او سقط جنین جایز نیست؛ زیرا دو تا قاعده نفی ضرر و نفی حرج، در حق مثل چنین زنی جاری نمی‌شود تا به سبب جاری دانستن این دو قاعده، اسقاط را برای او جایز بدانیم.

ب. زنا با اکراه و اجبار زن انجام شده، خودش دو صورت پیدا می‌کند: یکی بعد از دمیده شدن روح، اسقاط آن جایز نیست، به همان دلیلی که قبلاً بیان شد. دوم پیش از دمیدن روح، بعید نیست که اسقاط آن فی الجمله جایز باشد. (محسنی، ۱۴۲۶، ۱: ۶۷)

۵. جنین در رحم مادرش مرده باشد. (محسنی، ۱۴۱۷: ۳۲)

۶. مادر بمیرد و جنین او زنده باشد، در این صورت باید طفل را سالم خارج نماید و حفظ نفس او لازم است حتی اگر عمر او کوتاه باشد. (همان، ۳۳)

۷. اسقاط حمل خوشه‌ای اشکالی ندارد. حمل خوشه‌ای آن است که به انسان تبدیل نمی‌شود و برای زن حامله نیز ضرر دارد و اگر حمل مذکور پس از چندی خود به خود ساقط شود و فعلاً ضرری نداشته باشد، احوط عدم اسقاط آن است. بلکه اگر اسقاط آن مستلزم مس عورت و دیدن آن باشد، حرام است. (همان، ۳۴)

۸. اگر زنی مورد تجاوز قرار بگیرد و حامله شود و حمل مذکور باعث بدنامی شدید او و فامیل او گردد؛ به گونه‌ای که برای او قابل تحمل نیست، در صورتی که روح به آن ندیده باشد، بعید نیست که اسقاط آن برای آن زن جایز باشد. (همان، ۳۳)



۹. اگر امر دایر شود بین سالم ماندن جنین و تلف مادر یا بر عکس و امکان تحفظ بر هر دو تا نباشد، در این صورت سقط اشکال است.

صاحب جواهر چنین فرموده: «اگر جنین و مادر هر دو زنده باشد و بر تلف شدن هریکی از آن دو ترس وجود داشته باشد، در این صورت باید منتظر قضای خداوند بود و هیچ کدام بر دیگری شرعاً ترجیح ندارد و به امور اعتباری غیر شرعی توجه نمی شود». (نجفی، ۱۴۰۴، ۴: ۳۷۸)

صاحب عروة الوثقی چنین فرموده: «قضای خداوند انتظار کشیده می شود تا به مرگ یکی از این دو - جنین و مادر - تعلق بگیرد». (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ۱: ۴۳۹) این بیان صاحب عروه را کسانی که بعد از ایشان آمده اند و بر این کتاب تعلیقه زده اند و غیر آنان از علما قبول نموده اند؛ مانند: (سید خویی، ۱۴۱۸، ۹: ۱۹۲)، (سید حکیم، ۱۴۱۶، ۴: ۲۵۴)، (سید سبزواری، ۱۴۱۳، ۴: ۱۷۷) و (سید خمینی، بی تا، ۱: ۸۸)

اما صاحب حدود الشریعة چنین فرموده: «بعید نیست که در این صورت هلاک نمودن جنین را برای نجات مادر برای مادر جایز بدانیم؛ به خاطر اصالت برائت؛ زیرا اگر هلاکت جنین را در این صورت برای مادر حرام بدانیم، موجب عسر و حرج برای مادر می شود که در شریعت برداشته شده». (محسنی، ۱۴۲۹، ۲: ۲۲۵)

مکارم شیرازی چنین فرموده: «اگر امر بین بقای حیات یکی از این دو - جنین یا مادر - دایر باشد، در این صورت آیا جایز است که جنین را فدای مادر نمود؟ انصاف این است که مسئله مشکل است؛ زیرا فرقی بین دو نفس از جهت حرمت و مؤمن بودن یا در حکم مؤمن بودن وجود ندارد. پس جنین و مادر از این حیث باهم مساوی اند، پس قتل یکی برای نجات دیگری جایز نیست. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۹۴) مگر این که گفته شود ثبوت قصاص در یکی از این دو، دلیل می شود بر رجحان حفظ حیات مادر بر جنین، اگر چند از حیث نفس انسانی و ثبوت دیه با هم مساوی اند. پس هرگاه امر دایر شود بین حفظ حیات مادر و حفظ حیات جنین، جایز است که حیات مادر را بر حیات جنین مقدم بداریم. (همان) اما اگر قائل به حرمت شدیم، واجب است که هر دو را به حال خودشان رها کنیم تا قضای الهی

محقق شود. (همان)

۲-۳. مقدار دیه در فرض قبل از دمیدن روح

اگر کسی جنینی را که در حکم مسلمان است بیندازد، اگر جنین به صورت نطفه باشد، دیه آن بیست دینار و اگر به صورت علقه (خون بسته شده) باشد، دیه آن چهل دینار و اگر به صورت مضغه (پاره گوشت) باشد، دیه آن شصت دینار و اگر استخوان در آورده باشد، دیه آن هشتاد دینار و اگر گوشت پوشانده باشد، دیه آن صد دینار است. (فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۵؛ شاهرودی، ۱۳۹۰: ۶۲۱؛ محسنی، ۱۴۱۷: ۳۲؛ شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۹۰)

۳. مشروعیت سقط عمدی جنین قبل از دمیدن روح از نظر علمای اهل سنت

دیدگاه علما و مذاهب اهل سنت را ذیلاً بررسی می‌کنیم:

۳-۱. مذهب حنفی

در مذهب حنفی درباره سقط عمدی جنین قبل از دمیده شدن روح، سه نظریه وجود دارد:

۱. جواز سقط عمدی جنین: این نظریه در مذهب حنفی رجحان دارد و استدلال‌شان این است که جنین در این مرحله انسان نیست. از این رو عنوان قتل بر او صادق نیست و مشمول آیه شریفه قرآن نمی‌شود. «اسراء: ۳۳»^۱. (ابن عابدین، بی‌تا: ۸، ۵۸۶)
۲. جواز باکراهت داشتن: زیرا منی پس از استقرار در رحم زن سرانجام انسان خواهد شد. بنابراین اتلاف آن جایز نخواهد بود. (همان)

۳. حرام بودن سقط عمدی جنین: اینجا جنین اصل انسان به شمار می‌آید، از این رو سقط جنین حرام است. البته با پیدایش عذر و حالت اضطراب اسقاط جایز است، مانند این که اگر بارداری مادر ادامه پیدا کند، شیر وی برای کودکی که در حال حاضر شیر خوار است، قطع شود و پدر توانایی اجاره دایه برای آن کودک شیرخوار را نداشته باشد. (زیدان، ۱۹۴: ۳۱۲۰)

۱ وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا.



۲-۳. مذهب مالکی

در این مذهب نیز اختلاف وجود دارد که به سه نظریه دسته بندی می شود:

۱. سقط جایز نیست: جمهور فقهای مالکی بر این باورند که پس از استقرار منی در رحم زن، اسقاط آن جایز نیست، اگر چه پیش از چهل روز باشد. (همان، ۱۲۲۳)
۲. سقط جنین قبل از دمیده شدن روح مانعی ندارد. البته اگر از زنا باشد، گروهی بر این باورند که سقط جنین پیش از دمیده شدن روح در آن اگر از زنا باشد، مانعی ندارد، به ویژه زمانی که اثبات بارداری زن موجب قتل او گردد. (احمد علیش، ۱۹۷۸، ۱: ۳۹۹)
۳. سقط جنین قبل از چهل روز و پیش از دمیده شدن روح جایز است: برخی دیگر بر این باورند که سقط جنین پیش از چهل روز و قبل از دمیده شدن روح در آن جایز است، اما پس از آن جایز نیست. (همان)

۳-۳. مذهب حنبلی

در مذهب حنبلی نیز در این مسئله سه دیدگاه وجود دارد:

۱. رجحان داشتن جواز اسقاط قبل از چهل روز: در این مذهب، جواز اسقاط پیش از چهل روز، رجحان دارد؛ اما بعد از آن جایز نیست. از این جهت است که بعضی از آنان به صراحت گفته اند: خوردن دارو پیش از چهل روز برای انداختن شیئی که در رحم زن است، اشکالی ندارد. (المرداوی، ۱۹۷۸، ۱: ۳۸۶)
۲. سقط عمدی قبل از دمیده شدن روح به طور کلی حرام است: ابن جوزی از علمای مذهب حنبلی بر این باورند که سقط عمدی قبل از دمیده شدن روح در آن به طور کلی حرام است. (همان)
۳. سقط جنین قبل از دمیده شدن روح به طور کلی جایز است: برخی دیگر از دانشمندان این مذهب مانند ابن عقیل سقط جنین را قبل از دمیده شدن روح در آن به طور کلی جایز می دانند. (همان)

۴-۳. مذهب شافعی

در این مذهب نیز سه نظر وجود دارد:



۱. رجحان داشتن جواز سقط عمدی قبل از دمیده شدن روح. (قلیونی و عمیره، بی تا، ۴: ۵۷۱)

۲. سقط عمدی قبل از چهار ماهگی به طور کلی حرام است: برخی دیگر مانند غزالی به حرام بودن سقط عمدی قبل از چهار ماهگی باور دارند. دلیل این حکم را جنایت وارد کردن بر موجودی می‌دانند که تحقق یافته است. (الغزالی، ۱۹۸۶، ۲: ۸۶)

۳. جواز اسقاط پیش از دمیده شدن روح در صورتی که حمل از زنا باشد؛ زیرا در این صورت جنین محترم نیست. (الرملی، بی تا، ۸: ۴۴۳)

بنابراین می‌توان گفت حنفیه و حنابله معتقدند که پیش از دمیدن روح در جنین (یعنی پیش از صد و بیست روز از زمان حاملگی) سقط جایز است. شافعیه می‌گوید تا پیش از چهل روز، سقط جایز است. مالکی‌ها نیز اعتقاد دارند که سقط قبل از چهل روز جایز است؛ اما کراهت دارد. (ابن عابدین، بی تا، ۱: ۲۰۱؛ ابن قدامه، بی تا، ۹: ۵۳۹ و ۸: ۴۱۶۷)

به نظر می‌رسد آن‌چه جمهور اهل سنت بر آن باور دارند - جواز سقط تا پیش از چهل روز - با توجه به این‌که در این دوره هنوز جنین شکل انسانی پیدا نکرده است و به صورت نطفه است، قولی قابل اعتماد و به تقوا نزدیک‌تر است. البته بهتر است که سقط در طول این مدت بدون عذر و دلیلی صورت نگیرد. این قول موافق با احادیث وارده در این باب است؛ چنان‌که حدیث مسلم نیز بیان‌گر این است که پس از چهل روز آثار آدمی در نطفه پیدا می‌شود. در این حالت تجاوز و تعدی بر آن، حکم تجاوز و تعدی به حیات انسان معصوم الدم را پیدا می‌کند که خداوند آن را حرام کرده است. «فرزندانتان را از ترس فقر، نکشید! ما آنان و شما را روزی می‌دهیم؛ مسلماً کشتن آنان گناه بزرگی است».^۱ (اسراء: ۳۱) «به کدام گناه کشته شده است»؟^۲ (تکویر: ۹) «و فرزندانشان را نکشند»؛^۳ (ممتحنه: ۱۲) اما قبل از چهل روز، جنین به صورت نطفه است و حدیث سقط جنین بر آن تعلق نمی‌گیرد. عزل و سقط پیش از چهل روز هر دو به یک معنا است و آن از بین بردن نطفه است که

۱ و لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْأً كَبِيراً.

۲ بَأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ.

۳ وَ لَا يَقْتُلَنَّ أَوْلَادَهُنَّ.



یکی خارج از رحم و دیگری درون رحم صورت می‌گیرد؛ اما پس از ترکیب شدنش با اول که تنها تفاوتش با عزل همین است. اگر جلوگیری از باروری نطفه حرام بود، باید عزل ممنوع می‌شد، در حالی که عزل ممنوع نشده است. «شاید بتوان گفت بنا بر رأی امام نووی و ابن حجر کراحت تنزیهی دارد». (مسلم، ۱۴۰۷، ۱۰: ۲۶۰؛ ابن حجر عسقلانی، ۱۴۰۷، ۹: ۳۸۶) امام محمد غزالی، مالکیه و ظاهریه نیز سقط را در تمام دوراننش ممنوع می‌دانند. (تبریزی، ۱۴۱۳: ۶۰-۶۲)

۴. مشروعیت سقط عمدی جنین بعد از دمیدن روح از نظر فقهای امامیه

۴-۱. حکم سقط جنین زنده

۱. پس از جان یافتن جنین، اسقاط جایز نیست. حتی - بنا بر احتیاط واجب - در صورتی که باقی ماندن آن برای زن مشقت یا ضرر غیر قابل تحملی داشته باشد. (سیستانی، بی‌تا: ۲۴۷۱)

۲. اقدام به سقط جنین بعد از دمیده شدن روح حرام است، اگرچه بقای جنین در رحم زن بر او حرجی داشته باشد. بنابراین نفس محترمی که در معرض خطر قرار گرفته، حفظ او بر انسان واجب است و لو حفظ او بر انسان حرجی و یا ضرری داشته باشد و شرعاً برای او جایز نیست که او را در معرض هلاکت و خطر قرار دهد. اگر خطری که متوجه مادر است، کمتر از مرگ باشد، برای او جایز نیست که به سقط جنین که روح در او دمیده است اقدام نماید، هرچند تحمل این خطر برای او حرج داشته باشد؛ اما اگر خطر مرگ باشد، ظاهراً برای خود مادر جایز است که به سقط اقدام نماید و سقط جنین نیز به غرض حفاظت از جان خودش باشد؛ مخصوصاً در جای که نجات جنین از هلاکت تحت هیچ شرایطی ممکن نباشد، چه مادر اقدام به سقط بکند یا نکند، در این صورت بدون تردید اقدام مادر به سقط جنین جایز است. (فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۴)

اگر پزشک متخصص علم دارد به این که اگر جنین را از رحم زن بیرون نیندازد، طفل و مادر هر دو از بین می‌روند. در این صورت بعید نیست که سقط جنین برای داکتر متخصص جایز باشد، به خاطر نجات جان مادر، حتی در فرض که مادر به



اسقاط راضی نشود باز هم برای چنین داکتری سقط آن کودک جایز است و می‌توان مادر را بر این عمل مجبور نمود. (همان)

۳. بعد از دمیده شدن روح به جنین قطعاً اسقاط او جایز نیست؛ زیرا جنین در این حالت مصداق نفس محترمه است و آیات ناهیه از قتل نفس او را شامل می‌شود. اگر باقی ماندن جنین برای مادر باعث عسر و حرج او شود، در این صورت نیز بعد از دمیده شدن روح، سقط او جایز نیست؛ زیرا قاعده نفی عسر و حرج این مورد را شامل نمی‌شود؛ زیرا لسان این روایات لسان امتثانی در حق جمیع مکلفین است. پس با اجرای این قواعد به نفع بعضی و ضرر بعض دیگر، این قاعده معنا پیدا نخواهد کرد. (محسنی، ۱۴۲۶، ۱: ۶۵-۶۷)

۴. مهم‌ترین حالات جنین عبارتند از:

الف) به صورت انسانی در نیامده است؛ مانند این که نطفه، علقه، مضغه یا عظام باشد که تا هنوز گوشت پوشانده نشده و تا هنوز دارای چشم و گوش و سایر اعضای بدن نشده است.

ب) خلقتش تمام شده؛ اما تا هنوز روح به آن دمیده نشده است، در این صورت فقط دارای حیات نباتی است نه انسانی و از این جهت شبیه انسان مرده است که روح ندارد.

ج) روح دمیده شده است، هم‌چنان که معروف است که دمیدن روح با کامل شدن سن چهار ماهگی جنین رخ می‌دهد. خودش دو حالت دارد:

۱). اگر متولد شود، زنده می‌ماند مانند این که بعد از اتمام شش ماهگی بنا بر قولی و یا بعد از هفت ماهگی بر قولی دیگر باشد.

۲). اگر متولد شود، زنده باقی نمی‌ماند، مانند این که کمتر از شش ماهه باشد.

روشن است که هرکدام از این صور مذکوره، حکم مخصوص خودشان را دارد؛ اما حکم صورت اولی: در چنین حالتی بالفعل انسان صادق نیست، نه حیّ و نه میّت، نطفه بالفعل انسان نیست، اگرچه قابلیت انسان شدن را در آینده دارد. پس اطلاق انسان بر چنین حالتی مجازی است. اما حکم صورت دومی: این صورت



از بعض جهات به انسان میت شباهت دارد. لذا در روایات چنین جنینی را به مرده تشبیه نموده است و شارع مقدس به یکی بودن دیه این دو تا حکم نموده است. پس جنایت وارد نمودن بر چنین جنینی، مانند جنایت بر جسد انسان مرده است؛ اما نه از تمام جهات بلکه از بعض جهات. اما حکم صورت سومی: در این صورت بر چنین جنینی انسان صادق است. پس کشتن و از بین بردن چنین جنینی مانند کشتن انسان محسوب می‌شود. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۸)

۴-۲. مجازات سقط جنین

برای سقط عمدی جنین در شریعت مقدس اسلام و فقه امامیه اثنا عشری از آغاز حاملگی، کیفر و مجازات مختلفی در نظر گرفته شده است و این اختلاف ناشی از مراحل مختلف دوران بارداری و جنین است. این مجازات‌ها عبارتند از:

۴-۲-۱. قصاص

در ثبوت قصاص برای سقط جنین تأمّ الخلقه که روح در او دمیده، در بین فقه‌های امامیه دو نظریه مشهود است:

الف. مشهور فقها: اگر شخصی زن حامله‌ای را بزند و در اثر زدن او جنین او سقط شود و هنگام سقوط از بین برود، شخص ضارب، قاتل وی است و اگر زدن از روی قصد و عامدانه باشد، قصاص نیز ثابت می‌شود. (خویی، ۱۴۲۲، ۲: ۴۱۸)

اگر کسی به زن حامله‌ای ضربه وارد نماید و بر اثر ضربه او، زن جنین خودش را سقط نماید و جنین هنگام سقوط بمیرد، ظاهراً شخص ضارب قاتل است و باید قصاص شود؛ زیرا موضوع قصاص که از بین بردن نفس محترم است، در این جا محقق شده. فرقی ندارد جنین بعد از اسقاط حیات مستقر داشته باشد یا نه؛ زیرا پیش از قتل زنده بوده و همین مقدار برای تحقق موضوع قصاص کفایت می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳: ۳۸۱)

اگر کسی زن بارداری را بترساند و زن بر اثر ترسیدن طفلش را سقط نماید، آن شخص ضامن دیه جنین است. این حکم در صورتی است که بدون عمد و قصد او را ترسانده باشد و اگر نه قصاص می‌شود. (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۹: ۱۱۲)



در سقط جنین مقتضای قصاص که ولوج روح و کامل بودن خلقت است، موجود است؛ زیرا در این صورت، جنین یک نفس محترم محسوب می‌شود و تحت شمول عمومات قصاص مثل «النفس بالنفس» قرار می‌گیرد. پس قصاص ثابت است. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ۳: ۹۶)

اگر روح در جنین دمیده شده باشد، مثل صبی است و تمام احکام صبی در حق او جاری است. پس در قتل عمد قاتلش قصاص می‌شود و در قتل خطاء دیه‌اش، دیه یک انسان کامل است و با کشتن عمدی او کفاره بر قاتلش واجب می‌شود. (همان) ب. اقلیت فقه‌های امامیه: برخی از فقها بر این باورند که در صورت سقط عمدی جنین فقط دیه ثابت است و قصاص منتفی است؛ زیرا بین مجرم (انسان) و جنین، مماثلت وجود ندارد. نظریه غیر مشهور خود بر دو قسم است:

۱. عدم قصاص و ثبوت دیه کامل، مانند: (طوسی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۹۴ مسئله ۱۲۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵: ۴۸۸؛ محسنی، ۱۴۱۷، ۳۱: ۱۴۲۲؛ شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۹۰-۲۹۲) ۲. تفصیل قائل شدن بین موت جنین پس از سقط و قبل از سقط. این دیدگاه، از زمان محقق حلی به بعد به وجود آمد. (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۶)

۴-۲-۲. مقدار دیه در فرض بعد از دمیدن روح

اگر جنین پسر باشد دیه کامل و اگر دختر باشد نصف دیه پسر و اگر جنسیت آن مشخص نباشد، سه ربع دیه پسر خواهد بود. (محسنی، ۱۴۲۶: ۶۰۱؛ شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۹؛ منتظری، ۱۴۲۷: ۳۲۲؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۵)

دیه جنین بر کسی ثابت می‌شود که مباشر در سقط جنین باشد؛ اگر مباشر در اسقاط داکتر باشد، بر او واجب است که دیه را به پدر و مادر جنین بدهد، اگرچه این کار داکتر به سبب درخواست پدر و مادر جنین یا یکی از آنان صورت گرفته باشد و بر پدر و مادر او چیزی برای پرداخت نمودن تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا در این صورت عرفاً و لغتاً، مباشر در اسقاط، قاتل است. پس پرداخت دیه نیز بر او واجب است. (شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۹)

مگر این که گفته شود داکتر مباشر در سقط جنین با اذن پدر و مادر، جانی است و



با این کارش مستحق تعزیر است و همین حکم نسبت به پدر و مادر نیز در صورت اذن آنان به اسقاط جاری است؛ اما پدر و مادر با اذن دادن به اسقاط، دگر مستحق هیچ مقداری از دیه نیست؛ زیرا با اذن در اسقاط، حق آنان زایل می‌شود. (همان، ۲۹۹) دیه جنین مانند سایر دیات است که از دوراه سبب و نسب بر اساس طبقات ارث، به ارث برده می‌شود. بنابراین قاتل جنین از ارث بردن دیه محروم می‌شود، مانند سایر مقامات که قاتل از ارث محروم است. (همان، ۳۰۱)

۴-۲-۳. کفاره

اگر سقط جنین بعد از دمیده شدن روح در آن باشد، سقط کننده علاوه بر این که دیه را پرداخت می‌کند، بنا بر احتیاط واجب کفاره قتل را نیز باید بپردازد. پس اگر سقط از روی عمد باشد، کفاره آن گرفتن شصت روز روزه و سیر نمودن شصت فقیر است؛ اما آزاد نمودن برده در این زمان سالبه به انتفای موضوعش است. (منتظری، ۱۴۲۷: ۳۲۲؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۷۴۵؛ محسنی، ۱۴۲۶: ۱، ۶۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳، ۳۵۵)

۵. مشروعیت سقط عمدی جنین بعد از دمیدن روح از نظر علمای اهل سنت

سقط عمدی جنین بعد از دمیده شدن روح در آن که معمولاً یک صد و بیست روز به طول می‌انجامد، حرام است. (احمد عیش، ۱۹۷۸: ۱، ۳۹۹؛ غزالی، ۱۹۹۸: ۲، ۸۶؛ ابن عابدین، ۲۰۰۰: ۸، ۵۸۶)

سخنان فقه‌های اهل سنت در این مورد مطلق است؛ بدین معنا که حکم به حرمت اسقاط، حتی موردی را که بارداری سبب مرگ مادر شود، نیز شامل می‌شود. «بنا بر نظر مشهور، جایز نیست هیچ یک از زوجین یا غیر از آن دو، موجب سقط جنین پیش از دمیدن روح شوند و این حکم پس از دمیدن روح مورد اتفاق است». (احمد عیش، ۱۹۷۸: ۱، ۳۳۹)

عده‌ای از فقه‌های اهل سنت در این باره، علاوه بر حکم به حرمت، به وجوب قصاص نیز حکم کرده‌اند. ابن حزم در پی یک پرسش و پاسخ، چنین گفته است: «اگر کسی بگوید نظر شما درباره کسی که از روی عمد جنین خود را به قتل رسانده و حال آن که



دوره حیات جنین قطعاً از ۱۲۰ شب گذشته است چیست؟ جواب: نظر ما این است که

قصاص واجب است و گریزی از آن نیست». (ابن حزم، ۱۹۹۸، ۱۱: ۲۳۹)

با توجه به بررسی در مکتوبات فقهی اهل سنت می‌توان دو مبنا را به عنوان دلیل

حرمت سقط جنین بعد از ولوج روح، بیان نمود:

۱. ممنوعیت قتل نفس: جنین در این مرحله شرایط نفس محترم را دارد، پس

مشمول این آیه قرآنی است: «نفسی را که خداوند حرام کرده است، جز به حق

نکشید». ^۱ (اسراء: ۳۳) و این آیه مبارکه: «هر کس انسان مؤمنی را از روی عمد به قتل

برساند، سزای او دوزخ است» ^۲ (نساء: ۹۳)

۲. حفظ نسل: از مبنایی که دانشمندان اهل سنت در بیان اهداف و مقاصد شارع

مقدس درباره جعل احکام اتخاذ کرده‌اند، چنین امری به دست می‌آید؛ زیرا از نظر

اهل سنت احکام شرع مقدس به منظور حفظ پنج مقصود جعل شده‌اند که عبارتند

از دین، نفس، نسل، مال و عقل. (شاطبی، ۱۹۹۴، ۱: ۱۹) طبق این امر، جواز سقط

عمدی جنین با هدف شارع مقدس که حفظ نسل و حفظ نفس است، سازگاری ندارد؛

زیرا کاملاً روشن است که جواز چنین عملی سبب کاهش نسل و تجاوز به نسل است.

بنابراین می‌توان چنین ادعا کرد که از دیدگاه اهل سنت، سقط عمدی جنین در

این مرحله ممنوع است. یک دلیل آن نقلی است؛ یعنی آیه قرآن و دلیل دیگر آن، امر

عقلی است که برگرفته از آموزه‌های شریعت اسلام است و آن عبارت است از حفظ

نسل و نفس.

اما باید گفت این اطلاق کلام فقهای گذشته اهل سنت به اطلا�شان باقی‌نمانده،

بلکه بیشتر فقهای معاصر اهل سنت به رغم قبول داشتن حرمت سقط عمدی جنین

پس از دمیده شدن روح در او، بر این باورند که اگر از نظر دانش پزشکی ثابت شود

که تولد جنین موجب مرگ مادر می‌گردد، نه تنها سقط جنین جایز است، (زیدان،

۱۹۹۴، ۳: ۱۰۵۶) بلکه به عقیده برخی از آنان اسقاط واجب می‌گردد. یوسف

قرضاوی در این باره می‌گوید: «هنگامی که از راه مطمئن ثابت شود که بقای جنین

۱ وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مُنْصُوراً.

۲ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً.



ناگزیر موجب مرگ مادر می‌شود، در این هنگام اسقاط آن متعین است». (قرضاوی، ۱۹۷۳: ۱۹۵)

نتیجه‌گیری

سقط عمدی جنین طبق مذاهب خمسۀ اسلامی تحت هیچ شرائطی - قبل از دمیدن روح و بعد از دمیدن روح - جایز نیست و اگر کسی مرتکب چنین جنایتی شود، باید مجازات شود که آن هم در سیر مراحل تکامل جنین تفاوت دارد؛ قصاص، دیه و کفاره. مگر این که ادامه بارداری برای مادر مشقت داشته باشد یا جان او را تهدید نماید.

البته باید گفت که فقهای اسلاف اهل سنت، سقط عمدی را تحت هیچ شرائطی - چه جان مادر را تهدید نکند یا نه - جایز نمی‌دانند؛ اما این سخن آنان مورد قبول فقهای متأخر اهل سنت نیست؛ زیرا فقهای متأخر از آنان در صورت تهدید جان مادر، سقط را جایز و بلکه متعین می‌دانند.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد، (بی تا)، **النهایه**، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. ابن حجر عسقلانی، (۱۴۰۷ق)، **فتح الباری**، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۷، چاپ اول.
۳. ابن حزم، (۱۹۹۸)، **المحلی بالآثار**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۴. ابن عابدین، (بی تا)، **رد المختار علی در المختار**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵. ابن قدامه، (بی تا)، **محمد خلیل هراسی، المغنی**، قاهره: بی نا.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، بیروت: دارالفکر.
۷. احمد عیش، **فتح العلی المالک فی الفتوی علی مذهب الإمام مالک**، مصر: بی نا.
۸. جعفری تبریزی، محمد تقی، (۱۴۱۹ق)، **رسائل فقهی**، تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ق) **صحاح اللغة**، بیروت: لبنان، دارالعلم للملایین.
۱۰. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، **وسائل الشیعة**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۱. حکیم، سید محسن طباطبایی، (۱۴۱۶ق)، **مستمسک العروة الوثقی**، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه دهخدا**، (نسخه دیجیتالی)
۱۳. الرملى، شمس الدين، (۱۹۹۳م)، **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۴. زيدان، عبدالکریم، (۱۹۹۴م)، **المفصل فی احکام المرأة و البيت المسلم فی الشريعة الاسلامیة**، بیروت: مؤسسه الرسالة.
۱۵. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحکام**، قم: مؤسسه المنار.



۱۶. سیستانی، سید علی، (بی تا)، توضیح المسائل، بی جا: بی نا.
۱۷. شاطبی، ابراهیم بن موسی، (۱۹۹۴م)، الموافقات فی اصول الشریعة، بیروت: دارالمعرفة.
۱۸. شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۳۹۰) توضیح المسائل، قم: بنیاد فقه و معارف اهل البيت (ع).
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالک الإیفهام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۰. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۲ق)، بحوث فقهیة هامة، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. علامه حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: نشر اسماعیلیان.
۲۴. غزالی، محمد، (۱۹۹۸)، احیاء علوم الدین، حلب: دارالوعی.
۲۵. فیاض، محمد اسحاق، (۱۴۲۶ق)، توضیح المسائل، قم: انتشارات مجلسی.
۲۶. قرضاوی، یوسف، (۱۹۷۳)، الحلال والحرام فی الإسلام، دمشق: المكتب الإسلامی.
۲۷. قلیونی، (بی تا)، شرح منهاج الطالبین جلال الدین المحلی، قاهره: دار احیاء الکتب العربیة.
۲۸. کاشف الغطاء، احمد بن علی، (۱۴۲۳)، سفینه النجاة، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۹. محسنی، محمد آصف، (۱۴۱۷ق)، توضیح مسائل طبی، کابل: بخش فرهنگی حرکت اسلامی افغانستان.
۳۰. محسنی، محمد آصف، (۱۴۲۶ق)، الفقه و مسائل طبیة، قم: بوستان کتاب.
۳۱. محسنی، محمد آصف، (۱۴۲۹ق)، حدود الشریعة، قم: بوستان کتاب.
۳۲. مدنی تبریزی، یوسف، (۱۴۱۳)، مسائل المستحدثه، تهران: بی نا.



۳۳. المرداوی، علی بن سلیمان، (۱۹۷۸)، *الإنصاف*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۴. مسلم، (۱۴۰۷ق)، *شرح نووی*، بیروت: دارالعلم.
۳۵. منتظری، حسین علی، (۱۴۲۷)، *معارف و احکام بانوان*، قم: انتشارات مبارک.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه دارالعلم.
۳۷. موسوی خمینی، سید روح الله، *توضیح المسائل*، قم: جامعه مدرسین.
۳۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸ق)، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، قم: بی تا.
۳۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۴۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

بررسی مبانی فقهی تلقیح مصنوعی

محمد طاهر مهدوی^۱

چکیده

انتقال نطفه مرد در رحم زن به صورت غیرطبیعی، یکی از جمله مسائل نوظهور در حوزه فقه است. شیوع «تلقیح مصنوعی» به خصوص برای زنان ناتوان از بارداری طبیعی در دنیای امروز از یک سو، تأکید دین اسلام در مورد نکاح و فروج و پراهمیت دانستن آن از سوی دیگر، روشن کردن احکام فقهی این مسئله را مهم می‌نماید. هرچند روی مسئله فوق تحقیق‌های پراکنده صورت گرفته است؛ اما با توجه به داشتن ابعاد پیچیده آن، تحقیق مستقل مبنایی و منسجم و همه‌جانبه را می‌طلبد تا به واقعیت‌ها نزدیک‌تر شده و جویندگان معارف اسلامی از سردرگمی‌های یابند. تحقیق حاضر که از نوع تحلیلی توصیفی بوده و داده‌های آن به روش کتابخانه‌ای گردآوری شده است، به این سؤال‌ها جواب داده است که مبنای فقهی و اصولی تلقیح مصنوعی چیست؟ و در صورت شک در حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی به کدام مبنا باید مراجعه شود؟ یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که هرچند به صورت عموم دو مبنای جواز و احتیاط از سوی فقها مطرح شده است و هرکدام قائلینی دارد که برای تثبیت مبنایشان به ادله نقلی تمسک جسته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد مبنای احتیاط با توجه به دلایل چون فهم عرف متشرعه از زنا در این مسئله، شمول روایت‌های وارده در باب محرمات نکاح و فروج و شهرت علما به عنوان مؤید از استحکام بیشتر برخوردار است.

کلیدواژه‌ها: تلقیح، تلقیح مصنوعی، مبانی فقهی تلقیح، رحم، فروج

۱. ماستر جزا و جرم‌شناسی، استاد مدرسه علمیه صادقیه کابل، وابسته به المصطفی العالمیه- افغانستان.

ایمیل: tahrmhdwy9@gmail.com



مقدمه

انسان همانند انواع دیگر از حیوانات، به خاطر داشتن قوه شهویه، علاقه شدید به جنس مخالف دارد. این غریزه خدادادی به هدف بقای نسل انسان است که انسان را وادار به ازدواج کند تا نسل انسان منقرض نشود. خداوند در سوره روم به این مسئله اشاره کرده، زن و شوهر را مایه آرامش یکدیگر و مودت و رحمت بینشان را به عنوان امر تکوینی و خدادادی یادآوری کرده می‌فرماید: «و از نشانه‌های او این است که برای شما همسرانی از [جنس] خودتان آفرید تا کنار آنان آرامش بیابید و میان شما دوستی و مهربانی قرار داد. بدون شک در این [آفرینش] همواره نشانه‌هایی است برای مردمی که تفکر کنند».^۱ (روم: ۲۱)

از سوی دیگر سفارش اسلام در قالب احادیث، نشان دهنده اهمیت تشکیل خانواده است؛ زیرا تشکیل خانواده را حتی با نوع دینداری و رفتارهای اخلاقی انسان ربط می‌دهد. چنانکه در حدیثی از پیامبر (ص) آمده است: «هرکس ازدواج کند، نصف دین خود را به دست آورده است و باید برای به دست آوردن نصف دیگر پروای خدا را داشته باشد».^۲ (طبرسی، ۱۳۸۶، ۱: ۵۱۸) هم‌چنین در نهاد انسان به صورت طبیعی علاقه شدید به داشتن فرزند وجود دارد. خداوند نیز گاهی اولاد را وسیله کمک و یاری رساندن بیان نموده می‌فرماید: «پس به آن‌ها گفتم از خدای خود آمرزش بخواهید که او همواره بسیار آمرزنده است... و شما را به سبب اموال و فرزندان یاری می‌کند».^۳ (نوح: ۱۲-۱۰) در جای دیگر فرزندان را زینت حیات دنیا می‌شمرد و می‌فرماید: «مال و فرزندان زینت زندگی دنیا است».^۴ (کهف: ۴۶)

اما متأسفانه بعضی از خانواده‌ها به دلیل بیماری خاص زن و شوهر یا یکی از آنان، از داشتن فرزند محروم هستند و حتی اگر از داشتن فرزند مأیوس شدند، کودکی را که هیچ‌گونه پیوند خونی و نسبی ندارد، به فرزندخواندگی می‌گیرند و حس مادری

۱. وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ.

۲. مَنْ تَزَوَّجَ فَقَدْ أَخْرَزَ دِينَهُ فَلْيَتَّقِ اللَّهَ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي.

۳. فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّاراً... وَيُؤْمِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ.

۴. أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا.



و پدری‌شان را اشباع می‌کنند. امروزه اما علم طب به راه‌حل مهمی برای فرزندآوری چنین خانواده‌هایی دست یافته است که از آن تحت عنوان «تلقیح مصنوعی» یاد می‌شود. لذا امروزه به کمک این روش پزشکی هیچ خانواده‌ای خود را از داشتن فرزند مأیوس ندانسته و نداشتن فرزند سبب از هم‌پاشیدگی خانواده‌ها نمی‌شود.

انتقال نطفه به روش غیرطبیعی هرچند زاده علم طب است؛ اما با توجه به زوایا و ابعادی که دارد، ماهیت فقهی و حقوقی نیز پیدا کرده است. از آنجا که این مسئله دلیل قطعی یا ظنی قرآنی و روایی مشخصی ندارد، لازم است با تکیه به ادله نقلی نکاح و فروج و فهم متشرعه، مبنای کلی تأسیس گردد تا در بخشی از صورت‌های مشکوک «تلقیح مصنوعی» به آن مبنا مراجعه کرده و حکم مورد نظر شرعی آن روشن و تکلیف شرعی مکلفین مشخص گردد.

بنابراین مسئله اصلی این تحقیق، چیستی مبنای «تلقیح مصنوعی» است. به نظر می‌رسد مشهور علما مبنای احتیاط را پذیرفته‌اند؛ اما تعداد دیگر از فقها قائل به جوازند که باید ادله هرکدام از مبانی مورد بررسی قرار بگیرد.

با آنکه «تلقیح مصنوعی» از مسائل نوظهور است، ولی فقهای اسلامی تحقیق‌های عمیقی درباره آن انجام داده‌اند که از آن جمله به کتاب «تلقیح مصنوعی» اثر محمدجواد فاضل لنکرانی، «مشکلات تلقیح مصنوعی» اثر ناصر مکارم شیرازی اشاره کرد. در کنار آن می‌توان از کتاب «الفقه و مسائل الطبیّه» محمد آصف محسنی قندهاری و «مسائل طبی» محمد اسحاق فیاض را نیز نام برد؛ اما براساس بررسی قاصر نویسنده، کتاب جامعی که به تمام ابعاد مسئله پرداخته باشد، وجود ندارد. لذا نگارنده بر آن شد که در قالب تحقیق پیش‌رو به صورت گذرا مبانی تلقیح مصنوعی را بیان نموده و سپس در قالب تحقیق‌های دیگر به حکم تکلیفی و حکم وضعی تلقیح مصنوعی بپردازد.



۱. مفاهیم

۱-۱. تلقیح

تلقیح از کلمه لقاح گرفته شده که در لغت عرب به معنای قبول منی حیوان نر توسط حیوان ماده است. (نجار و دیگران، ۱۳۸۷، ۲: ۸۳۴) به صورت عموم تلقیح، در لغت‌نامه‌ها به معنای زیر به کار برده شده است:

۱. وارد کردن ویروس یا میکروب ضعیف شده یک مرض واگیردار به بدن، از طریق خراش دادن پوست برای تولید بیماری خفیف به منظور ایجاد ایمنی در برابر همان مرض.
۲. وارد کردن مایه درخت خرما نر، به درخت خرما ماده، برای بارور شدن آن. (عمید، ۱۳۷۵، ۲: ۱۷۲۰)

۳. مایه زدن. واکسن زدن. (معین، ۱۳۸۶: ذیل ماده تلقیح)

تلقیح در اصطلاح فقه عبارت است از این که اسپرم و تخمک به وسیله ابزار پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی ترکیب شوند. (انصاریان، ۱۳۸۳، ۱: ۱۴۹)

۱-۲. تلقیح مصنوعی

وارد کردن منی در رحم به وسیله‌ای غیر از مقاربت برای باردار شدن (عمید، ۱۳۷۵، ۲: ۱۷۲۰) یا پیوند دادن اسپرم مرد و تخمک زن، از طریق ابزار پزشکی یا هر وسیله دیگر غیر از مقاربت به منظور باروری و تولید نسل (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷: ۱۲) را تلقیح مصنوعی گفته‌اند.

۲. صورت‌های تلقیح مصنوعی

«تلقیح مصنوعی» از جمله مسائل نوپیدا است که در عرصه طبابت به وجود آمده و دارای محورهای زیر است:

۱. مبنای اولی در مورد تلقیح: با قطع نظر از صورت‌های مختلف تلقیح، آیا شرع و مبانی شرعی اجازه چنین کار را می‌دهد یا خیر؟
۲. حکم تکلیفی تلقیح: بعد از تبیین مبانی تلقیح، حکم تکلیفی صورت‌های مختلف



تلقیح مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. حکم وضعی تلقیح: نوزاد متولد شده بر اثر «تلقیح مصنوعی» به چه کسی منتسب می‌شود و آیا حلال‌زاده است؟

در این تحقیق تنها به محور اول پرداخته شده و محورهای دیگر به تحقیق‌های بعدی واگذار شده است:

هرچند مسئله ناباروری تنها مشکل از طرف زن نیست و در بعضی موارد مشکل از هر دو طرف یا از طرف مرد است. از آنجا که مشکل ریشه‌های مختلفی دارد طبعاً تلقیح نیز شیوه‌های مختلف را به خود می‌گیرد که به صورت کلی می‌توان روش‌های تلقیح مصنوعی را به دو قسمت کلی زیر تقسیم نمود:

الف: تلقیح با نطفه شوهر؛ ب: تلقیح با اسپرم مرد بیگانه.

یا از نظر فقهی اقسام زیر به وجود می‌آید:

الف: تلقیح برخاسته از نکاح؛ ب: تلقیح ناشی از غیر نکاح که این قسم به تلقیح عمدی و غیرعمدی تقسیم شده است.

تقسیم‌های کلی فوق اگر باهم تلفیق شوند، صورت‌های زیر به جود می‌آید:

۱. ایجاد لقاح میان نطفه شوهر و تخمک همسر شرعی او: این صورت از تلقیح به صورت‌های مختلف دیگر تقسیم می‌شود:

۱.۱. انجام لقاح در رحم همسر شرعی و باقی ماندن جنین در رحم وی تا موقع زایمان؛

۱.۲. انجام لقاح در رحم زن دیگر و انتقال جنین به رحم زن صاحب تخمک (همسر شرعی)؛

۱.۳. انجام لقاح در رحم زنی دیگر و باقی ماندن جنین در رحم او تا زمان زایمان.

۱.۴. ایجاد لقاح در رحم و انتقال جنین به داخل رحم همسر صاحب نطفه؛

۱.۵. ایجاد لقاح در رحم و انتقال جنین به رحم زنی دیگر؛

۱.۶. ایجاد لقاح در رحم و باقی ماندن جنین در آنجا تا لحظه تولد.

۲. ایجاد لقاح میان نطفه مرد و تخمک همسر دیگر او و قرار دادن نطفه در رحم



همسر اول که تخمک نداشته است.

۳. ایجاد لقاح میان نطفه شوهر و تخمک زنی دیگر، این صورت در جای است که عامل ناباروری، نبود تولید تخمک در رحم زن باشد. این صورت به شکل‌های زیر تقسیم می‌شود:

۳.۱. ایجاد لقاح میان آن دو، در رحم همسر مرد؛

۳.۲. ایجاد لقاح در رحم زن بیگانه که این فرض دو فرض زیر را دارد:

الف: باقی ماندن جنین در رحم زن بیگانه تا زمان تولد.

ب: انتقال جنین به رحم همسر مرد.

۳.۳. ایجاد لقاح در خارج رحم که این فرض دارای سه صورت ذیل است:

الف: ادامه حیات جنین در رحم همسر مرد؛

ب: ادامه حیات جنین در رحم زن اجنبیه؛

ج: ادامه حیات جنین در خارج رحم به‌طور کامل.

۴. ایجاد لقاح میان نطفه مرد و زنی که با یکدیگر نسبت همسری ندارند. این صورت، دارای شکل‌های ذیل است:

۴.۱. آن زن همسر قانونی مردی دیگر است و علت ناباروری از شوهر او است. این صورت خود دو فرض دارد:

الف: هویت مرد نطفه دهنده مشخص است؛

ب: هویت مرد نطفه دهنده مشخص نیست.

۴.۲. زن دریافت‌کننده نطفه، همسر کسی نیست.

الف: مرد نطفه دهنده شوهر زنی دیگر است که علت ناباروری آن زن است؛

ب: زن و مرد هیچ‌کدام از دواج نکرده‌اند و همسری ندارند.

ب ۱: هویت هر یک از زن و مرد شناخته شده است.

ب ۲: هویت یکی از آن‌ها معلوم است.

ب ۳: هویت هیچ‌یک معلوم و مشخص نیست.

صورت‌های فوق، فرض‌های است که امروزه بیشتر استفاده می‌شود؛ اما شکل‌های



دیگر از تلقیح مصنوعی نیز وجود دارد که به صورت نادر به وقوع می پیوندد:

۵. شکل های نادر الوقوع و فرضی:

۵.۱. ایجاد لقاح میان نطفه حیوان های دیگر و تخمک زن؛

۵.۲. ایجاد لقاح میان نطفه مرد و تخمک حیوان ها؛

۵.۳. ایجاد لقاح میان نطفه به دست آمده از گیاهان و تخمک زن.

از آنجا که صورت های فوق دارای حواشی زیاد است، باید حکم هر کدام به صورت مفصل مورد بررسی قرار گیرد؛ اما پیش از آن، لازم است مبنای کلی ایجاد گردد که در فرض های مشکل با تمسک به مبنا حکم آن به دست آید. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷: ۱۷-۱۴)

۳. مبنای تلقیح مصنوعی

به دلیل نبودن مسئله تلقیح مصنوعی، هنوز دلایل قطعی و ظنی که به گونه صریح این مسئله را روشن کرده باشد، وجود ندارد. در علم اصول مطرح است که هرگاه ادله نقلی اعم از قطعی و ظنی در مسئله موجود نباشد، نوبت مراجعه به اصول عملیه می رسد. هرچند در مسائل دیگر موارد مشکوک را مورد شناسی قرار داده که از موارد جریان کدام اصل از اصول است؛ چون هر اصل دارای حوزه مشخص است. مسئله تلقیح مصنوعی از موارد شک در اصل تکلیف و داخل در شبهه تحریمیه است. بر اساس قواعد اصولی جای مراجعه به اصل برائت است؛ اما از آنجا که مسئله نکاح و فروج در شرع اسلام از جایگاه مهمی برخوردار است؛ چون مسئله حفظ نسل و پاکی آن مطرح است، بین علما اختلاف نظر شده که آیا می شود به اصل برائت مراجعه کرد یا به اصل احتیاط؟

به صورت عموم در مورد تلقیح مصنوعی دو مبنا موجود است که به شرح زیر بررسی می شود:

۳-۱. مبنای جواز و ادله آن

کسانی که مبنای جواز را پذیرفته اند و به این باورند که در فرض های مشکوک از تلقیح مصنوعی حکم کلی جواز است، به دلایل زیر استدلال می نمایند:



۱-۳. روایات

اولین دلیل قائلین به جواز تلقیح مصنوعی، روایات است که ابتدا متن روایت‌ها آورده شده سپس به نقد آن پرداخته می‌شود:

۱. صحیح‌ه محمد بن مسلم:

راوی از محمد بن مسلم روایت می‌کند که گفت از حضرت امام محمد باقر و امام جعفر صادق «علیهما السلام» شنیدم که فرمودند: «یک بار امام حسن مجتبی در مجلس حضرت امیر بود که گروهی وارد شدند و به حضرت امام حسن گفتند که با حضرت امیر کار داریم. فرمود: چه حاجتی دارید؟ گفتند می‌خواهیم مسئله‌ای را از او بپرسیم. فرمود: چه مسئله‌ای، آیا ممکن است آن را برای من بگویید؟ گفتند: زنی پس از اینکه با شوهرش هم‌بستر شد، برخاست و با دختر باکره‌ای مساحقه کرد. آن دختر بدین وسیله حامله شده. تو در این باره چه می‌گویی؟ فرمود: مسئله‌ای است مشکل که حضرت امیر از عهده آن برمی‌آید، باین حال من هم جواب آن را می‌گویم، اگر صحیح گفتم از طرف خدا و امیرالمؤمنین است و اگر اشتباه گفتم از طرف خودم؛ اما امیدوارم که به خواست خدا اشتباه نگویم. سپس آن حضرت فرمود: اولین کاری که باید کرد، این است که مهریه آن دختر باکره را از آن زن بگیرند؛ زیرا آن بچه جز با از بین رفتن بکارت آن دختر خارج نخواهد شد. آنگاه آن زن را باید سنگسار کرد؛ زیرا که زنا محصنه کرده و شوهردار است. سپس باید صبر کرد تا آن دختر وضع حمل کند و بعد آن بچه را به صاحب نطفه داد و آن دختر را یک‌صد تازیانه زد. آن عده از حضور امام حسن (علیه السلام) مرخص شدند و نزد حضرت امیر (علیه السلام) رفتند. امیرالمؤمنین به آن‌ها فرمود: شما به امام حسن چه گفتید و او چه جوابی به شما داد؟ وقتی آن‌ها ماجرا را شرح دادند، حضرت امیر فرمود: اگر از من هم این پرسش را می‌کردید، جوابی غیر از این نداشتیم.^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۱۶۷)

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ غَمْرَوَيْ بْنِ عُثْمَانَ وَعَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ هَازُونَ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ وَأَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولَانِ بَيْنَمَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ فِي مَجْلِسِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع - إِذَا أَقْبَلَ قَوْمٌ فَقَالُوا يَا أَبَا مُحَمَّدٍ أَرَدْنَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ - قَالَ وَمَا حَاجَتُكُمْ قَالُوا أَرَدْنَا أَنْ نَسْأَلَكَ عَنْ مَسْأَلَةٍ قَالَ وَمَا هِيَ تُخْبِرُونَنَا بِهَا قَالُوا امْرَأَةٌ جَامِعُهَا زَوْجُهَا فَلَمَّا قَامَ عَنْهَا قَامَتْ بِحُمُوتِهَا فَوَقَعَتْ عَلَى جَارِيَةٍ بِكَرٍّ فَسَاحَقَتْهَا فَوَقَعَتْ الْبُطْلُفَةُ فِيهَا فَحَمَلَتْ فَمَا تَقُولُ فِي هَذَا فَقَالَ الْحَسَنُ مُغْضَلَةٌ وَأَبُو الْحَسَنِ لَهَا وَأَقُولُ: فَإِنْ أَصَبْتُ فَمِنْ اللَّهِ وَمِنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ - وَإِنْ أَخْطَأْتُ فَمِنْ نَفْسِي فَأَرْجُو أَنْ لَا أَخْطِئَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ يُعَمِّدُ إِلَى الْمَرْأَةِ فَيُؤْخَذُ مِنْهَا مَهْرُ الْجَارِيَةِ الْبَكْرِ فِي أَوَّلِ وَهْلَةٍ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَخْرُجُ مِنْهَا حَتَّى تُشَقَّ فَتَذْهَبَ عُذْرَتُهَا ثُمَّ تُرْجَمُ الْمَرْأَةُ لِأَنَّهَا مُحْصَنَةٌ وَتُنْتَظَرُ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا وَتُرَدَّ الْوَلَدُ إِلَى أَبِيهِ صَاحِبِ الْبُطْلُفَةِ ثُمَّ تُجْلَدُ الْجَارِيَةُ الْحَدَّ قَالَ فَانْصَرَفَ الْقَوْمُ مِنْ عِنْدِ الْحَسَنِ ع - فَلَقُوا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع فَقَالَ مَا فَلْتُمْ لِأَبِي مُحَمَّدٍ - وَمَا قَالَ لَكُمْ فَأَخْبَرُوهُ فَقَالَ لَوْ أَتَيْتُ الْمَسْئُولَ مَا كَانَ عِنْدِي فِيهَا أَكْثَرُ مِمَّا قَالَ ابْنِي.



۲. معتبره معلی بن خنیس

معلی بن خنیس گوید: «از امام صادق (علیه السلام) در مورد حکم مردی که با همسر خود آمیزش کرد و سپس نطفه او به دختر باکره‌ای منتقل شده و او باردار گردیده پرسیدم. حضرت فرمود: فرزند ملحق به همان مرد است و همسر او مورد رجم قرار می‌گیرد و بر دختر باکره حدّ سحّ؛ یعنی یکصد تازیانه جاری می‌شود.^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۱۶۷)

۳. خبر اسحاق بن عمار

امام صادق علیه السلام فرمود: زیاد، والی مدینه ما را فراخواند و گفت: امیر مؤمنان - منصور دوانیقی! - نامه‌ای برایم نوشته و در آن گفته که از شما مسئله‌ای را بپرسم. حضرت فرمود: به او گفتم سؤال چیست؟ زیاد گفت: مردی با همسر خود آمیزش نمود و زن نطفه او را به وسیله مساحقه با دختری باکره، به او منتقل کرده و دختر باردار شده است، حال حکم مسئله چیست؟ امام علیه السلام فرمود: گفتم این را از فقهای مدینه سؤال کن. در این هنگام نامه زیاد را به من نشان داد که در آن نوشته بود این مسئله را از جعفر بن محمد بپرس، اگر پاسخ گفت فبها و در غیر این صورت او را به نزد من بفرست. حضرت فرمود در پاسخ گفتم: بر همسر مرد حکم رجم ثابت است و دختر باکره مورد حد سحّ؛ یعنی یکصد تازیانه قرار می‌گیرد و البته فرزند ملحق به پدرش (شوهر زن مساحقه‌گر) می‌شود. اسحاق بن عمار گوید: امام فرمود: این سؤال برای خلیفه پیش آمده و او مبتلا به آن گردیده است.^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۱۶۷)

۴. خبر عمرو بن عثمان

امام صادق علیه السلام فرمود: تعدادی از مردم برای استفتا از امیر مؤمنان علی (علیه السلام) به ملاقات ایشان آمدند، ولی حضرت را نیافتند. امام حسن مجتبی (علیه السلام) به آنان فرمود: استفتا را به من بدهید، اگر پاسخ صحیح دادم از نزد خداوند و پدرم امیر مؤمنان (ع) است و اگر نادرست گفتم از جانب خودم است و آن‌ها گفتند: مردی با همسر خویش هم‌بستر شده و همسرش را در اوج شهوت و بدون اینکه ارضا نماید رها کرده به گونه‌ای

۱. وَ عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مُوسَى عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنِ الْمُعَلَّى بْنِ خُنَيْسٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ وَطِئَ امْرَأَتَهُ فَنَقَلَتْ مَاءَهُ إِلَى جَارِيَةٍ بِكَرٍ فَحَبِلَتْ فَقَالَ الْوَلَدُ لِلرَّجُلِ وَ عَلَى الْمَرْأَةِ الرُّجْمُ وَ عَلَى الْجَارِيَةِ الْحَدُّ.

۲. وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: دَعَانَا زِيَادٌ فَقَالَ إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ كَتَبَ إِلَيَّ أَنْ أَسْأَلَكَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فَقُلْتُ وَ مَا هِيَ قَالَ رَجُلٌ أَتَى امْرَأَتَهُ فَأَخْتَمَلَتْ مَاءَهُ فَسَاحَقَتْ بِهِ جَارِيَةً فَحَمِلَتْ فَلْتُ لَهُ سَلَّ عَنْهَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ - فَأَلْفَى إِلَيَّ كِتَاباً فَإِذَا فِيهِ سَلَّ عَنْهَا جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ - فَإِنْ أَجَابَكَ إِلَّا فَأَخْمِلْهُ إِلَيَّ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ تُرْجِمُ الْمَرْأَةَ وَ تُجْلِدُ الْجَارِيَةَ وَ يُلْحَقُ الْوَلَدُ بِأَبِيهِ قَالَ وَ لَا أَعْلَمُهُ إِلَّا قَالَ وَ هُوَ ابْنُ ثُلَيْبٍ بِهَا.

که زنش از روی حرارت شهوت با دختری باکره مساحقه کرده است و نطفه همسر خود را به او منتقل نموده و دختر باردار شده است. امام حسن مجتبی (علیه السلام) در پاسخ فرمودند: هنگام وضع حمل، بر زن مساحقه کننده پرداخت مهر آن دختر لازم است؛ چرا که بکارت او هنگام ولادت فرزند از بین می‌رود و بر دختر باکره مجازات یک‌صد تازیانه به خاطر مساحقه ثابت است که زمان اجرای آن پس از وضع حمل است و فرزند به پدرش (صاحب نطفه) ملحق می‌گردد و البته زن شوهردار مساحقه کننده، مورد مجازات رجم قرار می‌گیرد. سؤال کنندگان راهی شدند و با امیر مؤمنان (علیه السلام) ملاقات کردند و جریان را عرض کردند. حضرت فرمود اگر از من نیز استفتا می‌کردید، پاسخی غیر از آن نمی‌دادم.^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۱۶۷)

۵. خبر اسحاق بن عمار

امام صادق علیه السلام فرمود: اگر مردی با همسر خود آمیزش کند و نطفه او توسط همسرش به وسیله مساحقه به دختر باکره‌ای منتقل گردد و موجب بارداری او شود، بر زن مجازات رجم و بر دختر مجازات یک‌صد تازیانه است و فرزند ملحق به پدرش (صاحب نطفه) می‌گردد.^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۱۶۷)

کسانی که قائل به مبنای جواز تلقیح مصنوعی هستند، از دو جهت زیر به روایت‌های فوق استدلال نموده‌اند:

یکی این‌که در تمام روایت‌های فوق، حکم مجازات تخلفات بین زن شوهردار و دختر باکره بیان شده است؛ اما متعرض حرمت انتقال نطفه به رحم دختر باکره نشده است. از این جهت استفاده کرده‌اند که انتقال نطفه در رحم زن دیگر، ولو همسر شرعی صاحب نطفه نباشد، اشکال ندارد.

دیگر این‌که روایت‌ها، فرزند متولد شده از دختر باکره را حلال‌زاده دانسته است.

۱. وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: أَتَى أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع قَوْمٌ يَسْتَفْتُونَهُ فَلَمْ يُصِيبُوهُ فَقَالَ لَهُمْ الْخَسَنُ ع هَاتُوا فُتْيَانَكُمْ فَإِنْ أَصَبْتُ فَمِنْ اللَّهِ وَ مِنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع - وَإِنْ أَخْطَأْتُ فَإِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع مِنْ وَرَائِكُمْ فَقَالُوا امْرَأَةٌ جَامِعُهَا زَوْجُهَا فَقَامَتْ بِحِرَازَةِ جَمَاعَةٍ فَسَاحَقَتْ جَارِيَةً بِكَرٍّ فَأَلْقَتْ عَلَيْهَا النُّطْفَةَ فَحَمَلَتْ فَقَالَ ع فِي الْعَاجِلِ تُوْخَذُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ بِصَدَاقِ هَذِهِ الْبِكْرِ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَخْرُجُ حَتَّى يَذْهَبَ بِالْعَذْرَةِ وَ يُنْتَظَرُ بِهَا حَتَّى تَلِدَ وَ يُقَامَ عَلَيْهَا الْحُدُّ وَ يُلْحَقُ الْوَلَدُ بِصَاحِبِ النُّطْفَةِ وَ تُرْجَمُ الْمَرْأَةُ ذَاتُ الرُّوْجِ فَانْصَرَفُوا فَلَقُوا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع - فَقَالُوا قُلْنَا لِلْحَسَنِ ع قَالَ لَنَا الْخَسَنُ - فَقَالَ اللَّهُ لَوْ أَنَّ أَبَا الْخَسَنِ لَفِيتُمْ مَا كَانَ عِنْدَهُ إِلَّا مَا قَالَ الْخَسَنُ.

۲. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْخَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي خَمْرَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِذَا أَتَى رَجُلٌ امْرَأَةً فَاحْتَمَلَتْ مَاءَهُ فَسَاحَقَتْ بِهَ جَارِيَةٍ فَحَمَلَتْ رَجِمَتِ الْمَرْأَةُ وَ جَلِدَتِ الْجَارِيَةُ وَ أُلْحِقَ الْوَلَدُ بِأَبِيهِ.



درحالی که اگر انتقال نطفه را به زن بیگانه حرام بدانیم، فرزند نمی تواند حلال زاده باشد.

بنابراین قائلین به جواز از دو جهت مذکور مبنای کلی اباحه را ثابت کرده اند.

نقد: استدلال مذکور از روایت ها، به دلایل زیر مردود است:

اولاً به جز دو روایت صحیحه محمد بن مسلم و معلی ابن خنیس که معتبرند، بقیه روایت ها ضعیف یا مجهول است. در روایت سوم و پنجم، در سلسله سند علی بن ابی حمزه بطائنی وجود دارد و او از جمله سران واقفیه بوده و روایتش ضعیف است. هم چنین ابراهیم بن عقبه که در سند روایت عمرو بن عثمان قرار گرفته مجهول است. پس این روایت نیز مجهول است. (ابن بابویه، ۱۳۶۷، ۶: ۴۹۳)

ثانیاً در صحیح محمد بن مسلم هم چنین بقیه روایت های فوق، حکم زن محصنه ای که عمل مساحقه را انجام داده، رجم بیان شده است. درحالی که مشهور علما و حتی اجماع علما، مجازات مساحقه را سنگسار بیان نکرده، بلکه صد ضربه شلاق دانسته اند. پس از مضمون روایت، علما اعراض نموده است. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴: ۳۸-۳۹)

ثالثاً قیاس بحث مورد روایات فوق با مسئله تلقیح مصنوعی مع الفارق است؛ به این بیان که روایت های فوق به موردی پرداخته است که مرد صاحب نطفه، نطفه خود را در جای حلال که همسر او است، ریخته و همسر زن رفته عمل مساحقه را با دختری انجام داده، در حالی که اصلاً نمی دانسته آن زن حامل نطفه شوهرش است. بنابراین در این فرض نه مرد از انتقال نطفه خود به دختر باکره اطلاع دارد و نه دختر از منتقل شدن نطفه مرد اجنبی به خود اطلاع داشته است که این مورد شباهت زیادی به وطی به شبهه دارد. درحالی که مسئله «تلقیح مصنوعی» مرد از انتقال نطفه خود به رحم زن دیگر آگاهی دارد. هم چنین زن نیز می داند که عمل تلقیح روی وی انجام می شود. پس قیاس مورد روایت های فوق به مسئله مورد بحث، مع الفارق است. نمی شود حکم یکی را بر دیگری سرایت داد. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴: ۳۹)

بنابراین روایت های فوق جواز و حلیت عمل تلقیح مصنوعی را ثابت نمی تواند

پس در موارد از صورت‌های مشکوک «تلقیح مصنوعی» مراجعه به اصل اباحه نادرست است.

٢-١-٣. اصالت البرائة

دومین دلیل قائلین به جواز «تلقیح مصنوعی»، اصل برائت است. این دیدگاه «زنا» را به مفهوم اذخال آلت تناسلی معنا کرده است و روایاتی که حرمت زنا را ثابت می‌کند، به همین مفهوم گرفته است. از آنجا که در این مسئله، نطفه از طریق تلقیح انتقال می‌یابد، از مصادیق زنا ندانسته است و ادله نقلی حرمت زنا را شامل این مورد نمی‌داند. بنابراین مورد از موارد شک حکم تکلیفی حرمت است که هم جای مراجعه به اصل برائت عقلی و هم برائت شرعی است. در نتیجه در موارد مشکوک از صورت‌های «تلقیح مصنوعی» با قطع نظر از مسائل حاشیه‌ای آن، حکم به حرمت و جواز می‌شود نه حرمت. (فاضل لنگرانی، ۱۳۸۷: ۵۳-۵۲)

نقد: کسانی که قائل به اصالت البرائة در این مسئله هستند، باید به مواردی چون حواز قرار دادن نطفه پدر در رحم دختر، خواهر، عمه و خاله او ملتزم باشند. هم چنین بر اساس این مبنا، قرار دادن نطفه پسر در رحم مادر یا خواهر او را جایز بشمارند و چنین کار را زنا به حساب نیاورند. در حالی که عقلا و عرف متشرّعه چنین چیزی را قبول نداشته و تمام موارد فرضی فوق را از مصادیق زنا می دانند؛ زیرا عرف متشرعه از زنا الغای خصوصیت نموده و تمام موارد فوق را زنا می داند و اجازه نمی دهد نطفه کسی که معلوم نیست مسلمان است یا کافر، در رحم زن مسلمان منتقل سازد. از جانب دیگر نکاح و مسئله نسل در متون دینی از اهمیت بالایی برخوردار بوده و احادیث زیادی در مورد حفظ نسل مطرح شده است. بنابراین در این مسئله جای مراجعه به اصل براءت شرعی و عقلی نیست. (ر.ک. مکارم شیرازی، ۱۳۹۴: ۳۴-۲۸)

۲-۳. مبنای احتیاط

در مورد «تلقیح مصنوعی» دیدگاه دیگر این است که اصل در این مسئله مراجعه به اصل احتیاط باشد. به این معنا که صورت‌های که دلیل بر جواز آن موجود است، مطابق دلیل عمل می‌شود؛ اما موارد که حکم آن مشکوک است و باید به اصل



احتیاط مراجعه کرد. این دیدگاه به ادله زیر استدلال نموده است:

۱-۲-۳. عرف متشرعه

منظور از عرف متشرعه این است که وقتی مسئله «زنا» به عرف ارائه شود، فهم عرف از «زنا» تنها ادخال آلت تناسلی و ایلاج نیست، بلکه فهم عرف از زنا، انزال و انعقاد نطفه است. هرچند شرع، مطلق نزدیکی را حرام کرده؛ اما حرمت آن‌ها به جهت جلوگیری از سوءاستفاده است. بنابراین عرف مسئله ادخال آلت تناسلی را مقدمه «زنا» دانسته و علت حرمت زنا را در انزال و انعقاد نطفه می‌داند. از آنجا که تلقیح مصنوعی با هدف باروری زن صورت می‌گیرد، بر اساس فهم عرف، حرمت زنا این مسئله را نیز شامل است. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴: ۴۴-۴۳) فقهای بزرگ امامیه نیز در این مسئله احتیاط را پذیرفته و روی آن تأکید دارند که به صورت اجمالی اشاره می‌شود:

۱. فاضل آبی در کشف الرموز: «طریقه احتیاط می‌طلبد که اقدام به اباحه فروج نگردد، مگر این که یقین به مباح بودن آن داشته باشد». (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ۲: ۱۷۳)
۲. علامه حلی در تذکرت الفقهاء: «احتیاط در فروج واجب است». (حلی، ۱۴۱۴: ۵۹۷)

۳. فخر المحققین در ایضاح الفوائد در مورد وجوب احتیاط این گونه دلیل می‌آورد: «مباح دانستن فروج برخلاف احتیاط است». (حلی، ۱۳۸۷، ۳: ۱۶۵)
۴. محقق ثانی در جامع المقاصد: «حکم فروج مبتنی بر کمال احتیاط است. کمال احتیاط در این است که تا یقین به حلیت ندارد حکم به حلیت آن ننماید». (محقق کرکی، ۱۳۶۷، ۱: ۳۲۶)

۵. شهید ثانی در الروضة البهیة: «مراعات احتیاط در فروج مبتنی بر احتیاط است». (العاملی، ۱۴۴۱، ۲: ۳۳۵)
۶. فاضل هندی در کشف اللثام: «در فروج نکاح واجب است». (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ۷: ۱۱۶)

۷. محدث بحرانی در الحقائق الناصره: «در فروج احتیاط واجب است؛ زیرا حلیت



فروج امر توقیفی است که باید نصی وجود داشته باشد. اگر نصی موجود نباشد، حلیت منتفی می‌گردد؛ زیرا اصل عدم حلیت فروج است». (بحرانی، ۱۳۶۹، ۲: ۳۲۶)

۸. سید محمد جواد عاملی در مفتاح الکرامه: «احتیاط در فروج واجب است». (عاملی، ۱۳۹۱، ۷: ۳۳۱)

۹. سید علی طباطبایی در ریاض المسائل: «در فروج احتیاط است». (طباطبایی حایری، ۱۳۷۴، ۱۱: ۱۷)

۱۰. شیخ انصاری در کتاب النکاح: «چون در مسئله فروج احتیاط است، باید به قدر متیقن اکتفا نمود». (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۸)

۱۱. سید محسن حکیم در مستمسک: «مشهور این است که در فروج احتیاط شود». (طباطبایی حکیم، ۱۳۷۴: ۲۲۳)

هم‌چنین بقیه علمای بزرگ دیگر چون؛ امام خمینی، بروجرودی، خویی، فیاض در این مسئله قائل به احتیاط لزومی‌اند. هرچند تعداد دیگر از علما قائل به احتیاط استحبابی هستند.

۲-۳. روایات

دومین دلیل قائلین به احتیاط، روایات است که به دودسته قابل قسمت است: دسته اول به مجازات سخت کسانی که نطفه خود را در رحم به‌جز همسر شرعی خود منتقل می‌کنند، پرداخته است؛ اما دسته دوم در مورد فروج احتیاط را لازم می‌نماید: دسته اول:

۱. روایت محمد بن سنان: حضرت امام رضا(ع) فرمود:

زنا برای این تحریم شده است که مفاسدی ایجاد می‌کند؛ مانند قتل نفس و از بین رفتن نسب و ترک تربیت اطفال و به هم خوردن مسائل مربوط به ارث و امثال آن از وجوه فساد.^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰: ۳۱۱)

۱. وِبَإِشْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنِ الرَّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِيمَا كَتَبَ إِلَيْهِ مِنْ جَوَابِ مَسَائِلِهِ وَحَرَّمَ اللَّهُ الزُّنَا لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَسَادِ مِنْ قَتْلِ النَّفْسِ وَذَهَابِ الْاَنْسَابِ وَتَرْكِ التَّرْبِيَةِ لِلْاَطْفَالِ وَفَسَادِ الْمَوَارِيثِ وَمَا اشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ وَجُوهِ الْفَسَادِ.



۲. روایت علی بن سالم: امام صادق فرمود:

در روز قیامت شدیدترین عذاب را مردمی می بینند که نطفه خود را در رحم کسی قرار می دهند که بر او حرام است.^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰: ۳۱۸)

۳. روایت مرسله صدوق: پیغمبر اکرم (ص) فرمود:

فرزند آدم هیچ عملی انجام نمی دهد که در پیشگاه خدا (از نظر زشتی و گناه) بالاتر از این باشد که پیغمبر یا امامی را به قتل برساند یا خانه کعبه را که خداوند قبله بندگانش قرار داده ویران سازد یا آب نطفه خود را در زنی که محرم او نیست، قرار دهد.^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰: ۳۱۸)

۴. روایت اسحاق بن عمار: اسحاق بن عمار می گوید:

از حضرت امام صادق (ع) پرسیدم زنا بدتر است یا شرب خمر؟ چرا در شرب خمر ۸۰ تازیانه تعیین شده و در زنا ۱۰۰ تازیانه؟ امام فرمود: ای اسحاق! حد یکی است، ولی اضافه حد زنا به دلیل ضایع کردن نطفه و قرار دادن آن در غیر محلی است که خداوند عزوجل امر فرموده است.^۳ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸: ۹۸)

۵. روایت جعفریات: پیغمبر (ص) فرمود:

هیچ گناهی نزد خداوند متعال بالاتر از این نیست که نطفه حرامی را کسی در رحمی که برای او حلال نیست، بگذارد.^۴ (نوری، ۱۴۰۸، ۱۴: ۳۳۵)

دسته دوم از اخبار احتیاط:

۱. معتبره شعب حدّاد: شعب حدّاد می گوید:

به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی از دوستان شما به شما سلام رسانده است و می خواهد با زنی ازدواج کند، آن زن نیز موافقت کرده است و برخی از ویژگی های زن، او را به اعجاب واداشته است. مشکل این است که این زن قبلاً شوهر داشته و آن شوهر، او را به غیر سنت، طلاق داده است، (یعنی او را بر اساس مذهب و فقه غیر امامیه طلاق داده است) این مرد هم از موالیان شما است و نمی پسندد که با آن زن ازدواج کند تا وقتی که از

۱. علی بن سالم عن ابی عبد الله علیه السلام: إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة رجلٌ أقر نطفته فی رحم یحرم علیه.

۲. قال النبی صلی الله علیه وآله لن یعمل ابن آدم عملاً أعظم الله عزوجل من رجل قتل نبیا أو اماماً أو هدم الکعبة التی جعلها الله قبله لعباده أو أفرغ ماءه فی امرئ حراما.

۳. یا اسحاق الحدّ واحد ولكن هذا بتضییعه عن نطفة ولوضعه ایه فی غیر الموضع الذی أمر الله عزوجل.

۴. ما من ذنب أعظم عند الله تبارک وتعالی من نطفة حرام وضعها امرء فی رحم لا تحلّ له.

شما اجازه بگیرد و شما او را امر به ازدواج کنید. حضرت فرمود: این مسئله به فرج مربوط می‌شود و مسئله فرج مهم است؛ زیرا از فرج فرزند پدید می‌آید، ما در این گونه امور احتیاط می‌کنیم، پس با این زن ازدواج نکند»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰: ۲۵۸)

۲. معتبره ابو بصیر: ابو بصیر می‌گوید:

از امام باقر (ع) سؤال کردم که مردی با زنی ازدواج می‌کند، زن به مرد می‌گوید که من حامله هستم (معنایش این است که هنوز در عده شوهر سابقش است و تا وضع حمل نشود از عده او خارج نمی‌شود، در نتیجه ازدواج تو با من باطل است)، یا زن ادعا می‌کند که من خواهر رضاعی تو هستم، یا زن ادعا می‌کند که در عده دیگری است، حال سؤال این است که آیا این ازدواج صحیح است یا نه؟ امام در جواب فرمودند: اگر مرد با او مواجهه کرده باشد و زن بعد از دخول و مواجهه یکی از این ادعاها را کرد، مرد نباید او را تصدیق کند؛ اما اگر با او دخول و مواجهه نکرده، باید اختبار و جستجو کند، اگر این زن را قبلاً نمی‌شناسد؛ یعنی اگر این زن را می‌شناسد و می‌داند که او خواهر رضاعی اش نیست یا می‌داند که او حامله نیست و دروغ می‌گوید، یا می‌داند که در عده دیگری نیست، اینجا نیازی به اختبار و سؤال نیست.^۲ (کلینی، ۱۳۹۳، ۵: ۵۲۶)

۳. روایت مسعدة بن زیاد: مسعدة بن زیاد از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند

که ایشان از نبی مکرم اسلام روایت می‌کنند که فرمودند:

دنبال نکاحی که شبهه دارد نروید، (جماع نکنید یا در نکاح بر شبهه جمع نشوید) و بر شبهات توقف کنید. امام (ع) می‌فرماید: مانند آن زمان که به تو خبر بدهند که تو برادر رضاعی آن زن هستی و از شیر او خورده‌ای و او بر تو حرام است و مانند این. پس وقوف بر شبهات و اقدام نکردن به انجام آن، بهتر است از آن که انسان در هلاکت بیفتد.^۳ (طوسی، ۱۴۰۷، ۷: ۴۷۴)

۱. عن الخُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ، عَنْ شُعَيْبِ بْنِ الْخَدَّادِ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَجُلٌ مِنْ مَوَالِيكَ يُفَرِّقُكَ السَّلَامُ وَ قَدْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً قَدْ وَافَقَتْهُ وَأَعْجَبَتْهُ بَعْضُ شَأْنِهَا وَ قَدْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى غَيْرِ الشُّبْهَةِ وَ قَدْ كَرِهَ أَنْ يُقَدِّمَ عَلَى تَزْوِيجِهَا حَتَّى يَسْتَأْمَرَكَ فَتَكُونِ أُنْتِ تَأْمَرُهُ. فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: هُوَ الْفَرْجُ وَ أَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَ مِنْهُ يَكُونُ الْوُلْدُ وَ تَحْتَاطُ، فَلَا يَتَزَوَّجُهَا.

۲. عَنْ أَبِي بصيرٍ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَقَالَتْ: أَنَا حُبْلَى، وَ أَنَا أُحْتَكُ مِنَ الرِّضَاعَةِ، وَ أَنَا عَلَى غَيْرِ عِدَّةٍ، قَالَ: إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَ وَاقَعَهَا لَمْ يُصَدِّقْهَا وَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ لَمْ يُوَاقِعْهَا فَلْيَخْتَبِرْ وَلْيَسْأَلْ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَرَفَهَا قَبْلَ ذَلِكَ.

۳. عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ زِيَادٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ آبَائِهِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ قَالَ: لَا تُجَامِعُوا فِي النِّكَاحِ عَلَى الشُّبْهَةِ (وَقِفُوا عِنْدَ الشُّبْهَةِ) يَقُولُ: إِذَا بَلَغَكَ أَنَّكَ قَدْ رَضَعْتَ مِنْ لَبَنِهَا وَ أَنَّهَا لَكَ مَحْرَمٌ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبْهَةِ خَيْرٌ مِنَ الْإِفْتِيحَامِ فِي الْهَلَكَةِ.



روایت‌های فوق، جرئت حلیت تلقیح مصنوعی در صورت‌های مشکوک را دشوار می‌کند؛ زیرا کنار روایت‌های فوق، روایت‌های دیگری است که تعدد روایت‌های احتیاط در مورد فروج به مرحله مستفیض است. بنابراین با توجه به کثرت روایت‌های احتیاط در باب فروج، هرچند به موارد پرداخته که صورت تلقیح مصنوعی را ندارد؛ زیرا در زمان ائمه این مسئله وجود نداشته است؛ اما موارد مذکور شبیه مسئله مورد بحث است. پس رعایت احتیاط در مورد تلقیح مصنوعی را نیز واجب می‌نماید.

نتیجه‌گیری

در مورد تلقیح مصنوعی دو مبنای کلی مطرح است؛ یکی مبنای جواز و دیگری مبنای احتیاط. کسانی که قائل به مبنای جوازند به دلایل چون روایات و اصل برائت که محل جریان آن شبهه حکمیه است، استدلال نمودند که هریکی از دو دلیل مورد نقد قرار گرفته و مبنای جواز مردود گردید.

مبنای احتیاط که مشهور علما قائل به احتیاط در باب نکاح و فروجند و مسئله تلقیح مصنوعی نیز داخل در باب فروج است توسط دو دلیل به مبنایشان استحکام بخشیدند. آن دو دلیل یکی عرف متشرعه است؛ به این معنا که عرف از کلمه «زنا» صورت‌های مشکوک از تلقیح مصنوعی را درک نموده و مورد را یکی از مصادیق زنا می‌داند و دلیل دیگرشان دودسته از اخبار است که یک دسته ناظر به عذاب اخروی و پیامدهای دنیوی شدید کسانی که نطفه خود را در رحم حرام می‌گذارد است. دسته دیگر در باب فروج احتیاط را واجب می‌نماید که با توجه به متضاهر بودن روایات احتیاط در باب نکاح محرمه، نقد و رد آن بعید به نظر می‌رسد و احتیاط مبنای قابل قبول در این تحقیق است.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق)، من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ ق) کتاب النکاح، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. انصاریان، حسین، (۱۳۸۳)، الاسره ونظامها فی الاسلام، قم: نشر انصاریان.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۳۶۹ ق)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۶. الحسینی العاملی، السید محمد جواد، (۱۳۹۱ ش)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۷. حلی، الحسن بن یوسف بن المطهر، (۱۴۱۴ ق) تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت.
۸. حلی، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. طباطبایی حائری، سیدعلی، (۱۳۷۴) ریاض المسائل، تهران: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۰. طباطبایی حکیم، سید محسن، (۱۳۷۴)، مستمسک العروة الوثقی، قم: دارالتفسیر.
۱۱. طبرسی، فضل بن محمد، (۱۳۸۶)، مکارم الاخلاق، قم: نشر حبیب.
۱۲. طوسی، محمد بن الحسین، (۱۴۰۷ ق)، تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه. (علیهم السلام).
۱۳. العاملی، زین الدین، (۱۴۴۱ ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: دارالتفسیر.
۱۴. عمید، حسن، (۱۳۷۵)، فرهنگ عمید، تهران: امیر کبیر.



۱۵. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، (۱۴۰۸ ق)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. فاضل لنکرانی، محمد جواد، (۱۳۸۷)، بررسی فقهی تلقیح مصنوعی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۱۷. فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۰۵ ق)، کشف الثام، قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۳)، الکافی، تهران: کتاب فروشی علمیه اسلامی.
۱۹. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۳۶۷)، جامع المقاصد، قم: مؤسسه آل البيت.
۲۰. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، تهران: زرین.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۹۴)، مشکلات مهم تلقیح مصنوعی، قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب.
۲۲. نجار، محمد علی و دیگران، (۱۳۷۸)، المعجم الوسیط، تهران: نشر صادق.
۲۳. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت. (علیهم السلام).

قاعدهٔ تداخل دیات در فقه حنفی و حقوق وضعی

محمد طاهر اقبالی^۱

چکیده

تداخل دیات یکی از مهم‌ترین مباحث فقهی و حقوقی است که از دیرباز ذهن بسیار از فقیهان و حقوقدانان را به خود معطوف داشته است. هدف این تحقیق که با روش تحلیلی توصیفی تدوین شده، این است که چیستی معناشناختی، پیشینه، قلمرو کاربرد و نظریه‌های مطرح شده در تداخل دیات یا عدم آن را در گسترهٔ فقه حنفی و حقوق موضوعه به‌طور موردی بررسی کند؛ به گونه‌ای که نظریه‌های فقهی و حقوقی به لحاظ بیان نمونه‌های مصداقی بازتاب یابند. یافته‌های تحقیق این است که نظریه‌های تعدد، تداخل و تفصیل در قاعدهٔ تداخل دیات از سوی فقه حنفیه و حقوق موضوعه شناسان مطرح شده‌اند. هرچند در اصل وجود تداخل دیات بین دو نظریه بالجمله اشتراک نظر وجود داشته است؛ اما جوهر اصلی تفاوت نظریه‌های فقهی (ازجمله فقه حنفی) و حقوق بشری، در این است که قلمرو تداخل فقه حنفی گسترده‌تر بوده و هدف بازدارندگی عقوبات، رحمانیت، عفو خداوند از گناه مجرم و آسان‌گیری برای جانی در نظریهٔ تداخل تحلیل شده و بازتاب یافته است. برآیند همین بازتاب تحلیل نظریهٔ تداخل در فقه حنفی، نمونه‌های مصداقی مثل جنایت بر نفس، جنایت بر منافع و جنایت بر اطراف تبارز پیدا کرده است.

کلیدواژه‌ها: قاعده تداخل، دیات، فقه حنفی، حقوق وضعی

۱. دکترای فقه و حقوق قضایی جامعه المصطفی العالمیه، ایران - قم.

ایمیل: m.t.aqbali2017@gmail.com

مقدمه

برآیند باورهای اعتقادی، نظام جزایی است؛ نظام کیفری در حقوق موضوعه یا نظام جزایی در حقوق اسلامی؛^۱ اما در نظام کیفری اسلامی، مجازات‌های اسلامی، گاه جسمانی هستند. گاهی مجازات‌ها معنوی و روحی است؛ یعنی حقوق و آزادی‌های انسان مجرم را محدود یا سلب می‌کند. گاهی نیز آموزه‌های نظام کیفری اسلامی دارایی‌ها و امکانات مالی انسان خاطی را در صورت ارتکاب رفتار مجرمانه، از وی سلب و حق بهره‌برداری از آن‌ها را می‌کند و مانع انتفاع «مالک» یا فرد «ذی‌نفع» می‌شود.

از این‌رو گزاره‌های^۲ کیفری فراوان است که در منابع فقهی و حقوق اسلامی به‌طور مستوفی توسط فقیهان و حقوقدانان مطرح شده است؛ اما در این میان یکی از گزاره‌های متنوع نظام کیفری اسلامی، «دیات» است که در درون آن گزاره قاعده «تداخل دیات» قرار گرفته است. نگارنده در این مقاله می‌خواهد با تکاپو در منابع فقهی، به‌خصوص فقه حنفی و حقوق موضوعه، پاسخی برای این سوال است که قاعده تداخل دیات در فقه حنفی و حقوق موضوعه چیست؟ گمانه‌زنی به پرسش اصلی، این است که نظریه تداخل دیات در فقه حنفی و حقوق موضوعه مطرح است.

مسئله مورد بحث و کنکاش هم دارای ضرورت کاربردی و اهمیت نظری است؛ زیرا اولاً به لحاظ نظری نقطه‌های توافق و تفاوت فقه حنفی و حقوق موضوعه در این زمینه روشن می‌شود. در نتیجه فهمیده خواهد شد که بین نگاه فقه حنفی و حقوق موضوعه اشتراکات و اختلافات وجود دارد یا نه. ثانیاً به لحاظ کاربردی پس از بررسی مسئله، اگر تداخل دیات اثبات شود، پرداخت دیه مکرر ضرورت پیدا نخواهد داشت. این پرداخت و عدم پرداخت دیه‌های تکراری یا اشد می‌تواند در بهبود و عدم بهبود وضعیت اقتصادی جانی و مجنی علیه اثرگذار باشد. ثالثاً در

۱. زیرا نظام پایدها و نیایدها برآمده از هست‌ها و نیست‌ها است. از سویی هم نظام هست‌ها و نیست‌ها، برآیند ابزار و قاب معرفت شناختی است. در نتیجه اگر تحولی در مباحث معرفت شناختی ایجاد شود، یقیناً تغییر اساسی در جهان شناختی (هستی شناسی) به وجود خواهد آمد. به دنبال آن، دیگرگونی‌های مهمی در نظام ایدئولوژی رخ خواهند داد.

۲. از «گزاره» معنای که در ادبیات فارسی اراده شده، قصد نشده، بلکه معنای منطقی آن منظور است.



فرض اثبات و پذیرش نظریه تداخل دیات، آیا این وضعیت در افزایش ارتکاب جرم و جنایت اثربخش خواهد بود؟ این‌ها و دیگر مباحث نظری و کاربردی است که کندوکاو در این مسئله را ضروری تلقی می‌نماید.

۱. مفاهیم

بررسی مفاهیم از کلیدی‌ترین مباحث هر بحث است؛ زیرا عنوان پژوهش را مجموعه واژگانی تشکیل می‌دهد که تا به تنهایی مفهوم یابی نشود، مقصود آن عنوان مرکب روشن نخواهد شد. از این‌رو مفاهیم کلیدی آن، به صورت کلی و گذرا به ترتیب زیر بررسی خواهد شد:

۱-۱. قاعده

قاعده در لغت به معنای پایه، اساس و بنیاد (زبیدی، ۱۴۱۴، ۵: ۲۰۱؛ فیومی، ۱۴۱۴، ۲: ۵۱۰) است و در معنای اصطلاحی، مترادف «اصل»، «ضابطه» و نیز هم‌معنای «قانون» و به معنای حکمی کلی است که بر جزئیاتش منطبق می‌شود، به کار می‌رود. فیومی در بیان معنای اصطلاحی آن می‌گوید: «الْقَاعِدَةُ فِي الْإِصْطِلَاحِ بِمَعْنَى الضَّابِطِ وَهِيَ الْأَمْرُ الْكُلِّي الْمُنْطَبِقُ عَلَى جَمِيعِ جُزْئِيَّاتِهِ». (فیومی، ۱۴۱۴، ۲: ۵۱۰)

۱-۲. تداخل

تداخل به لحاظ معناشناختی در اصل از کلماتی چون «دَخَلَ يَدْخُلُ دُخُولًا وَتَدَخَّلَ وَ دَخَلَ بِهِ»، (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۱: ۲۳۹) گرفته شده است؛ زیرا مراد از «تداخل» در «قاعده تداخل» در «دیات»، این است که پرداخت یک دیه از پرداخت دیه‌های دیگر کفایت می‌کند. (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۴: ۳۵۹) بنابراین تعریف لغوی «تداخل»، این است که در کتاب «الموسوعة الفقهية» آمده است:

التداخل في اللغة: تَسَابُهُ الْأُمُورُ وَالتَّبَاسُّهَا وَ دُخُولُ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ وَ فِي الْإِصْطِلَاحِ: دُخُولُ شَيْءٍ فِي شَيْءٍ آخَرَ بِإِلَّا زِيَادَةِ حَجْمٍ وَ مِقْدَارٍ؛ تداخل مشابهت امری با امر دیگر یا همانندی و تناسب داشتن است که به لحاظ مصداقی، یکی زیر مجموعه دیگری قرار گیرد.

(الموسوعة الفقهية، ۱۴۲۷، ۱۱: ۸۱)



تداخل در اصطلاح به این معنا است که یک شیئی زیر مجموعه شیئی دیگر بدون تفاوت در حجم و مقدار قرار گیرد. بدین علت تعریف اصطلاحی تداخل در باب دیات این می‌شود که «پرداخت یک دیه اصلی از یک یا چند پرداخت دیه اصلی دیگر کفایت کند و پرداخت دیه‌های مکرر اصلی به دلایل مشخص فقهی و حقوقی نیاز نباشد. در نتیجه بحث تداخل دیات تنها در دیه‌های قابلیت مطرح شدن را پیدا می‌نماید» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۷۴: ۳۶۰) که دیه اصلی باشد، نه دیات فرعی.

۳-۱. دیات

«دیات» جمع «دیه» و به معنای «خون‌بها» است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۸: ۱۱۴۵۴) همچنین دیه به لحاظ لغوی به معنای مالی که بدل نفس داده می‌شود، آمده است؛ (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۷۴: ۳۹) اما دیه در اصطلاح فقهی، مقدار مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا ما دون نفس پرداخت می‌گردد، اعم از آن که مقدار آن در شرع تعیین شده باشد یا نه. (همان: ۴۱)

مرحوم خویی در تعریف «دیه» آورده است: «دیه مالی است که در جنایت بر نفس یا عضو یا جراحت و مانند آن تعیین شده است». (خویی، ۱۴۲۲، ۲: ۲۲۹) افزون بر این، در قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۷، دیه به لحاظ حقوقی این گونه تعریف شده است: «دیه اعم از مقدر و غیر مقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیر عمدی بر نفس، اعضا و منافع یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون مقرر می‌شود».

بنابراین «قاعده» همان حکم کلی و فراگیری است که بر مصادیق مختلف خود صدق می‌کند. «تداخل» به معنای مشابهت چند امر است که در صورت انجام یکی از آنها، از مابقی کفایت می‌کند. با این تلقی از قاعده و تداخل، قاعده تداخل، با پسوند «دیه»، این است که در شرایط خاص و تراکم موجبات دیه، پرداخت یک مورد از سایر موارد، کافی به نظر می‌رسد و همین تلقی از مفاهیم، محور جست‌وجو قرار خواهد گرفت.



۲. پیشینه قاعده تداخل

پیشینه تاریخی قاعده تداخل به این لحاظ مهم است که این قاعده فقهی و حقوقی در کدام بستر فرهنگی، سیاسی، اجتماعی و حقوقی مطرح شده است، چه عوامل بیرونی و درونی در مطرح شدن آن دخالت داشته است، چه شخصیت فقهی و حقوقی آن را مطرح کرده است؟ از همین رو، برخی درباره پیشینه قاعده تداخل در مباحث فقهی معتقدند که نخستین فقیه شیعی که بحث تداخل اسباب را به عنوان قاعده مطرح کرده، شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد»^۱ بوده است. پس از وی، فقیهان دیگر این مسئله را در شمار قواعد فقهی مطرح کرده‌اند. (رحمان ستایش، ۱۳۸۰، ۶: ۷۳۵) در نتیجه درباره تداخل اسباب (یا مسببات)، فقها سه نظریه اساسی مطرح کرده‌اند: (۱) اصل عدم تداخل؛ (۲) اصل تداخل (۳) تفصیل و تفکیک میان اسبابی که از جنس‌های مختلفند. (همان)

اما عنوان تداخل مسببات (مجازات) در منابع متقدم فقهی دیده نمی‌شود و در منابع جدیدتر مطرح شد است، ولی به نظر برخی محققان از جمله نراقی، مراد از تداخل اسباب در متون فقهی، تداخل مسببات؛ یعنی مسبب بودن امر واحد از دو یا چند سبب مستقل است. به تعبیر دیگر مفهوم تداخل اسباب، عدم تعدد تکالیف ناشی از اسباب متعدد در مقام امتثال است. (همان) پس به این لحاظ طرح مباحث تعدد یا تداخل مسببات با بیان تعدد یا تداخل اسباب هم‌زمانی دارد و پیشینه هر دو به یک زمان بازمی‌گردد؛ زیرا روح بحث تعدد و تداخل اسباب به همان تعدد و تداخل مسببات بازگشت می‌خورد. به علاوه، سبب یا موضوع حکم در تلقی فلسفی، علت حکم و حکم به منزله معلول آن است. به همین علت، هرگاه و هر جا که علت تامه باشد، معلول «بالضروره» تحقق خواهد یافت.

۳. گستره قاعده تداخل

یکی از مباحث مهم قابل بیان، گستره قاعده تداخل است. این قلمرو از یک جهت

۱. شهید اول بحث تداخل موضوع‌های مختلفی را مثلاً در غسل، در موجبات افطار در یک روز (در قسم ۱ و در صفحه ۴۴)، در مسأله لواط و زنا (در قسم ۱ و در صفحه ۴۵، ۱۶۶)، در قطع اطراف که منجر به فوت شود، تداخل دیده مطرح شده است (قسم ۱ و در صفحه ۴۷) و غیره.

به لحاظ فقهی و حقوقی مهم است. از دیگر سوبه لحاظ باب‌های مختلفی قابلیت بررسی را دارد؛ زیرا که مبحث تعدد و تداخل اسباب [علت‌ها] و مسببات [معلول‌ها] می‌تواند در همه باب‌های فقه اسلامی مصداق داشته باشد و در واقع هم دارد. به همین علت در منابع فقهی شیعه و اهل سنت، موارد متعددی از ادغام و تداخل تکالیف متعدد دیده می‌شود که در ابواب مختلف فقهی پراکنده است. به عنوان نمونه مانند تعدد و [تداخل] در اسباب وضو یا غسل، تداخل نماز تحیت مسجد را در نماز فريضة یا مستحب، تداخل فديه‌ها، تداخل دو عده؛ (رحمان ستایش، ۱۳۸۰، ۶: ۷۳۶) اما تداخل در حقوق و تکالیف در برخی احکام کیفری هم دیده می‌شود. فقهای تمام مذاهب اسلامی در تداخل مجازات‌های شرعی هم‌سنخ اتفاق نظر دارند، ولی در صورت تکرار عاملی که سبب حکم به مجازات می‌شود، پس از اجرای آن و نیز در صورت اختلاف جنس، قائل به عدم تداخل هستند. در فرض همراه شدن مجازات‌های مختلف با مجازات قتل یا مجازات مستلزم قتل، فقهای شیعه و شافعی قائل به عدم تداخل و لزوم اجرای مجازات پیش از اعدام و دیگر مذاهب اسلامی قائل به تداخل شده‌اند. (رحمان ستایش، ۱۳۸۰، ۶: ۷۳۶)

در این میان یکی از گونه‌های مختلف مجازات‌ها، کیفر مالی (دیه) است که تعدد و تداخل مسببات در آن در عرصه فقه حنفی و حقوق موضوعه مطرح شده است. بنابراین مسئله «قاعده تداخل دیات در فقه حنفی و حقوق موضوعه» برای واکاوی در این جستار ضروری تلقی شده است.

۴. چهارچوب نظری

به دلیل ماهیت مسئله که انطباق یا عدم انطباق است، نظریه‌های مختلفی در تعدد و تداخل عقوبات «دیات» در فقه حنفی و حقوق موضوعه، مطرح شده است. از همین رو، شاید اولین کسی که به تبیین این موضوع به لحاظ سابقه تاریخی در جهان اسلام و به طور تطبیقی البته بین حقوق موضوعه و حقوق اسلامی (مباحث فقهی) پرداخته، مرحوم عبدالقادر عوده در کتاب «التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي» است. عوده در این کتاب، در ماده‌های ۵۰۷، ۵۰۸ و ۵۱۰ به صورت مشروح موضوع



تعدد و تداخل عقوبات را مورد واکاوی قرار داده است. وی درباره تعدد مجازات در حقوق بشری و حقوق اسلامی (در حقیقت فقه مذاهب اسلامی)، نظریه‌های زیر را در تعدد و تداخل عقوبات و مجازات‌های اسلامی طرح نموده و به‌طور مستوفی و مبسوط به تنسیق و سپس بیان رویکردهای مطرح شده پرداخته است؛ نظریه تعدد، نظریه تداخل و نظریه تداخل و تعدد. این نظریه‌ها به‌طور اجمال و به‌صورت زیر در رویکرد فقه حنفی و حقوق موضوعه مرور و بررسی می‌شود.

۱-۴. نظریه‌های فقهی

در باورهای فقهی سه دیدگاه از سوی فقیهان مطرح شده است. این نظریه‌ها در بخش موارد تداخل، در برخی موارد تعدد عقوبات و در پاره‌ای از بخش‌ها تداخل و تعدد است.

الف. نظریه تعدد (عدم تداخل)

اصل در مباحث فقهی نظریه «تعدد» مجازات‌ها است. به همین دلیل عوده در بحث تعدد مجازات در شریعت آورده است که در شریعت تعدد عقوبات، به‌عنوان یک اصل^۱ پذیرفته شده است. به‌عنوان نمونه در موارد که جرائم از انواع مختلف باشد و برای تداخل مجازات‌ها غرض واحدی وجود نداشته باشد، در این صورت تعدد عقوبات اجرا می‌گردد. مثلاً اگر یک جانی در مرحله اول، سرقت انجام دهد، در مرحله دوم زنا کند و در مرحله سوم مرتکب جرم قذف شود، در اینجا مجازات‌ها قابل تداخل نیست. (عوده، بی‌تا، ۱: ۷۴۹) همچنین جنایت بر اعضا و معانی تا زمانی که به مرگ منجر نگردد، عدم تداخل است؛ اما اگر جنایت بر اعضا و معانی به فوت مجروح انجامید، در این صورت تداخل صورت می‌گیرد. مثلاً مرحوم عوده، اصل تعدد مجازات را این‌گونه در فقه حنفی به‌صورت کلی در عقوبات، آورده است: «الأصل أَنَّ الدِّيَّةَ تَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْجَنَایَةِ وَإِتْلَافِ الْأَعْضَاءِ أَوِ الْمَعَانِي الْمُخْتَلِفَةِ إِذَا لَمْ تُفْضَ إِلَى الْمَوْتِ»، (الموسوعة الفقهية، ۱۴۰۴-۱۴۲۷، ج ۲۱: ۸۶) همچنین در برخی

۱. یکی از تفاوت‌های اساسی حقوق موضوعه با حقوق اسلامی و از جمله فقه حنفی در این است که در حقوق موضوعه اصل در تکالیف «برائت» است. البته منظور از حقوق وضعی، همین قانون وضعی در حال حاضر است که در اکثر جوامع بشری حاکمیت دارد؛ اما در حقوق اسلامی به دلیل نوع جهان بینی، اصل در تکالیف «اشتغال ذمه» است؛ زیرا جهان بینی متفاوت، برآیند مختلفی نظام فقهی و حقوقی را در پی می‌آورد.



از منابع دیگر آمده است: «الاصل فی الشریعة الاسلامیة أن لكل سبب مسببه ولكن الشریعة الاسلامیة أخذت بمبدأ التداخل فی العقوبات خلافاً للأصل؛ رحمة بالأمة و عفواً منها و تیسیراً علیهم». (الکریس، ۲۰۰۸: ۷۲)

ب. نظریه تداخل

در مباحث فقهی برخلاف اصل اولیه، گاهی تداخل مجازات‌ها وجود دارد؛ زیرا اصل اولی نه به صورت مطلق، بلکه عمومیت آن با «تداخل» و «جب» مورد تقیید قرار گرفته است: «عرفت الشریعة من یوم وجودها نظریة تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها علی إطلاقها وإنما قیدتها بنظریتین آخرین، الأولى: هی نظریة التداخل و الثانية: هی نظریة الجب». (عوده، بی تا، ۱: ۷۴۷)

عوده در نظریه «تداخل» در شریعت، قوام تداخل را در دو بخش ارزیابی می‌کند. یکی از این دو مورد، این است که جرائم متعدد، ولی از نظر نوع واحد باشد. مثل اینکه جانی چند تا سرقت یا چند تا زنا انجام داده باشد، در این صورت است که عقوبات تداخل پیدا کرده و تنها مجرم باید به یک مجازات محکوم شود. او در تحلیل تداخل، آورده است که تشریع عقوبت برای «تأدیب و زجر» است. در صورتی که دو هدف پیشین، با یک مجازات محقق شود، دیگر برای هر جرم یک عقوبت ضرورت پیدا نمی‌کند؛ زیرا با انجام یک مورد مجازات، بازدارندگی از ارتکاب جرم ایجاد می‌شود و فلسفه وجودی مجازات تحقق می‌یابد. پس مجازات دیگر برای جانی ضرورت ندارد؛ زیرا غرض کیفر حاصل شده است. (همان: ۷۴۷)

دومین مورد که تداخل مطرح شده، در فرض جرائم متعدد و از نوع مختلف است که بزهکار مثلاً میته، دم و گوشت خنزیر را تناول کرده باشد. مجرم به علت ارتکاب سه تا جرم، به عقوبت واحد مواخذه می‌شود؛ زیرا عوده در تعلیل این تداخل، گفته است که غرض مجازات این جرائم متعدد، هم واحد است که همان صحت فرد و جامعه است و تحقق این هدف اصلی با انجام یک عقوبت نیز به دست می‌آید. بنابراین مجازات دومی لغو تلقی می‌شود. (همان: ۷۴۸)



ج. نظریه تفصیل

در آموزه‌های فقهی در واقع مورد تعدد و تداخل، همان نظریه «جب» است که در مباحث فقهی و از جمله در فقه حنفی در غیر دو مورد پیشین مطرح شده است. بر اساس بررسی‌های انجام یافته توسط عوده، نظریه «جب» یعنی اکتفا به کیفر اشد، در مباحث فقه اسلامی تنها یک مصداق دارد. این مصداق هم در صورتی رخ می‌دهد که مجازات جانی قصاص باشد. از این رو قصاص به طور قهری مانع از اجرای مجازات‌های غیر قصاص می‌شود؛ زیرا با کشتن جانی، دیگر جانی وجود ندارد تا مورد مجازات قرار گیرد. (همان: ۷۴۹) پس این نوع کیفری در باور فقهی هم تعدد است که تداخل صورت نپذیرفته است و نیز تداخل است که به طور ضرورت قهری پس از کشتن جانی، دیگر جانی وجود ندارد که او را کیفر نماید.

۲-۴. نظریه‌های حقوقی

عوده در اثر خویش و در ماده ۵۰۸ آن، سه دیدگاه را در مورد تعدد عقوبات و تعدد جرایم در حقوق موضوعه و تداخل آن‌ها مطرح کرده است. این نظریه‌ها عبارت است از:

الف. نظریه تعدد (عدم تداخل)

در این «نظریه جمع‌گرا» مقتضای جمع، این است که جانی در مقابل هر جنایتی که مرتکب شده، باید به طور جداگانه و مستقل مجازات شود. مثلاً اگر مجنی علیه در اثر صدمه وارده غیر عمدی، دست و پایش قطع شود و در اثر سرایت جراحت فوت کند، در این مورد جانی باید دیه قطع دست، دیه قطع پا و دیه نفس را پرداخت نماید: «الأولى: طريقة الجمع: ومقتضاها أن يوقع على الجاني مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التي ارتكبها». (عوده، بی تا، ۱: ۷۴۴)

در نتیجه بر اساس این نظریه تداخل مجازات در دیات مختلف صورت نگرفته و مورد پذیرش نیست. عوده اصل در عدم تداخل را مورد تحلیل قرار نداده است. شاید دلیل عدم تعلیل او در این زمینه، این باشد که هر سببی، مسبب خودش را مطالبه

می‌کند. البته عوده خاطر نشان کرده که این اصل در همه ادوار تاریخ قوانین وضعی وجود داشته، مگر طی قرن پیشین که در این زمان، «نظریه تداخل» مطرح شده و اطلاق تقیید گردیده است. وی این اصل را نقد نموده و آسیب این نظریه را افراط در مجازات تلقی کرده است؛ زیرا که پیامد این اصل در مجازات‌های حبسی عقوبت موقت است؛ اما طبق این تبدیل به حبس ابدی خواهد شد. علاوه بر این در مجازات مالی منجر به مصادره همه اموال محکوم علیه می‌گردد. (همان: ۷۴۵)

ب. نظریه تداخل

در «نظریه فردگرا» اقتضای جب، این است که از میان مجازات‌های معتدد، عقوبت اشد در مورد مجرم اعمال گردد. مثلاً اگر در اثر صدمات معتدد وارد شده بر اعضای مجنی علیه، او بمیرد، در این صورت جانی تنها دیه نفس را که عقوبت اشد است، پرداخت کند. «الثانیة: طريقة الجب: ومعنی الجب أن تقضى العقوبة الأشد علی غیرها من العقوبات، فمقتضى هذه الطريقة أن لا یوقع علی الجانی سوی اشد العقوبات المقررة للجرائم التی یرتکبها». (همان) پس برآیند نظریه دوم، عکس دیدگاه اول است که در این دیدگاه، تداخل عقوبات صورت پذیرفته و مورد قبول واقع شده است. اشکال این نظریه این است دانسته شده که تفریط در مجازات را دارد.

ج. نظریه تفصیل

عوده به ترجیح «نظریه تلفیق‌گرا»، در مباحث حقوق وضعی معتقد است؛ زیرا دیدگاه مختلط، کاستی‌های منهج «جمع» و «جب» را که حاکی از افراط و تفریط در عقوبات جانی است، ترمیم و دیدگاه اولی و نظریه دومی را مقید کرده است. در حقیقت این روش، راه میانه در مجازات کردن جانی محسوب می‌شود. بنابراین عوده نظریه سوم را درباره تداخل دیات به صواب نزدیک‌تر تلقی کرده است. دیدگاه مختلط، یک رویکرد جدید در عرصه کیفرها است که بین نظریه تعدد و تداخل عقوبات جمع کرده است.

الثالثة: الطريقة المختلطة: وقد عولجت عیوب الطریقتین السابقتین بهذه الطريقة الثالثة و تدعی بالمختلطة أو المتوسطة. وتعنی بالجمع بین الطریقتین الأولیین أو بتقیید إطلاقهما.



فهی تجیز الجمع بین العقوبات علی أن لا یجاوز مجموعها حداً معیناً و تعیین الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فی العقاب، وهی تعالج طريقة الجب بتشدید العقوبة الواحدة التي یحکم بها وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بین طريقة التعدد والجب مع تقييدهما. (همان)

عبدالقادر عوده، پس از بررسی و مقایسه در نقد رویکرد اولی و دومی در قوانین موضوعه آورده است که نظریه تعدد (جمع) به افراط در مجازات منجر شده و نظریه تداخل (جب) به تفریط در عقوبت می انجامد؛ اما نظریه تعدد و تداخل (مختلط)، از زیاده روی در تعدد مجازات جلوگیری کرده و از کاستی های تخفیف در عقوبات می کاهد. پس بر اساس دیدگاه سوم، مجرم در حد اعتدال و میانه روی مجازات می شود. بنابراین با این روش، اطلاق نظریه های اول و دوم، با رویکرد «متوسطه» تقیید شده و این تلقی در تعیین مجازات های دیاتی برجستگی دارد و عقلانی تر فهم شده است.

اگرچه مرحوم عوده بیشتر بحث تعدد و تداخل جرائم و عقوبات را در حقوق موضوعه و مباحث فقهی، برای مجازات های غیر مالی مطرح کرده؛ اما از آنجا که دیات خود نوع مجازات است و از سوی خصوصیتی در عقوبات مالی وجود ندارد و با فرض ویژگی های متمایز با الغای خصوصیت یا تنقیح مناط، می توان نظریه های تعدد و تداخل مجازات های غیر مالی را به مسئله دیات تسری داده و فراگیری قاعده را در این مبحث اصطیاد نمود. از جهت دیگر، وقوع موضوع، مهم ترین دلیل بر امکان مسئله است که در فقه حنفی رخ داده و مباحث تداخل به لحاظ مصداقی دیات مطرح شده است. افزون بر این، عوده در عیب یابی نظریه تعدد به عقوبت مالی این گونه اشاره نموده است: «والغرامات إذا تعددت قد یؤدی إلى مصادرة تامة لأموال المحکوم علیه». (عوده، ۱: ۷۴۴)

۵. مصداق های تداخل دیات

پیش از این مباحث نظری بیان و گفته شد که تداخل خلاف اصل اولیه در مباحث فقهی و نیازمند دلیل است. به همین علت، یکی از مسائل مهم دیگر در مسئله دیات،

مصادیق تداخل دیات است. این مصادیق در موارد مختلفی به‌عنوان نمونه بررسی خواهد شد؛ مانند تداخل دیات در جنایت بر نفس، تداخل بین دیه‌های نفس با دیه‌های اعضا و منافع و تداخل در دیه‌های جنایت بر اطراف. این مسئله به‌صورت موردی به‌طور زیر اشاره می‌شود.

۱-۵. تداخل دیه‌های جنایت بر نفس

این مسئله محل اتفاق فقه‌های عامه است که اگر جانی واحد چند مجنی‌علیه را به‌صورت خطئی به قتل برساند، دیات تداخل نمی‌کند؛ اما برخی از فقها در مورد تعدد مقتولین تفصیل داده‌اند. مثالی را که در منابع فقهی آورده‌اند، این است که اگر مادر بمیرد و سپس دو جنین را خارج کنند، در این مورد تنها دیه مادر واجب است مگر اینکه جنین را خارج کرد و بعد آن‌ها فوت کردند که در این صورت سه تا دیه نفس واجب است. در حکم اول دیات نفوس تداخل پیدا می‌کند. ابن نجیم و ابن عابدین این گونه به مسئله اشاره کرده‌اند: «وَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ ثُمَّ خَرَجَ الْجَنَيْنَانِ تَجِبُ دِيَةُ الْأُمِّ وَحَدَّهَا إِلَّا إِذَا خَرَجَ الْجَنَيْنَانِ ثُمَّ مَاتَا تَجِبُ عَلَيْهِ ثَلَاثُ دِيَّاتٍ». (ابن نجیم، ۱۱۳۸، ۸: ۳۸۹) «وَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ ثُمَّ خَرَجَا مَيِّتَيْنِ تَجِبُ دِيَةُ الْأُمِّ وَحَدَّهَا إِلَّا إِذَا خَرَجَا حَيِّينِ فَمَاتَا فَثَلَاثُ دِيَّاتٍ». (ابن عابدین، ۱۹۹۲، ۶: ۵۸)

۲-۵. تداخل بین دیه نفس و دیه‌های اطراف و منافع

تداخل بین دیه نفس با دیه‌های اطراف و منافع، با شرایط خاصی که در برخی از منابع فقهی (حنفی) بیان شده، دو صورت پیدا می‌کند. شرایطی که در این بحث مطرح شده، این است که ۱. جنایت بر نفس و اطراف و منافع از جنس واحد باشد؛ مثلاً بریدن دست و قتل هر دو خطایی انجام شده باشد؛ ۲. مجنی‌علیه یک نفر باشد؛ ۳. جانی هر دو جنایت یک نفر باشد.

حال با توجه به وجود این شرایط، ۱. اگر جنایت بر نفس پیش از بهبودی جراحت اطراف و منافع انجام شود، طبق مذهب حنفی تداخل صورت می‌گیرد؛ اما ۲. اگر جنایت بر نفس پس از خوب شدن جراحت اطراف و منافع انجام شود، تداخل



نیست. چنانکه گفته‌اند:

(أَلَا تَرَى) أَنَّ مَنْ قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَهُ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ وَجُعِلَ الْفِعْلُ الثَّانِي تَمِيمًا لِلْأَوَّلِ وَحُجَّتُنَا فِي ذَلِكَ ظَاهِرُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا قَوْدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ»، وَهُوَ تَنْصِصٌ عَلَى نَفْيِ اسْتِيفَاءِ الْقَوْدِ بِغَيْرِ السَّيْفِ. (سرخسی، ۲۰۰۰، ۲۶: ۱۲۶) «وَمِنْ ضَرْبِ رَجُلَا مِائَةِ سَوَاطِ فَجَرَحَهُ فَبَرَأَ مِنْهَا فَعَلَيْهِ أَرْشُ الضَّرْبِ وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً قَبْلَ الْبُرءِ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ وَسَقَطَ أَرْشُ الْيَدِ»، (مرغینانی، بی تا، ج ۱: ۲۴۷). «إِنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ إِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهَا الْبُرءُ لَا حُكْمَ لَهَا مَعَ الْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ فِي الشَّرِيعَةِ بَلْ يَدْخُلُ مَا دُونَ النَّفْسِ فِي النَّفْسِ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدُهُ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرءِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِ إِلَّا دِيَّةُ النَّفْسِ». (کاسانی، ۱۹۸۶، ۷: ۳۰۳)

۳-۵. تداخل دیه‌های اطراف

در تداخل دیات اطراف، پنج صورت مطرح شده که در سه صورت اصل بر تعدد دیات بوده و فقط دو صورت اخیر محل اختلاف است: ۱. اگر جنایت بر دو محل مختلف واقع شود؛ مثل قطع دست و قطع پا، دیات متعدد است؛ ۲. اگر جنایت از دو شخص واقع شود، دیه متعدد دارد؛ ۳. اگر جنایت علی شخصین واقع شود، تعدد دیه مطرح است. دو مورد اختلافی که در فقه حنفی تداخل صورت می‌گیرد، این است که ۴. اگر جنایت واحد بر محل واحد انجام گیرد، مثل قطع دست، پا، بینی که خود آن‌ها دارای اجزا است، در این مورد حکومه کف در دیه اصابع، حکومه قدم در دیه اصابع و حکومه قصبه در دیه مارن، تداخل پیدا می‌کند.

وَمِمَّا يَلْحَقُ بِمَسَائِلِ التَّدَاخُلِ مَا إِذَا قُطِعَتِ الْيَدُ وَفِيهَا أُصْبَعٌ وَاحِدَةٌ أَوْ أُصْبَعَانِ أَوْ ثَلَاثٌ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلُّ، وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فِيهِ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ الْكَفُّ وَفِيهَا ثَلَاثٌ أَصَابِعَ فَصَاعِدًا تَجِبُ دِيَّةُ الْأَصَابِعِ، وَلَا شَيْءٌ فِي الْكَفِّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لِأَنَّ الْكَفَّ تَبَعَ لِجَمِيعِ الْأَصَابِعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ الْكَفُّ يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشُ الْأَصَابِعِ لَا غَيْرُ، وَلَا يَجِبُ لِأَجْلِ الْكَفِّ شَيْءٌ إِذَا بَقِيَ أَكْثَرُ الْأَصَابِعِ فَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكَفِّ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثِ أَصَابِعَ يَجِبُ أَرْشُ مَا بَقِيَ مِنْهَا وَإِنْ كَانَ مَقْصِلًا وَاحِدًا، وَلَا يَجِبُ فِي الْكَفِّ شَيْءٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. (کاسانی، ۱۹۸۶، ۷: ۳۱۸)

مرغینانی هم در باره تداخل دیه‌های اطراف آورده است:

وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ فَفِيهِ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ

نصف الساعد ففِي الْأَصَابِعِ وَالْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ وَفِي الزَّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدَلٍ وَإِنْ قُطِعَ الْكَفُّ مِنْ الْمِفْصَلِ وَفِيهَا أَصْبَعٌ وَاحِدَةٌ فَفِيهِ عَشْرُ الدِّيَةِ وَإِنْ كَانَ أَصْبَعَانِ فَالْخُمْسُ وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَوْ كَانَ فِي الْكَفِّ ثَلَاثَةُ أَصَابِعٍ يَجِبُ أَرْشُ الْأَصَابِعِ وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفِّ بِالْإِجْمَاعِ. (مرغینانی، بی تا، ۱: ۲۴۶) ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة. (همان، ۴: ۴۶۴)

سرخسی در «المبسوط» این گونه تداخل دیه‌های اطراف را بسط داده و مطرح نموده است:

(أَلَا تَرَى) أَنَّهُ لَوْ قُطِعَ الْمَارِنُ أَوْ الْحَشَفَةُ يَلْزَمُهُ الدِّيَةُ وَلَوْ قُطِعَ جَمِيعُ الْأَنْفِ أَوْ جَمِيعُ الذَّكَرِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ دِيَةٍ وَاحِدَةٍ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ قَالَا: مَا زَادَ عَلَى الْكَفِّ مِنَ السَّاعِدِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ أَوْ الْكَفِّ، وَلَمْ يُمْكِنْ جَعْلُهُ تَبَعًا لِلْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْكَفَّ حَائِلٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَصَابِعِ، وَالتَّبَاعُ مَا يَكُونُ مُتَّصِلًا بِالْأَصْلِ، وَلَا يُمْكِنْ جَعْلُهُ تَبَعًا لِلْكَفِّ؛ لِأَنَّ الْكَفَّ فِي نَفْسِهِ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ، وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ فَإِذَا تَعَدَّرَ جَعْلُهُ تَبَعًا. (سرخسی، ۲۰۰۰، ۲۶: ۸۳)

در برخی از منابع فقهی دیگر آمده است: «وَلَوْ قُطِعَ الْجُفُونَ بِأَهْدَابِهَا تَجِبُ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْأَشْفَارَ مَعَ الْجُفُونِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ كَالْمَارِنِ مَعَ الْقَصْبَةِ وَالْمُوضِحَةِ مَعَ الشَّعْرِ». (ابن عابدين، ۱۹۹۲، ۶: ۵۷۸)

۵. اگر جنایت متعدد بر محل واحد انجام شود، مثل قطع اصابع يد، ثم قطع الكف، یا قطع اصابع الرجل، ثم قطع القطع، یا قطع المارن [نرمه بینی]، ثم قطع باقى الأنف...، این مورد خود به دو صورت بیان شده است؛ الف. اگر جنایت دوم، بعد از خوب شدن جنایت اول بوده، در این مورد اصل عدم تداخل است؛ ب. اگر جنایت دوم، پیش از بهبودی جنایت اول بوده، در این صورت در فقه حنفی تداخل صورت می‌گیرد.

متن مربوط به صور تداخل دیه‌های اطراف در منابع اصلی فقه حنفی به صورت زیر آورده شده است:

فِي قُطْعِ الْحَشَفَةِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، فَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ وَقُطِعَ بَاقِي الذَّكَرِ قَبْلَ تَخَلُّلِ بُرٍّ نَجِبُ دِيَةٍ وَاحِدَةٍ كَامِلَةٌ وَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ قُطِعَ الذَّكَرُ بِدَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَهُمَا بُرٌّ يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ فِي الْحَشَفَةِ وَحُكُومَةُ الْعَدْلِ فِي الْبَاقِي. (ابن نجيم، ۱۹۹۹، ۸: ۳۷۷)



افزون بر آن، کاشانی نمونه‌های از مصادیق تداخل در دیه‌های اطراف مانند پستان، حلمه (نوک پستان)، مارن (نرمی بینی)، جفن (پلک چشم)، شفر (نیام چشم که مژه بر آن می‌روید) در عبارت زیر آورده است:

وَنَذَى الْمَرْأَةِ تَبِعَ لِلْحَلَمَةِ حَتَّى لَوْ قَطَعَ الْحَلَمَةُ ثُمَّ النَّذَى فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبُرِّ لَا يَجِبُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبُرِّ يَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي الْحَلَمَةِ وَالْحُكُومَةُ فِي النَّذَى لِأَنَّ مَنَفْعَةَ النَّذَى الرَّضَاعَ وَذَلِكَ يَبْطُلُ بِقَطْعِ الْحَلَمَةِ. وَكَذَلِكَ الْأَنْفُ مَعَ الْمَارِنِ حَتَّى لَوْ قَطَعَ الْمَارِنَ دُونَ الْأَنْفِ تَجِبُ الدِّيَةُ. وَلَوْ قَطَعَ مَعَ الْمَارِنِ لَا تَجِبُ إِلَّا دِيَةٌ. وَلَوْ قَطَعَ الْمَارِنَ ثُمَّ الْأَنْفُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبُرِّ تَجِبُ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبُرِّ فَفِي الْمَارِنِ الدِّيَةُ، وَفِي الْأَنْفِ الْحُكُومَةُ، وَكَذَلِكَ الْجَفْنُ مَعَ الْأَشْفَارِ حَتَّى لَوْ قَطَعَ الشَّفْرَ بِدُونِ الْجَفْنِ يَجِبُ الْأَرَشُ الْمُقَدَّرُ. وَلَوْ قَطَعَ الْجَفْنُ مَعَهُ لَا يَجِبُ ذَلِكَ الْأَرَشُ كَالْكَفِّ مَعَ الْأَصَابِعِ وَلَوْ قَطَعَ الشَّفْرَ ثُمَّ الْجَفْنُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبُرِّ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبُرِّ يَجِبُ فِي الشَّفْرِ أَرَشُهُ. وَفِي الْجَفْنِ الْحُكُومَةُ. (کاشانی،

۱۹۸۶، ۷: ۳۲۴)

نتیجه‌گیری

قاعده «تداخل دیات» در منابع معتبر فقه حنفی و حقوق موضوعه بررسی شد. در این بررسی منابع گوناگونی در چهارچوب نظریه‌های رایج در ساحت‌های بیان شده مورد توصیف و تحلیل قرار گرفته است. دیدگاه‌های تعدد (عدم تداخل)، تداخل و جمع بین آن‌ها، مهم‌ترین رویکردهای سه‌گانه مطرح شده در این عرصه است. هر سه نوع نظریه در گستره فقه حنفی و حقوق وضعی بررسی شده که هرکدام از آن‌ها به فراخور شرایط، مصداق‌های مختلفی داشته است؛ به گونه‌ای که وجود تداخل در فقه حنفی بر مصادیق همچون جنایت بر نفس، جنایت بر نفس اطراف و منافع و جنایت بر طرف‌های گوناگون بررسی شده و اثبات گردیده است. در همین فرآیند فلسفه وجودی برخی از موارد تداخل در فقه حنفی به تأمین غرض بازدارندگی و اصلاح فردی و اجتماعی اشاره شده است. هم‌چنین وجود تداخل در حقوق وضعی علاوه بر عقوبات غیرمالی بر مجازات‌های مالی مورد استناد قرار گرفته است.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۲. ابن عابدین، محمدآمین، (۱۹۹۲م)، ردالمحتار علی الدر المختار، بیروت: دار الفكر.
۳. ابن نجیم المصری، زین الدین، (۱۱۳۸)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامی.
۴. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۴)، قواعد فقه دیات، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۷. رحمان ستایش، محمدکاظم، (۱۳۸۰)، مقاله «تداخل اسباب». دانشنامه جهان اسلام. ج ۶. تهران: موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
۸. زبیدی، مرتضی، (۱۴۱۴)، تاج العروس، دار الفكر.
۹. سرخسی، شمس الدین، (۲۰۰۰م)، المبسوط، (دراسة وتحقیق: خلیل محی الدین المیس)، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۱۰. شهید اول (عاملی)، شمس الدین محمد، (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم: مکتبه المفید.
۱۱. عودة، عبدالقادر، (بی تا)، التشریع الجنائی الإسلامی مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت: دار الكاتب العربی.
۱۲. فیومی، احمد، (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، قم: منشورات دار الرضی.
۱۳. قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ ش.
۱۴. الکاسانی الحنفی، علاء الدین، (۱۹۸۶م)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الكتب العلمیة.



١٥. الكريس، سعيد، (٢٠٠٨م)، تداخل العقوبات فى الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية.

١٦. مرغينانى، برهان الدين، (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م)، بداية المبتدى فى فقه الإمام أبى حنيفة، القاهرة: مكتبة ومطبعة محمد على صبح.

١٧. الموسوعة الفقهية الكويتية. (١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ). الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. الطبعة الأولى.

ربای قرضی و رهیافت‌های شرعی آن در بانکداری اسلامی

محمد طاهر مهدوی^۱

چکیده

«ربا» هرچند یک مفهوم کلی فقهی اقتصادی است؛ اما با توجه به روال کاری بانک‌های بزرگ در جهان معاصر، امروزه با «بانکداری» عجین شده است. جایگاه مهم خدمات بانکی در نظام اقتصادی حاکم در دنیای امروز از یک طرف، آمیخته بودن فعالیت‌های آن با ربا از جانب دیگر، بحث در مورد خدمات بانکی و ارائه پلان‌های اسلام‌محور را در جوامع اسلامی ضروری ساخته است. این تحقیق با روش تحلیلی توصیفی که داده‌های آن به روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده، درصدد پاسخ به این پرسش است که بانک‌ها در کشورهای اسلامی از چه راهکارهای شرعی برای دوری از ربا می‌تواند استفاده کند؟ با توجه به ادله نقلی (آیات روایات) و دیدگاه فقها، ربا به‌صورت عموم و ربای قرضی به‌صورت خصوص حرام است. بر اساس یافته‌های تحقیق، هرچند خدمات رایج در بانک‌های سالم آغشته با ربا نیست؛ اما روی دست گرفتن اموری چون عقد مضاربه، شرکت، تبدیل قرض به بیع، بیع سلم، عقد وکالت و بیع مرابحه راه‌های شرعی مطمئن‌تری دوری از ربا است که مورد تأیید روایات و سفارش فقها بوده و برای بانک‌های اسلامی پیشنهاد می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: ربا، ربای قرضی، بانکداری اسلامی، خدمات بانکی، ربای بانکی

۱. ماستر جزا و جرم‌شناسی، استاد مدرسه علمیه صادقیه کابل، وابسته به المصطفی العالمیه- افغانستان.

ایمیل: tahrmhdwy9@gmail.com

دین مبین اسلام به عنوان ناسخ تمام ادیان، با شعار جامع بودن در تمام ابعاد مادی و معنوی ظهور کرد. بر اساس جهان بینی اسلامی این دین برای تمام نسل ها و در تمام زمان ها و مکان ها جاوانه است. از این رو اسلام باید برای تمام مسائل مستحدثه ای که در بستر زمان برای بشر به وجود می آید، قوانین جامع و سالمی ارائه کند. این مسئولیت عظیم به عهده فقها است تا با تمسک به قرآن و سنت، تکالیف شرعی را برای مسلمانان مشخص نمایند.

از جمله مسائل مستحدثه ای که در دنیای اقتصاد به وجود آمده، مسئله بانکداری است. با توجه به پیچیدگی های جهان معاصر در عرصه تجارت و اقتصاد و ناامنی به وجود آمده پولی، بانکداری یکی از ضروریات است؛ زیرا کارهایی که بانک عهده دار آن ها است، هیچ گزینه ای جایگزین آن شده نتوانسته و مطمئناً در نبود آن، خلأ بزرگ و جبران ناپذیری در عرصه مبادلات تجاری رخ می دهد که مهم ترین آن خدمات چون مرکز مطمئن برای حفظ اموال مردم، وسیله مطمئن و آسان برای نقل و انتقال مالی در بازارها، ابزاری برای نقل و انتقال سرمایه ها در میان شهرها و کشورها، محل تجمع اموال و سرمایه های راکد، فعالیت های اقتصادی توسط سرمایه های دیگران، اعطای تسهیلات بانکی به مدیران فاقد سرمایه و سیاست گذاری های پولی به منظور جلوگیری از تورم اقتصادی است. براین اساس بانکداری در دنیای امروز امر اجتناب ناپذیر است و تفکر حذفش از نظام اقتصادی صدمات جبران ناپذیری بر اقتصاد جامعه وارد خواهد ساخت.

از سوی دیگر معمولاً بانک های فعال در جهان، با مسئله ربا آمیخته بوده و حتی اساسشان مبتنی بر رباخواری است. تحقیق حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که بانک های اسلامی باید از چه راه کارهای شرعی برای دوری از ربا روی دست بگیرند؟ در شریعت اسلامی، نه تنها رباخواری حرام است، بلکه برای مرتکبین آن نیز مجازات بزرگ دنیوی و اخروی در نظر گرفته است.

بنابراین ضرورت واکاوی نسبت به احکام بانکی و ارائه طرح بنیادی بانکداری در





چارچوب قوانین اسلامی، ضروری است تا تفکر اقتصادی اسلام محور، در کنار نظام‌های اقتصادی سوسیالیستی و سرمایه‌داری حاکم در جهان به صورت جامع، سالم و پاسخ‌گو ظاهر گردد و مسلمانان بتوانند در سایه آن به امور اقتصادی خود را با کمال امنیت روانی به پیش برده و جامعه را از بحران تورم و انحصار اقتصادی که نتیجه نظام‌های فاسد اقتصادی امروز است، نجات داده و فاصله‌های طبقاتی اقتصادی حاکم در جامعه را از بین ببرد.

در این عرصه هر چند کم کاری صورت گرفته؛ اما به صورت کلی مورد غفلت محققین و اندیشمندان اسلامی نبوده است. از میان محققین قلم به دست، فقهای چون آیت الله محمد اسحاق فیاض کتاب «بانکداری از نگاه اسلام» و آیت الله ناصر مکارم شیرازی کتاب «ربا و بانکداری اسلامی» را نوشته‌اند. هم‌چنین امام خمینی در کتاب «تحریر الوسیله» به صورت مفصل به مسئله ربای بانکی پرداخته است. این آثار اگرچه کافی نیست؛ اما گام‌های بلندی در این زمینه محسوب می‌شود.

در تحقیق حاضر که از نوع تحلیلی توصیفی بوده و داده‌های آن به روش کتابخانه‌ای گردآوری شده است، رهیافت‌های شرعی اجتناب از ربا در بانکداری اسلامی را با اتکای به آیات و روایات و با استفاده از آثار علمی فقهای بزرگ جهان اسلام بررسی شده است. هم‌چنین به مهم‌ترین امور خدمات بانکی اسلامی و بعد به چاره‌جویی‌های شرعی بانکی نیز پرداخته شده است.

۱. معنای ربا

ربا در لغت به معنای زیادی، علو و برتری (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۴۰) است و در اصطلاح فقهی عبارت است از زیادی در معاملات یا قرض، با شرایط خاص (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۵۶) که در منابع فقهی آمده است.

۲. اقسام ربا

به صورت عموم ربا به دو قسمت قابل تقسیم است که ذیلاً بررسی می‌شود:

۱-۲. ربای معاوضی

ربای معاوضی ربای است که دو جنس مورد معامله از جنس مکیل و موزون باشد. این نوع دارای شرایطی است که اگر در معامله‌ای محقق شد، آن معامله از مصادیق ربا به حساب می‌آید:

الف. دو طرف مورد معامله از جنس مکیل و موزون باشد. بنابراین در اجناس معدود مثل تخم مرغ در برابر تخم مرغ، ربا محقق نمی‌شود؛ ب. دو جنس مکیل و موزون هم وزن نباشد؛ یعنی یکی وزن کمتر داشته باشد و دیگری بیشتر؛ ج. دو طرف مورد معامله از یک جنس باشد؛ مثلاً گندم در برابر گندم نه در برابر جو. (العاملی، ۱۳۹۸، ۲: ۹۷-۹۸)

۲-۲. ربای قرضی

این قسم از ربا دارای شرایط ربای معاوضی نیست. بنابراین در ربای قرضی فرقی بین مکیل و موزون و معدود نیست؛ یعنی خواه جنس قرض با پیمانه سنجیده شود یا با وزن یا با عدد، در تمام موارد اگر مقدار اضافی در یکی از دو طرف معاوضه بود، چنین موردی از مصادیق ربای قرضی است. پس تنها رکن آن، شرط مقدار اضافی است؛ به این معنا که جنس یا پولی را به کسی قرض بدهد و شرط کند که وقتی بازگرداندن چیزی اضافه بدهد، خواه چیز اضافی از همان جنس باشد یا جنس دیگر یا حتی خدمتی از خدمات باشد از موارد ربای معاوضی به حساب می‌آید. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۵۰)

از میان دو قسم معاملات ربوی، آنچه غالب مردم به آن آغشته می‌شود، ربای قرضی است. بنابراین ربای قرضی از اهمیت بیشتر برخوردار است و آیات و روایات حرمت ربا نیز ناظر به ربای قرضی است که به شرح زیر بیان می‌گردد.

۲. ادله حرمت ربا

دلالت آیات و روایات که بعداً بیان خواهد شد، عام است. لذا هم ربای معاوضی و هم ربای قرضی را شامل می‌شود؛ اما از آنجا که ربای معاوضی محل ابتلا نیست،



بحثی از آن نمی‌کنیم و ربای مورد ابتلای بررسی می‌کنیم که همان ربای قرضی است. از آیات و روایات زیادی که دال بر حرمت ربا است، به درستی درک می‌شود که آن‌ها نیز ناظر به ربای قرضی است؛ زیرا تأکید روی یک امر غیرقابل توجه و به دور از محل ابتلای مردم کار قریب به لغو خواهد بود و مولای حکیم کار لغو انجام نمی‌دهد. پس آیات و روایات زیر که در مورد حرمت ربا آمده است، بیشتر ناظر به ربای قرضی است.

۲-۱ آیات

الف. کسانی که ربا می‌خورند، (در قیامت) بر نمی‌خیزند مگر مانند کسی که بر اثر تماس شیطان، دیوانه شده (و نمی‌تواند تعادل خود را حفظ کند، گاهی زمین می‌خورد، گاهی به پا می‌خیزد). این به خاطر آن است که گفتند داد و ستد هم مانند ربا است. در حالی که خدا بیع را حلال کرده و ربا را حرام؛ (زیرا فرق میان این دو، بسیار است) و اگر کسی اندرز الهی به او رسد و (از رباخواری) خودداری کند، سودهایی که در سابق [قبل از نزول حکم تحریم] به دست آورده، مال او است، (و این حکم، گذشته را شامل نمی‌گردد) و کار او به خدا واگذار می‌شود (که گذشته او را خواهد بخشید)؛ اما کسانی که بازگردند (و بار دیگر مرتکب این گناه شوند)، اهل آتشند و همیشه در آن می‌مانند.^۱ (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۲: ۳۶۴)

ب. خداوند ربا را نابود می‌کند و صدقات را افزایش می‌دهد و خداوند، هیچ انسان ناسپاس گنه‌کاری را دوست نمی‌دارد.^۲

ج. ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از (مخالفت فرمان) خدا بی‌پرهیزید و آنچه از (مطالبات) ربا باقی‌مانده، رها کنید، اگر ایمان دارید.^۳

د. ای کسانی که ایمان آورده‌اید ربا (و سود پول) را چند برابر نخورید، از خدا پرهیزید تا

۱. الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَتَغَيَّرُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (بقره: ۲۷۵)

۲. يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُجِبُ كُلَّ كَفَّارٍ أَتَيْم. (بقره: ۲۷۶)

۳. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ. (بقره: ۲۷۸)

رستگار شوید و از آتشی بهره‌یزید که برای کافران آماده شده است.^۱ (همان، ۳: ۸۵)
 هـ به خاطر رباخواری درحالی که از آن نهی شده بودند و خوردن اموال مردم به باطل و
 برای کافران آن‌ها عذاب دردناکی آماده کرده‌ایم.^۲ (همان، ۴: ۲۰۷)
 با توجه به لحن آیات فوق، به درستی دانسته می‌شود که ربا با هر دو قسم خود
 حرام بوده و برای مرتکبین آن عذاب اخروی در نظر گرفته شده است.

۲-۲ روایات

روایاتی در باب حرمت ربا در دو کتاب حدیثی شیعه به نام وسایل الشیعه و مستدرک
 الوسائل زیاد است که برخی از آن‌ها را به گروه‌های زیر تقسیم‌بندی نموده از هر
 گروه به یکی دو روایت به عنوان نمونه پرداخته شده است.

گروه اول: میزان گناه رباخواران: پیامبر (ص) در وصیت خود به علی (ع) فرمود:
 ای علی ربا هفتاد جزء دارد که آسان‌ترین و سبک‌ترین آن‌ها از جهت گناه و عذاب
 اخروی همانند کسی است که با مادر خود در بیت الحرام عمل زشت زنا را مرتکب
 شده باشد. ای علی یک درهم از راهی ربا نزد خداوند سنگینی گناهان از هفتاد بار
 زنا کردن کسی با محارم خود است. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۲۲. نوری، ۱۴۰۸،
 ۱۳: ۳۳۰)^۳

با توجه نمودن به روایت‌های این گروه، آنچه فراوان است تفاوت میزان معصیت
 است. یک حدیث، مثل حدیث فوق حدود معصیت ربا را به اندازه گناه کسی که هفتاد
 بار با محارم خود زنا کرده باشد بیان نموده است، درحالی که در بعضی روایات دیگر
 اندازه معصیت گناه را معادل ۳۳ بار زنا کردن با محارم تبیین نموده است. (همان،
 ۱۳، ۳۳۱) در بعضی معادل ۳۰ بار (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۱۹) در بعضی ۲۰ بار
 (همان) در بعضی دیگر معادل یک بار (نوری، ۱۴۰۸، ۱۳: ۳۳۲) زنا شمرده است.

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ (ال عمران: ۱۳۰ و ۱۳۱)

۲. وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْباطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا (نساء: ۱۶۱)

۳. وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ عَنِ النَّبِيِّ ص فِي وَصِيَّتِهِ لِعَلِيِّ ع قَالَ: يَا
 عَلِيُّ الرِّبَا سَبْعُونَ جُزْءًا فَأَيُّسَرُهَا مِثْلُ أَنْ يَنْكَحَ الرَّجُلُ أُمَّهُ فِي بَيْتِ اللَّهِ الْخَرَامِ - يَا عَلِيُّ دِرْهَمٌ رَبًّا أَكْبَرُ مِنْ سَبْعِينَ زَنْيَةً كُلُّهَا
 بِذَاتِ مَخْرَمٍ فِي بَيْتِ اللَّهِ الْخَرَامِ.



با توجه به تفاوت میزان معصیت رباخواری در روایات، این سؤال به وجود می‌آید که چرا در مورد حدود معصیت ربا تفاوت معیار دیده می‌شود؟ آیا رباخواری از خود مراحل دارد یا نوعیت و کیفیت رباخواری متفاوت و اشکال گوناگون دارد؟

رباها مختلف است همه انواع ربا ظالمانه و زشت است، ولی بعضی از بعضی بدتر و زشت‌تر است. این تفاوت اعداد مربوط به تفاوت انواع ربا است؛ مثلاً ربای اضعاف مضاعف با ربای معمولی متفاوت است و قبح و زشتی آن‌ها یکسان نیست. ربا گرفتن از یک انسان ضعیف که مثلاً برای درمان فرزندش مختصری قرض می‌گیرد، با ربا گرفتن از افرادی که در چنین شرایط اضطراری قرار ندارند، فرق می‌کند و اولی به مراتب زشت‌تر و ظالمانه‌تر از دومی است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۸۲)



گروه دوم: ملعون بودن ربا دهنده و گیرنده: این گروه از روایات تمام کسانی را که به نحوی دخالت در عمل ربا داشته‌اند، لعن می‌کند. روایات در این باب زیاد است، به عنوان نمونه به یکی از آن‌ها پرداخته می‌شود:

امیر مؤمنان (ع) می‌فرماید: «پیامبر گرامی اسلام پنج گروه را که در انجام عمل ربا دخالت دارند لعنت نموده است که عبارتند از: ۱. کسی که مهمان رباخوار می‌شود و از غذایی که از پول ربا تهیه شده است با علم و آگاهی استفاده می‌کند؛ ۲. رباخوار؛ ۳. ربا دهنده؛ ۴. کسی که ربا را محاسبه می‌کند؛ ۵. شهود قرار داد ربا». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۲۲؛ نوری، ۱۴۰۸، ۱۳: ۳۳۴)^۱

گروه سوم: خبیث بودن ربا در میان معاملات: امام باقر (ع) می‌فرماید: «خبیث‌ترین نوع معاملات ربا است». (همان، ۳۲۹)^۲

گروه چهارم: عواقب دنیوی ربا برای رباخواران: امام صادق (ع) می‌فرماید: «هرگاه خداوند بخواهد قومی را هلاک نماید، رباخواری و معاملات ربوی را بینشان رواج می‌بخشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۲۲)^۳

۱ لعن رسول الله صلى الله عليه واله وسلم الربا و آكله و بايعه و مشتريه و كاتبه و شاهديه.

۲ شَرُّ الْكَشْبِ كَشْبُ الْوُثَا الْخَبَرِ.

۳ إذا اراد الله ب قوم هلاكاً ظهر فيهم الربا

بنابراین با توجه به چهار گروه از روایات فوق که هر گروه روایات متعددی را در مورد حرمت ربا با خود دارد، حرمت این نوع از معامله را به مرحله تواتر می‌رساند. **گروه پنجم: روایات مخصوص ربای قرضی:** در کنار روایات فوق که از لحاظ دلالت شامل هر دو قسم از ربا می‌گردد، دسته دیگر از اخبار مخصوص ربای قرضی است؛ به عنوان نمونه تنها به دو روایت آن اکتفا می‌شود:

از امام صادق (ع) در مورد مردی سوال شد که به بیع سلم مبلغ بیست دینار را داده با این انگیزه که ده دینار یا شبیه آن را به عنوان قرض به ایشان بدهد. امام در پاسخ فرمود: «چنین معامله‌ای درست نیست؛ زیرا قرضی است که منفعت در آن موجود است». حر عاملی، ۱۴۰۸، ۱۳: ۴۰۹^۱

از امام باقر (ع) نقل شده است که فرمود: «هر قرضی که منفعت در آن باشد ربا است». (همان)^۲

از این دو روایت به دست می‌آید که ربای قرضی با هر نوع شرط، حرام است.

۳. فلسفه حرمت ربا

بحث از فلسفه احکام، کار معقول و پسندیده‌ای است که به اندازه توان با اتکای به آیات و روایات باید به آن پرداخته شود؛ زیرا آگاهی از فلسفه حرمت محرمات و وجوب واجبات، تأثیر زیادی در اجرایی شدن بهتر واجبات و ترک محرمات دارد. بنابراین با توجه به روایات زیادی که در مورد حرمت ربا آمده است، روایات متعددی فلسفه حرمت ربا را نیز تبیین نموده که به چند مورد از آن‌ها پرداخته می‌شود:

۱-۳. بدون جهت گرفتن مال

روایتی را ابن سنان از حضرت امام رضا (ع) نقل می‌کند که فرموده است: در حرمت ربا دو دلیل وجود دارد؛ اول سخن خداوند متعال در قرآن مجید [که به چند آیه آن قبلاً اشاره شد]، دوم اینکه رباخواری اکل مال به باطل است. سپس امام مثال می‌زند که اگر کسی یک درهم را به دو درهم بفروشد، در این معامله یک درهم در مقابل یک درهم قرار

۱ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع: أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَسْلُمُ فِي بَيْعِ عَشْرِينَ دِينَارًا عَلَى أَنْ يَفْرَضَ صَاحِبُهُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ قَالَ لَا.

۲ عن الباقر (ع): كُلُّ قَرْضٍ جَزْءٌ مُنْتَفَعَةٌ فَهُوَ رِبَا. (همان)



می‌گیرد؛ اما در هم دومی که فروشنده از خریدار می‌گیرد باطل است و دلیل عقلی و منطقی ندارد. به همین جهت اکل مال به باطل است و از این رو رباخواری حرام شده است. سپس چنین معامله‌ای را که باعث فساد اموال می‌شود به معامله انسان سفیه تشبیه می‌کند؛ یعنی معامله ربوی شبیه معامله سفیهی است و معامله سفیهی باطل است. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۲۳)

۲-۳. عامل دوری جستن مردم از نظام اقتصاد سالم

ربا سبب می‌شود که مردم از معاملات سازنده و سالم از راه حلال روی گردان شده و به سمت معامله فسادآور روی بیاورند. در این باره روایات متعددی وجود دارد که تنها به یک مورد آن اشاره می‌شود:

هشام ابن الحکم از حضرت امام صادق (ع) در مورد علت حرمت ربا می‌پرسد امام در پاسخ می‌فرماید:

اگر رباخواری حلال بود، مردم کارهای مفید تجاری و هر آنچه را که به آن احتیاج داشتند ترک می‌کردند. به همین جهت خداوند ربا را حرام کرد تا مردم از آن متفر شوند و به سوی کارهای حلال و تلاش‌های اقتصادی مفید بروند و قرض فقط به صورت قرض الحسنه باقی بماند. (همان)

۳-۳. معامله ظالمانه

در قرآن کریم که ادله حرمت ربا بیان شده، در ذیل آن با این تعبیر فلسفه حرمت ربا را نیز این گونه بیان می‌نماید: «... لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ»؛ (بقره: ۲۷۹) یعنی نه ظلم کنید و نه زیر بار ظلم بروید به این معنا که اگر ربا بگیرید ظلم کرده‌اید. پس بار ربا گرفتن ظلم نکنید.

۴-۳. عامل از بین بردن عواطف انسانی

در این باره روایتی از سماعه است که از امام صادق نقل می‌کند می‌گوید: به حضرت امام صادق (ع) عرض کردم چرا خداوند متعال ربا را در قرآن به طور مکرر مطرح کرده است؟ امام فرمود علت آن را می‌دانی؟ عرض کردم نه. حضرت فرمود به خاطر این که مردم در اثر رباخواری از کارهای خیر و شایسته مانند قرض الحسنه بازمانند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۱۲۴)

۴. ربای قرضی از نظر فقهای سنی و شیعه

ابن قدامه که یکی از بزرگان فقهای اهل سنت است، در کتاب المغنی خود تصریح می‌کند که «تمام فقها اجماع دارند بر این که ربای قرضی حرام است». (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۴: ۳۳)

علامه حلی یکی از علمای بزرگ امامیه در کتاب تذکره الفقها می‌فرماید: شرط قرض دادن این است که همراه با منفعت نباشد؛ زیرا رسول خدا (ص) از چنین قرضی منع کرده است. بنابراین جایز نیست کسی قرض دهد با این شرط که مال شکسته او را به‌صورت سالم برگرداند یا مال پست او را در عوض مال خود برگرداند یا بیشتر از آن را به قرض دهنده برگرداند و این مورد اتفاق علمای شیعه است. (حلی، ۱۳۸۸، ۲: ۶)

صاحب جواهر یکی دیگر از علمای شیعه امامیه می‌فرماید: شرط قرض، اکتفا بر مسترد کردن عوض تنها است. پس اگر قرض دهنده شرط منفعت نماید، حرام است و اجماع تمام مسلمان‌ها بر این است؛ زیرا چنین قرضی مصداق ربا پنداشته می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۳، ۲۵: ۵)

امام خمینی (ره) نیز در مورد اصل تحریم قرض آمیخته با ربا و شرایط آن بحث کرده است که ترجمه سخن ایشان چنین است:

در قرض الحسنه شرط زیاده جایز نیست؛ مثل اینکه مالی را قرض دهد مشروط باینکه زیادت‌ر از آنچه داده است بگیرد و تفاوتی نیست بین این که شرط به‌صورت صریح در قرارداد قرض آمده باشد یا به‌صورت شرط ذهنی به گونه‌ای که قبلاً گفتگوهای سود و بهره شده و قرارداد قرض با توجه به آن انجام می‌گیرد بی‌آنکه صریحاً سخنی از سود هنگام قرارداد رسمی به میان آید و این همان ربای قرضی حرام است که شدیداً از آن نهی شده است و نیز فرقی نیست بین این که زیاده و سود عین باشد^۱ یا زیاده و سود از قبیل منافع باشد^۲ یا این که زیاده انتفاعیه باشد^۳ و نیز تفاوتی نیست در ربای قرضی بین این که جنسی باشد که با پیمانه

۱. مثل اینکه ده درهم بدهد (یک‌ماهه) و دوازده درهم بگیرد یا سود عملی باشد مثل اینکه ده درهم می‌دهد و بعد از یک سال همان ده درهم را پس می‌گیرد به‌شرط اینکه قرض گیرنده لباسی برای او بدوزد.

۲. مثل اینکه قرضی به او می‌دهد که بعد از مدت مقرر همان مقدار را برگرداند و شرط می‌کند که منزلش را به قیمت کمتر به او اجاره دهد.

۳. مثل اینکه مقداری قرض می‌دهد و بعد از مدتی همان مقدار را می‌گیرد و چیزی را به‌عنوان رهن از او می‌گیرد و شرط می‌کند که در بهره‌گیری از رهن آزاد باشد یا این که زیاده وصفیه باشد مثل اینکه درهم‌های شکسته و ناقص را قرض می‌دهد به‌شرط اینکه همان مقدار درهم سالم باز پس بگیرد.



وزن آن را می‌فروشند یا با شمارش.^۱ (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ۱: ۶۵۱)

تا به حال بحث در مورد حرمت ربای قرضی بود که با توجه به فرمایش امام خمینی در مورد ربای قرضی، با تمام شرایط پنج‌گانه خود حرام است. حالا باید دید که بانکداری جزء مصادیق ربای قرضی به حساب می‌آید یا خیر؟ پیش از آنکه به این سؤال پاسخ داده شود، ابتدا خدمات بانکی مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۵. عمده‌ترین خدمات بانکی

هرچند بانک‌ها مخصوصاً بانک‌های رباخوار فعالیت‌های بانکی زیادی انجام می‌دهد؛ اما عمده‌ترین خدمات بانکی که اگر به صورت واقعی‌اش انجام شود و امروزه توسط بانک‌های سالم انجام می‌شود، اشکال واقعی ندارد. آن خدمات امور زیر است:

الف. حساب‌های جاری: اولین خدمت بانک، ارائه حساب‌های جاری است؛ به این معنا که مردم پولی را در بانک می‌گذارند به این شرط که هرزمانی و به هر مبلغی که خواستند بانک بدون هیچ نوع قید و شرطی بپردازد. در این نوع حساب بانک نه سودی می‌دهد و نه می‌گیرد. این نوع از خدمات که ماهیتاً ودیعه و امانت بر اساس ارزش پولی است، مخالف قوانین شرعی نبوده و حرام نیست. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۲۳)

ب. وام‌های قرض الحسنه: به این معنا که بانک‌ها مقدار پولی را برای تسهیل در کار مردم به عنوان قرض پرداخت می‌کند بدون اینکه در بدل آن زیادت عینی، منفعتی و یا کاری را شرط نماید.

ج. حساب‌های پس انداز: به این منظور، کسانی که قصد ذخیره کردن پول‌هایشان را دارند، یگانه جای مطمئن بانک است.

د. نقل و انتقال سرمایه‌ها و حواله جات بدون هزینه؛

هـ. سپرده‌های مردم نزد بانک‌ها؛

۱. مثل اینکه مقداری تخم مرغ را یا چهارمغز را قرض می‌دهد و بعد همراه با زیاده باز پس گیرد.

و تسهیلات بانکی.

مسئله اگر بانک‌های سالم این خدمات را به صورت درست و صحیح انجام دهد، اسلامی بوده و نه تنها برخلاف شرع نیست، بلکه مصداق آیه «تَعَاوَنُوا عَلَي الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» (مائده: ۳) است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۲۱) تمام موارد فوق که به عنوان خدمات بانکی اسلامی است، اگر به صورت واقعی و با حفظ شکل و ساختار واقعی اش از سوی بانک‌ها صورت بگیرد، مشکل شرعی ندارد و مفید است؛ اما اگر هر یک از موارد فوق، به عنوان پوششی برای رباخواری باشد، مشکل شرعی به وجود می‌آید و عنوان هیچ‌گاه ماهیت ربا را تغییر داده نمی‌تواند. گرفتن حق الزحمه کارمندان بانکی و کرایه‌های ساختمان‌های بانکی‌ها، از طریق پول مردم اگر به صورت واقعی باشد و به عنوان پوشش برای رباخواری استفاده نشود، مشکل ندارد و مصداق ربا نیست. (همان، ۱۲۴-۱۲۹)

۶. راه‌های مشروعیت بخشیدن به سودهای بانکی

گرچه بانک‌ها در کشورهای اسلامی تحت عناوین فوق برای مردم ارائه خدمات می‌نمایند؛ اما متأسفانه در بسیاری بانک‌ها عناوین فوق بیشتر صوری و شکلی بوده و ماهیت اصلی شان رباخواری است که هیچ‌گاه عناوین مشروع به معنوی غیر مشروع مشروعیت و مقبولیت نمی‌دهد. برای این که بانک‌ها به صورت اسلامی و شرعی خدمات بانکی نمایند، مناسب است که تحت عناوین زیر پول را از مردم گرفته تا تمام سودی که از طریق اموال مردم به دست می‌آورد، مشروع و حلال گردد:

۱- ۶. عقد مضاربه

عقد مضاربه نخستین جایگزینی است که نظر دانشمندان اسلامی را در مباحث جایگزین بانکداری ربوی به خود جلب کرده و این نظریه در برخی بانک‌های اسلامی موفقیت بزرگی به دست آورده است. درباره موفقیت این راهکار باید به چند نکته اشاره کرد:

اول: عقد مضاربه در اصطلاح فقه اسلامی، عقد مخصوص مالک (صاحب



سرمایه) و عامل (صاحب‌کار) است. صاحب سرمایه با عامل به این صورت عقد تجاری می‌بندد که سرمایه از من و کار از شما باشد و سود هرکدام به نسبت درصدی معین می‌شود. در بیشتر موارد، اجرای عقد بین مالک و عامل به صورت مستقیم صورت می‌گیرد؛ اما گاهی شخص سومی بین آن‌ها واسطه می‌شود و عقد مضاربه را با وکالت از سوی صاحب سرمایه با عامل اجرا می‌کند. در این میان بانک واسطه‌ای است که از سوی سپرده‌گذار وکیل می‌شود تا اموالش را با عقد مضاربه و رعایت شرایط خاص به کارگزاران واگذار کند و سهم هر یک را از سود به دست آمده با درصد معین مشخص سازد.

دوم: موفقیت عقد مضاربه به عنوان یک گزینه جایگزین برای نظام سنتی ربوی در توسعه اقتصادی، صنعتی و کشاورزی، از یک سو به تقویت امانت‌داری و اعتماد بین «مالک»، «عامل» و «واسطه» بستگی دارد و از سوی دیگر، به از بین بردن موانع در هنگام به کارگیری مضاربه وابسته است. (فیاض، بی تا: ۵۶ و ۵۷)

۲-۶. عقد وکالت

بانک از سوی سپرده‌گذاران وکالت دارد تا به حسب آنچه مصلحت می‌بیند، در سپرده‌هایشان تصرف کند. پس می‌تواند به جای این که به مشتریان خود از سپرده‌های موجود، وام با بهره ربوی بدهد، سرمایه‌ای را در اختیار آن‌ها قرار دهد و به آن‌ها وکالت دهد تا برای خرید نیازمندی‌های خودشان از قبیل شخصی، تجاری، صنعتی، کشاورزی و مانند آن اقدام کنند. بعد از خرید و تحویل گرفتن وسایل، مشتری وسایل را با وکالتی که از بانک دارد باقیمت مؤجل (مدت‌دار) به خودش می‌فروشد. هم چنین تفاوت قیمت زمان خرید و نسبه می‌بایست کم‌تر از سود قرض ربوی نباشد و سود آن را تضمین کند. (همان، ۵۸)

۳-۶. بیع مرابحه

در بیع مرابحه به جای این که به مشتریان قرض با ربا داده شود تا لوازم شخصی یا تجاری خود را بخرند، خود بانک لوازم مورد نیازشان را به صورت نقدی می‌خرد. آنگاه

با قیمت مدت‌دار (مؤجل) که متضمن سود است، به آن‌ها می‌فروشد. برای عملیاتی کردن این نظریه لازم نیست بانک انبارهایی داشته باشد تا همه کالاهای موردنیاز مشتریان اعم از لوازم شخصی، تجاری، تأسیساتی، صنعتی و شغلی و مانند آن در آنجا ذخیره شود؛ زیرا بانک تنها بعد از مطالبه مشتری، اقدام به خرید کالا می‌کند و حتی در صورتی که پس از مطالبه، مشتری کالایی که بانک برای وی تهیه کرده است را بخرد، بانک می‌تواند کالا را به شخص دیگری بفروشد. (همان)

۴-۶. بیع سلم (پیش فروش)

بیع سلم معامله‌ای است که در آن، فروشنده جنسی را می‌فروشد و قیمت آن را حالا تحویل می‌گیرد؛ اما جنس را بعداً به مشتری تحویل می‌دهد. بر اساس بیع سلم، به جای این که بانک به مشتریان خود، وام را با سود ربوی بدهد تا آن‌ها کالایی را برای سرمایه‌گذاری، تجارت یا نیازهای شخصی به صورت پیش فروش بخرند، خود بانک کالاهای موردنیاز مشتری را به صورت پیش فروش می‌خرد و بعد از سررسید مدت و تحویل گرفتن کالا، آن کالا را به مشتریان به قیمت مدت‌دار با سودی معین - که کم‌تر از سود ربوی نیست - می‌فروشد.

از همین روی، معامله پیش فروش می‌تواند جای‌گزین قرض ربوی در تأمین سرمایه شرکت‌های تجاری، نهادهای صنعتی، کشاورزی و ساختمانی شود، به این صورت که تولیدات آن‌ها را به صورت پیش فروش می‌خرد و وجه آن‌ها را - به جای وام با بهره (ربا) - به صورت نقدی و برای تأمین سرمایه به خودشان باز می‌گرداند. زمانی که فعالیت شرکت‌ها به نتیجه رسید، صاحبان شرکت به عنوان وکیل بانک، تولیدات خود را به فروش می‌رسانند و وجه آن را به بانک می‌دهند. به این ترتیب، بانک با خرید محصولات شرکت‌ها به قیمت نقدی و به صورت پیش فروش، بیع سلم را جای‌گزین وام‌های ربایی می‌گرداند. (همان، ۶۰)

۵-۶. شرکت

شرکت یا شراکت عبارت است از قراردادی که بین دو نفر یا بیش‌تر منعقد می‌شود.



لازمه وجود شرکت این است که هر یک از افراد به منظور سودآوری و با پرداخت مبلغی، در پروژه معین تجاری، صنعتی یا کشاورزی سرمایه‌گذاری می‌کنند و سهم می‌شوند.

شرکت به جای این که از بانک با بهره ربوی قرض بگیرد، از بانک می‌خواهد بخشی از سرمایه شرکت را تأمین کند و این بخش، سهم مشارکت بانک شمرده می‌شود. بنابراین، بانک یکی از شریکان به حساب می‌آید. در نتیجه سرمایه شرکت از مجموع سهم بانک و سهم سرمایه‌گذاران (سپرده‌گذاران) تشکیل می‌شود و سهم هر یک از شریکان به تناسب درصد سهمشان مشخص می‌شود و سود نیز به همان نسبت بین شرکا تقسیم می‌گردد.

طبیعی است که سود بانک از سهام و مشارکت در شرکت‌های تجاری، صنعتی یا کشاورزی و مانند آن، کم‌تر از فایده‌ای نیست که از طریق اعطای وام‌های ربوی به مشتریان خود به دست می‌آورد؛ زیرا بانک به صورت اتفاقی و بدون محاسبه، به مشارکت و دریافت سهم از شرکت‌های سرمایه‌گذاری ورود نمی‌کند، بلکه بعد از بررسی میزان موفقیت و شناخت کافی از سهام‌داران آن شرکت - که دارای سابقه درخشان در عرصه‌های تجارت، صنعت و مانند آن باشد - اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند. برای بانک این امکان وجود دارد که در اداره کردن شرکت، خود سرمایه‌گذاران یا شخصی دیگر در کنار سرمایه‌گذاران را وکیل خود قرار دهد. در هر دو صورت، وکیل بانک، مسئول و ضامن خسارت‌ها نیست، مگر این که افراط و تفریط کرده باشد و مقصر شناخته شود. (همان، ۶۲)

۶-۶ تبدیل قرض به بیع

به این صورت است که بانک به جای این که مثلاً صد دینار را به ۱۱۰ دینار شش ماهه به مشتری خود وام بدهد، صد دینار را به ۱۱۰ دینار شش ماهه می‌فروشد و این کار ربا نیست. در توضیح مطلب باید گفت پول (اسکناس‌های امروزی) چون از جنس طلا و نقره نیست، جانشین آن‌ها نیز نیست. پس حکم طلا و نقره را (در مسئله ربا) نخواهد داشت. هم‌چنین از نوع مکیل و موزون هم نیست تا مساوات بین ثمن و



مُثْمَن در آن‌ها معتبر باشد. این در حالی است که در معامله طلا به طلا و نقره به نقره، مساوات بین ثمن و مُثْمَن معتبر است. بنابراین هیچ منعی وجود ندارد که اسکناس‌ها را به بیش‌تر از آن که در ذمه است، به‌صورت مؤجل بفروشد؛ به این صورت که شخص بیست دینار موجود را مثلاً به ۲۵ دینار کلی در ذمه به‌صورت مدت‌دار تا سه ماه بفروشد. (همان، ۶۳)

نتیجه‌گیری

ربا در اصطلاح به معنای زیادی در معامله یا قرض با شرایط خاص است و اقسام آن ربای معاوضی و قرضی است. آنچه در این تحقیق مورد واکاوی قرارگرفت ربای قرضی است؛ زیرا ربای قرضی بیشتر محل ابتلا بوده که امروزه این ربا در قالب معاملات و تبادلات بانک‌ها نمود بیشتر پیدا کرده است. حکم ربا در شریعت، مشخص است که حرام است. در این تحقیق به ادله حرمت ربای قرضی از طریق آیات و روایات پرداخته شده و فلسفه حرمت آن با توجه به فرمایش حضرات معصومین (علیهم السلام) بازنگری شد. فقهای اسلامی اعم از تسنن و تشیع در رابطه با حرمت ربای قرضی اجماع نظر داشته و امام خمینی (ره) ربای قرضی را باتمام شرایط پنج‌گانه آن، حرام دانسته است. هرچند بانک‌های سالم معمولاً اقدام به ارائه خدماتی می‌نمایند که هیچ‌کدام مخالف شرع نیست؛ اما به خاطر اینکه نظام بانکی از روند کاری سالم‌تر برخوردار گردد و بر اساس قوانین شرعی استوار شود، در عقد قراردادهای بانکی از عقود شرعی چون عقد مضاربه، شرکت، تبدیل قرض به بیع، بیع سلم عقد وکالت و بیع مرابحه استفاده نمایند که حکم همه اینها حلیت است. براین اساس می‌توان از ربا و گسترش اقتصاد و مال حرام در جامعه اسلامی جلوگیری کرد.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، (۱۳۸۸ق)، المغنی لابن القدامه، ریاض: دارعالم الكتب.
۲. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳. حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۸۸ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، المفردات فی غریب الفاظ القرآن، دمشق- بیروت: دارالعلم الدارالشامیه.
۵. العاملی، زین الدین الجبعی، (۱۳۹۸)، الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة، قم: دارالتفسیر.
۶. فیاض، محمد اسحاق، (بی تا)، بانکداری از نگاه اسلام، قم: صاحب الامر (عج).
۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۹)، ربا و بانکداری اسلامی، قم: انتشارات امام علی ابن ابی طالب.
۹. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۸۵)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رح).
۱۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۱۱. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

