



قاعده‌ی "عدم شرطیة البلوغ فی الاحکام الوضعية" در فقه، با رویکردی بر نظر امام خمینی

عبدالجبار زرگوش نسب (نویسنده مسئول)
دکتری فقه و مبانی حقوق، استاد دانشگاه ایلام، ایران
a.zargooshnasab@ilam.ac.ir
فاطمه کهزادی مقدم دانش آموخته ارشد دانشگاه ایلام
f.kohzadi313@gmail.com

۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰،۰۱،۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰،۰۵،۲۰

چکیده

این پژوهش به شیوه‌ی توصیفی-تحلیلی، بر آن است تا اثبات کند بلوغ، در احکام وضعی شرط نیست که مفاد قاعده است. در این زمینه، به ادله‌ی اثبات آن، اعم از عمومات و اطلاقات، اجماع و سیره‌ی متشرعه و عقلاً با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره) پرداخته و این آرا را بررسی کرده است. حکم وضعی، حکمی است که مستقیماً به فعل و رفتار مکلف ارتباط ندارد، بلکه وضعیت خاصی را مقرر می‌کند که در رفتار انسان، به نحو غیرمستقیم، تأثیر می‌گذارد. عمومات و اطلاقات احکام، شامل صبی و نابالغ می‌شوند و این موارد تخصیص نخورده‌اند و مقید به بالغین نیستند و به بالغین انصراف ندارند. احکام تکلیفی الزامی به بلوغ تخصیص خورده‌اند؛ اما احکام مستحب و احکام وضعی، تخصیصی ندارند و از دیدگاه عقلی و شرعی، مانعی برای شمول آنها درباره‌ی کودکان وجود ندارد. نظریه‌ی مختار نویسندگان این است که در احکام وضعی، بلوغ شرط نیست و قاعده، مبتنی بر دلایل استواری است.

واژگان کلیدی: قاعده، کودک، نابالغ، احکام وضعی، احکام تکلیفی، امام خمینی.

مقدمه

حکم شرعی عبارت است از تشریع صادر از جانب خداوند برای ساماندهی زندگی انسان، خواه به افعال مکلفین یا به خود مکلف و یا به چیزهایی تعلق داشته باشد که در زندگی مکلف دخیل است؛ اما خطاب‌های شرعی که در کتاب و سنت وجود دارد، کاشف و بیان‌کننده‌ی این حکم شرعی هستند؛ نه خود حکم؛ بنابراین، تعریف مشهور در نزد قدمای اصولیون، از دو جهت، صحیح نیست. تعریف حکم نزد قدام عبارت است از خطاب شرعی که به افعال مکلفین تعلق دارد. در این تعریف، خطاب شرعی که آیه یا روایت باشد؛ همان حکم شرعی معرفی شده است، در صورتی که خطاب، کاشف و حاکی از حکم و دال بر آن است و حکم شرعی، مدلول خطاب است. علاوه بر آن، حکم شرعی همیشه به افعال مکلفین تعلق نمی‌گیرد، بلکه گاه به خود مکلفین و گاه به چیز دیگری غیر از مکلف و فعل او تعلق می‌پذیرد (شهید صدر، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۶۱). حکم شرعی به حکم تکلیفی و حکم وضعی تقسیم می‌شود:

یک. حکم تکلیفی عبارت است از حکمی که به افعال انسان تعلق می‌پذیرد و مستقیماً با رفتار او در جوانب مختلف زندگی شخصی، عادی، خانوادگی، اقتصادی و سیاسی ارتباط دارد که شریعت به آنها پرداخته و همگی را سامان داده است؛ مانند حرمت شرب خمر.

دو. حکم وضعی، حکمی است که مستقیماً به فعل و رفتار مکلف ارتباط ندارد، بلکه وضعیت خاصی را مقرر می‌کند که در رفتار انسان، به نحو غیرمستقیم، تأثیر می‌گذارد؛ مانند احکامی که روابط زوجیت را تنظیم می‌کند. این احکام به‌طور مستقیم، رابطه‌ی معینی میان زوج و زوجه تشریع می‌کنند؛ اما به‌صورت غیرمستقیم، بر رفتار فرد تأثیر می‌گذارند و آن را جهت می‌دهند؛ زوج در برابر زوجه و زوجه در برابر زوج، وظیفه‌ای خاصی پیدا می‌کند؛ مثلاً زوج باید نفقه‌ی زوجه را بدهد و زوجه باید نسبت به شوهر تمکین کند. زوجیت حکمی وضعی است و وجوب انفاق، حکمی تکلیفی؛ ملکیت حکمی وضعی و عدم جواز تصرف در مال غیر بدون اذن، حکمی تکلیفی است (همان، ۶۲-۶۱). احکام وضعی، احکامی هستند که نیازمند خطاب شرعی نیستند و در صورتی که صحیح انجام بگیرند، دارای اثرند و نیز میان اینکه توسط بالغین یا نابالغان ایجاد شوند، تفاوتی نیست؛ بنابراین، اگر کودک مثلاً اقدام به روزه گرفتن کرد، روزه‌ی او صحیح است؛ چون صحت از احکام وضعی است و اختصاص به مکلفین ندارد؛ اما این روزه مشروعیت شرعی نداشته و امر شرعی به آن تعلق نگرفته است (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۷۸). گاهی هم حکم وضعی هیچ‌گونه دخالتی در حکم تکلیفی ندارد؛ مثلاً کسی که وکیل می‌شود تا صیغه‌ی عقد نکاح را جاری کند، به دنبال وکالتش، هیچ‌گونه حکم تکلیفی مترتب نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۳۱۵). حتی برخی فقها درباره‌ی صحت عبادات صبی قائل شدند به اینکه صحت از احکام وضعی است و شامل کودک نیز می‌شود و ادعای اجماع نیز بر آن شده است (بجنوردی، ۱۳۸۴/ش ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۱۷۳). به نظر فخرالمحققین صحت، در اصطلاح، یکی از احکام وضعی است و به حالتی گفته می‌شود که عمل، موافق با شرایط انجام شده و اثر شرعی بر آن مترتب می‌شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۰۸). آیت‌الله بجنوردی (ره) در قاعده‌ی «مشروعیت عبادات صبی» سه نظر

بیان کرده است که خلاصه آنها عبارتند از: یک. عبادات صبی مشروعیت دارد؛ دو. عبادات صبی حالت تمرینی دارد؛ سه. عبادات صبی صحیح است؛ اما مشروعیت ندارد (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۴/ش/۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۱۱۰ و ۱۰۹). سپس ایشان، به طور مفصل، سه نظریه را نقد و بررسی کرده است و می‌گوید: قول اول که نظریه‌ی مشهور فقها است، مختار ما است (همان، ص ۱۱۲). فقها برای صحت عبادات صبی استدلال کرده‌اند به اینکه صحت از احکام وضعی است؛ لذا قائل به صحت عبادات کودک شدند. گویا اینکه بلوغ، در احکام وضعی شرط نیست، امر مسلمی نزد این گروه است. از جمله‌ی این دسته از فقها، شهید ثانی درباره‌ی روزه‌ی صبی ممیز می‌گوید: در صحت نیت کودک و صحت روزه‌اش اشکالی نیست؛ زیرا صحت از احکام وضعی است و متوقف بر صدور تکلیف شرعی نیست. همچنین معتقد است: عبادات کودک صحیح است؛ چون از احکام وضعی است؛ اما مشروعیت ندارد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۵). از قول رسول (ص): «من احیا ارضاً مواتاً فیهی له» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۱۵۲)، به دست می‌آید که احیا سبب ملکیت است و سببیت وصف احیاء است و محیی خصوصیتی ندارد؛ خواه بالغ باشد یا نابالغ. قول رسول خدا (ص): «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۴۹؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۷، ج ۱۷، ص ۸۸) دلالت دارد بر اینکه اخذ و استیلا موجب ضمان می‌شود؛ خواه از بالغ یا از نابالغ صادر شود و روایات دیگر نیز بر آن دلالت دارند. به نظر صاحب جواهر، خریدوفروش صبی که ده سال سن ندارد، صحیح نیست و ادعای اجماع محصل و منقول بر آن کرده است، هر چند ولی به آن اذن داده باشد؛ اما اگر ده سال داشته باشد، به نظر مشهور فقها، جز آنچه از شیخ طوسی نقل شده است، صحیح خواهد بود. صاحب جواهر از سخن مقدس اردبیلی و فقهای پس از او که ادعا کرده‌اند عقد صبی صحیح است، تعجب کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۶۱)؛ همچنین از استدلال به اطلاق آنچه بر صحت بیع دلالت دارند، با استفاده از خطابات وضعی که اختصاص به مکلفین ندارد، متعجب است (همان).

۱. طرح مسئله

فقها درباره‌ی تصرفات صبی و نابالغ نظرات متفاوتی دارند که عبارتند از:

یک. تصرفات مستقل صبی و نابالغ: مشهور فقها قائل به بطلان تصرفات صبی هستند که به صورت مستقل از ولی انجام می‌شود؛ اما برخی از آنان مانند اردبیلی، به صحت تصرفات صبی تمایل دارند (اردبیلی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۵۲). عده‌ای دیگر به صحت چنین تصرفاتی اشکال کرده‌اند؛ اما تصریح به بطلان نکرده‌اند (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۹۹).

دو. تصرفات صبی و نابالغ با اذن ولی: مشهور فقها به بطلان این قسمت نیز معتقدند. آنان به استناد احادیثی مانند «رفع قلم» و «عمد صبی و خطاه سیان» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۲ و ۹۰) به مسلوب‌العبارہ صبی معتقدند. فقهای دیگری مانند مرحوم حکیم در نهج الفقاهة و اردبیلی در این نظر مناقشه کرده‌اند و برخی آن را رد کرده‌اند (حکیم، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۴۲؛ اردبیلی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۵۲). به نظر مرحوم خوئی اگر از جانب

صبی، معامله‌ای بدون اذن ولی صورت بگیرد، سپس اجازه‌ی ولی به معامله ملحق گردد، معامله صحیح است؛ چون اقدام صبی در حکم فضولی است؛ اما اگر ولی در ابتدا به معامله اذن داده باشد، معامله باطل است؛ زیرا از دادن مال به یتیم نهی شده است (خوئی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۳۶۰). مرحوم خوئی میان اذن و اجازه قائل به تفصیل شده است.

سه. وکالت صبی ممیز: درباره‌ی وکالت صبی از ولی خود یا از دیگری معاملاتی انجام دهد، دو نظر وجود دارد: عدم صحت معامله مبنی بر اینکه صبی مسلوب‌العبار است؛ نظر دوم صحت معامله‌ی صبی ممیز است که مبنی بر عدم مسلوب‌العبار بودن صبی است (امام خمینی، ۱۳۸۸ ش/۱۴۳۰ ق، ج ۲، ص ۳۰).

چهار. استثنائاتی از نظرات فقهایی که به بطلان معامله‌ی صبی معتقدند:

الف. در صورتی که اشیا و چیزهای جزئی مورد معامله باشد؛ مانند هندوانه و میوه، معامله صحیح است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۲۵۶). علت آن را دفع عسر و حرج بیان کردند. از نظر برخی، منع صبی و نابالغ از این نوع معامله، مستلزم عسر و حرج نیست (انصاری، ۱۴۳۴، ج ۳، ص ۲۸۷).

ب. در مواردی که صبی ممیز، به مثابه وسیله و آلتی برای رساندن یکی از عوضین به بایع یا مشتری باشد؛ زیرا سیره‌ی مسلمین در زمان‌های مختلف بر این عمل بوده است (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۱۱۶).

به بیانی دیگر، نظرات و آرای فقها درباره‌ی معاملات کودک و نابالغ عبارتند از:

یک. نظر مشهور: مشهور فقها قائل به عدم صحت معاملات کودک مطلقاً هستند؛ به علت اینکه کودک فاقد بلوغ و رشد است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۸۲؛ جیبی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۵۵؛ فاضل آبی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۵۵۲).

دو. نظر امام خمینی (ره): بیع نابالغ ولو اینکه ممیز باشد و بیع با اذن ولی باشد، در صورتی که در واقع ساختن آن مستقل باشد، صحیح نیست؛ در چیزهای بزرگ و بااهمیت بنا بر قول قوی‌تر و در غیر آنها بنا بر احتیاط مستحب. اگرچه صحت معامله در چیزهای کم‌بها و جزئی، در صورتی که ممیز باشد، از مواردی که سیره‌ی عقلا بر آن جاری است، خالی از وجه و قوت نیست. چنان که اگر کودک و نابالغ به منزله‌ی آلت و وسیله باشند، به‌طوری که حقیقت معامله میان دو بالغ باشد، از مواردی است که مطلقاً اشکالی ندارد؛ و همان‌طوری که معامله‌ی کودک و نابالغ در چیزهای بااهمیت برای خودش صحیح نیست؛ همچنین برای غیر خودش هم در صورتی که وکیل باشد حتی اگر وکالت با اذن ولی باشد، صحیح نیست؛ و اما اگر تنها جهت اجرای صیغه وکیل باشد و اصل معامله میان دو بالغ باشد، صحت آن خالی از قرب نیست؛ پس کودک و نابالغ، مسلوب‌العبار نیست؛ ولی سزاوار نیست که احتیاط ترک شود (امام خمینی، ۱۳۹۴ ش/۱۴۳۶ ق، ج ۱، ص ۵۴۰). امام (ره) درباره‌ی آیه «وایتلوا الیتامی...»، چهار احتمال بیان کرده است. به نظر ایشان «حتی» برای بیان غایت است و منظور از آیه این است که لزوم آزمایش یتیم تا زمان بلوغ ادامه دارد. اگر معلوم شد رشید است، مال به او داده

می‌شود، والا فلا. لازمه‌ی این سخن این است که هریک از بلوغ و رشد، تمام موضوع نیست، بلکه دفع مال، مشروط به بلوغ و رسیدن رشد است، فادفعوا متفرع بر احراز رشد بعد از بلوغ است؛ اما وجوب آزمایش تا زمان بلوغ به سبب اهمیت موضوع و کشف رشد به زمان قابل اعتنائی نیاز است که کودک آزمایش شود (همان، ۱۳۸۸ ش/۱۴۳۰ ق، ج ۲، ص ۱۲).

سه. نظریه‌ی تفصیل: در صورتی که نابالغ رشید باشد، به نظر برخی، در صورت مستقل بودن و بدون اجازه و اذن ولی، باطل است و در صورت اجازه‌ی ولی صحیح است، مشروط بر اینکه معاملاتش به غبن فاحش منجر نشود و برخلاف مصلحت نباشد (حسنی، بی‌تا، ص ۶۳). به نظر صاحب تحریرالمجلة، از اعمال صبی پس از بلوغ و پیش از اثبات رشد، آنچه مطابق مصلحت و موافق عرف و عادت باشد، صحیح است و آنچه مطابق نباشد، باطل است، حتی در صورت اجازه و اذن ولی (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۶۲).

چهار. نظر محقق نائینی: وی درباره‌ی آیه‌ی «وایتلوا البتانی...» دو احتمال داده است: احتمال اول؛ جمله‌ی «فان آنستم»، فرع بر آزمایش پیش از بلوغ است؛ یعنی آنان را پیش از بلوغ آزمایش کنید از زمانی که رشدشان امکان‌پذیر است تا زمان بلوغ، اگر رشد آنان درائنی این مدت دانسته شد، اموالشان را به آنان بدهید. با توجه به این احتمال، برای نافذ شدن تصرف، رشد کفایت می‌کند، اگرچه بالغ نشده باشد.

احتمال دوم: جمله‌ی «فان آنستم» فرع بر آزمایش پس از بلوغ است؛ یعنی آنان را آزمایش کنید تا زمان بلوغ، پس هرگاه بالغ شدند درحالی که رشیدند، اموال را به آنان پرداخت کنید (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۶۸)؛

سپس ایشان احتمال دوم را ترجیح می‌دهد؛ به سبب اینکه احتمال اول مقتضی آن است که رشد در دفع اموال کفایت می‌کند (همان). البته آزمایش طریقت دارد نه موضوعیت (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۶۲).

پنج. نظر محقق اردبیلی: آیه دلالت صریح بر عدم جواز تصرفات صبی ندارد؛ زیرا عدم پرداخت و دفع مال به کودک، مستلزم عدم جواز ایقاع عقد و عدم اعتبار امر نابالغ نیست، به‌ویژه هنگامی که ولی اذن در تصرف دهد و کودک هم ممیز باشد (اردبیلی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۵۲).

پرسش‌های پژوهش:

پرسش اساسی این است که شرط نبودن بلوغ در احکام وضعی به چه صورت است؟

قاعده‌ی «عدم اشتراط احکام وضعی بالبلوغ» و همچنین حدیث «رفع قلم» چگونه به این موضوع پرداخته است؟

این پژوهش به دنبال پاسخ دادن به این پرسش‌ها و رفع شبهاتی است که در این زمینه وجود دارد و می‌کوشد استدلال‌ها و اشکالاتی که فقها درباره‌ی این موضوع ارائه داده‌اند را بیان و مورد کاوش قرار دهد.

۲. مفهوم قاعده‌ی «عدم اشتراط احکام وضعی به بلوغ»

مفهوم قاعده این است فعلی که موضوع برای حکم وضعی است، گاهی آن فعل سبب حکم نامیده می‌شود؛ اما این صحیح نیست، بلکه آن فعل، موضوع حکم است و سببیتی در میان نیست؛ زیرا سبب حکم، جعل شرعی است. فعل موضوع حکم است و گاهی از بالغ و گاهی از نابالغ صادر می‌شود. بلوغ فاعل، شرط تحقق حکم وضعی نیست؛ مثلاً حیزات مباحات، جمع‌آوری هیزم و علف، موضوع برای ملکیت است؛ خواه شخصی که جمع‌آوری کرده بالغ باشد یا نابالغ (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۴، ش/۱۴۲۶، ق، ج ۴، ص ۱۸۰). میان احکام تکلیفی و وضعی تفاوت وجود دارد؛ اولی به بالغ اختصاص دارد و دومی شامل بالغ و نابالغ می‌شود؛ مانند اتلاف مال توسط صبی؛ اما آنچه در موضوعشان، قصد اخذ شده؛ مانند انشای عقود و ایقاعات و طلاق، نسبت به صبی ثابت نیست (ر.ک: فاضل لنگرانی، ۱۳۹۲، ص ۳۵۱). مؤاخذه از آثار مخالفت تکلیف الزامی است. از نفی لازم (مؤاخذه)، نفی ملزوم کشف می‌شود؛ بنابراین، احکام تکلیفی الزامی بر صبی و نابالغ، منجز نیست.

۳. اقسام افعال از لحاظ ترتب آثار شرعی

افعال از لحاظ ترتب آثار شرعی به دو قسمت تقسیم می‌شوند:

یک. افعالی که آثار بر آنها مترتب می‌شود، اگر با قصد و اختیار، عمد و التفات صادر شوند. به نظر مشهور فقها، اگر این افعال از کودک و نابالغ صادر شوند، بدون اثر خواهند بود. افعالی که دارای عناوین قصیده هستند، اگر بدون قصد از نابالغ صادر شوند، تحقق پیدا نمی‌کنند. افعالی که خودشان موضوع احکام شرعی هستند، قصد و عمد در آنها در نظر گرفته نمی‌شود و درباره‌ی بالغ و کودک به همین صورت است؛ مانند جنابت که با آن غسل واجب می‌شود، اگر حالت خواب تحقق پیدا کند. مباشرت در نجاسات که موجب نجاست بدن می‌شود، اگر با بی‌توجهی مستقیم به نجاست باشد. حادث شدن ناقضی برای طهارت، اگر دانسته یا بدون اختیار صادر شده باشد؛ و مانند اتلاف مال غیر که موجب ضمان می‌شود، اگر در حال غفلت و جهل صادر شود؛ بنابراین، کودک و بالغ در احکام وضعی، بر این قسم از افعال مترتب می‌شوند و تفاوتی بینشان نیست؛ و آنچه میان فقها مشهور است این است که احکام وضعی به بالغین اختصاص ندارد و از آن قاعده‌ی فقهیه ذیل را تأسیس کردند «عدم اشتراط احکام وضعی بالبلوغ» (جمع من المحققین، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۱).

دو. افعالی که آثار ذاتاً بر آنها مترتب می‌شود، بدون تفاوت میان اینکه فاعل ملتفت و متوجه باشد یا نباشد و بدون تفاوت میان اینکه با اختیار باشد یا بدون اختیار. خلافی نیست درباره‌ی اینکه حکم وضعی در این افعال ثابت می‌شود. این مبنی است بر اینکه حدیث «رفع قلم» شامل احکام وضعی نیست. به نظر شیخ انصاری و محقق نائینی، حدیث رفع شامل احکام وضعی نیز می‌شود؛ اما امام خمینی و ایروانی، برخلاف نظر آنان قائل شده‌اند به اینکه استدلال امام رضا (ع) به حدیث پیامبر (ص) بر اساس ادعای طرف مقابل جاری است،

درحالی‌که استفاده‌ی عموم از حدیث امکان ندارد. اگر صحیح‌ه بزنطی^۱ مدنظر باشد، رفع و برداشتن در تمام احکام وضعی از آن استفاده می‌شود؛ اما با قطع‌نظر از این روایت، صحیح نیست گفته شود رفع درباره‌ی «ما لا یعلمون» در احکام وضعی جاری است (همان: ۱۰). گاهی ثبوت حکم وضعی در حق نابالغ، در برابر عدم ثبوت تکلیف لزومی، مطلقاً صحیح است.

۴. اقوال عدم ملازمه میان احکام وضعی و تکلیفی

دراین باره دو قول وجود دارد:

یک. احکام وضعی منتزع از احکام تکلیفی که به‌طور مستقل جعل نشده‌اند، چنانچه شیخ انصاری گفته که مشهور فقها به آن معتقدند.

دو. مستقل بودن احکام وضعی در جعل، چنانچه که گروهی از فقها به آن قائل شده‌اند (حلی، بی‌تا، ج ۴، ص ۸۷۵؛ فاضل تونی، ۱۴۱۵، ص ۲۰۲؛ میرزای قمی، ۱۳۰۸، ج ۲، ص ۵۴). این نزاع در سبب و شرط و مانع و جزء است؛ اما صحت و بطلان خصوصیتی دارند که بر هر دو مبنا، ملازم حکم تکلیفی‌اند؛ چون صحت و بطلان موافقت و مخالفت امر هستند، به بیان شارع نیاز دارند، بلکه به حکم عقل دانسته می‌شوند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۶، ص ۴۲).

۵. بررسی دلایل قاعده‌ی «عدم اشتراط بلوغ به احکام وضعی»

دلایل قاعده‌ی «شرط نبودن بلوغ در احکام وضعی» به شرح زیر کاوش و بررسی می‌شوند:

۵-۱. عموم ادله و روایات

در ابواب ضمانات، معاملات، حیازت، دیات، طهارات و...، ادله و روایات عام و مطلق وارد شده است که شامل بالغ و کودک و نابالغ به یک نواخت می‌شوند؛ ازجمله‌ی این ادله و روایات:

یک) پیامبر (ص) می‌فرماید: «من حاز شیئاً من المباحات ملکه» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۲۶).

دو) پیامبر (ص) نیز می‌فرماید: «علی الید ما اخذت حتی تؤدیة» (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴۶؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۶۹).

^۱ صحیح‌ه بزنطی: امام رضا (ع) در صحیح‌ه بزنطی بیاناتی دارد که درباره‌ی اکراه به سوگند به طلاق و عتق و صدقه دادن آنچه که مالک است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۳، ص ۲۲۶).

سه) پیامبر اکرم می‌فرماید: «من احیی ارضاً مواتاً فهی له» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۱۵۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۲۷). احیا سبب برای حصول ملکیت و اختصاص است و احیاکننده خصوصیتی ندارد. در سایر ادله همچنین است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۶).

چهار) رسول خدا می‌فرماید: «من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه اليه احد أو احیی ارضاً ميتة فهی له قضاء من الله و رسوله» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۲۸).

پنج) امام صادق (ع) می‌فرماید: «من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن» (همان، ج ۱۹، ص ۱۸۰). شش) پیامبر (ص) می‌فرماید: «من أخرج ميزاباً، أو كنيفاً، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابةً، أو حفر شيئاً فی طریق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن» (همان، ص ۱۸۳).

این عموماً و اطلاقات تخصیص نخورده‌اند و مقید نشده‌اند؛ مانند آیهی «اقیموا الصلاة» (بقره، ۴۳) و آیه «فمن شهد منكم الشهر فليصمه» (بقره، ۱۸۵) هستند که شامل کودکان و بالغین می‌شوند (بجنوردی، ۱۳۸۴، ش/۱۴۲۶، ق، ج ۴، ص ۱۱۲)؛ زیرا از ادله‌ی عام، علیت ثابت برای عمل استفاده می‌شود با قطع نظر از خصوصیت مباشر که بالغ باشد یا کودک و نابالغ. سخن رسول خدا (ص) (من احیا ارضاً...) ظهور دارد در اینکه احیا سبب برای ملکیت و اختصاص است، سببیت وصف برای احیا است و احیاکننده هیچ خصوصیتی ندارد. سایر روایات و ادله نیز همچنین هستند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۶).

هر فقهی در بررسی‌های خود، اگر ادله را با فراوانی آنها در نظر بگیرد، حتماً متوجه می‌شود که افراد نابالغ را مانند بالغین در بر می‌گیرد، به‌ویژه اگر نابالغ همه‌ی شرایط تکلیف را پیدا کند. بر اساس ادعای مرحوم بجنوردی، ادعای انصراف این روایات از کودکانی که نزدیک به سن بلوغ هستند، بسیار بعید است (بجنوردی، ۱۳۸۴، ش/۱۴۲۶، ق، ج ۴، ص ۱۷۵). بی‌شک این الفاظ در لغت و عرف عمومیت دارند. به‌علاوه، درک عمومیت موجود در این ادله، به‌طور مستقیم موجب لغو اختصاص به بالغین می‌شود.

در شرط نبودن بلوغ در اکثر احکام، شک و شبهه‌ای نیست. تفاوت میان بالغ و کودک در احکام ارث، دیه، ضمان در غصب، اتلاف، لقیط و مانند این احکام نیست. علت آن، عموم ادله و عدم وجود مخصص است و هنگامی که بدون مخصص هستند، شامل کودک نیز می‌شوند که عبارتند از: الف. از قول پیامبر «من احیی ارضاً ميتة فهی له» ظاهر است؛ هر کس زمینی را احیاء کند، برای اوست و مانند آن. همه‌ی آنها عام هستند و برای صبی مانند بالغ است و فرقی ندارد؛ ب. «من حاز شيئاً من المباحات فقد ملكه»؛ هر کس چیزی از مباحات را حیازت نماید، مال اوست؛ ج. «علی الید ما أخذت»؛ د. «من اتلف شيئاً من مال أو نفس ضمنه» و همانند این‌ها که عام‌اند شامل کودک می‌شوند. لذا بر این باوریم که کودک با حیازت و شکار مالک می‌شود و به سبب اتلاف و جنایت، ضامن است؛ اما ادعای اینکه این ادله به بالغین انصراف دارند؛ همانند احکام تکلیفی که به بالغین تعلق دارند، درست نیست؛ چون علتی که از این ادله به دست می‌آید، موجب الغای خصوصیت مباشر از نظر

بلوغ و عدم بلوغ می‌شود که حکم به آن تعلق می‌گیرد و از سوی دیگر، این الفاظ از نظر لغت و عرف، بر عموم دلالت دارند، هرچند گفته شود حکم وضعی، مستلزم حکم تکلیفی است غالباً یا مطلقاً و حکم تکلیفی، اعم از وجوب پرداخت یا تحریم أخذ و مانند آن، به کودک تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا نفی لازم، مقتضی نفی ملزوم است. در جواب گفته می‌شود: اینکه حکم وضعی مستلزم حکم تکلیفی است، اگر منظور در برخی موارد باشد اعم از اطلاق و تقييد، این مسلم است؛ چون ضامن بودن اتلاف‌کننده، مقتضی وجوب پرداخت به مالک است در صورت مطالبه با وجود سایر شرایط تکلیف، این نسبت به کودک مانعی ندارد؛ زیرا فعلاً ضامن است و واجب است پرداخت کند، اگر شرایط تکلیف وجود داشته باشد؛ اما اگر حکم مطلق منجز منظور باشد، لزوم حکم وضعی برای تکلیف به این معنی، درست نیست. علاوه بر آن، عدم وجود ضمانت صبی تا زمان بلوغ، موجب عدم ضمانت وی پس از بلوغ نیز می‌شود، به علت براءة ذمه‌اش در زمان بلوغ، چون سببی برای ضمان پس از آن وجود ندارد؛ و اگر گفته شود اتلاف در حال کودکی، سبب برای ضمان در زمان بلوغ است، خلاف ظاهر دلیل است. ثمره‌ی آن در صحت ابراء و غیر از آن آشکار می‌گردد. همانند این سبب، اسباب دیگر است؛ مانند اسباب وضو و غسل که در زمان کودکی رخ داده است، موجب تعلق تکلیف به زمان بلوغ تعلق بگیرند؛ نزدیکی کودک با زنی سبب تحریم ازدواج در مصاهره هنگام بلوغ می‌شود (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۶۶۰-۶۶۱).

۱-۵. اشکالات و ایرادات وارده بر استدلال فوق

بر استدلال فوق ایراداتی وارد است که به شرح ذیل بررسی می‌شوند:

یک. ادعای انصراف ادله و روایات از نابالغین و جواب آن

ادعا شده است که این ادله و روایات به بالغین انصراف دارند، به دلیل اینکه سیاق این موارد همانند سیاق ادله‌ی احکام تکلیفی است. در جواب گفته می‌شود: این ادعا مردود است؛ چون در ادله‌ی احکام تکلیفی، انصراف جاری نمی‌شود. اختصاص ادله‌ی احکام تکلیفی به بالغین به سبب وجود دلیل بر اختصاص است که در احکام وضعی جاری نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ص ۳۴۶). آیت‌الله بجنوردی (ره) می‌گوید: ادعای انصراف این روایات از کودکی که نزدیک به سن بلوغ حتی یک روز، خالی از ریسک و جزاف نیست؛ زیرا اگر شامل چنین فرضی شود، در سایر موارد (مانند تفاوت بیش از یک روز)، با قول به عدم فصل نیز جاری می‌شود، مخصص و مقیدی که این عمومات و اطلاقات را تخصیص و تقييد بزند، وجود ندارد، پس از اینکه عدم انصراف این‌ها بخصوص بالغین یک امر مسلمی است (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۷۵).

دو. ادعای تخصیص روایات و ادله‌ی عمومی به حدیث «رفع قلم»

از قول حضرت علی (ع) که فرموده‌اند: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبی حتی یحتلم، وعن المجنون حتی یفیک، وعن النائم حتی یتیقظ» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۲)؛ یعنی حکم شرعی از سه صنف رفع و برداشته شده است: از کودک تا بالغ می‌گردد، از دیوانه تا زمانی که هوشیار شود، و از خوابیده تا زمانی که بیدار گردد، توهم

می‌شود که حکم از طرف شارع بر کودک جعل نشده است، نه وضعاً و نه تکلیفاً؛ بنابراین، این حدیث روایات عام را تخصیص و اطلاعات ادله را تقیید می‌زند (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۵ ص ۱۷۵).

ادعاشده که حدیث رفع عام است و احکام وضعی و تکلیفی را از صبی و نابالغ برمی‌دارد و نفی می‌کند، به سبب اینکه ظهور دارد در اینکه بر صبی پیش از احتلام چیزی نیست؛ و در اسلام، نه حکم تکلیفی و نه وضعی، بر او جعل و تشریع نشده است و این مقتضای اطلاقی «رفع قلم» است. این حدیث به مثابه تخصیص‌دهنده‌ی ادله‌ی لفظی عام است؛ همانند آنچه در باب تکالیف وارد شده است؛ مانند «اقیموا الصلاة» (بقره، ۴۳) که به وسیله‌ی روایاتی مانند حدیث رفع تخصیص داده شده است (فاضل لنکرانی، ص ۳۴۷).

جواب تخصیص و تقیید عمومات و اطلاعات به حدیث «رفع القلم»

پاسخ به اشکال فوق به شرح زیر بررسی می‌شود:

۱. حدیث رفع با اجماع محصل منافات دارد و اجماع دلیلی قطعی است که بر حدیث مقدم می‌شود (همان، ۱۳۹۲ ص ۳۴۷).

۲. حدیث رفع در مقام امتنان است که عبارت است از رفع مؤاخذه از صبی، نائم و مجنون. ظاهراً مراد از آن، رفع مؤاخذه از آثار مخالفت با تکالیف الزامی یعنی ترک واجب و انجام حرام است؛ و کاشف از نفی لازم؛ یعنی کسی که مؤاخذه می‌کند و نفی ملزوم؛ یعنی وجوب و حرمت است. پس بر عدم تحقق تکالیف الزامی بر این سه مورد دلالت می‌کند. این معنا سازگار است با آنچه میان فقها مشهور است که در احکام وضعی بلوغ شرط نیست؛ بنابراین، بر نفی احکام تکلیفی غیر الزامی و همچنین بر نفی احکام وضعی دلالت نمی‌کند (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴ ص ۱۷۶). «رفع قلم» ظهور در برداشت مؤاخذه بر احکام تکلیفی دارد؛ لذا حدیث رفع شامل احکام تکلیفی مستحب و احکام وضعی نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲ ص ۳۴۸-۳۴۷). ظاهر این حدیث آن است که قلم مؤاخذه از صبی مرفوع است نه قلم جعل احکام. به عبارت دیگر، معنای حدیث این است که حق تعالی کودک را مؤاخذه و عقاب نمی‌کند؛ نه آنکه افعال و حرکاتش محکوم به هیچ حکمی نباشد و کأن لم یکن هستند؛ لذا عبادات صبی شرعی‌اند (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۷ ص ۱۴، ۱۳).

۳. عطف «نائم» بر «صبی» مؤید این است که حدیث رفع حکم وضعی را در بر نمی‌گیرد؛ چون حکم وضعی مانند ضمان مال تلف‌شده بر نائم ثابت است (همان).

۴. به فرض که منظور از رفع قلم، درباره‌ی نفی مجازات یا مؤاخذه نیست، بلکه مراد نفی قلم جعل است و این حدیث کودک را در سیاق مجنون و نائم آورده است و همان‌گونه که در مجنون و خواب، قصد وجود ندارد، قصد کودک نیز در حکم عدم قصد است؛ بنابراین، منظور از آن افعالی است که اگر از فرد بالغ و عاقل صادر شود، اثر بر آنها مترتب می‌شود؛ اما اگر از کودک، در صورتی که بالغ نباشد. دیوانه، در صورتی که دارای عقل

نباشد و خوابیده، در صورتی که بیدار نباشد، صادر شوند، اثری ندارند. با توجه به این معنی، افعالی که اثر بر آنها مترتب می‌شود، شامل این حدیث شریف نمی‌گردند، بدون اینکه میان توجه داشتن یا نداشتن، اختیار داشتن یا نداشتن تفاوتی وجود داشته باشد و مانند این افعال، تخصصاً خارج از مورد این حدیث است؛ بنابراین، ابواب دیات و جنایات و حدوث مطلقاً، اتلاف و ضمان و طهارت و نجاست تخصصاً، خارج از مورد این حدیث شریف است (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴ ص ۱۷۶، ۱۷۵).

بنابراین، از این حدیث که کودک در ردیف و سیاق مجنون و شخص خوابیده ذکر شده است و این دو قصد ندارند، چنین برمی‌آید که قصد کودک نیز در حکم عدم قصد است؛ لذا هر فعلی از کودک صادر شود، اثری بر آن مترتب نمی‌شود. روایت «قرب‌الاسناد» از ابی‌بختری این معنا را تأیید می‌کند (همان، ص ۱۷۷). در این روایت از قول امام صادق (ع) از پدرش امام باقر (ع) که از امیرالمؤمنین (ع) نقل کرده است، می‌گوید: «انه کان یقول فی المجنون المعتوه الذی لا یفیک، و الصبی الذی لم یبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم» (حمیری، ۱۴۱۳ ص ۱۵۵) حضرت علی (ع) درباره‌ی مجنون سبک‌عقل که هوشیار نمی‌شود و کودک می‌گفت: فعل عمدی آنان در حکم خطا است که قلم تکلیف از آنان برداشته شده است. پس از حکم کردن به اینکه «عمد کودک خطا است» به منزله‌ی علت برای حکم است؛ پس معنای رفع‌القلم از صبی آن است اثری که بر فعل عاقل مترتب می‌شود بر فعل نابالغ مترتب نمی‌شود؛ چون قصد کودک کلاً قصد است. پس افعال و اعمالی که هیچ تفاوتی در ترتب اثر میان آنها وجود ندارد، از قصد و عمد صادر شود، با توجه به آن یا با عدم توجه، مشمول این حدیث نمی‌شوند (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴ ص ۱۷۷).

۵. سر زبان‌ها مشهور است که احکام وضعی به بالغین اختصاص ندارند، بلکه کودکان نیز از این احکام بهره‌مند هستند؛ بنابراین مانعی نیست از اینکه عقد صبی را سبب برای وجوب وفای به آن پس از بلوغ یا وجوب وفای ولی به آن، در صورتی که به اذن وی واقع شده یا بعد آن را اجازه داده است، بدانیم. به فرض قبول کنیم که احکام، حتی احکام وضعیه به بالغین اختصاص دارند؛ اما درعین حال می‌گوییم: مانعی ندارد که فعل شخص نابالغ موضوع باشد برای احکامی که در حق بالغین جعل شده است (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۷ ص ۱۴، ۱۳).

ایرادات جواب فوق

گفته شده احکام وضعی امور اعتباری هستند از طرف شارع مقدس، خواه تأسیسی باشند یا امضائی، به اعتبار اینکه عرفی یا عقلانی باشند؛ و اعتبار امور اعتباری به لحاظ آثار مترتب بر آنها است حتی اگر بگوییم در جعل مستقلند و انتزاعی نیستند، والا اعتبارشان لغو است. در حقیقت، اعتبار احکام وضعی یعنی جعلشان در لوح و عالم تشریع، به سبب ترتب احکام تکلیفی بر آنها است، در هر دو صورت، خواه حکم وضعی ملزوم و موضوع احکام تکلیفی بدانیم، چنان که مشهور به آن قائل‌اند (انصاری، ۱۴۳۴، ج ۲ ص ۶۰۱) و خواه انتزاعی و از لوازم احکام تکلیفی، چنان که شیخ انصاری می‌گوید (همان، ص ۶۰۲)، امکان ندارد حکم وضعی بدون حکم تکلیفی وجود داشته باشد؛ بنابراین، اگر رفع در حدیث درباره‌ی احکام تکلیفی بدانیم، نه اعم از تکلیفی و وضعی، نتیجه

در هردو صورت یکسان است؛ چون رفع احکام تکلیفی ملازم با رفع احکام وضعی است مانند جواز لذت بردن از لوازم زناشویی و زوجیت است؛ نه زوجیت منتزع از جواز لذت بردن باشد؛ همچنین جواز تصرفات از لوازم ملکیت و آثار آن است؛ نه اینکه ملکیت از جواز تصرفات باشد (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۷۸).

جواب ایرادات

به اشکال یادشده چنین پاسخ داده شده است:

نخست. منظور از رفع القلم، رفع مؤاخذه است که از لوازم مخالفت تکلیف الزامی است (ترک واجب و ارتکاب حرام) و از آنجاکه رفع لازم مستلزم رفع ملزوم است، پس آنچه رفع شده، تکالیف الزمی هستند نه مطلق تکالیف اعم از احکام وضعی؛ بنابراین، احکام وضعی بلاثر باقی نمی ماند.

دوم. اثر وضع وجوب تفریغ ذمه‌ای کودک از سوی ولی است. درباره‌ی اینکه فعل کودک موضوع حکم تکلیفی الزامی بر شخص دیگر (ولی) باشد، چیزی وجود ندارد. این معنی به طور صریح در این حدیث آمده است: «عمد الصبیان خطأ یحمل علی العاقله» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱۰، ص ۲۳۳)؛ لذا جنایت کودک اگر عمدی باشد، موضوع برای وجوب دیه بر عاقله است؛ همچنین مال تلف شده توسط کودک حتی اگر در دست کودک باشد و تلف آسمانی باشد، ولی ضامن است (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۷۹).

سوم. ترتیب آثار باید پس از بلوغ باشد و این برای عدم لغو بودن اعتباری بودن احکام وضعی کافی است (همان).

بنابراین، ادله‌ی وارده در ابواب متعدد - که دلالت دارند بر اینکه بعضی افعال موضوع یا سبب ثبوت حکم وضعی است - عمومات و اطلاقاتی است شامل بالغ و نابالغ می شوند؛ مانند «من حاز شیئا من المباحات ملکه» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۹۱) و «من احیا ارضا مواتا فهی له» و سایر عمومات که به بالغین اختصاص ندارند و حدیث رفع القلم آنها را تخصیص نمی زند.

اما روایات «عمد الصبیان خطأ یحمل علی العاقله» با عمومات سازگاری دارند نه اینکه عمومات تخصیص بزنند؛ زیرا مفادشان این است اگر فعل عمدی از کودک صادر شود، اثر عمد بر آن مترتب نمی شود، بلکه اثر خطا بر آن مترتب می گردد. باب جنایات، دیات و جنابت از این قبیل است. پس احکام وضعی بر کودک همانند بالغ ثابت است؛ اما روایاتی که مفادشان بر بلوغ توقف دارد، به بحث ما ارتباط ندارد؛ چون حکم مترتب بر فعل عمدی کودک، حکم فعل خطئی بالغ دارد؛ لذا در روایات، پس از «عمد الصبیان خطأ» جمله‌ی «یحمل علی العاقله» آمده است (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۸۰).

۲-۵. نظر شیخ انصاری درباره‌ی حدیث «رفع قلم»

پیامبر (ص) می‌فرماید: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبی حتی یحتلم، وعن المجنون حتی یفقی، وعن النائم حتی یتقیظ» (صدوق، ۱۴۰۳، ص ۹۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۵)؛ از سه نفر قلم برداشته شده است: از صبی تا بالغ شود، از دیوانه تا عاقل گردد، از خوابیده تا بیدار شود. حال این قلمی که برداشته شده، چه قلمی است:

احتمال اول: این قلم، قلم حکمی است. احکام مطلقاً چه وضعی و چه تکلیفی، از سه گروه برداشته شده است. یکی از احکام وضعی، صحت بیع است؛ پس اگر صبی عقد بیع را انجام داد، مانند عدم انشا است.

احتمال دوم: این حدیث در مقام منت است. اگر قلم را بر نمی‌داشت، مکلف دچار زحمت می‌شد. چیزی را از باب منت باید بردارند که مشقت و زحمتی بر انسان داشته باشد چه حکم وضعی و چه تکلیفی (ر.ک: انصاری، ۱۴۳۴، ج ۳، ص ۲۷۸).

در دلالت حدیث رفع، بحثهایی است که عبارتند از:

۱. مراد از رفع قلم، قلم مؤاخذه است نه قلم جعل احکام؛ از این رو، مانند مشهور فقها، به مشروعیت عبادات صبی قائلیم.

۲. مشهور این است که احکام وضعی، مخصوص افراد بالغ نیست؛ بنابراین، مانعی ندارد از اینکه عقد صبی سبب وجوب وفای به عقد پس از بلوغ شود یا بر ولی باشد، اگر با اذن و اجازه‌ی او عقدی را واقع کرده باشد، چنان‌که اگر صبی جنب شود این جنابت سبب شود که پس از بلوغ، غسل بر او واجب باشد؛ و اینکه حرام باشد و کسی او را به مس قرآن قادر سازد؛ و اگر صبی غیرممیز مال کسی تلف کند، ضامن است. هنگامی که بالغ شد، باید حق مردم را بپردازد.

۳. اگر بپذیریم که احکام حتی وضعی، به افراد بالغ اختصاص دارد، مانعی ندارد که فعل نابالغ، برای احکامی تشریع شده باشد که در حق افراد بالغ جعل شده است؛ پس فاعل مانند سایر افراد نابالغ، از این حکم تا زمان بلوغ خارج است.

به‌طور خلاصه، تمسک به روایت با مشروعیت عبادت صبی منافات دارد که میان علما مشهور است، و نیز این شهرت میان آنان که احکام وضعی به بالغ اختصاص ندارد (انصاری، ۱۴۳۴، ج ۳، ص ۲۷۸).

قلم رفع شده، قلم مؤاخذه‌ای است که برای بالغین وضع گردیده و این امر با ثبوت بعضی از مجازات برای کودکان، مانند تعزیر، منافات ندارد (همان، ص ۲۸۰). شیخ انصاری می‌گوید: اگر دو کودک با یکدیگر معامله کنند و هریک از آنان نیز کالایی را خریده تلف کند، در صورتی که معامله با اذن ولی انجام داده باشند، ضامن بر عهده‌ی ولی آنان است و در غیر این صورت آن دو ضامن نیستند، بلکه خود کودکان ضامن‌اند (همان، ص

۲۸۶). شیخ انصاری نیز گفته است: بیان «رفع قلم» در انتهای متن روایت یا به عنوان علت برای اصل حکم است؛ یعنی ثبوت دیه بر عاقله است یا به عنوان معلول جمله‌ی «عمده‌ما خطاً» است؛ به این معنا چون قصد آن دو، از نظر شارع به منزله عدم قصد است، چیزی به عهده آنان نیست و هرگونه حکم برداشته شده است (همان، ص ۲۸۲).

۳-۱-۵. دیدگاه امام خمینی (ره) و نقد نظر شیخ انصاری توسط ایشان

امام (ره) در نقد نظر شیخ انصاری می‌فرماید: برای ارتباط میان «عمده خطاً» و «رفع القلم عنه» کافی است دو حکم برای یک موضوع باشند و آنچه شیخ انصاری برای ارتباط بین آن دو ذکر کرده است، لازم نیست. مانند این است گفته شود: «الجنب لایجوز له الدخول فی المسجد، ولایجوز له مس کتاب». ذکر جمله‌ی دوم که در ابتدایش «قد» آمده، هرچند موجب توهم شده که جمله‌ی حالیه باشد که به قبلیش ارتباط داشته باشد؛ اما امکان دارد معطوف باشد نه حال که هردو، به منزله‌ی تفسیر برای «عمده‌ما خطاً» باشد (امام خمینی، ۱۳۸۸، ش/۱۴۳۰، ج ۲، ص ۳۷). امام خمینی (ره) در کتاب البیع، چهار احتمال درباره‌ی موضوع صحت معاملات بیان کرده است که عبارتند از:

یک. رشد تمام موضوع برای صحت معاملات است، بدون دخالت بلوغ (بلوغ تأثیر ندارد)؛

دو. بلوغ تمام موضوع برای صحت معاملات است، و رشد در آن دخالت ندارد؛

سه. هرکدام از بلوغ و رشد، جزء موضوع صحت معاملات است؛ پس معامله، تنها از بالغ رشید صحیح است؛

چهار. هرکدام از رشد و بلوغ، به تنهایی، تمام موضوع صحت معاملات است؛ یعنی معامله با یکی از دو شرط صحیح است: رشد یا بلوغ. پس معامله از جانب بالغ غیر رشید یا رشید نابالغ صحیح است.

سپس امام می‌فرماید: بعید نیست بلوغ تمام موضوع باشد (همان، ص ۹). نیز می‌فرماید: اصل در احتمالات، آیه‌ی «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْعِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» است (نساء، ۶). امام می‌فرماید: ممکن است گفته شود: جمله‌ی «تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ» و جمله‌ی «رَفَعَ الْقَلَمَ»، به منزله‌ی دو تفسیر برای «عمده‌ما خطاً» باشند؛ زیرا اینکه عمد خطاً است، در دو مورد قابل تصور است: الف. خطا دارای حکم است؛ مانند باب جنایات. ب. خطا لغو شده است و دارای اثر نیست؛ مانند انجام عقود و ایقاعات. در صورت خطا، اثری بر آنها مترتب نمی‌شود. گوینده می‌خواهد دو مورد را بفهمانند به اینکه قول امام (ع) «تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ» نسبت به اثر ثبوتی و «رَفَعَ الْقَلَمَ» به اثر سلبی تفسیر کنند. گویا گفته است: عمدشان به منزله‌ی خطا در باب جنایات است و عاقله متحمل آن می‌شود و عمدشان در غیر جنایات حکمی ندارد؛ زیرا که قلم از آنان برداشته شده است (همان، ص ۳۷). سپس امام می‌فرماید: آنچه شیخ انصاری اظهار داشته که «رفع القلم» علت ثبوت حکم بر عاقله است اشکال آشکاری

دارد؛ زیرا معقول نیست «رفع قلم» از صبی و مجنون، علت برای ثبوت حکم بر غیر آن دو باشد (همان، ص ۳۷ و ۳۸). نظر نهائی امام (ره): وکالت صبی از دیگری در اجرای صیغه صحیح است، بلکه در اصل معاملات بدون اذن ولی صحیح است. معاملات او در کالاهای کم‌بها و کم‌ارزش با اذن ولی صحیح است (همان، ص ۴۹).

۲-۵. اجماع

محقق بجنوردی می‌گوید: میان فقها اختلافی وجود ندارد که تلف کردن مال غیر توسط صبی، مانند اتلاف توسط بالغین، موجب ضمان است و ذمه‌ی او به مثل آنچه تلف‌شده، اگر مثلی باشد و به قیمت آنچه تلف‌شده، اگر قیمی باشد، مشغول است؛ و همین‌طور در ضمان ید؛ مثلاً اگر کودکی مال دیگری را تصرف کند و مال غصب‌شده در دست ولی یا در دست دیگری، یا با آفات آسمانی تلف شود، کودک ضامن است (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۷۳). سپس ایشان می‌گوید: این اجماع، برای هرکسی که در فقه بررسی کند، محقق می‌شود و اختلاف از کسی نقل نشده است و در این اجماع بر کلیه‌ی ادله ضمان مانند قاعده‌ی «علی‌الید» و قاعده‌ی «من اتلف» اعتماد نمی‌شود؛ زیرا آن عموماً از صبی انصراف داشتند؛ اما در خارج از ادله و شواهد عمومی درباره‌ی صبی، میان آنان اختلاف وجود دارد؛ ولی در اصل ضمانت اختلافی وجود ندارد؛ بنابراین، این اجماع قابل‌اعتماد است (همان، ص ۱۷۳).

۳-۵. بنا و سیره‌ی عقلا و متشرعه

سیره‌ی تمام عقلا بماهم عقلا مبنی بر این است که اگر صبی مال دیگری را تلف کند، ضامن تلف‌شده است. شارع مقدس از این سیره ردع و نهی نکرده است، بلکه به‌وسیله‌ی اطلاقات و عموماً، آن را امضا و مورد تأیید قرار داده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۷). آیت‌الله بجنوردی می‌گوید: همه‌ی متدینین و متشرعه بلکه تمام عقلا بماهم عقلا قائل‌اند به اینکه اگر صبی مال دیگری را تلف یا غصب کرد، تلف توسط او واقع شده و ضامن است و همچنین اگر تلف در دست دیگری بود، او ضامن است. شارع مقدس از این سیره ردع و نهی نکرده است، بلکه با اطلاقات و عموماً آن را امضا و تأیید کرده است (بجنوردی، ۱۳۸۴ ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۷۴).

اشکال بر سیره‌ی عقلا

نخست، این سیره درباره‌ی صبی غیرممیز تحقق پیدا نکرده است؛ چون در هر حال، عقلا به ضمانش حکم نمی‌کنند. **دوم**، پس از اینکه ادله‌ی عمومی را به‌عنوان یک دلیل مستقل عنوان کرد، دیگر نمی‌شود به‌عنوان دلیل امضاکننده‌ی عقلا دانست. تنها می‌توان گفت سیره‌ی متشرعه تحقق دارد که از فتاوی و آرای فقها نشأت گرفته است و در برابر اجماع نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۷).

۶. موارد تطبیق قاعده‌ی «عدم اشتراط بلوغ در احکام وضعی»

مواردی از مصادیق قاعده به شرح زیر بیان می‌شود: آیت‌الله بجنوردی (ره) چند مورد از موارد قاعده که عمومیت دارند و شامل بالغ و کودک و نابالغ می‌شوند، بدون اینکه مخصصی وجود داشته باشد، به ترتیب زیر بیان کرده است:

یک. تحقق جنابت برای نابالغ با دخول آلت؛ انزالی صورت گرفته باشد یا نباشد، فاعل و مفعول بالغ باشند یا کودک و نابالغ.

دو. حدوث حدث اصغر از کسی، اعم از اینکه بالغ باشد یا کودک و نابالغ.

سه. حصول ضمانت و اشتغال ذمه برای کسی که مال دیگری را تلف کند، چه تلف‌کننده بالغ باشد چه کودک و نابالغ. دلیل آن عموم «من اتلف مال غیره فهو له ضامن» است.

چهار. حصول ضمانت برای کسی که مال دیگری را بدون اجازه‌ی او تلف کرده؛ خواه صاحب آن ید بالغ باشد یا کودک و نابالغ. دلیل آن عموم «و علی الید الماخذت حتی تؤدیه» است.

پنج. مواردی که موجب می‌شود انسان آزاد منافعی را از دست دهد؛ مانند انسان را حبس کنند و این حبس موجب شود او منافعی را از دست بدهد، حبس‌کننده ضامن است؛ خواه بالغ باشد یا کودک و نابالغ. دلیل آن قاعده‌ی اتلاف است؛ مانند جایی که صاحب باغ حبس شود و میوه‌هایش به سبب عدم رسیدگی به آن خراب گردد.

شش. حیات مباحات، فردی که مباحات مانند علف و هیزم، حیات و جمع‌آوری کند، مالک می‌شود؛ خواه بالغ باشد یا نابالغ. دلیل آن عموم «من حاز شیئا من المباحات ملکه» است. تخصیصی درباره‌ی این عموم وجود ندارد.

هفت. عموم حکم شارع به تعلق دیه بر ذمه‌ی فردی که باعث سبب آن شده است؛ خواه بالغ باشد یا کودک و نابالغ. در این مورد نیز مخصصی وجود ندارد. دلیل آن نیز روایات متعددی است؛ مانند روایت ابی‌الصباح از امام صادق (ع): «من اضر بشئ فی طریق المسلمین فهو له ضامن» (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۷، ص ۳۵۰) و روایت سکونی از امام صادق (ع): «قال: قال رسول الله (ص): من اخرج میزبا او کنیفا او اوتد وتدا، او اوثق دابة، او حفر شیئا فی طریق المسلمین، فاصاب شیئا فغضب فهو له ضامن.» «من» در این روایات موصول عام است و شامل بالغ و نابالغ می‌شود و مخصصی وجود ندارد.

هشت. عموم حصول ملکیت برای هرکس که زمین موات را احیا کند؛ خواه بالغ باشد یا کودک و نابالغ. دلیل آن عموم قول معصوم (ع) «من احیی ارضا مواتا فهي له» است. این مورد هم مخصصی ندارد (بجنوردی، ۱۳۸۴، ش/۱۴۲۶ ق، ج ۴، ص ۱۸۵-۱۸۱).

نتیجہ گیری

با بررسی نظرات فقہا و ادلہی مورد بحث این نتایج بہ دست آمدہ است: ۱. با توجہ بہ ادلہی مورد استناد و بررسی آرای فقہا، قاعدہی "عدم شرطیۃ البلوغ فی الاحکام الوضعیۃ"، قاعدہای متقن و بر پایہای محکم استوار است و ہرگونہ ادعای انصراف عمومات و اطلاقات بہ بالغین، قطعاً بر اساس درستی تکیہ ندارد، ہرچند احکام تکلیفی الزامی بہ بالغین اختصاص دارد؛ اما تخصیص احکام وضعی و احکام تکلیفی غیر الزامی بہ بالغین ثابت نشدہ است. انصراف روایات از کودکی کہ نزدیک بہ سن بلوغ حتی یک روز، نیز خالی از ریسک و جزاف نیست؛ زیرا اگر شامل چنین فرضی شود، در سایر موارد (مانند تفاوت بیش از یک روز) با قول بہ عدم فصل نیز جاری می شود و مخصص و مقیدی وجود ندارد کہ این عمومات و اطلاقات را تخصیص و تقیید بزند. ۲. حدیث «رفع القلم» تنها حکم تکلیفی الزامی از صبی را برداشتہ است و نمی تواند مخصص ادلہای مانند «من حاز شیئاً من المباحات ملکہ؛ من اتلف مال الغیر فہو لہ ضامن؛ علی الید ما اخذت حتی تؤدیہ؛ من احیی ارضاً مواتاً فہی لہ؛ من غرس شجراً او حفر وادیاً بدياً لم یسبقہ الیہ احد او احیی ارضاً میتہ فہی لہ قضاء من اللہ و رسولہ؛ من أضر بشیء من طریق المسلمین فہو لہ ضامن و...» شود؛ زیرا حدیث رفع برای آنچه موجب زحمت و مشقت بار برای کودک می شود، وارد شدہ است، درحالی کہ در احکام وضعی مانند ملکیت مشقت بار نیست، بلکہ عدم ملکیت موجب محرومیت می شود کہ برخلاف امتنان و منت گذاری است، درحالی کہ حدیث رفع در مقام امتنان است. پس منظور از رفع القلم رفع مؤاخذہ است کہ از لوازم مخالفت تکلیف الزامی است (ترک واجب و ارتکاب حرام) و از آنجا کہ رفع لازم، مستلزم رفع ملزوم است؛ پس آنچه رفع شدہ تکالیف الزامی ہستند نہ مطلق تکالیف اعم از احکام وضعی، بنابراین، احکام وضعی بلاثر باقی نمی مانند. علاوہ بر آن، کودک در سیاق مجنون و شخص خوابیدہ ذکر شدہ است کہ این دو قصد ندارند و قصد کودک نیز در حکم عدم قصد است. ۳. روایات «عمد الصبیان خطأ یحمل علی العاقلۃ» با عمومات سازگاری دارند؛ نہ اینکہ عمومات تخصیص بزنند؛ زیرا مفادشان این است اگر فعل عمدی از کودک صادر شود، اثر خطا بر آن مترتب می شود نہ اثر عمد؛ لذا در روایات پس از «عمد الصبیان خطأ» جملہی «یحمل علی العاقلۃ» ذکر شدہ است.

منابع

- اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۱۴ ق) **مجمع الفائدة و البرہان فی شرح إرشاد الأذہان**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابستہ بہ جامعہ مدرسین حوزہ علمیہ قم.
- امام خمینی، سید روح اللہ، (۱۳۸۸ ش / ۱۴۳۰ ق) **البیع**، چاپ سوم، تہران: مؤسسۃ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- _____ (۱۳۹۴ ش / ۱۴۳۶ ق) **تحریر الوسیلۃ**، چاپ سوم، تہران: مؤسسۃ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- انصاری، مرقضی، (۱۴۳۴ ق) **المکاسب**، تحقیق تراث الشیخ الاعظم، چاپ بیستم، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- _____ (۱۴۳۱ ق) **فرائد الاصول**، چاپ نہم، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- بنجوردی، سید محمد حسن، (۱۳۸۴ ش / ۱۴۲۶ ق) **القواعد الفقہیۃ**، تحقیق مہدی مہریزی و محمد حسن درایتی، چاپ دوم، قم: منشورات دلیل ما.
- جمعی عاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۶ ق) **تمہید القواعد الاصولیہ و العربیہ**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزہ علمیہ قم.
- _____ (۱۴۱۳ ق) **مسالک الافہام**، چاپ اول، قم: مؤسسۃ المعارف الاسلامیہ.

- جمع من المحققين، (۱۴۲۸ ق) **احكام الاطفال**، چاپ دوم، قم: مركز فقهی ائمه اطهار.
- حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحيم، (۱۴۱۴ ق) **الفصول النرويجيه فی الاصول الفقهيه**، چاپ اول، قم: دار الاحياء العلوم الاسلاميه.
- حر عاملی، محمدبن الحسن، (۱۴۱۴ ق) **وسائل الشيعه**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی، هاشم معروف، (بی تا)، **نظریه العقد فی الفقه الجعفري**، چاپ اول، بیروت: منشورات مکتبه هاشم.
- حسینی مراغای، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷ ق) **العناوين الفقهيه**، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حکیم، سید محسن، (۱۴۲۱ ق) **نهج الفقاهه**، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ ق) **تذکره الفقهاء**، چ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- _____ (بی تا) **نهایه الوصول الى علم الاصول**، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- حمیری، عبدالله بن جعفر، (۱۴۱۳ ق) **قرب الاسناد**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۳۱ ق) **کفایه الاصول**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ ق) **مصباح الاصول**، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- _____ (۱۳۷۱ ق) **مصباح الفقاهه**، تهران: وجدانی.
- ذهنی تهرانی، محمدجواد، (۱۳۶۹) **تشریح المطالب مکاسب**، چاپ اول، قم: حاذق.
- سبزواری، محمدباقر، (۱۴۲۳ ق) **کفایه الاحکام**، قم: انتشارات اسلامی.
- شهید صدر، سید محمدباقر، (۱۴۲۶ ق) **دروس فی علم الاصول**، چاپ هفتم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- شیرازی، قدرت الله نصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار، (۱۴۲۹ ق) **موسوعه احکام الاطفال و أدلتها**؛ ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- صدوق ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۰۳ ق) **الخصال**، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- طباطبائی، علی بن محمد، (۱۴۰۴ ق) **ریاض المسائل**، قم: مؤسسه آل بیت (ع).
- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵ ق) **تهذیب الاحکام**، چاپ سوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- _____ (۱۴۰۷ ق) **الخلافا**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل آبی یوسفی، حسن بن ابی طالب، (۱۴۱۷ ق) **کشف الرموز**، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل تونی، عبدالله بن محمد، (۱۴۱۵ ق) **الوافیه فی اصول الفقه**، چاپ دوم، قم: مجمع فکر.
- فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵ ش) **ایضاح الکفایه**، چاپ پنجم، قم: نوح.
- _____ (۱۳۹۲ ش) **القواعد الفقهیه**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ ق) **ایضاح الفوائد**، تهران: نشر علمی.
- کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین، (۱۴۲۶ ق) **تحریر المجله**، تهران: مجمع جهانی تقریب بین المذاهب اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۸۸ ق) **الکافی**، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۵ ق) **نهایه الاصول (تقریرات حسین بروجردي)**، قم: نشر تفکر.
- موسوی عاملی، سید محمد، (۱۴۱۱ ق) **مدارک الاحکام**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- میرزای قمی، ابوالقاسم محمدحسن، (۱۳۰۸ ق) **قوانین الاصول**، چاپ اول، تهران: دار الطباعة میرزا حبیب.
- نائینی، میرزا محمدحسین، (۱۳۷۳ ق) **منیه الطالب**، چاپ اول، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق) **جواهر الکلام**، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری طبرسی، میرزا حسین، (۱۴۰۷ ق) **مستدرک الوسائل**، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.



آسیب شناسی حقوق و دستمزد هزینه مترجمین

از دیدگاه «حسام الدین مصطفی»

با تکیه بر کتاب «أسس و قواعد صنعتی الترجمة»

جواد اصغری

دانشیار دانشگاه تهران، ایران

jasghari@ut.ac.ir

فاطمه دینی

دانشجوی دکتری مطالعات ترجمه عربی دانشگاه تهران، ایران

Yalatif.f@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۱۲، ۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰، ۰۴، ۲۵

۲

چکیده

دنیای امروز که به حق می‌توان آن را دنیای پیشرفت و ترقی علمی نام نهاد، با سرعتی غیر قابل تصور روبه رشد و گسترش علمی است. این گسترش نه تنها در جنبه‌های فنی و علوم تجربی است، بلکه دامنه این تحقیقات و تبعات، علوم انسانی را نیز فرا گرفته است. یکی از نتایج این ترقی و رشد حیرت انگیز علوم و معارف بشری، کثرت تالیفات و نوشته‌های علمی است که توسط متفکرین و دانشمندان به جامعه بشری عرضه می‌گردد. به گونه‌ای که شاید بتوان گفت عصر ما عصری است که بیش از هر دوره دیگر در آن، نوشته و تألیف آفریده می‌شود. این نوشته‌ها به واسطه رشد دانش، از محدوده محیط مؤلف و نویسندگان فراتر گذاشته و در سراسر گیتی نشر و گسترش می‌یابد. به منظور حمایت از تلاش با ارزش و طاقت فرسای مترجم که در راه بازگرداندن اثر یا کتاب زحمات زیادی را متحمل می‌شود، نظام‌های حقوقی و دولت‌ها از دیرباز تدابیر و قوانینی وضع کرده‌اند تا از یک طرف غارت و چپاول حاصل تلاش مترجمان به دست سودجویان قطع شود و از طرف دیگر موجبات تشویق و حمایت از این قشر مهم را که واسطه انتقال معارف بشری هستند فراهم شود. در این پژوهش بر آنیم تا حقوق مترجمین با محوریت کتاب «أسس و قواعد صنعتی الترجمة» را مورد بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: آسیب شناسی، دستمزد، هزینه مترجمین، «حسام الدین مصطفی»، «أسس و

قواعد صنعتی الترجمة».

مقدمه

کتاب «أسس و قواعد صنعته الترجمة»، خلاصه ای از تجارب علمی و نتایج پژوهش‌های نظری دو دهه و حاصل بررسی انواع مختلف فنون ترجمه به زبان‌های مختلف است. در این مدت با تحولات زیادی در صنعت ترجمه در سطح جهان روبرو شده‌ایم. مترجم باید نقشه ای با خطوط مشخص داشته باشد تا فرهنگ متونی که ترجمه می‌کند را برایش مشخص کند. روش‌های ساده زبانی برای بیان قواعد و شبیه سازی معانی و مفاهیم برای افرادی که شناخت کلی به زبان بیگانه دارند نیاز است تا قابل لمس باشد و حتی کسانی که دارای مدارج عالی دانشگاهی نیستند نیز معانی مثال‌ها را به تعبیر ساده بیگانه درک می‌کنند و می‌توانند قواعد و اصول را با هر زبانی و در هر سطح زبانی دریابند. همچنین؛ مترجمین عرب می‌توانند مهارت‌های ترجمه را یاد بگیرند و در آن پیشرفت کنند و این مهارت‌ها را با تدریس به زبان عربی در قالب هر زبانی که می‌خواهند تطبیق دهند. اندک کتاب‌هایی، ترجمه را به عنوان یک صنعت پذیرفته و یا به تطبیق عملی و حرفه‌ای ترجمه به ویژه به زبان عربی یا متون ترجمه شده به این زبان پرداخته است. بیشتر نوشته‌هایی که درباره ترجمه است حتی موارد مربوط به نمونه‌های تطبیقی نیز فقط به مسائل و قالب‌های نظری پرداخته حتی مواردی که دارای نمونه های تطبیقی است نیز بر قالب‌های لغوی تمرکز کرده اما نباید تلاش اساتید و همکاران را نادیده گرفت. با این حال باید گفت تالیفات درباره تطبیقی کردن اصول ترجمه در مقایسه با کتاب‌هایی که درباره مباحث نظری و بررسی‌های توصیفی نگاشته شده بسیار اندک و ناچیز است که این مساله موجب شده این نوشته‌ها از بررسی ابعاد حرفه‌ای که بازار کار سخت بدان نیازمند است، غافل شوند. کتاب «أسس و قواعد صنعته الترجمة» ادامه تلاش پیشینیان در حوزه ترجمه و علوم و فنون است. با این کتاب راه روشنی برای مترجم تازه کار گشوده می‌شود تا بتواند با آن به حقیقت و اصل این ترجمه و اصول آن آگاهی یابد. همچنین حقوق و ابزارهای مورد نیاز مترجمین لحاظ شده است که بررسی خواهیم کرد.

سوال پژوهش:

آسیب شناسی حقوق و دستمزد هزینه مترجمین از دیدگاه «حسام الدین مصطفی» با محوریت کتاب «أسس و قواعد صنعته الترجمة» چه مواردی را شامل می‌گردد؟

فرضیه پژوهش:

«حسام الدین مصطفی» اصول، قواعد، فنون ترجمه و تمرینات را ضمن مقایسه با یک زبان خارجی مشخص تدریس کرده، زیرا دانش آموزان و دانشجویان زیادی از تمایل خود به ترجمه ادبی به زبان انگلیسی یا تدریس ترجمه قانون به فرانسوی یا تدریس ترجمه مطبوعات به زبان آلمانی با وی سخن گفته بودند. گویی قواعد و اصول ترجمه از زبانی به زبان دیگر تغییر می‌کند.

به اعتقاد «حسام الدین مصطفی»، بسنده کردن به تمرین ترجمه به یک زبان خارجی مشخص، تصور نادرستی از ارتباط میان ترجمه و زبان است و روش کلاسیک یادگیری ترجمه و آموزش آن با روش مقایسه ای میان متون عربی و خارجی؛ درک نادرستی از ترجمه است. این روش ابتدائی موجب شده برخی نسبت به درک و شناخت فنون ترجمه و تطبیق عملی آن به دشواری بیافتند. از دیدگاه «حسام الدین مصطفی» در اثر مذکور «أسس و قواعد صنعته الترجمة»، پیرامون حقوق و شهریه مترجمین مباحثی همچون؛ دستمزد مترجم، مترجمین و بازار کار و... مطرح می باشد.

پیشینه پژوهش

پیرامون مسائل مربوط به مترجمین آثار زیادی صورت گرفته است که به زبان های انگلیسی و عربی و... صورت پذیرفته و مورد ترجمه قرار گرفته است. که در زیر به چند مورد از آن اشاره شده است:

علی محمد محمدی؛ در سال ۱۳۸۵ ش، مقاله ای با عنوان «تحلیل دیدگاه های مترجمان حرفه ای: کاربردهای آموزشی» برای تربیت مترجم را مورد نقد و پژوهش قرار داده است. سید محمد علوی مقدم؛ در زمستان ۱۳۸۷ ش، مقاله ای را پیرامون موضوع ترجمه با عنوان؛ «مترجم خوب کیست؟» را مورد پژوهش قرار داده است. ابوالفضل حری؛ مقاله ای در مورد ترجمه، با عنوان «حضور مترجم در متن روایی»، در پاییز ۱۳۸۷ ش در نشریه پژوهش زبان های خارجی منتشر نموده است. بهزاد قادری؛ مقاله ای را پیرامون موضوع ترجمه با عنوان، «مترجم متون ادبی چه "صیغه" ای است؟» در نشریه نشر پژوهی ادب فارسی (ادب و زبان) که در زمستان ۱۳۷۹ ش منتشر نمود را مورد واکاوی قرار داد. مقاله ای با عنوان؛ «دراسات و وثائق: حصر المطبوعات المصرية فی قرنین (دراسة للادوات و مؤشرات إحصائية)»، که توسط حسام الدین مصطفی در آپریل ۱۹۹۲ م در مجله عالم الکتب در ۲۸ صفحه به چاپ و نگارش رسیده است. مقاله ای با عنوان، «دراسات و وثائق: الحاسب الالی و توظیفه فی دارالکتب المصریة (الواقع و المستقبل)» که توسط حسام الدین مصطفی با همکاری بهیه فتیحی در مجله عالم الکتب در نوامبر ۱۹۹۴ م در ۱۵ صفحه مورد نقد و پژوهش قرار گرفته است. با جستجو در منابع کتابخانه ای و پایگاه های اینترنتی به نظر می رسد، پژوهشی پیرامون آسیب شناسی حقوق و دستمزد هزینه مترجمین از دیدگاه «حسام الدین مصطفی» با تکیه بر کتاب «أسس و قواعد صنعته الترجمة» صورت نپذیرفته است.

مبانی نظری پژوهش / ترجمه در لغت

واژه «ترجمه» در زبان عربی بر وزن «فعلله» و مصدر رباعی مجرد از ماده «ترجم یترجم» به معنای برگرداندن سخن از زبانی به زبان دیگر است. اما از آن جا که زبان دانان عرب نیز مدخل اصلی ترجمه را واژه «ترجمان» ذکر کرده اند. (ابن منظور، ۱۴۰۵ ق: ۶۶) و واژه ترجمان بر وزن فعللان در عربی رایج نیست و اسم فاعل در باب تفعّل بر وزن متفعّل است و سیبویه در مبحث اسم فاعل به آن اشاره نکرده است، لذا نظریه ورود کلمه

ترجمان از فارسی به عربی و معرب بودن آن که برخی از زبان‌دانان همچون زبیدی (زبیدی، ج ۸: ۲۱۱) و دهخدا (لغت نامه، ذیل حرف ت) به آن تصریح کرده‌اند، درست می‌نماید. بر این اساس پس از گذشت مدتی از ورود واژه ترجمان از زبان فارسی به عربی، فعل «ترجم یترجم ترجمه» از آن اشتقاق پیدا کرده است و لذا سخن طریحی (طریحی، ۱۴۰۸ق: ۲۸۷) که آن را واژه عربی و اسم فاعل دانسته، نادرست است.

مترجم کیست؟

مترجم کسی است که یک متن، مفهوم یا موضوع را از یک زبان به زبان دیگر برمی‌گرداند و باعث گسترش بینش افراد نسبت به علوم مختلف و دنیای خارج از پیرامون آنان می‌شود. در واقع؛ مترجم مهم‌ترین نقش را در تبادل فرهنگی ایفا می‌کند. از این رو، مترجم باید ترجمه‌ای روان، قابل فهم و صحیح از متون مورد نظر ارائه دهد تا به ارتقای سطح معلومات و تبادل فرهنگی افراد مختلف کمک کند. مترجم باید معنی و مفهوم گوینده را حتی الامکان به طور کامل درک کند و آن‌ها را تشخیص دهد، زیرا ممکن است مفهوم گوینده و برداشت مترجم یا مخاطب با یکدیگر فرق داشته باشد و هر یک از مترجمان یا مخاطبان برداشت و ادراک متفاوتی از یک متن یا مفهوم داشته باشند. از نظر عرفی، مترجم کسی است که با استفاده از دانش خود که تسلط بر زبان مبدا و مقصود است کلامی را از زبانی به زبان دیگر بر می‌گرداند. این عمل وی را که برگرداندن کلام از زبان مبدا به مقصد است ترجمه می‌گویند. (طوسی، ۱۳۳۸ق: ۷۶۵)

اهمیت و ضرورت ترجمه

«إن الواقع الماعار و المستقبل القریب یشیران الی سعی الانسان الدائم لایجاد لغة تفاهم مشتركة بین الشعوب و الامم بحیث ینشأ بینها حوار مفهوم و واضح، و الترجمة وحدها هی الاداة التي یمکن من خلالها الوصول الی هذه اللغة المشتركة...» (حسام الدین مصطفی، ۲۰۱۲: ۵۸) واقعیت دنیای معاصر و آینده‌ای نه چندان دور نشان می‌دهد که انسان همواره در صدد ایجاد زبان تفاهم مشترکی میان ملت‌ها و امتهای بوده به گونه‌ای که گفت و گوی واضح و مفهوم داری را ایجاد کند. ترجمه به تنهایی ابزاری است که می‌توان با آن به این زبان مشترک دست یافت. زیرا؛ نقش میانجی را در زبان‌های مختلف دارد و اگر ترجمه نبود عملیات ارتباط میان افرادی که با زبان‌های مختلف با یکدیگر سخن می‌گفتند فراهم نمی‌شد. ترجمه در حمایت از فرهنگ و برای حفظ هویت با شناساندن فرهنگ‌ها و معارف برخی به برخی دیگر نیز اهمیت دارد و هر اندازه حرکت ترجمه از زبانی به زبان‌های دیگر افزایش یابد می‌تواند به انتشار زبان و فکر و علوم و فرهنگ ملت زبانی که ترجمه شده کمک کند. ترجمه راهی برای شناخت و ارتباط با دیگران و ایجاد ارتباطات فرهنگی و عموماً به نفع شکوفایی تمدن انسانی است و در توسعه فرهنگ‌های ملت‌های دیگر به ویژه تاثیر دارد و به همان اندازه که ترجمه در شناخت دیگران کمک می‌کند می‌تواند به درک حقائق خود ما و شناخت خودمان کمک کند. چرا که می‌توانیم به نقاط اشتراک و اختلاف خود با دیگران پی ببریم. زمانی که دیدگاه شخصی از دیگران داریم می‌توان مقایسه‌ای از خود و دیگران داشت، و هم چنین از نظرات دیگران نسبت به خود آگاه شویم و مواضع ضعف و قدرت خود

را تشخیص دهیم. با ترجمه می‌توانیم به انتقادات دیگران از خود پی ببریم و با آن خودمان را نقد کنیم. در هر حال دنیا بدون ترجمه قابل تصور نیست. ترجمه فقط انتقال میان دو طرف دور نیست بلکه فعالیتی موثر و متأثر است و شبکه ای تپنده و مرتبط میان دریاها و رودهای زبان‌های مختلف است. ترجمه مادر همه هنرهای انسانی است که فرهنگ‌های ملت‌های مختلف را نشر می‌دهد و به نزدیک کردن ملت‌ها کمک کرده و چرخ تحول و توسعه را به جلو می‌برد. واقعیت نشان داده که ارتباط مستقیمی میان ترجمه ملت‌های مختلف و پیشرفت و تحول آنان وجود دارد. زیرا؛ بیشتر ملت‌هایی که در رفاه اقتصادی و شکوفایی علمی به سر می‌برند بیشتر از دیگران ترجمه می‌کنند با ترجمه شناخت به دست می‌آید و علوم و ملت ترقی می‌کنند. ترجمه یکی از مهم ترین معیارهای متمایز کننده فرهنگ‌های مختلف است. علیرغم اینکه ترجمه انتقال دهنده و گیرنده فرهنگ هاست اما حرکت ترجمه تعیین کننده گیرنده و فرستنده این فرهنگ است و هر اندازه که انتقال از زبان مشخصی افزایش یابد می‌توانیم بگوئیم فرهنگ، زبان فرستنده است. اما اگر ترجمه به زبانی بیش از زبانی باشد معنایش این است که فرهنگ گیرنده دارد. ترجمه هنوز یکی از برجسته ترین معیارها برای نشان دادن میزان تحول فرهنگی و علمی است و نقش مهمی در تثبیت و انتشار صلح میان ملت ها نیز دارد. زمانی که روابط میان کشورها پیچیده می‌شود و بحران‌هایی رخ می‌نماید نیاز به گفت وگویی مفهومی میان طرف‌های درگیر به وجود می‌آید و ترجمه ابزار رساندن دیدگاه ها و افکار روشن و نزدیک کردن دیدگاه ها با استفاده از ساختارهای تضمینی و گویاست و فقط مترجم می‌تواند با مفاهیم واضح آن را امکان پذیر کند. اهمیت ترجمه فقط به هنگام اختلافات و درگیری ها منحصر نمی‌شود بلکه می‌توان آن را با ایجاد زمینه ارتباطی میان فرهنگ‌های مختلف که مانع از درگیری‌های احتمالی شود، ابزار پیش گیرنده در به وجود آمدن اختلافات دانست و حتی پس از به وجود آمدن درگیری ها نیز ترجمه با ایجاد زمینه گفت وگویی مشترک به منظور رهایی از تأثیرات درگیری، نقش درمانی ایفا می‌کند.

ویژگی‌های اخلاقی مترجم

«إن من أهم السمات التي يجب أن يتحلّى بها المترجم صفةُ الأمانة، فالأمانةُ ركيزةُ أساسيةٌ من ركائز الأخلاق القويمة، زكاهَا اللهُ عزوجل و حضت عليها تعاليم الإسلام...» (حسام الدین مصطفی: ۲۰۱۲م: ۲۷۵-۲۷۶) امانتداری؛ مهم ترین ویژگی است که مترجم باید بدان آراسته باشد. زیرا امانتداری یکی از اصول اساسی اخلاق نیک است و خداوند متعال و آموزه‌های اسلام نیز بر آن تأکید دارد. امانت علمی؛ فقط به آموزش علم و امانتداری در انتقال آن منحصر نمی‌شود، بلکه شامل امانتداری در دقت نظر و درک درست اطلاعات است؛ تا مترجم بتواند در فرایند ترجمه، انتقال دقیقی داشته باشد بنابراین مترجم؛ مورد اعتماد نویسندگان و مولفان نیز است و نباید حقوق نشر و تالیف را نادیده بگیرد و نوشته ی دیگران را به نام خود بزند. بلکه، باید به نویسنده اصلی اشاره کند. باید اسرار متون ترجمه شده حفظ شود و در هیچ حال درصدد افشای آن یا سوء استفاده از آن نباشد. مترجم باید به زمان توافقی برای تحویل ترجمه متعهد باشد و در زمان توافق شده متون را تحویل دهد و هیچ عذری در عدم پایبندی وی به زمان وجود ندارد مگر مرگ که از اراده انسان خارج است. منظور از

امانتداری در زمان یعنی استفاده بهینه از زمان مشخص شده برای اتمام کار و تلف نکردن برای موارد غیر مفید که به نفع کار نیست. بنابراین مترجم از زمان برای انجام وظیفه خود به بهترین شکل استفاده می‌کند. درباره امانتداری مترجم در انتقال باید گفت وی انتقال دهنده محتوا، دیدگاه‌ها و احساسات متن بر اساس روش نویسنده اصلی است باید با همه توان تلاش کند گرایش‌ها و دیدگاه‌ها و احساسات خاص خود را از محتوای متنی که در حال ترجمه است دور نگاه دارد زیرا هیچ توجیهی برای مترجم جهت وارد کردن خود در ترجمه وجود ندارد. بنابراین مترجم در درجه اول باید به نقش محول شده و مسئولیتی که بر گردنش است آگاه باشد و به رسالت و نقش خود در خدمت به دین و ملت ایمان داشته باشد. زمانی که مترجم به بزرگی این نقش و قداست رسالتش پی ببرد، سنگینی مسئولیت خود را در برابر کار و همکارانش احساس خواهد کرد و به بهترین شکل برای انجام وظیفه خود تلاش خواهد کرد و خود را از تقلب، دروغ و خیانتی که به رازپراکنی یا هدر دادن هزینه منجر می‌شود، دور نگاه خواهد داشت. زیرا؛ وقت کثی و هدر دادن امکانات و متوقف کردن کار یا تغییر و تحریف محتوای متن یا ادا نکردن حق ترجمه و دقت در یافتن معادل‌های مناسب برای اصطلاحات یا سوء استفاده از وظیفه به منظور دست یافتن به ناحق بر سود شخصی یا نزدیکان نیز از جمله مصادیق خیانت درامانت است. پس زمانی که مترجم به شرافت رسالت و بزرگی مسئولیت خود پی ببرد در صدد رشد مهارت‌ها و امکانات خود برای مقابله با چالش‌های تحمیلی کار نخواهد آمد.

حقوق مترجمین

هر مترجمی یا پدید آورنده اثر فکری و ادبی، نسبت به آن اثر دارای دو نوع حق مادی و معنوی است که قانون ترجمه و نشر نیز از آن حمایت می‌کند:

حقوق مادی مترجم

در قانون ترجمه و نشر ایران، حقوق مادی پدید آورنده و به دیگر سخن، حق انحصاری هرگونه بهره برداری مالی از اثر برای پدید آورنده شناخته شده است. این حق خصوصا شامل حق نشر و تکثیر، حق ترجمه، حق اقتباس و تلخیص و تبدیل حق عرضه و اجرای آثار نمایشی و موسیقی و حق استفاده از پاداش و جایزه است. پدید آورنده می‌تواند از اثر خود شخصا بهره برداری مالی کند یا استفاده از حقوق مادی خود را به غیر واگذار نماید. ماده ۵ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان در این خصوص می‌گوید: «پدید آورنده اثرهای مورد حمایت این قانون می‌تواند استفاده از حقوق مادی خود را در کلیه موارد زیر به غیر واگذار کند:

۱- تهیه فیلم‌های سینمایی و تلویزیونی و مانند آن؛

۲- نمایش صحنه ای مانند تئاتر و باله و نمایش‌های دیگر؛

۳- ضبط تصویری یا صوتی اثر بر روی صفحه یا نوار یا وسیله دیگر؛

۴- پخش از رادیو و وسایل دیگر؛

۵- ترجمه و نشر و تکثیر و عرضه اثر از راه چاپ و نقاشی و عکاسی و گراور و کلیشه و قالب ریزی و مانند آن ؛

۶- استفاده از اثر در کارهای علمی و ادبی و صنعتی و هنری و تبلیغاتی ؛

۷- به کار بردن اثر در فراهم کردن یا پدید آوردن اثرهای دیگری که در ماده دوم این قانون درج شده است.»

بنابراین حقوق مادی پدید آورنده قابل نقل و انتقال به موجب قرار داد است. همچنین، این حقوق قابل انتقال از طریق ارث و وصیت است و ماه ۱۲ قانون به این قاعده تصریح کرده است. شایان ذکر است که قانون ایران درباره قراردادهای بهره برداری از اثر مقررات خاصی ندارد و این قراردادهای تابع قواعد عمومی است و حال آن که در برخی از کشورها مانند: فرانسه، مقررات جامعی در این زمینه به منظور حمایت از پدید آورندگان و جلوگیری از سو استفاده بهره برداران که اغلب از لحاظ اقتصادی قوی تر هستند و می توانند نظر خود را بر مترجمان، مولفان و هنرمندان تحمیل کنند دیده می شود. شایسته است قانونگذار ایران نیز مقررات خاصی برای این گونه قراردادهای وضع کند. پیش نویس لایحه جدید از لحاظ حقوق مادی پدید آورنده، جامع تر از قانون فعلی است و حتی توزیع اثر برای عموم از طریق امانت دادن، یا اجاره، فروش و نظایر آن نیز در آن ذکر شده است (ماده ۶). به علاوه در این پیش نویس یک ماده به واگذاری و اجازه بهره برداری از حقوق پدید آورندگان اختصاص یافته (ماده ۲۰) که متضمن مقرراتی در جهت حمایت از پدید آورنده است. از جمله آن که این واگذاری باید به موجب قرار داد کتبی باشد و واگذاری تمام یا بخشی از حقوق مادی شامل واگذاری حقوق دیگر که صریحاً در آن ذکر نشده نخواهد بود. مثلاً اگر مولف یک نسخه از کتاب خود را به کسی بفروشد، خریدار نمی تواند آن را تکثیر کند. این قاعده در قانون فعلی صریحاً ذکر نشده ولی از قواعد عمومی قابل استنباط است. در مورد انتقال حقوق مادی پدید آورنده به موجب قرار داد؛ ماده ۱۴ قانون ۱۳۴۸ حق انتقال گیرنده را به مدت سی سال محدود کرده، مگر این که برای مدت کمتر توافق شده باشد. این یک قاعده آمره و تنها قاعده ای است که حق انتقال گیرنده را در حمایت از پدید آورنده محدود کرده است. (صفایی، ۱۳۸۳: ۳۲۱)

حقوق معنوی مترجمین

مترجم و هر پدید آورنده اثر فکری و ادبی، علاوه بر حقوق مادی، دارای حقوق غیر مادی نیز می باشد که این حقوق مربوط به شخصیت او و برای حمایت از آن است. قانونگذار این حقوق را به عنوان حقوق معنوی تعریف نکرده است. ولی با توجه به مواد مختلف قانون می توان آن را شامل حقوقی با عنوان حق انتشار، حق حرمت نام و حق حرمت اثر دانست. بر طبق ماده ۳ قانون حمایت حقوق مولفان و هنرمندان می گوید: «حقوق معنوی پدیدآورنده محدود به زمان و مکان نیست و غیر قابل انتقال است». بنابراین حقوق معنوی دارای ویژگی های زیر است:

- محدود به زمان نیست، یعنی دایمی است و با مرور زمان از بین نمی‌رود.

- محدود به مکان نیست؛ یعنی محل اقامت پدید آورنده یا محل انتشار و عرضه اثر و هر عامل مکانی دیگر در آن بی‌تأثیر است. بنابراین، قانون ایران از لحاظ حقوق معنوی از همه آثار ادبی و هنری، اعم از این که برای نخستین بار در ایران منتشر شده باشند یا نه و اعم از این که اثر متعلق به ایرانی یا بیگانه باشد، حمایت می‌کند غیرقابل انتقال است. به نظر می‌رسد که مقصود از غیرقابل انتقال بودن این حقوق به موجب قرار داد بین زندگان است نه غیر قابل انتقال بودن از طریق ارث یا وصایت. در تایید این نظر می‌توان چنین استدلال کرد: اولاً، حمایت از شخصیت پدید آورنده اقتضا می‌کند که حقوق مادی او بعد از مرگ به وسیله کسانی که قائم مقام او هستند اعمال می‌گردد.

ثانیاً، ماده ۴ قانون مذکور این حقوق را محدود به زمان ندانسته است و از این رو حقوق مزبور نباید با فوت پدید آورنده از میان برود.

ثالثاً، از ماده ۲۶ قانون که برای وزارت (فرهنگ و ارشاد اسلامی) بعد از سپری شدن مدت حمایت از حقوق مادی، عنوان شاکی خصوصی در صورت تجاوز به حقوق معنوی او قایل شده، استنباط می‌شود که اعمال حقوق معنوی بعد از فوت پدید آورنده با قائم مقام او اعم از وراثت یا وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است (صفایی، ۱۳۸۳ش: ۳۲۷).

حقوق مترجمین در ایران

از سال ۱۳۵۸ ش و پس از پیروزی انقلاب اسلامی حمایت از حقوق مترجمان و مولفان و هنرمندان به طور جدی مورد بررسی قرار گرفت؛ زیرا برخی از فقها حمایت از حقوق مترجم و مولف و هنرمند (خصوصاً حقوق مادی) را منطبق با شرع نمی‌دانستند. لیکن با کوشش طرفداران حقوق مترجم و مولف و اظهار نظرهای گروهی از فقها و مراجع تقلید، امروزه گرایش به ضرورت حمایت از مالکیت ادبی و هنری و شرعی بودن آن در میان فقهای اسلامی تقویت شده و گروهی از فقهای بزرگ طرفدار این نظریه هستند و با آوردن دلایلی قاعده حمایت از حقوق مترجمین را بیان کرده‌اند. از جمله دلایلی مانند: اثبات مالکیت تکوینی اعمال ذهنی (خامنه‌ای، ۱۳۸۴ش: ۴) و تمسک به ادله حرمت سرقت و غصب (شبیری: ۱۸)، حکم عقل به اولویت انسان نسبت به کار خود و نتایج آن (حائری، کاظم، ص ۹۷)، قاعده لاضرر (صدر، ۱۴۱۹ق: ۲۷۶)، حکم حکومتی فقیه، قاعده حفظ نظام، دلیل عقل مستقل، قاعده صحت (صفایی: ۷۶)، حق سبق و تمسک به عموم اوفوا بالعقود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲ش: ۱۹۷) نیز برای اثبات حقوق مالکیت فکری و ادبی ذکر شده است.

در قانون حمایت از مولفان و مترجمان در ایران، مانند قوانین کشورهای دیگر و کنوانسیون‌های بین‌المللی، حمایت قانون متوجه شکل اثر است ولی شکل خاص شرط نیست. ماده ۱ قانون ۱۳۴۸ هر پدیده ادبی یا

هنری را «بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور یا ایجاد آن به کار رفته» اثر قابل حمایت تلقی کرده و ماده ۲ نیز عدم تاثیر شکل و نحوه بیان اثر را در حمایت قانون تاکید کرده است و از این جهت قانون ایران با کنوانسیون برن (ماده ۲) هماهنگی دارد. در مورد ترجمه، قانون ایران صراحت دارد. از نظر حقوقی با توجه به ماده (۱) قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲/۱۰/۶ باید گفت که قانونگذار از کلیه ترجمه‌هایی که به نحوی متضمن عمل ترجمه است، حمایت می‌کند. در نتیجه، فرقی بین ترجمه‌های مکتوب و غیر مکتوب وجود ندارد. پس، خواه مترجم، ترجمه خود را به صورت نوشته درآورده باشد و یا آن را در نوار یا فیلم یا هر وسیله دیگر ضبط کرده باشد، از حمایت قانون برخوردار خواهد بود. حمایت قانونی از ترجمه و آثار فکری و ادبی مشروط به ثبت رسمی آن‌ها نیست و اثر به محض ایجاد قابل حمایت است، هرچند که مترجمان، مولفان و هنرمندان می‌توانند بر طبق ماده ۲۱ قانون مزبور و آیین نامه اجرایی آن، اثر، نام، عنوان و نشانه ویژه اثر را در وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی یا ادارات تابع آن به ثبت برسانند و از مزایای ثبت که خصوصاً برای اثبات دعوی مفید است بهره مند شوند. قاعده اختیاری بودن ثبت و مشروط نشدن حمایت قانونی به آن، منطبق با معیارهای بین المللی است. (صفایی، ۱۳۸۳: ۳۱۹) در ادامه، پس از نگاهی گذرا به زندگی نامه ادبی و معرفی کتاب «حسام الدین مصطفی» به بحث آسیب شناسی حقوق و دستمزد هزینه مترجمین از دیدگاه «حسام الدین مصطفی» با محوریت کتاب «أسس و قواعد صنعت الترجمة» پرداخته خواهد شد.

نگاهی گذرا به زندگی ادبی «حسام الدین مصطفی»

«حسام الدین مصطفی»، مترجم، مدرس و محقق مصری می‌باشد که دارای کتب، مقالات و اثرات ادبی فراوانی در زمینه‌های مختلف علمی می‌باشد. او رئیس مکتب عربی ترجمه، رئیس شورای itu مسسان انجمن مترجمان مصر - مرکز ملی ترجمه، عضو شورای بین المللی زبان عربی، عضو بخش ترجمه اتحادیه نویسندگان مصر، مترجم، مدرس و محقق مصری، رئیس شورای ent مسسان انجمن مترجمان مصر مرکز ملی ترجمه، عضو شورای بین المللی زبان عربی، عضو بخش ترجمه اتحادیه نویسندگان مصر می‌باشد. نویسنده «حسام الدین مصطفی» با مطالعه و پژوهش در مورد زبان‌های خارجی، ترجمه، مدیریت بازرگانی و علوم سیاسی آثار بسیاری به عربی، انگلیسی، فرانسوی، ایتالیایی و چینی ترجمه کرده و بر تعدادی از پروژه‌های ترجمه برای موسسات بین المللی و تجربه وی در زمینه‌های مختلف ترجمه به بیش از ۲۰ سال می‌رسد. سازمان‌های رئیس مدرسه ترجمه عربی آگاهی دارد. وی مدرس تخصصی علوم و هنرهای ترجمه، مربی معتبر از انجمن آموزش و توسعه آمریکا و عضو بسیاری از سازمانها و نهادهای بین المللی در زمینه ترجمه می‌باشد. او یک محقق متخصص در مسائل ترجمه و عرب سازی بوده است. او در بسیاری از کنفرانس‌های بین المللی به عنوان مترجم یا محقق شرکت کرده است. او در تعدادی از روزنامه‌ها و مجلات عربی و خارجی در زمینه‌های ترجمه، زبان، ادبیات، سیاست و علوم اداری مقاله مینویسد. نویسنده ای است که آثار او در بسیاری از مجلات، روزنامه‌ها و وب سایت‌های عربی و خارجی به چاپ رسیده است. آثار وی در نوشته‌های ادبی، علمی، فلسفی و سیاسی متفاوت

بوده است. «حسام الدین مصطفی» دارای دو کتاب به نام «ترجمات معانی القرآن الکریم إلى اللغة الإنجليزية من ۱۶۴۹ إلى ۲۰۱۹ - موضوعات مختارة» و کتابی به نام «أسس و قواعد صنعتته الترجمة» می باشد و همچنین دارای مقالاتی می باشد که می توان به؛ مقاله ای با عنوان القراءة و الكتابة في مسيراتهم، لقاء حي مع د.حسن الباشا (الفائز بجائزة الدولة التقديرية في الفنون)، «دراسات و وثائق: الحاسب الالى و توظيفه في دارالكتب المصرية (الواقع و المستقبل)»، «الكتب في قنوات الاتصال: كشاف العروض بالدوريات المصرية...!»، «دراسات و وثائق: حصر المطبوعات المصرية في قرنين (دراسة للادوات و مؤشرات إحصائية)» و... اشاره نمود. به اعتقاد «حسام الدین مصطفی»، ترجمه بیشتر شبیه سفری به مناطق مختلف است. مترجم - که گاهی خواننده متن ترجمه شده نیز وی را همراهی می کند؛ مسافرانِ متن ها هستند. هر متنی نیز مانند منطقه ای جدید، دارای ویژگی ها و جغرافیای خاص خود است. بنابراین هر مترجمی باید در بازگشت از سفر، بدون گم کردن راه یا خستگی، تضمینی برای بازگشت سالم از این سفر داشته باشد. تنها ضامن بازگشت سالم مترجم؛ مسلح شدن به ابزار و مهارت های زبانی برای درک دیده های خود و از بین بردن ابهام هاست. مترجم باید برای ترجمه متونی که به وی واگذار می شود، نقشه ای کاملاً آشکار و مشخص داشته باشد. اما دست پر بازگشتن از سفر ترجمه فقط با ترسیم جزئیات متن، تصویرسازی و شبیه سازیِ متنِ مقصد به متنِ مبدأ میسر خواهد شد.

خلاصه کتاب «أسس و قواعد صنعتته الترجمة»

کتابی با عنوان «أسس و قواعد صنعتته الترجمة» که توسط «حسام الدین مصطفی» نوشته شده است، که به زبان عربی بوده و شامل ۳۷۲ صفحه می باشد که در ۱۷ ماه مه سال ۲۰۱۲ م به چاپ رسیده است. تالیفات زیادی درباره زبان و علوم زبانی و ترجمه به عربی و زبان های دیگر در کتابخانه های کشورهای عربی و دیگر کشورها انباشته شده که هر کدام سهم به سزایی در ترسیم ابعاد علوم ترجمه و فنون آن، نظریه پردازی اصول ترجمه و قالب بندی آن دارند. اما در این بین کتابهای اندکی، ترجمه را به عنوان یک صنعت، پذیرفته و یا به تطبیق عملی و حرفه ای ترجمه به ویژه به زبان عربی یا متون ترجمه شده به این زبان پرداخته اند. بیشتر نوشته هایی که درباره ترجمه است حتی موارد مربوط به نمونه های تطبیقی نیز فقط به مسائل و قالب های نظری پرداخته، حتی نمونه های تطبیقی نیز بر قالب های لغوی تمرکز کرده، اما نباید تلاش اساتید و همکاران را نادیده گرفت. با این حال باید گفت تالیفات، درباره تطبیقی کردن اصول ترجمه در مقایسه با کتاب هایی که درباره مباحث نظری و بررسی های توصیفی نگاشته شده، بسیار اندک و ناچیز است و این مساله موجب شده این نوشته ها از بررسی ابعاد حرفه ای که بازار کار سخت بدان نیازمند است، غافل شوند. کتاب «قواعد و پایه های صنعت ترجمه» نام دارد خلاصه ای از تجارب علمی و نتایج پژوهش های نظری دو دهه و حاصل بررسی انواع مختلف فنون ترجمه به زبانهای گوناگون است.

«حسام الدین مصطفی»، برای بیان و تفهیم موضوعات مختلف از روشها و تعبیر ساده تری استفاده کرده تا خواننده، راحت تر از آنچه که در منابع و تالیفات دیگر وجود دارد به این موضوعات دسترسی پیدا کند. وی

تلاش کرده در این کتاب، برخی از موضوعات مرتبط را شرح و توضیح دهد تا خواننده برای درک آن دچار زحمت نشود. از سوی دیگر با خودداری از بکار بردن تعابیر بیگانه اثبات کرده، زبان عربی می‌تواند مفاهیم را بدون نیاز به واژگان بیگانه، روشن و شفاف به خواننده برساند. وی برای بیان قواعد و شبیه‌سازی معانی و مفاهیم؛ روشهای ساده‌ی زبانی را برگزیده تا برای افرادی که با زبان بیگانه، ناآشنا هستند، قابل لمس باشد. حتی کسانی که دارای مدارج عالی دانشگاهی نیستند نیز معانی مثال‌ها را با تعابیر ساده بیگانه درک کنند و بتوانند قواعد و اصول را با هر زبانی و در هر سطح زبانی دریابند. «حسام الدین مصطفی» اصول، قواعد، فنون ترجمه و تمرینات را ضمن مقایسه با یک زبان خارجی مشخص تدریس کرده، زیرا دانش آموزان و دانشجویان زیادی از تمایل خود به ترجمه ادبی به زبان انگلیسی یا تدریس ترجمه قانون به فرانسوی یا تدریس ترجمه مطبوعات به زبان آلمانی با من سخن گفته بودند. گویی قواعد و اصول ترجمه از زبانی به زبان دیگر تغییر می‌کند. هدف از نگارش این کتاب و برگزاری دوره‌های آموزشی با حضور دانش آموختگان زبان‌های مختلف اثبات این نکته است که مترجمین عرب می‌توانند با یاد گرفتن مهارت‌های ترجمه، در آن پیشرفت کنند و این مهارت‌ها را در قالب هر زبانی که می‌خواهند تطبیق دهند. به اعتقاد «حسام الدین مصطفی»، بسنده کردن به تمرین ترجمه به یک زبان خارجی مشخص، تصور نادرستی از ارتباط میان ترجمه و زبان است و روش کلاسیک یادگیری ترجمه و آموزش آن با روش مقایسه‌ای میان متون عربی و خارجی؛ درک نادرستی از ترجمه است. این روش ابتدائی موجب شده برخی نسبت به درک و شناخت فنون ترجمه و تطبیق عملی آن به دشواری بیافتند. این کتاب ۷ بخش دارد، و با مقدمه‌ای برای خوشامدگویی به خواننده و هدف نگارش آغاز شده است. در بخش اول درباره زبان و اینکه زبان، زمینی برای درخت ترجمه است سخن گفته و تاکید کرده ترجمه؛ فرزند زبان است. ترجمه اصیل و باهویت، ویژگی‌های فکری زبان مبدأ را می‌نمایاند و آن را به زبان مقصد منتقل می‌کند که در صورت فقدان آن، ترجمه قابل درک نخواهد بود. وی تلاش کرده در ضمن بیان این موضوعات و نکات، مفاهیم و مسائل مرتبط با زبان را با بیانی ساده و به دور از پیچیدگی مطرح کند که نقطه آغازی برای سفر ما به دنیای ترجمه با تقسیم بندی‌های مختلف باشد. اما بخش دوم، درباره دنیای ترجمه و دلایل اهمیت یافتن و تاریخ پیدایش آن، نقش عربها در تعیین حرکت ترجمه طی دوره‌های مختلف، سپس مفاهیم و تعریف‌های ترجمه، تعریف انواع ترجمه و نظریه‌های ترجمه، دشواریها و چالش‌های فرا روی مترجم و راههای مبارزه با آن است. بخش سوم نیز درباره فرایند ترجمه، عملیات اولیه، زمینه سازی برای ترجمه نهائی، اهمیت گام‌های اولیه در ترجمه نهائی، بررسی متون مختلف و ویژگیهای آن است. بخش چهارم به ساختار ذهنی بشر و نقش ذهن در بررسی متون ترجمه شده می‌پردازد و عوامل نامحسوس براین فرایند و ارتباط میان ترجمه و توانمندی‌های ذهنی و موانع فراوری درک درست متن و روش مقابله با آن و مهارت‌های ذهنی مترجم را بررسی خواهد کرد. در بخش پنجم نیز سخن از ترجمه حرفه‌ای، توضیح و تثبیت اصول اساسی ترجمه با دیدگاهی حرفه‌ای، مترجم حرفه‌ای و اصول اخلاقی حاکم بر بازار جهانی ترجمه و ابزارهای مورد نیاز یک مترجم است. بخش ششم نیز درباره ترجمه و فرهنگ، نقش هریک از این دو، میزان تاثیرگذاری بر یکدیگر، ترجمه‌های مختلف یک متن و نقش ترجمه در فرهنگ سازی است. در بخش هفتم نیز فهرستی از مهمترین

مراجع و منابع برای دقت در جزئیات و شناخت برخی از چارچوب‌های نظری دردنیای ترجمه تهیه شده است. هدف «حسام الدین مصطفی» با نوشتن این کتاب تلاش کرده تا راه روشنی برای مترجم تازه کار بگشاید تا بتواند با آن به حقیقت و اصول ترجمه آگاهی یابد. محتوای این کتاب، آشکار و گزیده؛ اصول برخورد حرفه‌ای با این صنعت را نشان می‌دهد. در این مهم از خوانندگان غیر حرفه‌ای نیز غافل نشده و تلاش کرده تا آنان نیز با خواندن این کتاب با ماهیت ترجمه، رسالت واقعی ترجمه، نقش مترجم، روش‌های ترجمه و چالش‌ها آشنا شوند و به این اشتباه که ترجمه فقط جایگزینی کلمات یا عملیاتی مکانیکی است، پی برده و بدین ترتیب، جایگاه ترجمه و مترجم ارتقا یابد.

دستمزد مترجم

مطابق با نوشته حسام الدین مصطفی «من حق المترجم على مقابل الخدمة التي يقدمها، وأن يكون هذا المقابل عادلاً يكافئ الجهد الذي يبذله عند قيامه بواجبات مهنته، و هناك حدود دنيا للمقابل الذي يستحقه المترجم متعارف عليه بين أهل الصنعة، و لكن الممارسات العلمية تشير..» (حسام الدین مصطفی، ۲۰۱۲م: ۲۵۴) مترجم حق دارد برای خدمتی که ارائه می‌دهد، مبلغی معادل تلاش خود دریافت کند، کارشناسان این صنعت، حداقل پاداش‌هایی را برای مترجم در نظر گرفته‌اند، اما تجربه نشان داده برخی حق مترجم را دست کم می‌گیرند، که این مساله ناشی از عدم درک و ناآشنایی با حرفه ترجمه، و ارج نهادن به تلاش مترجمان و ورود مدعیان به دنیای ترجمه است. این در حالی است که برخی نیز به دنبال بهره‌گیری از سیاست عرضه و تقاضا و سوءاستفاده از نیاز مترجم هستند. گاهی مترجم نیز قدر خود را نمی‌داند- خصوصاً مترجمان تازه فارغ التحصیل شده - و از حق خود می‌گذرند، این افراد حتی حرفه خود را با حرفه‌های مشابه نیز مقایسه نمی‌کنند، در هر شرایطی قیمت ترجمه کلمه یا صفحه عربی در مقایسه با دیگر زبان‌های مشابه و تخصصی نیز در پایین‌ترین حد است. بنابراین هر مترجم باید قیمت‌های تصویب شده را بررسی کرده و حداقلها را بشناسد و با کسب تخصص و مهارت، مستحق دریافت حق کامل خود باشد.

مترجم و بازار کار

طبق نظریه حسام الدین مصطفی «إن أول ما يؤثر في صاحب العمل أو العميل، و يجعله يهتم بطلبك هو السيرة الذاتية التي تقدمها، موضحاً بها هدفك و معلوماتك و موهلاتك و إنجازاتك، و السيرة الذاتية هي: بيان أو تقرير شخصي..» (حسام الدین مصطفی، ۲۰۱۲م: ۲۹۱) اولین مساله مورد توجه صاحب کار یا مشتری، درخواست مشخصات و سابقه است تا با آن هدف، اطلاعات، صلاحیت‌ها و دستاوردهای خود را توضیح دهد. مطلب یا گزارش مختصر شخصی که برخی اطلاعات خصوصی درباره سابقه کار و صلاحیت شخصی فرد مایل به دستیابی به شغل یا وظیفه مشخصی را بیان می‌کند و یک صفحه بازاریابی است که مهارت‌ها، دستاوردها و تجربیات یابنده کار را به روشی واقع‌گرایانه، علمی‌سازماندهی شده و جالب به نمایش می‌گذارد. اهمیت سوابق شخصی در این است که: ۱- شخص را معرفی می‌کند. ۲- ابزار ارزیابی برای کارفرماست. ۳- ابزاری برای

بازاریابی است. ۴- فراخوانی برای مصاحبه شخصی است. بنابراین از طریق فرایند مصاحبه مترجم می تواند وارد بازار کار شود.

مزایای بازنگری و دقت نظر مترجم

طبق نظریه حسام الدین مصطفی «المترجم الحصیف هو من ینشی قائمۃ بالأخطاء التي اعتاد الوقوع فیها، و یقیس مدى نجاحه فی تفادی هذه الأخطاء فی کل مرۃ یترجم فیها...» (حسام الدین مصطفی، ۱۳۹۰: ۱۸۹-۱۹۰) مترجم باهوش با تهیه لیستی از خطاهایی که معمولاً به دام آن می افتد، میزان موفقیت خود را هر بار ارزیابی می کند و به این خطاها که ناشی از تایپ سریع یا غرق شدن در ترجمه است پی می برد. منابع زیادی درباره خطاهای رایج زبانی وجود دارد که مترجم باید بداند مراجعه کند و از آن به عنوان مرجعی برای تعیین درست و نادرست کمک بگیرد. گاهی مترجم می تواند از طریق نرم افزارها و ابزار دقیق زبانی، چه جداگانه و در قالب نصب برنامه ی خاصی یا نرم افزارهای نوشتاری مانند مایکروسافت ورد، خطاهای تایپی، املائی و دستوری را که به دلیل حجم زیاد متن و تراکم کلمات هنگام نوشتن پیش آمده، پیدا کند. البته این برنامه ها فقط برای زبان های موجود در لیست نرم افزارها قابلیت اجرایی دارد. اما باید توجه کرد برخی از کلمات و ساختارها در ابزارهای تصحیح الکترونیکی زبان ممکن است به عنوان خطاهای تایپی یا گرامری، به ویژه در زبان عربی، تشخیص داده شود، درحالی که این کلمات درست هستند، بنابراین باید برنامه تصحیح زبانی را به شکلی جزئی دنبال کرد و فقط به دنبال جایگزینی کلی ماشینی نباشیم چرا که گاهی درست عمل نمی کند زیرا بسیاری از کلمات، ساختارها و تعبیر در نرم افزارهای زبانی گنجانده نشده بنابراین لازم است از گزینه (جایگزین کردن همه الفاظ با ابزار الکترونیکی) پرهیز کرد. مترجم در بازنگری باید از درستی ساختار بیان کننده معنای نویسنده و خالی بودن آن از هرگونه ابهام یا اشتباه مطمئن باشد و در بازنگری نهایی از این مساله جزئی غفلت نکند که مستلزم مقایسه دقیق میان متن مبدأ و مقصد است. مترجم نباید متن را بدون بازنگری رها کند زیرا خطاهای زیاد ترجمه، آن را ناقص کرده و از ارزش و دستمزد مترجم می کاهد بلکه بهتر این است که مشکلات بازبین و ویراستار را به حداقل برساند.

ویژگی های اخلاقی مترجم صاحب کار

«قد ینكون المترجم هو صاحب العمل، أو رئیساً لفريق من المترجمین، و هذا ینتوجب أن یتقن باخلاقیات خاصۃ، و ینسلك صاحب العمل الخلق الذی یتعامل مع موظفیه من منطلق قیمی و انسانی، وفق قواعد عقائدیة و أخلاقیة سلیمة، و علیه أن یری الرابطة بینة و بین الموظفين كما العلاقیین...» (حسام الدین مصطفی، ۱۳۹۰: ۲۲۷) گاهی مترجم خود صاحب کار یا رئیس تیم مترجمین است که این خود مستلزم پایبندی به اخلاقیات ویژه ای است تا با اخلاق نیک واز بُعد انسانی و بر اساس اصول اعتقادی و اخلاقی سالم با کارمندان خود برخورد کند. درست مانند اجزای بدن که هریک وظیفه مشخصی دارد. کارمندان وی نیز هریک دارای نقش و ارزش ویژه ای هستند، مترجم زمانی که کارفرماست و افرادی چه مترجم یا غیر مترجم تحت مدیریت

وی فعالیت کنند وهم چنین مترجم آزادی که برای خودش کار می‌کند؛ باید به عنوان صاحب کار دارای اخلاق حرفه ای باشند که خود مستلزم صداقت با زیر دستان است. باید نوع کار را برای آنان توضیح دهد و مطمئن شود که زیردستان از همه جزئیات آگاهی دارند و مدت زمان هر ماموریت و دستمزد هر کارمند را توضیح دهد و عادل و با انصاف باشد نه حریص که از حق کارمند کم کند و با نیاز وی تجارت کند. مترجم صاحب کار نباید از زیردستان خود بیش از توان آنان بخواهد و دستمزدی کمتر به آنان بدهد بلکه باید کار را بر اساس توان آنان و دستمزدی که قرار است به آنان بدهد، محول کند. و دستمزد نیز عادلانه و منصفانه باشد. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أُولَىٰ بِهِمَا فَلَّا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا). (نساء: ۱۳۵)

ای کسانی که ایمان آورده اید، بخاطر خدا قسط را بر پا دارید و شهادت به عدل بدهید و دشمنی با گروهی، شما را به انحراف از حق نکشاند، عدالت کنید که آن به تقوی نزدیکتر است و از خدا بترسید که خدا از آنچه می‌کنید باخبر است. صاحب کار باید با کارمندان خود به عنوان افرادی که شریک موفقیت و ابزار اجرایی شدن این موفقیت هستند؛ با آنان با احترام رفتار کند، انسانیتشان را خدشه دار نکند و توانشان را زیر سوال نبرد، و با آنان به عنوان خدمتکار یا برده رفتار نکند.

مترجم صاحب کار باید دستمزد کارمندان خود را بدون تاخیر، در زمان مشخص و سریع پرداخت کند تا مورد تقدیر کارمندان قرار بگیرد. باید با مدارا و مهربانی با آنان رفتار کند و از کسی که سزاوار است عذرخواهی کند و رزق و روزی کارمند را وسیله انتقام جویی قرار ندهد مگر اینکه دچار خطای حرفه ای فاحشی شده باشد یا به ضرر منافع یا آبروی موسسه اقدام کرده باشد و مجازات نیز براساس قوانین سازمان کار و مورد توافق صاحب کار و زیر دستانش باشد. صاحب کار نباید به زیر دستان خود ظلم کند زیرا ظلم در همه ادیان حرام بوده و همه آداب و رسوم نیز آن را تقبیح کرده‌اند. مترجم صاحب کار یا رئیس یک تیم، باید الگوی اخلاقی برای زیردستان و همکاران خود باشد و با تعهدات اخلاقی بر رفتار و محیط تاثیر گذار باشد. زمانی که رئیس الگوی خوبی باشد زیردستان خود را نیز به پیمودن این راه و روش تشویق می‌کند و می‌تواند تصمیمات عادلانه‌ای بگیرد. مدیر موفق، در درجه اول بر اساس روابط انسانی، عمل و نیاز کارمندان خود را برآورده می‌کند. دارای برخورد درستی بوده و برای تحقق منافع کار، رابطه دوستی برقرار می‌کند. مترجم مدیر باید نظرات و احساسات کارمندان خود را درک و آنان را با روشهای مختلف تشویق و اطلاعات و ابزارهای مورد نیاز آنان را تهیه کند زیرا همین مساله می‌تواند موجب وابستگی بیشتر کارمندان به وی شود. صاحب کار باید بداند تهدید، مجازات و اجبار مترجم به انجام کارهایی بیشتر از حد توان وی، به نارضایتی منجر شده و محیط کار نامناسبی ایجاد می‌کند که هیچ موفقیتی نداشته بلکه موسسه را به انحلال سوق می‌دهد. برقراری عدالت و عدم تبعیض نیز از والاترین ارزش‌های اخلاقی است تا به خاطر آن فردی که کار خوب انجام داده پاداش گرفته و کسی که کوتاهی کرده مجازات شود، پاداش و مجازات نیز باید با حجم خطا تناسب داشته باشد زیرا زیاده روی در پاداش، رشک و حسد، سهل انگاری و زیاده روی در مجازات نیز تنفرو کینه توزی را به دنبال دارد. بنابراین هر مترجمی باید در برابر زیردستان و روسای خود عدالت و برخورد بی طرفانه ای داشته باشد. بی تردید

سیستم پاداش دهی و مجازات نقش زیادی در تشویق انسان دارد و بیانگر قدردانی از عملکرد خوب وی است و هم چنین مجازات نیز، هشداری به خطاکار برای اشتباه و تأثیرات آن است.

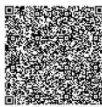
نتیجه گیری

از لحاظ حقوقی قانونگذار ما هیچ گونه محدودیتی برای نوع آثار مورد ترجمه قرار نداده است. پس مترجم آزاد است که از میان آثار علمی، اجتماعی، دینی، ادبی و هر کدام را که می خواهد ترجمه کند و نوع زبانی که اثر اصلی بدان نگاشته شده نیز ملاک نیست. اما چه بسا آثار و نوشته هایی با نظم عمومی جامعه یا حقوق مورد حمایت قانونی افراد جامعه برخورد داشته باشد، قانونگذار برای نشر و ترجمه پاره ای از مطالب، محدودیت و یا مجازات قایل شده است. از نظر حقوقی مترجم نمی تواند به هر مدتی که مایل است حقوق مادی خود بر اثر ترجمه شده را به دیگران منتقل سازد، بلکه وی حق دارد حداکثر تا سی سال این حق را به دیگری انتقال دهد و چنانچه پیشتر از مدت مزبور حقوق مادی خود را به شخص دیگری نقل دهد، مدت زاید بلا اثر بوده و پس از گذشتن مدت سی سال، حقوق مادی مجدداً به خود وی منتقل می گردد. در زمینه حقوق مادی مترجم، قانونگذار حق تکثیر و تجدید چاپ و بهره برداری و نشر و پخش هر ترجمه را خاص مترجم یا وراث قانونی یا منتقل الیه می داند و چنانچه شخصی عالماً و عامداً ترجمه دیگری را بدون اجازه وی یا قائم مقام قانونی اش مورد نشر و چاپ و تکثیر قرار دهد مجازات دارد. همچنین، مترجم باید همه متون را بر اساس قول و قرار، پیش از سفر یا توقف به هر دلیل غیراجباری تمام کند. اگر مترجم به هر دلیل شخصی یا حرفه ای یا اخلاقی نمی تواند متنی را ببیزد باید بدون درنگ و تاخیر که گاهی به کار صدمه می زند، به اطلاع پیمانکار برساند. مترجم باید از قبل جهت آمادگی برای ترجمه، جستجوهای لازم را انجام دهد و متن ترجمه شده را به زبان مقصد با دقت مطالعه کند یا از فرد دیگری کمک بگیرد. مضافاً اینکه، با توجه به توسعه جهانی که صنعت ترجمه نیز شاهد آن بوده، ارتباط بین مترجمین دیگر محدود به روش های سنتی و نشست های داخلی نیست، بلکه بهره گیری از اینترنت به تشکیل مجامع حرفه ای برای افراد فعال در عرصه صنعت ترجمه منتهی شده و انجمن ها و نهادهایی در کل دنیا برای توجه به ترجمه و مترجمان ایجاد شده است. در سطح جهانی یا ملی نیز نهادها و سازمان های عربی تشکیل شد که نقش مهمی در توسعه مفهوم ترجمه، بالا بردن سطح فعالان این عرصه و تهیه منابع لازم و انتقال تجربیات ایفا کردند.

منابع

- قرآن کریم
- ابن منظور، (۴۰۵ق)، لسان العرب، الطبعة الاولى، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الزبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، مکتبه الحیاء، بیروت: بی تا.
- بندرجی، محمدرضا، (۱۳۸۳ش) بررسی حقوق و تکالیف مترجمان، حقوق ایران، مجله دادرسی، شماره ۲۳، سال هفتم.
- حائری، کاظم، «بررسی فقهی حق ابتکار»، مجله فقه، شماره ۲۲، سال ششم.
- خامنه ای، محمد، (۱۳۸۴ش) ماهیت مالکیت معنوی از دیدگاه فقه امامیه، کتاب قم، شماره ۲۴، سال سوم.
- شبیری، حسن، «وضعیت فقهی حقوقی رایانه در ایران»، جستجوگر پایگاه های شیعه. shia search.
- شفايي، عبدالله، «حق تالیف از دیدگاه فقه تطبیقی»، مجله فقه، سال دهم، شماره ۳۷ و ۳۸.

- صدر، محمد باقر، (۱۴۱۹ق)، قاعده لاضرر و لاضرار، قم: موسسه النشر اسلامی.
- صفایی، حسین، (۱۳۸۳ش)، «مسایل حقوقی حمایت از مالکیت ادبی و هنری در ایران»، همایش ملی بررسی حقوق مالکیت ادبی و هنری.
- طریحی، فخرالدین، (۱۴۰۸ق)، مجمع البحرين، تحقیق: سید احمد حسینی، الطبعة الثانية، قم: مکتب نشر الثقافة الاسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۳۸ق)، مصباح المتهجد و سلاح المتعبد، تهران: مطبعه علمی.
- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۲ش)، موجبات ضمان درآمدی بر مسوولیت مدنی و اسباب و آثار آن، تهران: نشر میزان.
- مصطفی، حسام الدین، (۲۰۱۲م)، أسس و قواعد صنعت الترجمة.



حقوق جامعه اقلیت دینی و مذهبی در تاریخ معاصر ایران

رضا شعبانی صمغ آبادی

استاد گروه تاریخ دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
annahita.shabani45@gmail.com

سیده زهرا کاووسی

دانشجوی دکتری رشته تاریخ، دانشگاه آزاد تبریز، ایران
zahrakavousi66@gmail.com

۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۱۱، ۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰، ۰۶، ۰۱

چکیده

مطالعه حقوق اقلیت‌ها و گروه‌های قومی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشانگر آن است که علیرغم فقدان الگوی مشخص و منسجم و عدم استفاده از مدل‌های رایج جلب و تأیید مشارکت اقلیت‌ها در این سند حقوقی، حقوق گروه‌های مذکور به روش‌های مختلفی مطرح شده و محفوظ مانده است. در قانون اساسی کشورمان سه گروه قومی، اقلیت دینی، اقلیت مذهبی از یکدیگر متمایز شده‌اند و در حالی که اقلیت قومی با دو گروه دیگر قابل جمع است برای هریک به طور جداگانه حقوقی مطرح شده که باهم جمع پذیرند. در کنار اکثریت مسلمان در کشور ایران، اقلیت‌های غیر مسلمان نیز وجود دارند که با داشتن تابعیت ایران، از اعضای ملت محسوب می‌شوند. این مقاله درصدد تبیین حقوق خاص و ویژه اقلیت‌های دینی در نظام سیاسی ایران است که اقلیت‌های دینی برای برخورداری از تساوی حقوقی، برای حفظ و پاسداری از خصایص فرهنگی دینی خود خواهان اقداماتی با حمایت دولت هستند که در قوانین ایران به آن پرداخته شده است. در این مقاله بر آن هستیم تا به واکاوی حقوق جامعه اقلیت دینی و مذهبی ایران در تاریخ معاصر بپردازیم که روش گردآوری اطلاعات نیز از طریق کتابخانه‌ای و فیش برداری می‌باشد.

واژگان کلیدی: اقلیت، دینی، مذهبی، قانون اساسی، تبعیض نژادی.

مقدمه

احترام به حقوق اقلیت‌ها و تلاش در رفع تبعیض و نقض حقوق قحقی آنان، یکی از مسائل مبتلا به حقوق بشر دنیای ما است. به جرأت می‌توان گفت امروزه نمی‌توان کشوری را یافت که تمام تابعیتش یکدست باشد و در آن کشور اقلیت معنا و مفهومی نداشته باشد. از سوی دیگر، در دنیای کنونی که تمام کشورها سعی می‌کنند جایگاه خود را از نظر حقوق بشر ارتقاء بخشند، رعایت حقوق اقلیت‌ها می‌تواند یکی از معیارهای مهم این ارزشگذاری باشد. وضع حقوقی اقلیت‌ها و گروه‌های قومی خود، هم می‌تواند محرکه تنش باشد و هم فرونشاندۀ آن تلقی گردد. در عین حال، چنین چیزی بازتاب ایدئولوژی حکم نیز بوده است و نقش عامل ایدئولوژیک و تفکر حاکمان کمتر از عوامل دیگر نیست. مبحث حقوق اقلیت‌ها، از یک لحاظ امری جدید و امروزی است و از جنبۀ دیگر می‌توان گفت که حداقل در اسلام ریشه طولانی دارد. در اسناد حقوق بشر و شهروند فرانسه، از انسان، فارغ از تعلقات گوناگون او سخن به میان می‌آید. آنچه که بیش از هر چیز نظر را به حقوق و وضعیت اقلیت‌ها جلب کرد، تاثیر آنها در وقوع دو جنگ جهانی بود. در دوران پس از جنگ اول، نخستین سند حقوقی مربوط به حقوق اقلیت‌ها، پیمان ۱۹۳۸ مربوط به منع و مجازات نسلکشی بود و بعد از آن هم اسناد گوناگونی در مجامع جهانی، برای حفظ حقوق اقلیت‌ها به امضاء رسیده است. حقوق اقلیت‌های دینی در قوانین ایران، تا پیش از پیروزی انقلاب مشروطه در ۱۲۸۵ش، تابع مسائل سیاسی و تحت فرمان شاهان بود و پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز در قانون اساسی اقلیت‌های مذهبی به مذاهب شیعه و سنی تبدیل شده و اقلیت‌های دینی شناخته شده به اقلیت‌های زردشتی، کلیمی و مسیحی (ارمنی و آشوری) محدود شدند. سوال اصلی حاضر در مقاله این می‌باشد که اقلیت‌های دینی و مذهبی ایران در تاریخ معاصر چه جایگاه حقوقی داشتند که در راستای تایید فرضیه این سوال باید عرض کرد که وضعیت و جایگاه حقوقی اقلیت‌ها امروزه بسیار پیشرفت کرده است و به لحاظ انسان بودن و برابری حقوق همه افراد بشر، باید حقوق آنان همانند اکثریت رعایت شود.

۲- کلیات

قبل از شروع بحث مورد نظر لازم است مفهوم واژه اقلیت بررسی شود و برای درک بیشتر جایگاه حقوق اقلیت‌ها در اسلام و اسناد بین‌المللی به صورت مختصر مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۱-۲- تعریف و مفهوم اقلیت^۲

یکی از نخستین مشکلات مربوط به حقوق اقلیت‌ها، مبهم بودن واژه اقلیت است که تا به حال تعریف رسمی در مورد آن صورت نگرفته است. دبیر کل سازمان ملل در سال ۱۹۴۹ در یادداشتی تحت عنوان «تعریف و

^۲. Minority

دسته بندی اقلیتها» سعی در تعریف این واژه می‌نماید و می‌گوید: «در عمل نمی‌توان به ارائه مفهومی ادبی برای تعریف اصطلاح اقلیت اکتفا کرد. در واقع باید تمامی اجتماعاتی را که در داخل کشور زندگی می‌کنند از جمله خانواده‌ها، طبقات اجتماعی، گروه‌های فرهنگی، اشخاصی که به زبان‌های محلی صحبت می‌کنند و سایر گروه‌های مشابه را اقلیت نامید و چنین تعریفی هیچ فایده‌ای در بر نخواهد داشت». برخی معتقدند هر گاه افرادی با یک تفکر و هدف خاصی دور هم جمع شوند و تمام تلاش شان رسیدن به همان هدف باشد و از حیث تعداد، کمتر از اکثریت جامعه باشند، اقلیت هستند. بنا بر نظر کاپورتورتی (گزارشگر برای مسئله اقلیتها)، برای تعریف واژه اقلیت به سه نکته باید توجه کنیم: ۱- قلت عددی اقلیت‌ها نسبت به بقیه جمعیت کشور ۲- عدم تسلط بر جامعه ۳- قصد عمومی گروه اقلیت در حفظ ویژگی‌های خاص خود. (لسانی، ۱۳۸۲: ۱۳۴)

واژه اقلیت دربرگیرنده اقلیت‌های قومی، زبانی، فرهنگی، نژادی، مذهبی و... است. اقلیت به گروهی تلقی می‌شود که نسبت به بقیه جمعیت دولت از نظر تعداد کمتر هستند و به دلیل ویژگی‌های قومی، مذهبی یا زبانی از بقیه متفاوت می‌باشند و برای حفظ فرهنگ، سنت‌ها، مذهب یا زبان‌شان حس همبستگی با یکدیگر را دارند. مفهوم اقلیت مخصوصاً در حقوق بشر بین الملل با مفاهیمی مثل اتباع بیگانه، کارگران مهاجر، پناهندگان و آوارگان در تداخل است. اینها داخل در اسناد بین المللی حقوق بشر نمی‌باشند و هرکدام شامل قانون و مقررات مخصوص خود می‌باشند. (عمید زنجانی، ۱۳۷۰: ۶) اهل کتاب ساکن در جامعه اسلامی که از احترام، امتیازات و حقوقی بهره مند هستند را نیز اقلیت‌های دینی می‌گویند.

۲-۲- جایگاه حقوق اقلیت‌ها در اسلام

پیامبر اسلام (ص) به حقوق اقلیت توجه ویژه‌ای داشتند و در قرآن کریم نیز احترام بر این قشر واجب می‌باشد. در اسلام می‌گویند که پیرو یکی از ادیان یهودی، مسیحی، زرتشتی و یا زیدی بوده و دارای تابعیت یک کشور اسلامی و مقیم دائم در آنجا باشند را اهل کتاب می‌دانند. البته مراد از اهل کتاب یهودیان و مسیحیان هستند. زرتشتیان نیز بدون اشکال به ایشان ملحق می‌شوند. دیگر کفار به هیچ وجه از اهل کتاب شمرده نمی‌شوند. در مجموع کلیه شهروندان وطن اسلامی از دو گروه خارج نیستند: ۱- مسلمانانی که بر حسب اعتقاد در برابر قانون مسئولیت و حقوق برابری دارند. ۲- افراد غیرمسلمان که با شرایط خاص طبق معاهده دو جانبه با مسلمانان متحد و تشکیل ملت واحد داده‌اند که می‌توانند از حقوق مساوی در برابر قانون و دیگر مزایای شهروندی بهره مند می‌شوند.

اگر اهل کتاب به شرایط ذمه ملتزم شدند، جان و مال و ناموسشان محفوظ خواهد بود. آنها با پرداختن جزیه که یک نوع تعهد مالی است از امنیت و آزادی (دینی و حقوق مدنی)، البته به میزان جزیه برخوردار خواهند بود که توسط ولی امر تعیین می‌شود و شرایط ذمه نیز مطابق صلاحدید او خواهد بود. در مجموع حقوق اسلامی آزادی، حیثیت، مال، حافظ جان، به عنوان یک اصل دینی همه شهروندان اعم از مسلمان و غیرمسلمان خواهد بود. اگرچه حقوق اسلامی در رفتار با اتباع مسلمان و غیرمسلمان تفاوت‌های جزئی قائل است. اما در

بسیاری از موارد وضع غیرمسلمانان بهتر است. برخی از حقوق و مزایای اتباع غیرمسلمان عبارت است از اینکه: غیرمسلمانان از پرداخت مالیات مازاد اموال و خدمات لشکری معافند و جزیه فقط به مردان تعلق می‌گیرد. سالخورده‌گان از کار افتاده و نابینایان و دریافت کنندگان صدقه نیز از پرداخت جزیه معافند. برخی از فقها معتقدند اگر یکی از اهل کتاب مرتکب قتل غیرعمد شود و توانایی پرداخت دیه را نداشته باشد، دیه مقتول باید از بیت مسلمین پرداخت شود. غیرمسلمانان اعم از اینکه اهل کتابی باشند که حاضر به قبول شرایط ذمه نشده باشند و دیگر کفار مشرکین، کافر حربی محسوب می‌شوند واجب است اسلام برایشان عرضه شود. اگر اسلام را نپذیرفتند واجب است با ایشان جهاد شود و جنگ با ایشان تا زمانی که اسلام بیاورند یا کشته شوند ادامه خواهد داشت.

احکام اهل ذمه در موارد ذیل منافی آزادی عقیده و مذهب است: اول اینکه اهل ذمه موظفند فرزندانشان را آزاد بگذارند تا خود راهشان را انتخاب کنند. دوم، اهل ذمه آزاد نیستند کنیسه، کلیسا و صومعه و آتشکده احداث کنند. سوم، اهل ذمه آزاد نیستند دین خود را تبلیغ و ترویج نمایند و عقاید مسلمانان را سست کنند. چهارم، به طریق اولی اهل ذمه آزاد نیستند تا تعالیم اسلامی را مورد نقد قرار دهند. پنجم، اهل ذمه آزاد نیستند تا اموری که در دین ایشان مباح شمرده می‌شود ولی در اسلام حرام است را به طور علنی انجام دهند. ششم، اهل ذمه آزاد نیستند دین خود را به غیر اسلام به مسیحیت، یهودیت تغییر دهند والا کشته می‌شوند. هفتم، اهل کتاب آزاد نیستند در صورت نقض شرایط ذمه، در جامعه اسلامی بمانند. فزون بر اینها حسن سلوک حضرت پیامبر ص با اهل کتاب و از جمله مباهله حضرت با جمعی از رؤسای مسیحیان و کشیشان، حاکی از رفتار توأم با انصاف، رحمت و عدالت می‌باشد. (نادر پور، مقصودی، ۱۳۹۲: ۱۴۴-۱۴۰)

۲-۳- جایگاه حقوق اقلیت ها در حقوق بین الملل و اسناد بین المللی حقوق بشر

در منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر، نامی از اقلیت برده نشده، ولی بر تساوی همه افراد بشری و برخورداری آنان از حقوق و آزادی‌های اساسی بدون تبعیض از حیث نژاد، جنس، زبان یا مذهب تصریح شده است. در مقدمه و مواد ۵۵، ۱۳ و ۷۶ منشور ملل متحد و ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب سال ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد آمده است. برخی از اسناد بین‌المللی نیز بطور مشخص و ویژه به حقوق اقلیتها اختصاص دارد که از آن جمله می‌توان اسناد زیر را برشمرد: کنوانسیون محو هر گونه تبعیض نژادی مصوب سال ۱۹۴۵ مجمع عمومی، کنوانسیون منع مجازات ژنوساید ۱۹۴۸، کنوانسیون ضد تبعیض در تعلیم و تربیت یونسکو ۱۹۶۰، مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ در مورد تبعیض در استخدام و اشتغال مصوب سازمان بین‌المللی کار ۱۹۵۸، اعلامیه محو هر نوع ناپردباری و تبعیض بر اساس مذهب مصوب سال ۱۹۸۱ مجمع عمومی و اعلامیه مربوط به حقوق افراد متعلق به اقلیتهای ملی، نژادی، مذهبی و زبانی مصوب سال ۱۹۹۲ مجمع عمومی. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی علاوه بر مقررات کلی مربوط به رعایت حقوق همه افراد بدون تبعیض از لحاظ نژاد، زبان و مذهب و مواد ۲۶، ۲۵، ۲۴، ۱۹، ۱۸ در ماده ۲۷ مشخصاً از اقلیتهای

نژادی، مذهبی، و زبانی نام برده و حق برخورداری آنان را از فرهنگ و دین خاص خود به رسمیت شناخته است. نقل دو ماده ۲۶ و ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که اولی ناظر به حکم کلی رفع تبعیض و دومی وجهه دیگر حقوق اقلیتها را بیان می‌نماید، خالی از فایده نیست. ماده ۲۶: کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچگونه تبعیض، استحقاق حمایت بالسویه قانون باید هرگونه تبعیض را منع و برای کلیه اشخاص حمایت موثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشاء اصلی یا اجتماعی، مکتب، نسبت یا هر وضعیت دیگر تضمین نماید. ماده ۲۷: در کشورهایی که اقلیتهای نژادی، مذهبی یا زبان، وجود دارند، اشخاص متعلق به اقلیتهای مزبور را نمی‌توان از این حق محروم نمود که مجتمعا با سایر افراد گروه خاص خودشان از فرهنگ خاص خود متمتع شوند و به دین خود متدین بوده و بر طبق آن عمل کنند، یا به زبان خود تکلم نمایند. اعلامیه مربوط به حقوق افراد وابسته به اقلیتها مصوب سال ۱۹۹۲ مجمع عمومی سازمان ملل به نحو مشخصتر و روشن‌تری توجه به حفظ هویت اقلیت ها را بیان کرده که البته هنوز در سطح اعلامیه است و عنوان معاهده به خود نگرفته است. ماده ۱ این اعلامیه می‌گوید: دولت‌ها باید از موجودیت و هویت اقلیتهای ملی، نژادی، فرهنگی، مذهبی و زبانی واقع در قلمرو خود حمایت نموده و شرایط و وضعیت مربوط به ارتقاء و رشد هویت آنها را تشویق نمایند. همچنین یک نهاد خاص حقوق بشری در سازمان ملل نیز به نام کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض و حمایت از اقلیتها و عدم اعمال تبعیض و حمایت از اقلیتها از سال ۱۹۴۷ تأسیس شد و با تشکیل اجلاس سالانه در ژنو و داشتن برای گروههای کاری در زمینه حمایت از اقلیتها تلاش می‌کند. (اخوان، ۱۳۹۵: ۵۶)

اقلیت ها به عنوان مسئله ای در حقوق بین الملل در طول تاریخ همواره به اشکال گوناگون خود نمایی نموده و نقض سازمان یافته حقوق آنها مسئله‌ای واقعی بوده است. کشتار اقلیت های مسیحی توسط حاکمان یهودی و غیر یهودی اروپایی در صدر تاریخ مسیحیت، قتل عام یهودیان به وسیله مسیحیان رومی و اجبار زندگی گتویی برای یهودیان، تا موارد معاصر مانند اکراد عراقی در حکومت صدام، ترکیه، مسلمانان کشمیر، سیک های هندی، تامیل ها در سری لانکا، تبتی ها در چین، کاتولیک ها در ایرلند شمالی، اقوام غیر عرب در جنوب پسودان، اهالی تیمور شرقی و وقایع یوگسلاوی سابق نشان دهنده ماهیت بسیار گسترده این معارضه تاریخی است. از نخستین جلوه های ظهور مسئله اقلیت ها در دوران معاصر و تکوین حقوق بشر را می‌توان در دست آوردهای جامعه ملل مشاهده نمود. هر چند در سند تشکیل جامعه ملل مستقیماً اشاره ای به این مسئله نشده بود اما پاره ای از معاهدات دو یا چند جانبه منعقد شده پس از تشکیل جامعه ملل، این نهاد بین المللی را مرجع اقدامات به نفع اقلیت ها قرار داده است. (مایل افشار، ۱۳۹۱: ۶)

۳- سیر تحولات تاریخی و حقوقی در ایران

تنها سرنخ موجود در این زمینه آن است که کوروش کبیر به هنگام ورود فاتحانه به شهر بابل در سال ۵۳۸ قبل از میلاد، طی فرمانی تمامی مللی را که اقلیت بوده‌اند و در اسارت بابلی ها به سر می‌بردند را آزاد نمود. در

سال ۱۹۵۵ میلادی، در اروپا پیمانی به امضا می‌رسد که به پیمان صلح اوگسبورگ معروف است و این پیمان حمایت از اقلیت‌های مذهبی را مطرح می‌کند که در آن برهه از تاریخ از ارزش خاصی برخوردار است اما شروع بحث حمایت از اقلیت‌ها از قرن ۱۷ میلادی است و سه معاهده معروف وستفالی ۱۳۴۸، اولیوا ۱۶۶۰ و نیجنگان ۱۳۷۸ را بسیاری از حقوق‌دانان شروع حمایت رسمی از این افراد می‌دانند. ۵ دوره تاریخی برای حمایت از اقلیت‌ها وجود دارد: دوره اول از اواسط قرن ۱۷ شروع و تا ۱۸۱۲ (کنگره وین) ادامه یافت. دوره دوم از ۱۸۱۲ شروع و تا پایان جنگ اول ادامه یافت. دوره سوم در جنگ اول شروع و تا پایان ۱۹۴۵ ادامه داشت. دوره چهارم از ۱۹۴۵ شروع و تا شکستن دیوار برلین ادامه داشت. دوره پنجم از شکستن دیوار برلین تا به امروز است. در قرن ۱۶ و ۱۷، اقلیتی به نام اقلیت زبانی برای بشریت ناشناخته بود و حمایتی از آن دیده نمی‌شد. در جهان امروز نیز مباحث مربوط به اقلیت ملی بیشترین توجه را به خود معطوف داشته است چراکه امروزه این نوع اقلیت‌ها در معرض خطر بیشتری قرار دارند در حالی که پیش از قرن ۱۹ به بحث اقلیت‌ها به عنوان یک بحث سیاسی صرف که در صلاحیت انحصاری دولت هاست توجه می‌شد و به عنوان یکی از مباحث حقوق بین الملل نبود اما به هر حال اولین سیستم حمایت از اقلیت‌ها، در قالب میثاق جامعه ملل پیش بینی می‌شود. (لسانی، ۱۳۸۲: ۱۳۱)

در ممالک اسلامی، اقلیت‌های مذهبی با توجه به مقررات فقه اسلامی از استقلال کامل در حوزه احوال شخصیه برخوردار بودند و غیر مسلمانان می‌توانستند در اموری همچون ازدواج، طلاق، ارث، وصیت و غیره تابع مقررات مذهبی خود باشند. حتی رعایت برخی مقررات کیفری اسلامی از جمله شرب خمر، در مورد غیر مسلمانان الزامی نبود. (شریفی طراز کوهی و قره باغی، ۱۳۸۹: ۳۵)

بررسی وضعیت اقلیت‌ها در حقوق ایران را نیز نمی‌توان از مبحث حقوق آنان در اسلام تفکیک نمود. از آنجایی که اقلیت‌های مذهبی در اسلام مورد توجه بوده‌اند و توجه به قومیت و نژاد نشده است، اسلام به ارزش‌های قومی و میهن دوستی توجه کرده است و حقوقی برای این افراد در نظر گرفته است. پاره ای از حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی ساکن در ایران در دوره‌های مختلف را در ذیل این عنوان مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۳- حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی در عصر صفویه و رفتار دولت با آنان

در دوران صفویان، روابط سیاسی بر زندگی اقلیت‌ها اثرگذار بود. هرچه روابط صفویان با اروپاییان شدت می‌گرفت، فشار بر اقلیت دینی یهودی افزوده می‌شد. این روند در عصر شاه عباس یکم به اوج خود رسید و پس از عباس یکم، این عامل تحت‌الشعاع عوامل دیگر قرار گرفت و تمام اقلیت‌های دینی تحت ستم و آزار واقع شدند. هرچند که مسیحیان به مراتب از زرتشتیان و یهودیان وضعیت بهتری داشتند. روابط خوب جامعه یهودیان عثمانی با دولت آن کشور، فشار شاهان صفوی برای یهودیان ایران را به دنبال داشت و یهودیان عثمانی هم در مقابل به تحریک سلاطین آن کشور علیه صفویان و ناامن کردن مرزهای غربی ایران می‌پرداختند. نفوذ روحانیت شیعه در دربار صفوی منجر به نوعی تعصب دینی شد که شیوه حکمرانی شاهان صفوی را تحت‌الشعاع

قرار می‌داد. در این میان، اوضاع دربار بستگی به اقتدار و کفایت شاه صفوی داشت برای مثال در زمان حکمرانی عباس یکم، از قدرت تاثیرگذاری طبقه روحانی کاسته شد و خواجه سرایان هم نقش چندانی در امور اجرایی نداشتند ولی شاهان ضعیف صفوی چون سلطان حسین، با فقهای که دچار تعصب مذهبی بودند مانند ملا محمد باقر مجلسی روبرو شدند و فتاوی او توسط شاه تایید و اجرا می‌شد. فشارهایی که در عصر شاه سلطان حسین، یهودیان را در معرض انقراض قرار داد و زرتشتیان را مجبور کرد تا آتش مقدس خود را مخفیانه از اصفهان به کرمان منتقل کنند و در شورش افغان‌ها علیه حکومت مرکزی شرکت کنند که مسلماً ریشه‌اش در فتاوی علمایی بود که خالی از تعصب مذهبی نبودند. در عصر صفوی فشارهای زیادی بر اقلیت زرتشتی و یهودی وارد شد و دانشمندان یهودی و زرتشتی، کمتر فرصت پیشرفت و شکوفایی پیدا کردند. هر چند در عصر صفوی و در قلمرو آنها برخی از شعرا و دانشمندان را در میان یهودیان و زرتشتیان مشاهده می‌کنیم ولی در عصر صفوی دانشمندان یهودی در عراق و دانشمندان زرتشتی در هند اقامت افکندند و افراد ساکن ایران هم بسیاری اوقات مجبور به مهاجرت به قلمرو عثمانی یا هند می‌شدند که علت این مهاجرت‌ها اهدای آزادی مذهبی در هر دو کشور عثمانی و هند به اقلیت‌های مذهبی بود. (جعفرپور و ترکی دستگردی، ۱۳۸۷: ۷۸)

همان‌طور که ذکر شد، در دوره شاه عباس یکم نشانی از آزادی‌های مذهبی و اجتماعی یهودیان باقی نمانده بود، گرچه این آزادی در تجارت یهودیان وارد نشده بود و بازرگانان یهودی به فعالیت‌های خود در شهرها و بنادر و مراکز تجاری ادامه می‌دادند. خود یهودیان نیز دلیل تنزل موقعیت این قوم را از نفوذ سیاستمداران و سفیران مسیحی مذهب اروپایی در دربار صفوی می‌دانستند که با توجه به دشمنی اروپاییان مسیحی با یهودیان، گسترش روابط سیاسی، اقتصادی و نظامی آنها به تدریج بر زندگی یهودیان ایران تاثیر منفی می‌گذاشت که در این میان عده‌ای از یهودیان و مسیحیان، نه به خاطر علاقه مندی به اسلام، بلکه برای انتقام جویی از هم کیشان خود که رابطه خوبی با آنها نداشتند به اسلام گرویدند و با استناد به قانون به ضبط اموال بستگان و دوستان خود پرداختند. در خصوص زرتشتیان اطلاعات زیادی موجود نیست ولی زرتشتیان عصر صفوی غالباً سطح زندگی پایینی داشته و از فقر و ناداری رنج می‌بردند. اکثراً به کشاورزی مشغول بوده و از این راه درآمد کسب می‌کردند و از آنجا که سیاست مذهبی خاصی از سوی دولت صفوی دنبال می‌شد که ترویج مذهب شیعه به عنوان مذهب رسمی کشور در راس آن بود، فشار بر اقلیت‌های دینی و مذهبی افزوده می‌شد. از زرتشتیان ساکن کرمان مقداری جزیه مطالبه می‌شد که با تعداد زرتشتیان ساکن آنجا همخوانی نداشت. کتب مذهبی آنها در زمان شاه عباس یکم مورد تعرض قرار گرفت و تعقیب آزار زرتشتیان در عصر شاه سلطان حسین، چند برابر شد. آتشکده ایشان در همین زمان ویران و مسجدی به جای آن بنا شد. در کتاب شیخ بهایی که جنبه قانون اساسی آن روز ایران را داشت، ۹ مرتبه به یهودیان و ۴ مرتبه به زرتشتیان اشاره کرده و مقررات خاصی وضع نموده است. به عنوان مثال به ظن قوی آن‌ها را نجس می‌شمرد، قصابی کردن یهودیان و مسیحیان را ممنوع و جزو تجارت‌های نامشروع می‌خواند ولی نکاح با زنان آنان را به ظن قوی مجاز می‌دانست. معامله با یهودی، مسیحی و زرتشتی را مکروه و ناپسند می‌شمرد که با توجه به قدرت نفوذ خود در دربار صفوی و با

نگاهی به فتاوی او از جمله کراهت معامله با یهودی، مسیحی و زرتشتی می‌توان پی برد که چگونه با این فتوا به تجارت و اقتصاد اقلیت‌های دینی در ایران ضربه وارد شد.

۲-۳- حقوق اقلیت‌های دینی در عصر قاجار

نوع پوشش زنان اقلیت این دوره با توجه به اعتقادات مذهبی و دینی آنان متفاوت بوده است. زنان ارمنی عمدتاً پیراهن‌های قرمز و زرد ملیله دوزی شده و چادرهای سفیدی به سر داشتند و زنان زرتشتی دستمال‌های رنگی به سر داشتند و از چادر استفاده می‌کردند. (علم و دنیاری، ۱۳۹۸: ۷۹) در عصر قاجار دو نوع محکمه با رویه و منابع متفاوت فعال بود: محاکم عرفی و محاکم شرعی. اقلیت‌های دینی از یهودیان و مسیحیان و زردشتیان برای دعاوی خود با صاحب‌منصبان حکومتی به محاکم عرفی، در دعاوی کیفری با مسلمانان به محاکم شرعی مسلمانان و در دعاوی با هم کیشانشان به محاکم ویژه شریعت خود به قضاوت روحانیان آن دین مراجعه می‌کردند. سه نقیصه مهم این محاکم عبارت بودند از: نداشتن قانون مدون، نبودن وحدت رویه در آرای قضایی و فقدان استقلال قاضی. قضاوت روحانیان اقلیت‌های دینی عمدتاً مستند به آداب و سنن شفاهی بود که از پیشینیان به آنها رسیده بود جز روحانیان یهودی که از مجموعه‌های مکتوب به نام «هالاخا» برخوردار بودند. آرای محاکم عرفی و شرعی مسلمانان نیز به منابع گوناگون به ویژه دیدگاه‌های مشهور فقهای امامی مستند بودند.

۳-۳- حقوق اقلیت‌های دینی در دوره نهضت مشروطه

با آغاز نهضت مشروطه و فراگیر شدن ناراضیاتی عمومی از اوضاع اجتماعی و سیاسی برخی از پیروان اقلیت‌های دینی ایران نیز به این نهضت پیوستند. به ویژه زرتشتیان به لحاظ حمایت‌های مالی و مسیحیان ارمنی به لحاظ نظامی نقش بیشتری داشتند. شرایط ویژه آن دوره تاریخی، همدلی و وحدت حاصل از انقلاب مشروطه و طرح خواسته‌هایی چون برابری حقوق و محدود شدن قدرت شاه، زمینه تدوین نخستین قانون اساسی مدون ایران را با توجه به حقوق همه مردم ایران از جمله اقلیت‌ها فراهم کرد. در انتخابات مجلس اول، انتخابات بیشتر ماهیت صنفی داشت و در نظام نامه آن، وضع نمایندگان اقلیت‌ها مشخص نبوده ولی عملاً زرتشتیان، ارباب جمشید جمشیدیان را برگزیدند و سید عبدالله بهبهانی، سید محمد طباطبایی نمایندگی یهودیان و مسیحیان را در مجلس شورای ملی پذیرفتند. در ماده دوازدهم قانون اصلاحی انتخابات ۱۲۹۰ مقرر شد که یهودیان، زرتشتیان، مسیحیان ارمنی شمال و جنوب و مسیحیان آشوری هر یک، یک نماینده در مجلس داشته باشند. این ماده قانونی به نفع اقلیت بود که در همه دوره‌های مجلس، چه پیش از انقلاب اسلامی چه پس از آن ثابت ماند و اجرا شد. موافقان این رویه، آن را برای دفاع از حقوق قانونی اقلیت‌های دینی در نظام قانونگذاری ایران امتیازی بزرگ می‌دانند. در اصل یک متمم قانون اساسی مصوب ۱۲۸۶، مذهب رسمی کشور، شیعه اثناعشری اعلام شد ولی تا زمان انقلاب اسلامی، هیچ مصوبه قانونی به تعیین و شمارش ادیان و مذاهب غیرشیعه نپرداخت. در اصول متمم قانون اساسی، در بخش حقوق ملت، تعبیری چون «اهالی مملکت ایران»، «هیچ یک از ایرانیان»

و «افراد مردم» به کار رفته که بر مبنای شهروند دالالت دارد و شامل همه ایرانیان از جمله اقلیت‌های دینی می‌شود. از این رو برای نخستین بار یک قانون نوشته، حقوقی معادل مسلمانان برای اقلیت‌های دینی مقرر نمود، بدون آنکه برخوردار شدن از این حقوق را به شرایطی مانند پرداخت جزیه منوط کند و بر پایه اصل ۹۷ این قانون در مورد وظائف مالیاتی هیچ تفاوت و امتیازی میان افراد وجود ندارد. همچنین در اصل هشتم متمم قانون اساسی برای کلمه قانون، وصف دولتی ذکر شد که موجب شد تساوی همه افراد در برابر قانون به قانون دولتی انحصار یابد و تفاوت‌های حقوق میان مسلمانان و غیرمسلمانان در منابع اسلامی پابرجا باشد. با این تغییرات، قانون اساسی مشروطیت درباره حقوق اقلیت‌ها دچار مشکلات جدی و ساختاری شد. البته در عمل، اجرای قوانین پیشنهادی به ویژه اصل دوم متمم ناکام ماند و از این رو عالمان دینی دوره پهلوی، قوانین و نیز احکام صادره از محاکم را فاقد مشروعیت می‌دانستند که در این دوره اوضاع سیاسی ایران بسیار ناپایدار شد. همچنین بر پایه پاره‌ای از گزارش‌های تاریخی، در سال ۱۲۹۹ گرفتن جزیه از زردشتیان با وساطت سفیران فرانسه، انگلیس و تلاش‌های امام جمعه وقت کرمان به دستور ناصرالدین شاه معلق شد و پس از مشروطه به تدریج دریافت جزیه از مسیحیان و یهودیان نیز لغو گردید به موجب بندهای هفتم و دهم ماده دوم قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۱۲، همه معابد و مراکز خیریه مسلمانان و غیرمسلمانان و نیز انجمن‌های اقلیت‌های رسمی از پرداخت مالیات معاف شدند. (سایت دانشنامه حوزوی ویکی فقه، تاریخ رؤیت ۲۰ فروردین ۱۴۰۰)

۴-۳- حقوق اقلیت‌های دینی در عصر پهلوی و وضعیت آموزش زبان آنان

در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، محتوای مواد عام بود و میان مسلمان و غیرمسلمان تفاوتی مقرر نشده بود ولی ماده اول آن میان محاکم عدلیه و محاکمه شرعی تفکیک قائل شد که غرض از درج این موضوع را در این ماده جلوگیری از مخالفت عالمان دینی با قوانین جدید دانستند. به موجب مواد ۱ و سوم اصلاحی قانون مذکور در ۱۳۵۲، مواد قانونی آن شامل همه مجرمان می‌شد، چه مسلمان چه غیر مسلمان. در جرایمی مانند قتل که کیفر غیر مسلمان با مسلمان در شرع گاهی نابرابر است، مجازاتی یکسان مقرر گردید. رویکرد حکومت پهلوی، توجه به ملی‌گرایی ایرانی بود و آن را بر گرایش‌های قومی، زبانی و دینی ترجیح می‌داد از این رو غیر مسلمانان از سال ۱۳۰۵ توانستند در قالب خدمت سربازی یا استخدام به ارتش راه یابند. مواد قانون مدنی ایران که جلد نخست آن در ۱۳۰۷ و جلد دوم و سوم آن در سال‌های ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ به تصویب رسید جز در مواردی معدود مانند ماده ۱۰۵۹ درباره جایز نبودن ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان، عام است و برای غیر مسلمانان حکمی برابر با مسلمانان دارد. گفته شده است که حکومت وقت با تدوین این قانون می‌خواست بهانه نبودن قانون در ایران را از خارجیان و پناهندگان به سفارتخانه‌ها بگیرد و بتواند قانون مصونیت قضایی یا کاپیتولاسیون را که از عهدنامه ترکمنچای باقی مانده بود، لغو کند و از این رو مواد آن به گونه عام تنظیم گردید. به موجب ماده واحده الحاقی قانون اجازه رعایت احوال شخصیّه مصوبه ۱۳۱۲، ایرانیان غیر شیعه اجازه

یافتند در احوال شخصیه بر طبق مقررات آیین خود رفتار کنند. دادگاه ها نیز به استناد آرای مشهور فقهای اهل سنت و نیز انجمن های زرتشتی و کلیسیاها به دعاوی این اشخاص رسیدگی می کنند.

اقلیت های دینی رسمی ایران یعنی مسیحیان، زرتشتیان و کلیمیان در دوره رضاشاه در فضای گفتمان حاکم ملی گرایانه دولت نه تنها قادر نبودند به آموزش زبان خود در مدارس بپردازند بلکه مدارس شان به تعطیلی نیز کشانده شد. نخستین مدرسی که در میان ارامنه شروع به فعالیت کردند، مدارس مسیونرهای آمریکایی در دوره قاجار بود که در مناطق ارمنی نشین، مدرسی را برای کودکان ارمنی دایر کردند. پس از آن در سال ۱۲۴۸ تا ۱۲۴۹ سه جوان ارمنی در تهران انجمنی به نام انجمن دوستداران علم و دانش تشکیل دادند که این انجمن در جامعه همان سال مدرسه «هایگازبان» را افتتاح کرد. پس از انقلاب مشروطه، ارمنیان بر اساس مجوز ها و فرمان های خاص ضمانت اجرایی برخوردار از مدارس ملی را دریافت کردند. زبان آموزشی در مدارس این اقلیت، ارمنی بود که کم کم زیر نظر دولت قرار گرفت. در سال ۱۳۰۶ دولت فشار آورد تا مدرسی که زبان ارمنی دارند، زبان اصلی شان باید فارسی باشد و مدرسی که این مقررات را رعایت نمی کردند تهدید به تعطیل شدند و کودکان ارمنی در منازل به یادگیری زبان ارمنی، ادبیات، تاریخ و دینی می پرداختند که تا اواخر جنگ جهانی دوم به همین صورت بود. خلیفه کل ارامنه آذربایجان تلاش های بسیاری برای حل این مشکل انجام داد و در سال ۱۳۲۰ نامه ای خطاب به علی سهیلی، نخست وزیر وقت نوشت و اجازه تدریس تنها چند ساعت زبان ارمنی بدون پرداخت دستمزد آموزگار را خواستار شد که اجازه تدریس روزانه ۲ ساعت زبان ارمنی همراه با پرداخت حقوق معلم استخدام شده تصویب شد. بعد از آن ارامنه تا پایان حکومت پهلوی توانستند تنها ۶ ساعت درس را به زبان ارمنی تدریس کنند. به همین دلیل آنان دوره پهلوی اول را اوج ظلم به ارامنه و دوره پهلوی دوم را دوره بازگشت آرامش نسبی می دانند. (اکبری و حرآبادی فراهانی، ۱۳۹۵: ۶)

آشوریان تا دوره پهلوی دوم در تهران مدرسه اختصاصی نداشتند و اغلب آنها در ارومیه در مدارس فرانسوی درس می خواندند. این امر از آنجا ناشی می شد که مردم آشوری ارومیه از امکانات بیشتری برخوردار بودند. مباشران پروتستان در روستاهای اطراف ارومیه مدرسی را برای تعلیم زبان مادری آشوریان تاسیس کرده بودند. پس از حاکم شدن سیاست ملی رضاشاه تدریس این زبان نیز دچار وقفه شد. در دوره پهلوی دوم آشوریان نتوانستند مجدداً به تدریس زبان خود بپردازند زیرا دیگر سیاست ملی گرایی زمان رضاشاه دنبال نمی شد و تمام اقلیت ها ساعتی حق تدریس زبان خود را به دست آوردند بدین ترتیب آشوریان ۷ کتاب دستور زبان آشوری تألیف و آن ها را در مدارس به کودکان خود تدریس می کردند. در تهران پس از سال ۱۳۳۴ دو مدرسه برای آشوریان تاسیس شد که در این دو مدرسه به تدریس زبان آشوری پرداخت شد و چندین سال بعد کلیسا ها و مراکز دینی آشوری در تهران نیز اقدام به ساخت مدارس آشوری کردند. (همان، ۱۱)

زرتشتیان نیز تا پیش از ورود فردی به نام مانکجی لیمجی هوشنگ هاتریا از جانب پارسیان هندوستان به دلیل مشکلات مالی اقدام چندانی در زمینه تاسیس مدرسه جدید انجام نداده بودند. مانکجی در تهران مکتبی دایر و جمعی از فرزندان زرتشتیان یزد و کرمان را به آنجا بردند و به آموزش آنها مبادرت ورزید و پس از انقلاب

مشروطه، شورای عالی معارف مجوز تأسیس مدرسه برای زرتشتیان را صادر کرد. دوره حکومت پهلوی اول که سیاست‌های ملی‌گرایانه بازتاب وسیعی در جامعه داشت، در میان اقلیت‌های دینی تنها زرتشتیان بودند که توانستند بخشی از شرایط خویش را بهبود بخشند و اغلب آنان در کنار زبان فارسی به زبان فارسی دری صحبت می‌کردند. در زمان رضاشاه در مدارس زرتشتی کودکان به این زبان صحبت می‌کردند و تنها کتاب‌های فارسی شان به زبان فارسی بود. در زمان حکومت محمدرضا شاه زرتشتیان دیگر شکوه زمان رضا شاه را احساس نمی‌کردند زیرا سیاست‌های ملی‌گرایانه مانند گذشته اهمیت نداشت. همچنین در مدارس زرتشتی در کنار زبان فارسی، زبان انگلیسی هم به عنوان زبان دوم تدریس می‌شد. (پیشدادی، ۱۳۷۷: ۱۸۹) در خصوص اقلیت‌های کلیمی نیز باید خاطرنشان کرد که پس از تأسیس مدارس آلیانس در ایران توسط فرانسوی‌ها، فرانسه زبان اول مدارس کریمی به شمار می‌رفت. در اواسط قرن نوزدهم، آدولف کریمو و تعدادی از روشنفکران یهودی برای کمک و همراهی با هم کیشان خود انجمن آلیانس جهانی را برپا کردند که هدف این انجمن حمایت از یهودیان تمام جهان و جلوگیری از آزار آنان بود. این مدارس تا پایان حکومت قاجار به صورت خودمختار عمل می‌کردند اما از سال ۱۳۰۳ به بعد برنامه واحدی برای تمام نهادهای آموزشی در نظر گرفته شد و در کنار زبان فرانسه از زبان عبری برای تعلیم و امور دینی استفاده شد و تا دوره رضا شاه این روش را دنبال می‌کردند. همچنین در زمان رضاشاه به دنبال اهمیت زبان فارسی، مدارس آلیانس نیز مجبور به تبعیت از وزارت معارف در جایگزین کردن زبان فارسی به عنوان زبان اصلی شدند. وزارت معارف از بودجه این سازمان یک دبستان ۶ کلاسه در ارومیه مطابق پروگرام رسمی برای ارامنه، آشوری‌ها و کلیمیان تأسیس نمود و تدریس زبان فارسی را در آنجا امری ضروری اعلام کرد اما بعدها در دوره پهلوی دوم که دیگر زبان فارسی زبان اول کشور نبود مدارس کلیمی توانستند مجدد آزادانه به تدریس زبان فرانسه و عبری بپردازند. (اکبری و حرآبادی فراهانی، پیشین، ۱۵) سیاست‌های دولت مدرن پهلوی یکسان‌سازی فرهنگی برای تحقق پروسه ملت‌سازی در ایران بود. اجرای آیین‌های مذهبی و محلی با محدودیت مواجه بود و اقوام و خرده فرهنگ‌های آن‌ها مورد تحقیر واقع می‌شدند که این رویه در سیاست‌های فرهنگی پهلوی دوم نیز همچنان پیگیری می‌شد.

۵-۳- حقوق اقلیت‌های دینی پس از پیروزی انقلاب اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در بهمن ۱۳۵۷، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اقلیت‌های مذهبی به مذاهب چهارگانه اهل سنت و شیعیان زیدی اقلیت‌های دینی شناخته شده به زرتشتی، کریمی و مسیحی (ارمنی و آشوری) محدود شدند. این اقلیت‌ها در محدوده قانون محترم اند، در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه به عمل کردن بر طبق آیین خود مجاز. بر طبق اصل ۶۴ قانون اساسی و اصلاحیه آن هر یک از اقلیت‌های دینی رسمی می‌توانند نماینده در مجلس شورا داشته باشند. تنها تفاوت مقررات فعلی انتخابات اقلیت‌های دینی با قانون مصوب ۱۲۹۰ آن است که برای مشخص شدن اقلیت‌ها در انتخابات، اصلاحیه ماده ۲۰ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۶۳، ثبت نوع دین اقلیت‌ها را در اسناد سجلی آنان لازم شمرده است. در برخی اصول قانون اساسی تعبیر عامی‌آمده است که شامل اقلیت‌های دینی هم می‌شود از جمله لزوم فراهم

شدن زمینه مشارکت عمومی مردم در تعیین سرنوشت خود و تامین امنیت قضایی برای همه مردم، حمایت قانون از همه مردم و برابری حقوق مردم، حق انتخاب شغل مناسب، حق دادخواهی، حق انتخاب وکیل و اصل برائت همه اشخاص از ارتکاب جرایم. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که قانون اساسی جمهوری اسلامی نسبت به قانون اساسی مشروطه، آزادی‌ها و حقوق بیشتری برای اقلیت‌های دینی و مذهبی تعیین کرده است. با این حال در خصوص برخی اصول این قانون ابهام‌هایی وجود دارد. مثلاً در اصل نوزدهم در شمارش اموری که موجب امتیاز نمی‌شود پس از یک رنگ و نژاد و زبان، عبارت «و مانند اینها» آمده است و معلوم نیست که آیا دین و مذهب از مصادیق این تعبیر هست یا نه. بعلاوه در اصول ۴، ۱۲، ۹۱، ۱۱۵، التزام به دین رسمی، ضروری یا موجب امتیازی خاص به شمار رفته است. همچنین حاکمیت موازین اسلامی بر همه مقررات کشور، که در عصر چهارم بر آن تاکید شده، مقتضی آن است که برخی آراء مشهور فقهی درباره غیر مسلمانان بتواند وجهه قانونی یابد و چالش‌هایی برانگیزد. همچنین در اصول ۱۳ و ۲۰، آزادی اقلیت‌ها با قیودی همچون در حدود قانون یا رعایت موازین اسلامی مطرح شده که مراد از این قیود مبهم است. (مهرپور، ۱۳۸۳: ۳۹۵)

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، بخش مجازات‌های بازدارنده به گونه‌ای آن تنظیم شده بود که میان مسلمان و غیر مسلمان هیچ تفاوتی نگذاشته بود ولی در قلمرو قوانین حدود و دیات و قصاص به سبب پیروی قانونگذار از آرای مشهور فقهی، گاهی میان احکام مسلمانان و غیرمسلمانان تفاوتی دیده می‌شد. ماده ۲۰۷، حق قصاص را تنها برای اولیای دم مقتول مسلمان قائل شده و در حق غیر مسلمان، حکم به پرداخت دیه کرده است در حالی که پیشتر در سال ۱۳۷۰، ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی فقط دیه مقتول مسلمان را مشخص کرده بود و درباره دیه غیرمسلمان ساکت بود. در سال ۱۳۷۰ در تبصره دوم این ماده، تعیین میزان دیه اقلیت‌های دینی رسمی به نظر ولی امر موکول شد. با توجه به ابهام موجود و مشکلات اجرایی آن، مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۶ دی ۱۳۸۲ دیگر اقلیت‌های دینی شناخته شده را با دیگر مسلمانان برابر دانست و در عین حال بخشنامه ۸ خرداد ۱۳۸۷ قوه قضاییه، دیه مسلمان با غیر مسلمان را به طور مطلق صرفاً در تصادفات رانندگی طبق قوانین شرکت‌های بیمه برابر اعلام کرد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مهمترین تغییرات قوانین مدنی مربوط به اقلیت‌های دینی دو مورد است: مانع بودن کافر از ارث بردن و شرط ایمان برای گواهی دادن در دادگاه که پیشتر از اجرای این حکم و ایران سوء استفاده‌هایی شده بود. مثلاً برخی سودجویان در میان غیرمسلمانان به گونه‌ی صوری یا واقعی، مسلمان می‌شدند تا یگانه وارث خویشان و نزدیکان خود باشند هر چند محمد شاه قاجار و سپس امیرکبیر و بعدها ناصرالدین شاه با فرمان حکومتی، مانع بودن کفر را از قانون ارث برداشتند ولی در عمل توفیق چندان حاصل نشد. در ۱۳۶۱، ماده الحاقی ۸۸۱ قانون مدنی، آزمایشی به اجرا در آمد که بر طبق آن، کافر از مسلمان ارث نمی‌برد و اگر در میان وارثان متوفی کافر، مسلمانی وجود داشت، وارثان کافر ارث نمی‌بردند. این ماده در سال ۱۳۷۰ تصویب قطعی شد ولی در ۱۳۷۲ به حکم مجمع تشخیص مصلحت نظام به حالت تعلیق در آمد و دادگاه‌ها ملزم شدند قواعد و عادات مسلم اقلیت‌های دینی رسمی را رعایت کنند. از این رو تقسیم اموال متوفی غیرمسلمان، بر اساس قواعد مسلم، در هنگام مرگ او صورت می‌گیرد نه به موجب ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی. علاوه بر این ماده ۱۳۱۳ مکرر قانون مدنی اضافه شد و به موجب آن وجود عدالت

و ایمان برای اثبات و پذیرش شهادت گواهان لازم شمرده شد. با تنظیم برخی قوانین، زمینه فعالیت‌های آزاد دینی اقلیت‌ها در ایران فراهم شد. بر پایه اصل ۶۷ قانون اساسی، نمایندگان اقلیت‌های دینی در هنگام ادای سوگند در مجلس می‌توانند به کتاب مقدس خود قسم بخورند. مواد ۳۷ و ۳۸ قانون فعالیت احزاب و انجمن‌ها مصوب ۱۳۶۱، فعالیت‌های دینی (مانند برگزاری مراسم مذهبی) و نیز فعالیت‌های اجتماعی (مانند تأسیس باشگاه‌های ورزشی، مراکز درمانی و خانه‌های سالمندان) و فرهنگی (مانند تأسیس مدارس و آموزش زبان خاص) را برای اقلیت‌ها جایز شمرده و یارانه نقدی برای انجمن‌های اقلیت‌های دینی نیز پیش‌بینی شده است. مفاد قانون معافیت مالیاتی معابد و انجمن‌های دینی مصوب ۱۳۱۲ در سال ۱۳۶۶ تمدید و ابقا شد. اقلیت‌های دینی علاوه بر استفاده از تعطیلات رسمی کشور، می‌توانند مطابق بخشنامه ۱۳۶۶ سازمان امور اداری و استخدامی کشور، از مرخصی‌های ویژه در روزهای عید و جشن خاص خود مانند روز کیپور، روز تولد زردشت و روز تولد حضرت مسیح و عید پاک استفاده کنند. در این بخشنامه این تعطیلات خاص برای زرتشتیان ۵ روز، یهودیان ۶ روز، مسیحیان آشوری ۸ روز، مسیحیان ارمنی کاتولیک ۷ روز و مسیحیان ارمنی گریگوری ۶ روز پیش‌بینی شده است. (سایت دانشنامه حوزوی ویکی فقه، تاریخ رؤیت ۲۱ فروردین ۱۴۰۰)

۴- حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی در قانون اساسی و قوانین موضوعه عصر حاضر

بررسی وضعیت اقلیت‌ها در ایران را نمی‌توان از موضوع حقوق آنان در اسلام جدا نمود. از آنجایی که اقلیت‌های مذهبی در اسلام و سیره بزرگان دین مورد توجه بوده‌اند، در این باره قوانین زیادی وضع شده است. همچنین، در اسلام توجهی به نژاد و قومیت نشده است که به معنای عدم احتساب آنها به عنوان عمل مثبت و منفی می‌باشد. در عصر حاضر باتوجه به اینکه تدوین کنندگان قوانین مدنی معاصر ایران، اغلب دیدگاه شهروندی برگرفته از حقوق فرانسه را داشتند، در قانون اساسی و قانون مدنی عصر مشروطه ذکری از اقلیت‌ها وجود ندارد و اصل تابعیت کشورها بیشتر مورد توجه آنان بوده است. بدین جهت، در وضعیت فعلی ایران و باتوجه به قانون اساسی کنونی کشورمان سه بحث مربوط به اقلیت‌ها را می‌توان از هم تفکیک نمود: اقلیت دینی^۳، اقلیت مذهبی^۴، اقلیت قومی^۵، صفت اقلیت قومی با صفت اقلیت مذهبی و دینی قابل جمع است و در واقع نیز چنین جمعی وجود دارد. از آنجایی که انقلاب سال ۱۳۵۷، اسلامی بود و منجر به تشکیل حکومت اسلامی شد می‌توان گفت که آشکارترین اختلاف ایدئولوژی آن با اقلیت‌های دینی بود و لذا بیشتر از اقسام دیگر اقلیت در ایران، در قانون اساسی از آنها سخن به میان آمده است که مهمترین آنها: ۱- برابری حقوق با دیگر آحاد جامعه ۲- آزادی در پایبندی به آزادی وجدان و عمل به شعار آن ۳- حقوق اجتماعی و سیاسی می‌باشد. همچنین،

^۳ زردشتی، یهودی، مسیحی

^۴ تسن حنفی، مالکی، حنبلی، مذهب زیدی

^۵ اسامی آنها ذکر نشده است، اما در اصول خاصی به آنها اشاره شده مانند اصول ۱۵ و ۱۹

منظور از اقلیت‌های مذهبی، اقلیت‌هایی هستند که به یکی از مذاهب اسلامی‌غیراز شیعه اثنی‌عشری معتقدند (طبق اصل دوازدهم: حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی). اصل نوزدهم و بیستم قانون اساسی، بر تساوی مردم ایران و حقوق آنان تأکید دارد و تمایزات رنگ، نژاد، زبان و امثال آن را عامل برتری نمی‌داند و در زمره مانند اینها بایستی تفاوت دینی و مذهبی را جای داد. قانون اساسی در اصل دوازدهم به حق آزادی عقیده و انجام شعایر مذهبی در اقلیت‌های مذهبی توجه کرده و متذکر می‌شود که پیروان مذاهب مذکور در انجام مراسم مذهبی، طبق قانون خود آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه،^۶ در دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند. مضافاً اینکه، بارزترین مواردی که از قومیت یا گروه قومی در ایران، در قانون اساسی نام برده شده است، اصل پانزدهم و نوزدهم می‌باشند. اصل پانزدهم قانون اساسی بعد از اعلام و تعیین زبان رسمی و ذکر این بحث که اسناد و مکاتبات و متون رسمی و کتب درسی بایستی با خط و زبان فارسی باشد، آزادی‌های مختلفی را برای به کار بردن زبان‌های محلی و قومی متذکر می‌شود که عبارتند از: آزادی استفاده این زبان‌ها در مطبوعات و رسانه‌های گروهی، تدریس زبان و ادبیات آنها در مدارس در کنار زبان فارسی. این حقوق که در نوع خود جلت توجه می‌نماید، امکان تداوم فرهنگی را برای گروه‌های قومی فراهم می‌آورند. اقلیت‌های قومی از دو حالت خارج نیستند یا از اکثریت شیعه اثنی می‌باشند و یا از اقلیت‌های دینی و مذهبی، که در هر دو حالت حقوقشان مشترک می‌باشد. مهمترین نکته متمایز با آن دو به آن دسته از تمایزات فرهنگی است که حمایت و حراست از آن در قانون اساسی وجود دارد. گروه‌های اقلیت در قانون اساسی را می‌توان از دو جنبه نام برد. یکی محور عقاید،^۷ و دیگری محور قومیت.^۸ از تلاقی این دو محور پنج دسته اقلیت در ایران وجود دارند: اقلیت دینی (مسیحیان انجیلی)، اقلیت دینی-قومی (ارامنه)، اقلیت مذهبی (نظیر اهل سنت در برخی شهرهای استان خراسان)، اقلیت مذهبی-قومی (مانند ترکمنان)، اقلیت قومی صرف (مانند آذری‌ها). که حقوق هر یک به ترتیب در قانون اساسی آمده است. (قاسمی، ۱۳۸۲: ۸۶۹-۸۵۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بیانگر نهادها و مناسبات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، و اقتصادی جامعه است و باید راهگشای تحکیم پایه‌های حکومت اسلامی و ارائه دهنده طرح نوین نظام حکومتی باشد. همچنین، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیانگر مبانی اصیل اسلامی است و تمامی حقوقی را که تحت عنوان حقوق ملت برای آحاد جامعه به رسمیت می‌شناسد شامل همه اقلیت‌ها دانسته و حقوقی را مختص به اقلیت‌ها از جمله حق بر مشارکت و داشتن نماینده بیان نموده است. در بحث آزادی تعلیمات دینی چنین است که قانون اساسی بین تمام مسلمانان غیر شیعه‌ی جعفری برای مذاهب حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی حقوقی را قائل شده است. از جمله اصل دوازدهم قانون اساسی مقرر داشته است که: «مذاهب دیگر اسلامی دارای احترام کامل می‌باشند». طبق این

^۶ ازدواج، طلاق، ارث، وصیت

^۷ اکثریت شیعه اثنی عشری، اقلیت‌های مذهبی و اقلیت‌های دینی

^۸ خصوصیات متفاوت غیر دینی و فرهنگی

جمله، برای احتراز تفرقه هرگونه لعن یا بی احترامی نسبت به دیگر مذاهب اسلامی باید قانوناً ممنوع باشد و برای آن مجازات مقرر شود. همچنین برای تأمین حقوق مذهبی دیگر مسلمانان، پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی طبق فقه خود آزادند که در جامعه نیز این آزادی مورد احترام است و علاوه بر آن آزادی مذهبی اقتضا می‌کند که پیروان دیگر مذاهب اسلامی از امکانات تعلیم و تربیت دینی برخوردار باشند. (هاشمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۳-۶۴)

۱-۴- حقوق مدنی و سیاسی

اقلیت‌ها در ایران در قانون اساسی پیش‌بینی شده که اقلیت‌های دینی شناخته شده می‌توانند در مجلس شورای اسلامی نماینده داشته باشند و از بین هم‌کیشان خود نماینده‌ای انتخاب کنند و به مجلس بفرستند. مطابق اصل ۶۴ قانون اساسی، زرتشتیان و کلیمیان هرکدام یک نماینده و مسیحیان، آشوری و کلدانی جمعاً یک نماینده و مسیحیان ارمنی جنوب و شمال هرکدام یک نماینده انتخاب می‌کنند. محدودیت تعداد نمایندگان اقلیت‌های دینی متناسب با تعداد جمعیت آنان در کشور است. زیرا با در نظر گرفتن نسبت جمعیت کشور به مجموع نمایندگان، آنان نسبت جمعیت محدود خود به طور عادلانه نماینده دارند. (ابراهیمیان، ۱۳۹۱: ۲۵۴) همچنین، مطابق اصل ۲۶ قانون اساسی اقلیت‌های دینی می‌توانند مطابق ضوابط دارای انجمن و جمعیت باشند. و در ماده ۴ قانون فعالیت احزاب، مصوب ۱۳۶۰ آمده که انجمن اقلیت‌های دینی اصل ۱۳ قانون اساسی، تشکیلاتی می‌باشد که از اعضای داوطلب همان اقلیت دینی که هدف آن حل مشکلات مسائل دینی، فرهنگی، اجتماعی و رفاهی مختص آن اقلیت باشد. به شکل و سازمان‌های اقلیت‌های دینی توسط کمیسیون ماده ۱۰ احزاب وزارت کشور مجوز داده می‌شود. و تعاملات و ارتباطات مسئولین عالی رتبه جمهوری اسلامی با اقلیت‌ها پس از پیروزی انقلاب اسلامی از حجم بیشتری در مقایسه با دیگر جوامع و قومیت‌ها برخوردار می‌باشد که نشانگر توجه ویژه مسئولین نظام به اقلیت‌های دینی در جمهوری اسلامی می‌باشد که نمونه بارز آن، حضور ریاست جمهور وقت در سال ۱۳۸۳ در مراسم جشن ایالتوت^۹ یهودیان، در کنیسه‌ی یوسف آباد تهران بود که در تاریخ زندگی یهودیان در ایران ۲۷۰۰ سال سابقه داشته است. (پروین و سپهری‌فر، ۱۳۹۳: ۸۰) ضمانت‌های حقوقی و سیاست‌های کلی در خصوص مبارزه علیه تبعیض بر اساس دین و عقیده این چنین است که طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اقلیت‌های دینی می‌توانند آزادانه به انجام مراسم مذهبی، پیروی از قوانین مذهب و احوال شخصیه خویش بپردازند. مطابق اصل دوازدهم قانون اساسی: دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و مذاهب دیگر اسلامی، اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه و دعای مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب، اکثریت داشته باشند مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد

^۹ جشن درختان

بود، با حفظ رعایت حقوق پیروان دیگر مذاهب. مضافاً اینکه، مطابق اصل سیزدهم قانون اساسی: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی، مسیحی، تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آئین خود عمل می‌کنند».

علاوه بر آن، اصل اول نوزدهم بیان می‌کند: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان، مانند اینها سبب برتری و امتیاز نخواهد بود». در اصل بیستم قانون اساسی آمده است: «همه افراد ملت، اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از تمام حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند». علاوه بر قوانین اساسی در قوانین عادی نیز امور مذکور، مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله در ماده واحدهایی مثل «قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، مصوب ۱۳۱۲» نسبت به احوال شخصیه، حقوق اریه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده آمده است: «محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، رعایت نمایند». مضافاً طبق ماده ۱۴۳ آئین نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی، مصوب ۱۳۸۰، هنگام پذیرش زندانی، دین رسمی او در برگه پرسشنامه، درج و به منظور تقویت و تحکیم مبانی دینی زندانیان و اجرای آداب و مراسم دینی آنان با جلب کمک وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از طریق مسئولین زندان، وسیله و تسهیلات لازم جهت انجام فرایض دینی آنها فراهم می‌گردد. (جاوید، ۱۳۹۲: ۱۵۳)

از دیگر حقوق اقلیت‌ها بایستی به انتخاب مدیران اقلیت برای مدارس و استخدام آنها بعنوان معلم، ایجاد تسهیلات جهت صدور گذرنامه و اجازه خروج از کشور، حق انجام فعالیت‌های فرهنگی، هنری، ورزشی، و تفریحی، امکان ادامه تحصیل در دانشگاه، مجوز چاپ کتاب و امکان فروش آن، امکان اشتغال در پست‌های دولتی، دریافت مجوزهای فرهنگی، هنری، تفریحی، مرمت و بازسازی اماکن مربوط، داشتن مدارس مختص اقلیت‌ها، داشتن قبرستان‌های اختصاصی. (حبیب‌زاده و هوشیار، ۱۳۹۳: ۸۴) حق داشتن معبد و حق استقلال داشتن در احوال شخصیه، حق تشکل، از دیگر موارد در حقوق سیاسی و مدنی می‌باشد.

۲-۴- حقوق اقتصادی و اجتماعی

گرچه قانون اساسی اشاره‌ای به حقوق اجتماعی اقلیت‌های دینی ندارد، بر اساس اصل تساوی عمومی در قبال قانون و برخورداری همه افراد ملت از حقوق مساوی در تمام زمینه‌ها، از جمله احراز مشاغل عمومی، اقلیت‌های دینی نیز از این حقوق بهره‌مند خواهند بود. به همین جهت، در قوانین عادی استخدامی و اداری بیشتر وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، برای ورود اقلیت‌های دینی منعی نیست. در قوانین عادی ایران، اقلیت‌های دینی از حقوق اجتماعی بهره‌مند هستند که در ذیل به آن می‌پردازیم که از جمله:

الف- معافیت از مالیات

در بند ک ماده ۶۴ قانون اصلاح موادی از قانون مالیات‌های مستقیم آمده است: «موقوفات و کمک‌ها و هدایای دریافتی نقدی و غیر نقدی انجمن‌ها و هیئت‌های مذهبی مربوط به اقلیت‌های دینی گفته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشروط به اینکه رسمیت آنها به تصویب وزارت کشور برسد، از پرداخت مالیات معاف است».

ب- رایگان بودن حق انشعاب آب و برق

در تبصره ۱۹ ماده واحد قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور آمده است: «معابد اقلیت‌های دینی شناخته شده، موضوع اصل ۱۳ قانون اساسی برای یک بار و یک انشعاب از پرداخت حق انشعاب آب، دفع فاضلاب، برق و گاز معاف می‌باشند».

ج- معافیت از حق ثبت

در ماده قانون اصلاح موادی از آیین نامه قانون ثبت آمده است: کلیساها و معابد اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی و کاروانسراهای عباسی و رباط‌ها از حق الثبت معاف هستند. معافیت سایر سازمان‌ها و ارگان‌ها تابع مقررات خاص خود می‌باشد.

د- نامگذاری اسامی خاص

در آیین نامه اجرایی قانون ممنوعیت به کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه آمده است: افرادی که علاوه بر زبان فارسی به یکی از زبان‌های خاص اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی یا گویش‌های محلی و قومی رایج در بعضی مناطق ایران سخن می‌گویند، مجازند از اسامی خاص متعلق به آن زبان یا گویش در نامگذاری محصولات و مؤسسات و اماکن مربوط به خود در همان مناطق استفاده کنند.

ه- عضویت در نظام پرستاری

تبصره ۱ ماده ۲۲ قانون ایجاد سازمان نظام پرستاری جمهوری اسلامی ایران در مورد شرایط انتخاب شوندگان هیئت‌های نظام پرستاری شهرستان‌ها و شورای عالی نظام پرستاری چنین بیان می‌کند: اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تابع احکام دین اعتقادی خود می‌باشند، مشروط به اینکه تجاهر به نقض احکام اسلامی را ننمایند.

همچنین، حق مرخصی برای زندانیان، حق مرخصی در عید مذهبی، حق اخذ پروانه کارشناسی، استخدام در نیروی انتظامی، سردفتر ازدواج و طلاق از دیگر موارد حقوق اجتماعی اقلیت‌ها می‌باشد. (ابراهیمیان، پیشین، ۲۵۵-۲۵۸)

مجمع تشخیص مصلحت نظام در جلسه ۱۳۸۲/۱۰/۶ لایحه الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی در خصوص میزان دیه اقلیت‌های مذهبی را بررسی کرد که در این جلسه، مجمع با تأیید نظر مجلس شورای اسلامی رأی به برابری دیه مسلمانان و غیر مسلمانان داد. این تبصره با استناد به نظر رهبر معظم انقلاب، مطرح و تصویب شد. و همچنین است حقوق اقتصادی و مدنی دیگر چون: اصلاح مسئله‌ی ارث اقلیت‌های دینی با حمایت ۱۹۹ نماینده مجلس شورای اسلامی، امکان اشتغال در محیط‌های دولتی، برخورداری از تسهیلات بانکی در انجام کارهای اقتصادی، داشتن مجوز کسب در اصناف مختلف، کسب موافقت‌نامه اصولی برای انجام فعالیت‌های اقتصادی، خرید و فروش آزادانه و تملک اموال منقول و غیر منقول، برقراری حقوق بانزستگی. (پروین و سپهری فر، پیشین، ۸۵)

۳-۴- حقوق فرهنگی و آموزشی

امروزه شکی نیست که حقوق فرهنگی بعنوان بخش جدا نشدنی حق بشری مورد قبول جامعه بین المللی قرار گرفته است زیرا دسته‌ای از حقوق مندرج در اسناد بین المللی بویژه اعلامیه جهانی حقوق بشر^{۱۰} و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را به خود اختصاص داده است.

در قانون اساسی نیز بدین صورت است که قانونگذار در نظام حقوقی ایران در اصل سیزدهم با ظرافت خاص و به روشنی این مطلب را پذیرفته است که ایرانیان زرتشتی، کلیمی، مسیحی در تعلیمات دینی طبق آیین خود عمل نمایند. آموزش تعلیمات دینی این سه دین الهی نیز مجاز اعلام می‌شود و پیروان این ادیان حق خواهند داشت که تعلیم آن را یاد بگیرند و یاد بدهند. همچنین، در اصل پانزدهم، استفاده از زبان‌هایی غیر از زبان فارسی در مطبوعات و رسانه‌ها و تدریس ادبیات آن زبان‌ها را در مدارس در کنار زبان فارسی آزاد اعلام می‌کند. برای نمونه، آموزش زبان ارمنی، در مطبوعات و رسانه‌ها و تدریس آن در مدارس خاص در کنار زبان فارسی مانعی ندارد. اصل سیزدهم قانون اساسی، اجرای مراسم مذهبی و تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه را که در مجموع، آثار و جلوه‌های فرهنگی ویژه دارند، برای اقلیت‌های دینی مذکور، آزاد گذاشته است. برای برخورداری شایسته از این حقوق شناخته شده، آزادی تأسیس و دایر کردن مساجد، کلیساها و کنیسه‌ها از یک طرف، و مدارس دینی و مذهبی مربوط از سوی دیگر، برای هریک از گروه‌های گفته شده اجتناب ناپذیر خواهد بود. باتوجه به اشاره‌های قانون اساسی به حقوق مذکور، جلوه‌هایی از حقوق آموزشی و فرهنگی که قوانین عادی برای اقلیت‌های دینی در نظر گرفته مواردی از جمله: استفاده از تعطیلات اعیاد مذهبی و مناسبات ویژه اقلیت‌های دینی، تعطیل کردن مدارس خاص کلیمیان در روزهای شنبه، تدریس دروس دینی ارامنه در

^{۱۰}Universal Declaration of Human Right

مدارس ارامنه، حق تأسیس مدارس غیر انتفاعی، حق ورود به دانشگاه، حق تأسیس آموزشگاه، حق انتخاب دروس معارف اسلامی برای اقلیت‌های دینی، حق تأسیس مراکز فرهنگی هستند. باتوجه به موارد گفته شده، روشن است که نظام حقوقی ایران، حقوق فرهنگی و آموزشی را به طور خاص برای اقلیت‌های دینی ساکن در این سرزمین در نظر گرفته است. ممکن است برخی از محدودیت‌ها در بهره‌مندی اقلیت‌ها از حقوق خود با موازین بین المللی، سازگار نباشد که باتوجه به مندرجات اعلامیه ۱۹۹۲ حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی، قومی، مذهبی، و زبانی توجیه شدنی است. زیرا این اعلامیه شرط بهره‌مندی از حقوق خاص برای اقلیت‌ها را مغایر نبودن با حقوق ملی هر کشور بیان می‌نماید. (سایت انتخابات حوزه، تاریخ رؤیت ۵ اردیبهشت ۱۴۰۰)

۵- موضع جمهوری اسلامی ایران نسبت به تبعیض نژادی

در کنار اکثریت مسلمان در کشور ایران اقلیت‌های غیر مسلمان نیز وجود دارند که با داشتن تابعیت ایران از اعضای ملت محسوب می‌شوند. اقلیت‌ها ضمن تمایل به برابری با اکثریت مسلمان، خواهان اقدامات حمایتی از سمت دولت ایران هستند که چه در قانون اساسی و چه در قوانین عادی تأکید ویژه‌ای به حقوق آنها شده و مورد حمایت هستند. پذیرش و احترام به تنوع فرهنگی و مذهبی، از ویژگی‌های بارز ایرانیان در طول تاریخ کهن این سرزمین بوده و هست و ایرانیان سالیان زیادی است که حقوق اقلیت‌ها را در کنار اکثریت مسلمان رعایت کرده‌اند و فرهنگ و مذهب در این کشور هرگز زمین مساعدی برای کشت و پرورش تحقیرهای مذهبی و نژادی نبوده است. با مطالعه اصول ۳۰، ۳۱، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۲۹، ۲۸، ۲۳، ۲۲، ۱۹، ۱۴، ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌توان بیان نمود که در این قانون یک سلسله حقوق اساسی از جمله تساوی در برابر قانون، محفوظ بودن جان، مال، شغل، مسکن، آزادی عقیده، انتخاب شغل، برخورداری از روند عادلانه دادرسی، داشتن تابعیت، مشارکت در اداره امور کشور و همانند اینها برای همه افراد و اتباع کشور و شهروندان ایرانی صرف نظر از هر نوع وابستگی قومی، زبانی و مذهبی، به رسمیت شناخته است و همگی بدون هیچ تبعیضی از این حقوق می‌توانند بهره‌مند شوند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل سیزدهم که اقلیت‌های دینی رسمی‌را سه دین دین یهودی، مسیحی، زرتشتی، معرفی می‌کند. همچنین، طبق اصل ۱۳ قانون اساسی فقط اینها، دارای ادیان توحیدی هستند بعنوان اقلیت دینی شناسایی می‌شوند. اقلیت‌ها، حق اجرای مراسم و مناسک مذهبی خود را دارند. قانونگذار نیز اجرای مراسم دینی اقلیت‌ها را در حدود قانون آزاد می‌داند، زیرا همراه برخی از اعمال عبادی آنان ممکن است مراسمی باشد که اجرای علنی آن در جامعه مسلمانان حرام و در جمهوری اسلامی خلاف قوانین باشد. در اصل ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی نیز به صراحت بر برابری افراد ملت ایران بدون تمایز حتی زن و مرد تأکید می‌شود. مطابق اصل ۱۹: مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز و برتری نخواهد بود و در اصل بیستم، پس از تأکید حمایت یکسان قانون از افراد ملت، با قید رعایت موازین اسلام، برخورداری یکسان از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را برای همگان به طور برابر مقرر می‌دارد. طبق اصل ۲۲ قانون اساسی حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند.

ضمانت اجرای تخلف از مفاد اصل ۲۲ قانون اساسی و تمام اصول قانون اساسی را بایستی در حقوق کیفری جست‌وجو کرد زیرا حقوقدانان رابطه‌ی مستقیمی بین حقوق کیفری و رشته‌های دیگر حقوق شناخته و حقوق کیفری را ضامن اجرای آزادی‌های فردی و اجتماعی می‌دانند. برای نمونه قانون اساسی انجام هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار از متهم را ممنوع می‌داند و مرتکب آنرا مستحق مجازات می‌داند.

رعایت حقوق اقلیت‌های مذهبی و قومی بر پایه همزیستی مسالمت آمیز به عنوان شهروند ایرانی مانند سایر افراد جامعه در تمام عرصه‌ها مورد توجه قرار گرفته که منجر به حضور فعال و گسترده این افراد در جامعه شده است. در نتیجه، در قیاس با حقوق اقلیت‌ها در کشورهای غربی می‌توان به این مسئله پی برد که ایران در برخورد با اقلیت‌ها بسیار منصفانه عمل می‌کند و شرایط زندگی و اجرای مراسم و تشریفات مذهبی، آزادی عقیده، آزادی بیان را برای غیرمسلمانان مهیا می‌سازد. (فضلی خانی، ۱۳۹۶: ۱۵۱-۱۴۸)

۶- نتیجه گیری

از دوران باستان تاکنون ایران مهد صلح و هم زیستی مسالمت آمیز انواع فرهنگ‌ها، مذاهب و قومیت بوده است و اقلیت‌های مختلف این سرزمین فارغ از هرگونه تبعیضی، بر طبق رعایت موازین حقوق بشری مورد احترام هستند که این مورد به دید فرهنگی مردم ایران به اقلیت‌ها ناشی از عمق تاریخی و فرهنگ اسلامی ایران بر می‌گردد. امروزه در جمهوری اسلامی ایران بالاترین استانداردهای تضمین حقوق بشری برای هموطنان اقلیت وجود دارد که در کمتر کشوری دیده می‌شود که این امر برگرفته از تعالیم انسان دوستانه اسلام است که از همان ابتدای تشکیل حکومت اسلامی از حقوق یکسان شهروندی برخوردارند و در انجام فرائض دینی و احوال شخصیه از آزادی و اختیار قانونی برخوردار بوده‌اند.

با بررسی حقوق و امکانات خاص اقلیت‌ها در کشورهای گوناگون درمی‌یابیم که در کشورهای غربی علی‌رغم تصویب قوانین حمایتی در مورد حقوق اقلیت‌های مختلف دولت‌ها در برابر این اقلیت‌ها بسیار سلیقه‌ای عمل کرده و موارد متعدد نقض حقوق اقلیت‌ها و به خصوص شیعیان و زنان شیعه وجود دارد، اما با تأمل در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در می‌یابیم که تدوین کنندگان قانون اساسی در نگارش و تصویب قانون اساسی ضمن اساس قرار دادن شرع مقدس نسبت به اسناد بین المللی حقوق بشر در رابطه با اقلیت‌ها نیز بی‌توجه بوده‌اند. در قانون اساسی چنین درمی‌یابیم که، اصول قانون اساسی ایران در برخورد با اقلیت‌های دینی و مذهبی، مبتنی بر عدالت و انصاف است.

این عدالت و انصاف همچنین زمینه‌های مشارکت عمومی اقلیت‌ها را در سطح جامعه فراهم ساخته، بر آن تأکید و توصیه دارد که خود علت حفظ و استمرار هویت گروه‌های اقلیتی در جمهوری اسلامی ایران بوده است.

در یک جمع‌بندی کلی، گروه‌های اقلیت در قانون اساسی را می‌توان از دو جنبه تقسیم‌بندی نمود. یکی محور عقاید (اکثریت شیعه اثنی عشری، اقلیت‌های مذهبی و اقلیت‌های دینی) و دیگری محور قومیت (خصوصیات متفاوت غیر دینی و عمدتاً فرهنگی).

امروزه حقوق اقلیت‌ها نسبت به گذشته افزایش یافته و نسبتاً در وضعیت مطلوبی قرار دارند حال آنکه باید توجه داشت که همه افراد بشر به صرف انسان بودن و به دلیل وجود کرامت انسانی باید دارای حقوق یکسانی باشند و به دور از تبعیض نژادی، قومی، فرهنگی و دینی از آزادی برخوردار باشند.

فهرست منابع و مآخذ

- الف- کتب
- پیشدادی، جمشید (۱۳۷۷)، یادنامه میرزا سروش سهراب، تهران: انتشارات بینا
 - عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۰)، حقوق اقلیت‌ها، چاپ پنجم، تهران: دفتر نشر و فرهنگ اسلامی
 - مهرپور، حسین (۱۳۸۳)، نظام بین المللی حقوق بشر، جلد اول، تهران: انتشارات اطلاعات
 - هاشمی، سید محمد (۱۳۹۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات میزان
 - ب- مقالات
 - ابراهیمیان، حجت‌الله، حقوق خاص اقلیت‌های دینی در نظام سیاسی ایران (با تأکید بر قانون اساسی)، فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات انقلاب اسلامی، سال نهم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۹۱
 - اخوان، منیره، حقوق اقلیت‌ها در حقوق بین الملل و جمهوری اسلامی ایران، پژوهش نامه حقوق بشری، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۵
 - اکبری، محمدعلی؛ حرآبادی فراهانی، عاطفه، وضعیت آموزش زبان اقلیت‌های دینی در مدارس آنها در عصر پهلوی دوم (۱۳۵۷-۱۳۲۰ ه.ش)، فصلنامه تاریخ ایران بعد از اسلام، سال ششم، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۴
 - پروین، خیرالدین؛ سپهری فر، سیما، حقوق اقلیت‌ها در قانون اساسی (با تأکید بر امکان، دارایی‌ها و حقوق سیاسی)، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، شماره ۶ بهار و تابستان ۱۳۹۳
 - جاوید، محمدجواد، تبعیض مثبت در اسلام و حقوق اقلیت‌های دینی در حکومت اسلامی، فصلنامه حکومت اسلامی، سال هجدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲
 - جعفرپور، علی؛ ترکی دستگردی، اسماعیل، روابط دولت صفویه با اقلیت‌های دینی (یهودیان و زردشتیان)، مجله مسکویه، سال سوم، شماره ۹
 - حبیب زاده، محمدجعفر؛ هوشیار، مهدی، موقعیت‌های دینی در حقوق کیفری ایران در پرتو اصل برابری در مقابل قانون، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۳
 - شریفی طراز کوهی، حسین؛ قره باغی، عبدالله، تحلیل قاعده منع تبعیض نسبت به اقلیت‌ها در حقوق بین الملل، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۲، بهار و تابستان ۱۳۸۹
 - علم، محمدرضا؛ دنیاری، سکینه، بررسی نوع پوشش و حجاب زنان در دوره قاجار با نگاهی به آثار سیاحان خارجی این دوره (از پادشاهی آقامحمد خان تا دوران مظفرالدین شاه)، فصلنامه علمی پژوهشی تاریخ، سال چهاردهم، شماره ۵۴، پاییز ۱۳۹۸
 - فضلی خانی، اکرم، بررسی حقوق اقلیت‌ها در غرب و ایران، فصلنامه مطالعاتی صیانت از حقوق زنان، سال دوم، شماره ۷، بهار ۱۳۹۶
 - قاسمی، محمدعلی، اقلیت‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال ششم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۲
 - لسانی، حسان الدین، جایگاه اقلیت‌ها در حقوق بین الملل بشر (آخرین دستاوردها)، اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲

- مایل افشار، فرخناز، بررسی نقش اقلیت‌های قومی/مذهبی در تأمین امنیت (شناخت تهدیدها و فرصت‌ها)، فصلنامه مطالعات اطلاعات و امنیت انتظامی، دوره دوم، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱
- نادرپور، بابک؛ مقصودی، مجتبی، هویت‌ها، تفاوت‌ها و جهان‌شمولی حقوق بشر (با تأکید بر هویت‌های دینی و قومی ایران)، مجله حقوق بشر، جلد ۸، شماره ۱ و ۲، ۱۳۹۲
- ج- پایگاه‌های اینترنتی

- <https://wikifegh.ir>

- <https://entexabat.hawzah.net>



جرایم علیه حیثیت در نظام حقوق کیفری ایران

غلامعلی سنجری

دانشیار دانشگاه بین المللی جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران
aram.rajabzadeh1374@yahoo.com

زهره احمدیان

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو مرکز وکلای قوه قضائیه
ahmadian_136886@yahoo.com

۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۱۱، ۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰، ۰۴، ۱۹

چکیده

شرافت و آبروی انسان برای او ارزش و احترامی برابر با جان وی دارد. لازمه زندگی در اجتماع، حفظ آبرو است. بنابراین بشر تمام توان خود را برای حفظ آبرو به کار می‌برد. به همین دلیل رفتارهایی که به آبرو و حیثیت شخص لطمه آورد را جرم دانسته و قابل مجازات می‌داند. جرایم علیه حیثیت معنوی اشخاص، دسته‌ای از جرایم هستند که آسیب آن‌ها به شرافت و اعتبار بزه دیده وارد می‌شود که چه بسا قابل جبران نیز نباشد. عمده جرایم علیه حیثیت معنوی در حقوق کیفری ایران عبارت از توهین، افتراء، نشر اکاذیب و کذب است که در این پژوهش برآنیم تا نظام حقوقی حاکم بر جرائم علیه حیثیت را مورد بررسی قرار دهیم که این تحقیق با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت فیش برداری و کتابخانه‌ای می‌باشد.

واژگان کلیدی: حیثیت معنوی، افتراء، توهین، مزاحمت تلفنی، جرایم سایبری.

مقدمه

آزادی معنوی افراد همانند آزادی تن آنان یکی از موهبت‌های الهی است که رعایت آن لازم شمرده شده است. بنابراین ارج نهادن به حرمت و شرافت خانوادگی یا شغلی یا اجتماعی اشخاص و همچنین مقدسات مذهبی آنان و جلوگیری از تعرض و هتک شدن شخصیت، اعتبار و اعتقاداتشان در چهارچوب نظامات و قوانین، لازمه حیات اجتماعی جوامع می‌باشد. حمایت از این نوع آزادی‌ها دارای سابقه تاریخی فراوان است به گونه‌ای که می‌توان گفت کلیه ادیان الهی و قوانین بشری هرگونه تعرض به آزادی‌های معنوی را تحت عناوین مجرمانه‌ای مانند افترا، فحاشی، توهین و... قابل تعقیب کیفری و مستوجب عقوبت‌های دنیوی و اخروی دانسته‌اند. در کشور ایران مطابق اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی، حیثیت افراد در صدر اموری قرار گرفته که از تعرض مصون مانده است و در قوانین موضوعه در راستای این اصل حمایت‌های کیفری صورت گرفته است. همچنین، در بررسی رویکرد سیاست جنایی ایران در خصوص جرایم علیه حیثیت معنوی اشخاص در فضای مجازی باید گفت جرایم مربوط به دنیای مجازی از پدیده‌های پیچیده امروز جامعه جهانی می‌باشد که از طریق رایانه یا شبکه‌های رایانه‌ای ایجاد و دامنه ارتکاب آن‌ها در حال افزایش می‌باشد. امروزه مجرمان سایبری برای دستیابی به اهداف مخرب خود از کامپیوتر بعنوان یک مرکز مخفی، امن و مطمئن استفاده می‌کنند.

۲- کلیات

در این قسمت نخست به بررسی انواع جرائم علیه حیثیت، سپس به واکاوی مفهوم و شیوه‌های آن و دیگر موارد مذکور می‌پردازیم.

۲-۱- انواع جرائم علیه حیثیت

انواع جرایم علیه تمامیت شخصیت جسمانی (مادی) و تمامیت شخصیت معنوی اشخاص به جرایمی گفته می‌شود که هم بر جسم و هم بر روح و روان وارد شود همچنان که حداقل آن سرخ شدن پوست و حداکثر آن قتل می‌باشد. جرایم علیه اشخاص جرایمی هستند که علیه تمامیت شخصیت جسمانی اشخاص و تمامیت شخصیت معنوی یک انسان رخ می‌دهند، زیرا که یک آدمی دارای دو بعد مادی و معنوی است. انواع جرایم علیه اشخاص جرایمی است متوجه خود فرد است نه مال و اموال و دارایی او. به دلیل تقسیم بندی انواع جرایم علیه اشخاص در دو تقسیم‌بندی آن‌را مورد بحث قرار دادند از جمله: الف) جرایم علیه تمامیت شخصیت جسمانی (مادی) اشخاص، ب) جرایم علیه تمامیت شخصیت معنوی (روحانی) اشخاص.

جرایم علیه تمامیت شخصیت جسمانی اشخاص که به این نوع جرایم در فقه جنایت نیز می‌گویند. همچنین، قتل، ضرب و جرح، سقط جنین، تخلفات رانندگی، نقض عضو از انواع جرایم علیه تمامیت شخصیت جسمانی اشخاص هستند و توهین، نشر اکاذیب، افشای اسرار حرفه‌ای، هتک حرمت مراسلات و مخابرات و مکالمات

تلفنی، مزاحمت تلفنی، هتک حرمت منزل یا مسکن اشخاص، تهدید اشخاص، توقیف یا اخفای غیرقانونی، سلب حقوق و آزادی مردم، آدم ربایی و قاچاق انسان، جرایم جنسی به عنف یا اکراه از جمله جرایم علیه تمامیت شخصیت معنوی اشخاص هستند (سایت دادمن، تاریخ رؤیت ۲۷ تیر ۱۴۰۰).

۲-۲- مفهوم و شیوه‌های اعاده حیثیت در جرائم سایبری

اعاده در لغت به معنای اعطاء، بازگرداندن، رجعت، جبران نمودن و برگرداندن است. اما حیثیت در لغت به معنای آبرو، اعتبار، حقوق، اهلیت و شخصیت می‌باشد. اعاده حیثیت نیز اعطاء و بازگرداندن حقوق و اعتباراتی است که به موجب حکم دادگاه یا قانون از مجرم به سبب ارتکاب جرم سلب گردیده است (شاملو احمدی، ۱۳۸۰، ۶۱). اعاده حیثیت به لحاظ لغوی از دو کلمه عربی «اعاده» و «حیثیت» ترکیب شده است که اعاده به معنای بازگردانیدن است همچنین، حیثیت به معنای اعتبار و آبرو است (معین، ۱۳۸۲، ۱۳۴-۳۹۴). مضاف بر اینکه، اعاده حیثیت بازگشت به اهلیتی است که شخص به علتی آن را از دست داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۷۸). اعاده حیثیت در حقوق ایران به یک مفهوم بکار برده نشده است و به طور کلی در مقررات و متون حقوقی، اعاده حیثیت در دو مورد به کار برده شده است: الف) اعاده حیثیت نهادی حقوقی می‌باشد که با لغو محکومیت از اسناد کیفری مرتکب، سبب اسقاط مجازات تبعی و از بین رفتن محکومیت قضایی شده و حقوقی را به شخص باز می‌گرداند. با اعاده حیثیت شخص، تبعات ناشی از محکومیت قبلی لغو شده و همانند یک شهروند عادی، اجازه ایفای همه حقوق خود را دوباره به دست می‌آورد. ب) در سخن دیگر اعاده حیثیت، قرابت معنای بیشتری با مفهوم جبران خسارت معنوی دارد. در این مفهوم، اعاده حیثیت تدبیری برای بازگرداندن حیثیت و آبروی از بین رفته مجنی‌علیه به شمار می‌رود.

حفظ حرمت و حیثیت اشخاص از چنان درجه‌ای از اهمیت برخوردار است که در اصل بیست و دوم قانون اساسی به آن به طور روشن اشاره شده است: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض در امان است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». همچنین، جبران خسارت معنوی در مقایسه با اعاده حیثیت معنوی مفهوم عام‌تری دارد، یعنی این که یکی از طرق جبران خسارت معنوی، اعاده حیثیت است. در بعضی از خسارات معنوی پرداخت جریمه الزامی است، ولی در برخی دیگر، اعاده حیثیت شخص، مورد حکم قرار می‌گیرد و در بعضی موارد هر دو مجازات مقرر می‌گردد. برای نمونه، افترا علیه یک شرکت تجاری موجب وارد شدن خسارت معنوی به شرکت شده و به همین دلیل، شرکت ضرر مالی می‌کند. در این جا می‌توان خسارت وارد شده را با پرداخت جریمه نقدی جبران نمود. اما اگر بالفرض به شخصی نسبت ناروای قذف داده شود در همین وضعیتی، خسارت معنوی وارد آمده به شخص با پرداخت جریمه نقدی جبران نمی‌شود و علاوه بر اعمال جرایم مالی، بایستی اعاده حیثیت معنوی نیز صورت گیرد (غلامی و پیرهادی، ۱۳۹۶، ۱۰۳-۱۰۲).

روش‌های مختلف جبران خسارت معنوی بر اساس متون قانونی شامل موقوف کردن یا از بین بردن منبع ضرر، عذرخواهی شفاهی از خسارت دیده، عذرخواهی عملی یا کتبی یا درج مراتب اعتذار در جراید، اعاده حیثیت از

خسارت دیده به هر نحو ممکن و پرداخت مال یا به ازای مادی به خسارت دیده می‌شود. خسارت معنوی در حقوق مدنی علی‌الخصوص در مسئولیت مدنی بسیار اهمیت دارد. این خسارت، متعدد می‌باشد و مختص به حد هتک حیثیت و صدمه به اعتبارات شخصی و اجتماعی نمی‌شود. البته دعاوی راجع به خسارات معنوی در محاکم قضایی ایران مبهم می‌باشد و عده‌ای از قضات چندان اهمیتی به این گونه از دعاوی ندارند یا آن‌را از طریق صلح و سازش رفع می‌نمایند. همچنین، در قوانین کیفری نیز خسارات معنوی مطرح و موضوع حکم قرار گرفته است. در متون قوانین کیفری اسبق که برخی از آن‌ها هنوز منسوخ نشده‌اند بیش از متون موجود، بر این مهم تأکید شده است. از جمله در مواد ۲۱۲ قانون مجازات عمومی سابق و تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون مطبوعات سابق، قانونگذار با صراحت ترتیب تعیین مابه‌ازاء مالی در قبال خسارت معنوی را تعیین نموده است. مضافاً اینکه، ۶۹۸ و ۹۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌دارد: «هرکسی به قصد اضرار به غیر یا تشویق اذهان عمومی با مقامات رسمی به وسیله نامه یا شکواییه یا مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هرگونه اوراق چاپی یا خطی یا امضا یا بدون امضا اکاذیبی را اظهار نماید یا با همان مقاصد اعمالی را بر خلاف حقیقت به عنوان نقل قول به شخص حقیقی یا حقوقی یا مقامات رسمی تصریحاً یا تلویحاً نسبت دهد، به حبس از دوماه تا دو سال و یا شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم شود». روش‌هایی که در موارد مذکور برای اعاده حیثیت انتخاب می‌شود یکسان نمی‌باشند اما در بعضی موارد با دخالت مقام قضایی صالح، درج حکم در جراید و مطبوعات یکی از شیوه‌های منطقی برای اعاده حیثیت می‌باشد (همان، ۱۰۴-۱۰۳).

۳- جرم بازداشت غیر قانونی به مثابه جرم علیه حیثیت

هر یک از مقامات و مامورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که بر خلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نماید، علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد. بنابراین جرم سلب آزادی رفت و آمد موضوع ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی یکی از جرایم علیه حیثیت محسوب می‌شود.

علاوه بر این جرم بازداشت غیر قانونی موضوع ماده ۵۸۳ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «هرکس از مقامات یا مامورین دولتی یا نیروهای مسلح یا غیر آنها بدون حکمی از مقامات صلاحیتدار در غیر مواردی که در قانون جلب یا توقیف اشخاص را تجویز نموده، شخصی را توقیف یا حبس یا عتقا در محلی مخفی نگه دارند، به یک تا سه سال حبس یا جزای نقدی از ۶ تا ۱۸ میلیون ریال محکوم خواهد شد. سلب آزادی رفت و آمد را می‌توان از مفاهیم سلب آزادی شخصی و محروم نمودن از حقوق مقرر در قانون اساسی استخراج نمود. توقیف کردن به معنای سلب آزادی تنها اقدامی است که به طور معمول با صدور دستور از سوی مقامات قضایی یا مقامات ذیصلاح صورت می‌گیرد. در این معنا توقیف مترادف بازداشت است و در واقع به نوعی بازداشت موقت محسوب می‌شود. حبس نیز از دیگر مصادیق بازداشت غیر قانونی مذکور در ماده ۵۸۳ می‌باشد و عدم رضایت بزه دیده در جرم بازداشت غیرقانونی ضروری می‌باشد (رهامی و آبانگاه، ۱۳۹۰، ۸۴).

۴- جرم آدم ربایی به مثابه جرم علیه حیثیت

از جمله یکی از موارد جرایم علیه اشخاص که از دیرباز تا به امروز وجود داشته است آدم ربایی است. رفتار فیزیکی این جرم ربودن است مانند سرقت مال و موضوع انسان زنده است. تفاوت این جرم با اختفای غیرقانونی علاوه بر عدم رضایت عنصر جابه‌جایی فرد بزه دیده است. انگیزه در این جرم متفاوت می‌باشد گاه انگیزه اخاذی است گاه هم ایجاد ارعاب و ترس است گاه منجر به قتل می‌شود و گاه با انگیزه‌های انتقام جویی انجام می‌پذیرد موارد تشدید کننده این مجازات از جمله: صغر سن قانونی، استفاده از وسایل نقلیه، ورود آسیب جسمی مثل شکنجه و ضرب و جرح و یا حیثیتی هلی‌باشد (سایت حقوق یاران، تاریخ رؤیت ۲۹ تیر ۱۴۰۰).

طبق ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی: «هر کس به قصد مطالبه وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگر، به عنف یا تهدید یا حيله یا به هر نحوی دیگر، شخصاً یا توسط دیگری، شخصی را بر باید یا مخفی کند به حبس از ۵ تا ۱۵ سال محکوم خواهد شد. در صورتی که سن مجنی علیه کمتر از ۱۵ سال تمام باشد، یا ربودن توسط وسایل نقلیه انجام پذیرد یا به شخص، آسیب جسمی یا حیثیتی وارد شود، مرتکب به حداکثر مجازات تعیین شده محکوم خواهد شد و در صورت ارتکاب به جرایم دیگر به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌گردد». همچنین طبق تبصره این ماده، شروع به جرم ربودن، حبس ۳ تا ۵ سال است. اداره حقوقی قوه قضاییه اعلام می‌کند: «با توجه به قانون مجازات اسلامی که نتایج و آثار ناشی از ربودن اشخاص مثل صدمات پیش‌بینی شده در قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص و یا جرایم دیگر هتک ناموس مشمول قانون مجازات اسلامی است و توجه به بند ب ماده ۶۲۱ قانون اخیرالتصویب با کلیتی که دارد، بالاخص قسمت اخیر آن که مواد مذکور در قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص را در بر می‌گیرد، قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص مصوب ۱۳۵۳ منسوخ است. ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات حبس اشد است».

همچنین طبق ماده ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی: «هر کس طفلی را که تازه متولد شده است، بدزد یا مخفی کند یا او را به جای طفل دیگری یا متعلق به زن دیگری غیر از مادر طفل قلمداد نماید به شش ماه تا سه سال حبس محکوم خواهد شد و چنانچه احراز شود که طفل مزبور مرده بوده مرتکب به یکصد هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد».

آدم‌ربایی به انگیزه غیر سوء چنانچه واجد عنوان مجرمانه دیگری نباشد، مشمول ماده ۶۲۱ نخواهد بود. لیکن مخفی کردن اشخاص و انگیزه غیر سوء مشمول ماده ۵۸۳ خواهد بود و اگر ماده ۵۸۳ منحصرأ در بیان تعدی

مقامات و مامورین دولت اعم از قضایی، نظامی و اداری باشد کاهش مجازات آنها نسبت به جرم اخفا کردن در ماده ۳۲۱ توجیه پذیر نیست (همان، ۱۲۰-۸۴).

۵- جرم توهین و افتراء به مثابه جرم علیه حیثیت

جرم توهین یکی از جرایمی است که امنیت دینی و اعتقادی اجتماعات مذهبی را با بی نظمی مواجه می‌کند. حمایت‌های کیفری در برابر توهین و به سخره گرفتن مقدسات و محترمت دینی و مذهبی، صورت گرفته است و جز جرایم علیه آزادی اشخاص و علیه حیثیت افراد است که زیر مجموعه جرایم علیه شخصیت معنوی افراد می‌باشد. برخی جرایم علیه حیثیت اشخاص هستند که ارتکاب آن‌ها مستلزم اعمال مادی زور و عنف نیست بلکه از طریق گفتن یا نوشتن یا نطق در مجالس و مجامع عمومی، هتک حیثیت اشخاص تحقق پیدا می‌کند مانند توهین، افتراء، نشر اکاذیب.

جرم توهین در زمره جرایم ضد حیثیت معنوی اشخاص قرار می‌گیرد و به توهین ساده و مشدد تقسیم می‌شود که جرم توهین به مقدسات مذهبی و دینی جز توهین مشدد محسوب می‌شود. طرف توهین باید مشخص باشد. توهین یک جرم عمدی می‌باشد و عمد مرتکب باید احراز کرد. توهین جرمی است مطلق و نتیجه شرط نیست. بنابراین هتک حیثیت و آبروی طرف یا اذیت شدن او یا هر نتیجه مشابهی برای تحقق جرم توهین ضرورت ندارد. همچنین توهین اعم از صریح یا ضمنی است. توهین صریح یا ذاتی عبارت است از رفتاری که ماهیت یا منطوق آن به وضوح حکایت از موهن بودن آن دارد و نیازی به اثبات این وصف نیست مانند فحاشی و استفاده از الفاظ رکیک یا دشنام. توهین ضمنی یا تلویحی و یا مفهومی رفتاری است که ظاهر و منطوق آن موهن نیست بلکه مفهوم آن لفظ یا حرکت به موجب عرف، مبین چنین وصفی است مانند تراشیدن ریش روحانی و یا با دست به سر شخص زدن. همچنین وسیله در توهین شرط نیست. بنابراین رکن معنوی در جرم توهین آگاهی مرتکب به موهن بودن رفتار ارتكابی و قصد و انگیزه می‌باشد (باقری و درویش‌پور، ۱۳۹۶، ۹۹-۹۱). توهین حدی توهینی است که مجازات آن از سوی شارع مقدس تعیین شده و برخلاف جرایم مستوجب تعزیر مجازات ثابتی دارد. تنها مصداق توهین حدی در قانون مجازات اسلامی سب النبی یعنی دشنام دادن به پیامبر می‌باشد در واقع نوع خاصی از توهین است و همه اقسام توهین را شامل نمی‌شود. سب النبی نیز مانند توهین عادی در صورتی تحقق می‌یابد که از روی آگاهی و اراده بوده و چنانچه از روی اکراه، سهو یا در حالت مستی یا بدون توجه به معانی کلمات صورت گرفته باشد، سب النبی محسوب نمی‌شود. طبق ماده ۵۱۳ قانون تعزیرات، اگر شخصی به مقدسات اسلام یا یکی از پیامبران عظیم‌الشان توهین کند در صورتی که شامل حکم سب النبی شود اعدام و در غیر این صورت به یک تا پنج سال حبس محکوم می‌شود. علاوه بر این طبق ماده ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی هر کس در اماکن عمومی و یا معابر متعرض یا مزاحم اطفال یا زنان بشود یا با الفاظ و حرکات مخالف شأن و حیثیت به آنان توهین کند، به حبس از ۲ تا ۶ ماه و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد. توهین به صاحبان حرفه و مشاغل خاص نیز در این قانون احصا شده است. (سایت حقوق نیوز، تاریخ رویت ۲۹ تیر ۱۴۰۰)

طبق ماده ۷۰۰ قانون تعزیرات هر کس با شعر یا نظم به صورت کتبی و شفاهی کسی را هجو کند و یا هجویه صادر کند، به حبس از یک تا شش ماه محکوم می‌شود. در واقع شرط تحقق این جرم مرتب کردن کلمات و واژه‌ها به یکدیگر در قالب یک شعر است. صرف پی‌درپی گفتن کلمات توهین آمیز به دیگری موجب تحقق هجو نمی‌شود. زمان و مکان و طبقه اجتماعی و شخصیت مخاطب و موقعیت خاصی که رفتار مورد نظر در آن ارتکاب یافته است، مهم می‌باشد و صرف خشونت در کلام توهین محسوب نمی‌شود (ابراهیمیان و صدیقی، ۱۳۹۸، ۲۵۸). واژه افترا ۶ بار در آیات ۱۱۲ و ۱۵۶ سوره نسا، آیه ۱۶ سوره نور، آیه ۵۸ سوره احزاب و در آیه ۱۲ توره ممتحنه به کار رفته است. افترا در لغت به معنی دروغ بستن است که در فرهنگ قرآن کریم نیست و همین معناست. قانون دو نوع جرم توهین را تعریف نموده است. افترای قولی و افترای فعلی. جرم افترای قولی به کار بردن الفاظ مشمول شرایط جرم توهین و نسبت دادن آن به شخص دیگر به صورت زبانی یا نوشتاری و چاپی است. ولی افترای فعلی به صورتی است که فرد اتهام زننده برای عمل خود به نوعی هرگونه ابزار جرم به فرد دیگر نسبت دهد به صورتی که این وسایل را در محیط کار، منزل و کیف خود قرار داده تا استفاده فرد از آن وسیله تداعی شود. به صورت کلی وجود سه شرط برای تحقق جرم افترا ضروری است. نسبت دادن جرم به افراد دیگر، صراحت در انتساب جرائم و عدم توانایی فرد تهمت زننده در اثبات جرم طرف مقابل. (سایت وکیل، تاریخ رویت ۲۹ تیر ۱۴۰۰) اگر مفتری صحت امور منتسب را اثبات نماید، نه تنها به عنوان مفتری قابل تغییر نخواهد بود بلکه به عنوان هتک حرمت و توهین نیز قابل مجازات نیست (سایت ویکی فقه، تاریخ رویت ۲۹ تیر ۱۴۰۰).

۶- نقض حیثیت معنوی اشخاص در فرایند شهادت

ممکن است حیثیت معنوی اشخاص، در مقام تحمل شهادت یا ادای شهادت و جرح شهود یا شاهد یا مشهودله مربوط باشد، در معرض نقض قرار گیرد. از یک طرف، حیثیت معنوی اشخاص محترم بوده و چنین انتظار می‌رود که از تعرض مصون باشد و نقض آن ضمان‌آور باشد. چنین است که اجرای برخی احکام دست‌کم در بعضی اوقات، با نقض حیثیت معنوی اشخاص دیگر همراه است و عدم امکان ورود در قلمرو مجرمانه اشخاص، در عمل به تعطیلی یا نقصان کلی اجرای احکام مهم منجر می‌شود. در مسئله شهادت شهود به رغم احترام لازم الرعایه اشخاص، بر طبق مصالحی که مهمتر از احترام خلوت و حیثیت معنوی افراد است، نقض حریم خصوصی و حرمت حیثیت معنوی در فرآیند شهادت، جایز شمرده شده است اما همین شهودی که بر اساس مصلحت بالاتری که شهادت دارد می‌تواند به نقض حرمت اشخاص و حریم خصوصی اقدام کنند، خود در معرض خطر «جرح» قرار دارند. بنابراین، نقض حریم حیثیت معنوی اشخاص در فرآیند ادای شهادت در حقیقت از موارد اجرای حق و علل موجهه این اقدام می‌باشند. پس، نه تنها ممکن است بلکه امری گریزپذیر و در بعضی فرض‌ها احقاق حق یا ابطال باطل و دادخواهی بدون آن غیر ممکن و بدون آن برخی از حدود عملاً

^{۱۲} جرح گواه از اصطلاحات حقوق اسلام است و به معنای از اعتبار انداختن شهادت است به وسیله اثبات وضعیتی در شاهد که او را به گواهی خلاف واقع متهم کند.

به تعطیلی سبب می‌شود. به موازات جواز نقض حریم خصوصی مشهود علیه در مقام ادای شهادت، این امکان برای مشهود علیه وجود دارد که علیه شهود یا عندالاقضاء علیه مشهود علیه از امکانات دفاعی به کار بگیرد که حتی ممکن است در مقام ارائه و استناد به نقض حریم خصوصی منجر شود. در نتیجه، جواز یاد شده به مقام ادای شهادت برای اثبات ادعا یا جرح منحصر است و در موضع تحمل شهادت، ادله منع ترجیح دارد. به همین جهت، نبود ارزش اثباتی ادله‌ای که از مجرای نقض حریم خصوصی و از جمله در مقام تحمل به دست می‌آید اولویت دارد. به طور طبیعی و بر طبق جواز یاد شده و تقدم ملاک جواز یا وجوب شهادت بر ملاک حرمت نقض حریم خصوصی هر آنچه در مقام ادای شهادت یا جرح شهود و امثال آن معمول است، چون در مقام اعمال حق انجام می‌شود از علل موجهه مسئولیت مدنی است و جبرانی به دنبال ندارد (جاور و هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۹، ۸۷-۶۷).

۷- جبران خسارت ناشی از نقض و هتک حیثیت افراد

هتک حیثیت یکی از مهمترین انواع خسارت معنوی می‌باشد و در قوانین ایران تعریف نشده است ولی با توجه به منابع قانونی موجود مانند قانون اساسی، قانون مسئولیت مدنی و سایر قوانین عادی تردیدی در مطالبه آن به خصوص برای اشخاص حقیقی حقوق خصوصی وجود ندارد و برای جبران آن به روش‌های عینی و غیر مالی مانند عذرخواهی، انتشار حکم در جراید، حق پاسخگویی متقابل و همچنین جبران مالی تصریح شده است. در رویه قضایی جبران این خسارت به خصوص از طریق مالی کمتر پذیرفته شده ولی در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها از قبیل انگلیس روش قالب جبران خسارت هتک حرمت شامل رای کتبی و شفاهی به صورت دادن مبلغی پول است که به تناسب مورد در قالب جبران معادل، سمبلیک، خسارات تحقیر آمیزی و خسارت تنبیهی صورت می‌گیرد و تنها روش عینی، استفاده از قرار منع است.

به رسمیت شناختن آزادی‌های اساسی بشری همچون آزادی بیان اگر چه امری پسندیده و مطلوب به شمار می‌آید اما ممکن است تهدیدی برای حیثیت و آبروی افراد محسوب شود که هتک حیثیت یکی از ضررهای تهدید کننده می‌باشد و از آنجایی که جنبه‌های غیر مالی شخصی را تحت تاثیر قرار می‌دهد و خسارت معنوی به شمار می‌رود. منظور از هتک حرمت و حیثیت عبارت است از اعمال هرگونه خشونت و سلب آزادی از شخص به جز آنچه قانون معین کرده است مثل کتک زدن، شکنجه و آزار دادن، تحت فشار گذاشتن مانند محروم نمودن از حقوق بنیادین نظیر خوراک، آب، پوشاک، درمان و هرگونه بی حرمتی که مغایر با شان و منزلت انسانی باشد.

اصل دوم قانون اساسی به کرامت و ارزش والای انسان و آزادی او به عنوان یکی از مبانی نظام حقوقی ایران اشاره کرده است و خسارت در این قانون مغفول واقع نمی‌شود چرا که به موجب اصل ۲۲ قانون اساسی، حیثیت افراد مانند جان و مال اشخاص از تعرض مصون است و لازمه این مصونیت این است که تجاوز به آن مسئولیت عامل را در پی داشته باشد. قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ در ماده ۱ خود صریحاً خسارات وارد بر حیثیت

را به عنوان یک خسارت معنوی قابل جبران دانسته است. ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در تبصره یک خود مقرر می‌دارد که: «زبان معنوی عبارت از خدمات روحی یا هتک حیثیت ای و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند صدور حکم به جبران خسارت مالی به رفع زبان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید». به نوعی این ماده یک قاعده کلی در مورد جبران خسارت معنوی می‌باشد حال آنکه قانون مجازات اسلامی در این باره سکوت کرده است. رویه قضایی ایران در پذیرش دعاوی مطالبه خسارات وارده بر حیثیت و روش‌های جبران آن به ویژه به صورت معادل پولی رویکرد سخت‌گیرانه ای دارد زیرا از یک سو محاکم به دلیل دشوار بودن تقدیم خسارات معنوی و نبود ضابطه و معیار مشخص این نوع جبران را سخت و دشوار می‌دانند و از سوی دیگر شورای نگهبان جبران خسارات معنوی را از طریق مالی مغایر با موازین شرعی اعلام نموده است و همین امر سبب بروز اختلاف نظرهایی شده است. حال آنکه این اشکالات وارد نیست و هتک حیثیت نوعی خسارت است و باید به هر طریق جبران گردد و عمومی‌ترین راه جبران آن پرداخت مبلغی پول می‌باشد.

فقدان یا نقصان دلایل اثباتی جرایم علیه حیثیت معنوی می‌تواند در علل عدم اعلام شکایت توسط بزه دیده نقش بسزایی داشته باشد و بین خفیف بودن مجازات‌ها با عدم طرح شکایت از سوی بزه دیدگان در جرایم علیه حیثیت معنوی رابطه معناداری وجود دارد (آقای و صالحی، ۱۳۹۵، ۱۰۴).

قضات با توجه به ملاک اصل ۱۷۱ قانون اساسی، مواد ۱، ۳، ۸ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و تبصره ۲ قانون آیین دادرسی کیفری که مورد ایراد شورای نگهبان نیز واقع نشده است تردیدی در پذیرش جبران این خسارت به صورت مالی نیست و در آراء خود به روش‌های عینی اکتفا نکرده‌اند. جرم انگاری هتک حرمت و مجازات عامل زبان اگر چه مطلوب می‌باشد اما به تنهایی نمی‌تواند تسلی خاطر زیان‌دیده را فراهم کند و برخلاف گفته برخی نیز مجازات کردن خاطی، جبران خسارت معنوی محسوب نمی‌شود. بنابراین استفاده از نظام مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبرانی مناسب بهتر از سیستم کیفری جوابگوی نیازهای زبان دیده خواهد بود. علاوه بر این توجه به مقررات قانونی، قواعد ناظر بر مطالبه اشخاص حقیقی و حقوقی تدوین و دقت نظر در خصوص اشخاص فوت شده و تفکیک اشخاص حقوقی ضروری به نظر می‌رسد (کوشش کار و قاسمی‌عهد، ۱۳۹۵، ۵۷-۴۲).

۸- نتیجه‌گیری

جرم انگاری و تعیین ضمانت اجرای کیفری برای نقض ارزش‌های اساسی از قبیل نقض کرامت انسانی و عدم احترام به او ابزاری در دسترس نظام حقوقی برای حمایت از ارزش‌ها می‌باشد. برخی اعمال از قبیل توهین، افتراء، نشر اکاذیب، آدم ربایی، حبس و بازداشت غیر قانونی، مزاحمت و... جرم انگاری شده‌اند چراکه باعث هتک حرمت و حیثیت انسان می‌شوند و به نوعی نقض حقوق بشر تلقی می‌گردد. اصول جرم انگاری که در بسیاری از جرایمی که صدمات فردی و قابل جبرانی را ایجاد می‌کنند مورد استفاده قرار می‌گیرند، ابزاری در دسترس سیاست جنایی است که بتوانند با تعیین ضمانت اجرای کیفری، نقض این ارزش مهم و اساسی و

ضرر غیر قابل جبران آن و خطر آفرین جلوگیری کند. توهین به مقدسات از جمله جرایم علیه حیثیت است که نظم عمومی جامعه را به خطر می‌اندازد. ضروری است برای حفظ حیثیت و شرافت ملت و جلوگیری از شیوع چنین جرایمی در جامعه و حفظ نظم عمومی مقتن با اصلاح قوانین مربوط نسبت به جنبه عمومی جرم اهمیت بیشتری بدهد. هتک حیثیت نوعی خسارت است و باید به هر طریق و تا هر اندازه که ممکن است جبران گردد و عمومی‌ترین راه جبران آن پرداخت مقداری پول می‌باشد. علاوه بر این شناسایی ضررهای معنوی، آسیب‌های حیثیتی، عاطفی و روانی جهت جبران خسارت وارده بر بزه دیده بسیار مهم می‌باشد و تدوین قوانین کارآمد که بتواند تسکین درد بزه دیده باشد ضروری به نظر می‌رسد. همچنین ایجاد مراکزی جهت ارائه مشاوره جهت رفع و آسیب‌های عاطفی و روانی ناشی از وقوع جرم پیشنهاد می‌شود.

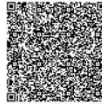
منابع و مآخذ

الف- کتب

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش
- شاملو احمدی، محمدحسین (۱۳۸۰)، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، تهران: نشر دادیار
- معین، محمد (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر

ب- مقالات

- آقایی، بهادر؛ صالحی، کریم، بررسی علل عدم اعلام جرم از سوی بزه دیدگان در جرایم علیه حیثیت معنوی (مطالعه موردی شهرکرد)، فصلنامه دانش انتظامی چهار محال و بختیاری، شماره سیزدهم، بهار ۱۳۹۵، صص ۹۵-۱۰۸
- ابراهیمیان، حجت الله؛ صدیقی، عبدالباقی، کیفر توهین و دشنام اشخاص از دیدگاه فقه‌های مذاهب اسلامی در حقوق ایران و افغانستان، دو فصلنامه علمی فقه مقارن، سال هفتم، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، صص ۲۴۵-۲۴۸
- باقری، صالح؛ وفا درویش پور، محمد، بررسی جایگاه حقوقی توهین در قانون ایران، فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، سال سوم، شماره بیستم، بهار ۱۳۹۶، صص ۹۱-۱۰۷
- جاور، حسین؛ هوشمند فیروزآبادی، حسین، نقض حیثیت معنوی در قلمرو شهادت شهود و جرح شاهد، مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره سوم، پاییز ۱۳۹۹، صص ۶۷-۹۱
- رهامی، محسن؛ محمد، آیانگاه، بررسی و مقایسه «بازداشت غیر قانونی» و «آدم ربایی» در حقوق جزای ایران، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره یازدهم، بهار ۱۳۹۰، صص ۷۹-۱۲۰
- غلامی، علی؛ پیرهادی، مسعود، چالش‌های اعاده حیثیت در فضای مجازی، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دین و ارتباطات، سال بیست و چهارم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۹۹-۱۲۸
- کوشش کار، ریحانه؛ قاسمی عهد، وحید، بررسی تطبیقی جبران خسارت معنوی هتک حیثیت اشخاص در نظام حقوقی ایران و انگلستان، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال هشتم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۸، صص ۴۲-۵۷



بررسی مقایسه‌ای نظریه هاردشیپ، فورس ماژور و عقیم شدن قرارداد

الهام روحی

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد تهران جنوب و وکیل پایه یک دادگستری
elhamrouhilawyer.e.r@gmail.com

میشم مرادی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی و وکیل پایه یک دادگستری
meysammoradilawyer@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۳۹۹،۰۹،۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰،۰۴،۲۶

چکیده

زمانی هاردشیپ ایجاد می‌شود که وقوع حوادثی تعادل قرارداد را خواه به علت افزایش هزینه اجرا و خواه به علت کاهش ارزش عوضی که طرف دریافت می‌کند به طور اساسی تغییر دهد. در چنین مواردی یکی از سه اثر هاردشیپ یعنی انفساخ، فسخ و تعدیل به عنوان راه حل مطرح است. دکترین عقیم شدن قرارداد به این مفهوم می‌باشد که حادثه‌ای بدون دخالت طرفین، به صورت ناگهانی، پس از انعقاد قرارداد رخ می‌دهد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را نسبت به زمان انعقاد آن به طور قابل ملاحظه‌ای دگرگون می‌کند که در نتیجه این دگرگونی، اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد و در مواردی نیز هدف از اجرای قرارداد از بین می‌رود. نظریه فورس ماژور، به این مفهوم است که پس از انعقاد قرارداد اجرای آن به دلیل حادثه‌ای خارجی، غیرقابل کنترل و غیرقابل پیش‌بینی غیرممکن می‌گردد. اما نظریه هاردشیپ، به این مفهوم است که در اثر حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و خارج از کنترل اجرای تعهدات قراردادی به طور فوق‌العاده دشوار می‌گردد.

واژگان کلیدی: هاردشیپ، فورس ماژور، دشواری اجرای قرارداد، عقیم شدن قرارداد.

۱- مقدمه

روابط قراردادی لازمه زندگی اجتماعی است. حتی در گذشته‌های خیلی دور نیز که زندگی انسان‌ها بسیار ساده و ابتدایی بود، بازهم بشر به انعقاد قرارداد احتیاج می‌داشت. در ابتدا قراردادها بسیار ساده و معمولاً به صورت شفاهی بود، ولی رشد جوامع و پیچیده‌تر شدن روابط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی باعث شد که اصول و قواعد تنظیم و انعقاد قراردادها نیز پیچیده‌تر شوند و تکامل پیدا کنند. با شروع قرن بیستم، از یک طرف ارتباط و تجارت بین مردمان کشورهای جهان بیشتر گردید، و از طرف دیگر وقوع دو جنگ جهانی باعث بی‌ثباتی سیاسی و اقتصادی زیادی شد و تعادل و توازن اقتصادی قراردادها را به شدت بر هم زد. علاوه بر این از زمان شروع دهه ۱۹۷۰، شرایط اقتصادی کاملاً بی‌ثبات شده بود، و این نکته به عنوان یک مرحله مدیریت ریسک در قرارداد باید مورد توجه قرار می‌گرفت.

عوامل گوناگون از جمله نوسانات پولی و بحران‌های اقتصادی که معمولاً بر اثر حوادث غیرقابل پیش‌بینی مانند جنگ، انقلاب و امثال آن رخ می‌دهد، تعادل اقتصادی قرارداد را به طور کلی دگرگون می‌کند. این مشکل بخصوص در قراردادهای مستمر که اجرای آن‌ها مدت‌زمان زیادی به طول می‌انجامد، بیشتر مشاهده می‌شود. نظام‌های حقوقی مختلف جهان سعی کرده‌اند برای حل این مشکل راه‌حلی پیدا نموده و راهکارهایی نیز ارائه بدهند. «در کشورهای اروپایی به این موضوع توجه زیادی شده و در سندهای ارائه شده (حقوق خصوصی اروپا، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و یونیدرو) موضوع «هاردشیپ» و حوادث پیش‌بینی نشده مورد توجه قرار گرفته است. البته کشورهای مهم اروپایی از جمله آلمان، انگلیس و فرانسه راهکارهایی پیشنهاد داده‌اند، ولی هنوز هم در این خصوص اختلاف نظر دارند. برای جلوگیری از بروز این مشکل خصوصاً در قراردادهای مستمر و طولانی مدت، طرفین مبادرت به درج شروطی در قرارداد می‌نمایند. تا احتمالات و حوادث آتی را مدنظر قرار داده و نحوه مقابله و برخورد با آن‌ها را پیش‌بینی کنند. (شیروی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۲) با این وجود، در قوانین کشورها قوانین و مقرراتی پیش‌بینی شده است که در صورت بروز برخی حوادث، متعهد در صورت عدم اجرای تعهد از مسئولیت معاف باشد و از آن تحت عنوان معاذیر قراردادی نام می‌برند.

یکی از معاذیر قراردادی که باعث می‌شود متعهد از اجرای قرارداد و تعهد خویش معاف گردد، عقیم شدن قرارداد است که به موجب آن هرگاه اجرای قراردادی به واسطه بروز حادثه یا مانعی خارجی، غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل دفع ناممکن گردد، قرارداد مذکور ساقط شده و خاتمه یافته تلقی می‌گردد. علاوه بر نظریه عقیم شدن قرارداد که زادگاه آن نظام حقوقی کامن لا و مشخصاً حقوق انگلیس می‌باشد، در رابطه با عدم اجرای قرارداد یا تعهد، نظریات دیگری نیز در کشورها و نظام‌های حقوقی دیگر وجود دارد که تحت عناوین مختلف مطرح و مورد بررسی قرار گرفته‌اند. از جمله این نظریات می‌توان از فورس مازور در حقوق فرانسه و ایران و همچنین نظریه هاردشیپ یا دشواری اجرای قرارداد نام برد.

حال این سؤال پیش می‌آید که آیا نظریات نام برده شده، نظریاتی واحد و دارای آثار یکسانی بر قرارداد و تعهد می‌باشند و یا این که نظریات مذکور، نظریاتی مستقل و دارای آثار متفاوتی بر قرارداد و تعهد می‌باشند؟ در این تحقیق سعی می‌گردد که با توجه به اهمیت این نظریات و آثار آنها بر روابط بین اشخاص این نظریات مورد تجزیه و بررسی قرار گیرند تا با شناخت بیشتر به جواب سؤال فوق دست یابیم. همچنین با توجه به عدم پذیرش نظریات مستقلی تحت عنوان هاردشیپ و عقیم شدن قرارداد در حقوق ایران، بررسی اثر این نظریات در حقوق ایران با توسل به مقرره‌ی خاص امکان پذیر نخواهد بود. موضع حقوق ایران را باید از طریق بررسی برخی مصادیق مشابه نظریه هاردشیپ و عقیم شدن قرارداد که در قوانین مختلف مطرح شده است، به ویژه فورس ماژور، بررسی نمود.

۱. مفهوم نظریه هاردشیپ

برابر واژه فارسی هاردشیپ، «دشواری» است. اصطلاح دشواری در رهنمود آنسیترال این گونه تعریف شده است: اصطلاح دشواری عبارت است از تغییر در عوامل اقتصادی، پولی، حقوقی یا تکنولوژیک که موجب ورود زیان های اقتصادی شدید، به یکی از طرفین قرارداد گردد به نحوی که وی را در ایفای تعهدات قراردادی اش با مشقت زیادی مواجه سازد. (صادقی مقدم، ۱۳۸۶، ص ۱۹۲) «اصول یونیدروا (اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی) در ماده‌ی ۱-۲-۶ پس از تأکید بر اصل لزوم قراردادهای به تعریف هاردشیپ پرداخته است. این ماده مقرر می‌دارد: «زمانی هاردشیپ ایجاد می‌شود که وقوع حوادثی، تعادل قرارداد را خواه به علت افزایش هزینه‌ی اجرا و خواه به علت کاهش ارزش عوضی که طرف دریافت می‌کند، به‌طور اساسی تغییر دهد و ۱- حادثه پس از انعقاد قرارداد رخ دهد یا آشکار شود. ۲- حادثه به‌طور معقول نمی‌توانسته از طرف فرد متضرر در نظر گرفته شود. ۳- حادثه خارج از کنترل باشد. ۴- ریسک حادثه توسط شخص زیان دیده پذیرفته نشود.» (شریفی و صفری، ۱۳۹۲، ص ۷) گفته‌اند: «... عناصر هاردشیپ شامل شش عنصر کلی است. این عناصر عبارت‌اند از:

الف - هاردشیپ در نتیجه‌ی دگرگونی اوضاع و احوال ایجاد می‌شود.

ب - حادثه‌ی مذکور اجرای قرارداد را به نحو فوق‌العاده‌ای دشوار سازد.

ج - وقوع حادثه‌ی مذکور غیرقابل پیش‌بینی باشد.

د - وقوع حادثه‌ی مذکور خارج از کنترل طرفین باشد و طرفین قادر به غلبه بر آثار و نتایج آن نباشند.

ه - طرفین خطر (ریسک) حادثه‌ی مذکور را بر عهده نگرفته باشند.

و - متعهد موضوع قرارداد را اجرا نکرده باشد. ... « (شریفی و صفری، ۱۳۹۲، ص ۸)

هاردشیپ وصف شروط تعدیل کننده در قراردادهای بازرگانی بین المللی واقع شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۷۴) که ماهیتاً اشتراط تعدیل تعهدات قراردادی ضمن عقد، در فرض تغییر شرایط اجرایی است.

بر طبق نظریه هاردشیپ: اجرای تعهد قراردادی ناممکن نمی شود؛ که تنها دشوار و موجب ایراد زیان فراوان به متعهد می گردد. «... چنانچه تغییر بنیادین اوضاع و احوال، تعادل قراردادی و موازنه مالی تعهدات دو طرف را به شدت بر هم زند و انجام تعهد را برای یک طرف به غایت سخت و دشوار و برای طرف دیگر، بسیار سهل و آسان سازد؛ در این صورت، تعدیل یا فسخ عقد که حکم استثنایی و ثانوی قرارداد است، جایگزین حکم طبیعی و اولی آن (لزوم وفای به عهد) می شود.» (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۱۵ و ۱۶) تعریف فوق را می توان تعریف مستقلی در نظر گرفت. «نظریه تغییر شرایط و اوضاع و احوال به عنوان یک استثنا بر اصل لزوم قراردادها یا «أصله اللزوم» به طرف آسیب دیده از حادثه ای نامنتظره حق می دهد که از حصار اصل لزوم وفا به عهد، یا اصل پای بندی به قرارداد خارج شود و با اعمال تعدیل عادلانه و متعارف و یا انحلال قرارداد، ضرر ناخواسته و دور از انتظار وارد بر خود را زایل سازد یا آن را کاهش دهد.» (محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۰۸)

در مقام نتیجه گیری مطالب فوق الذکر، به چند نکته ای اشاره می شود:

۱. عناصر مشترک در میان تعاریف یاد شده از این قرارند:

۱-۱. وجود یک عقد که تعهدات ناشی از آن باید اجرا شوند.

۲-۱. عقد، صحیحاً منعقد شده است.

۳-۱. حدوث حوادثی پس از انعقاد قرارداد و در مرحله ای اجرای تعهدات

۴-۱. حوادث طاری، موجب پدیداری تغییراتی در شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد قرارداد شده اند.

۵-۱. متعاقبین در پدیداری حوادث و تغییرات نقشی ندارند.

۶-۱. حوادث مزبور و یا دشواری یا زیان برخاسته از آن ها، در زمان تشکیل تعهد قابل پیش بینی نیستند.

۷-۱. نتیجه ی بروز تغییرات یاد شده، دشواری شدید اجرای تعهدات (با امکان عقلی - عادی اجرا) و یا ایراد ضرر سنگین و نامتعارف بر متعهد است.

۸-۱. این شرط نیز در همه ی تعاریف به نحو ضمنی و به دلالت عقل قطعی، مفروض است که در هنگام پدیداری تغییرات، تعهدات قراردادی به صورت کامل اجرا نشده اند. (ر.ک: شفائی، ۱۳۷۶، ص ۱۳۴؛ شریفی و صفری،

۱۳۹۲، ص ۸)

۹-۱. نظریه هاردشیپ، عموماً اثرگذاری تغییرات حادث را بر میزان تعهدات دو طرف و یا بر حیات قرارداد اثبات خواهد کرد.

۲. فورس ماژور^{۱۳}

فورس ماژور که در فارسی به قوه قاهره یا قهریه ترجمه شده است، اصطلاحی در حقوق فرانسه است که ظاهراً نخست در قانون مدنی فرانسه به کار رفته و سپس در کشورهای دیگر، همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده و در حقوق بین الملل نیز همین اصطلاح حتی در حقوق و کتاب های انگلیسی مورد استفاده قرار گرفته و رایج است (صفایی، قوه قاهره یا فورس ماژور، ص ۱۱۲).

در حقوق فرانسه، فورس ماژور دارای معنی عام و معنی خاص است. فورس ماژور به معنی عام عبارت است از هر حادثه خارجی (خارج از حیطه قدرت متعهد)، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب، که مانع اجرای تعهد باشد. فورس ماژور بدین معنا شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله که واجد صفات مذکور باشند نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنی خاص، حادثه ای است بی نام (یعنی غیر منتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی)، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب. (شریفی و صفری، ۱۳۹۲، ص ۸)

فورس ماژور در معنی خاص، گاهی برای حادثه غیر منتسب به شخص معین، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب به کار می‌رود و گاهی در مقابل غیر مترقبه برای حادثه برونی و بیگانه با شخص متعهد. به هر حال، فورس ماژور به معنی عام، حادثه ای است که نمی‌توان آن را به متعهد مربوط نمود (ماده ۲۲۷ ق.م). اعم از این که ارتباطی با قلمرو فعالیت متعهد داشته و حادثه غیر مترقبه تلقی شود و یا صرفاً ناشی از عوامل برونی و جدا از متعهد باشد (همان، ص ۳۹۷) در فرهنگ فارسی، قوه به معنای قوت، زور، قدرت، نیرو و قاهره به معنای غالب، مقهور کننده و چیره می‌باشد. در قانون مدنی ایران، نه تنها تعریف جامعی از عبارت قوه قاهره وجود ندارد، بلکه این عبارت نیز در قانون به کار نرفته است. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. به عنوان قواعد مربوط به قوه قاهره محسوب می‌شوند (همین مواد نیز در رابطه با عقیم شدن قرارداد می‌تواند قابل استناد قرار بگیرند). با وجود این که مواد مذکور از ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است، فاقد تعریف و تصریح قوه قاهره می‌باشد اما در قانون آئین دادرسی مدنی و همچنین قانون دریایی مواد ۱۳۱ و ۱۵۰ از قوه قاهره یا قهریه نام برده شده است (نیکبخت، ۱۳۹۱، ص ۱۰۱)

تعاریف ارائه شده حقوقدانان ایرانی بر مفهوم اصطلاحی قوه قاهره عبارتند از:

۱. «آنچه قابل پیش‌بینی نبوده و متعهد را در حالت عدم قدرت بر اجرا تعهد خویش قرار دهد و یا موجب معافیت کسی که به علت عدم توانایی خسارتی به متعهد له خود یا متضرر دیگری وارد کرده است، گردد؛ مانند

حریقی که بدون عمد و تخطی صاحب کارخانه اتفاق افتد و در نتیجه او نتواند سفارش‌هایی را که قبول کرده به انجام رساند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۵۳، شماره‌ی ۴۳۸۴)

۲. «حادثه‌ی غیرمترقبه که نتوان از آن اجتناب کرد و در نتیجه انجام تعهدی مقدور نشود یا شخص نتواند خود را با یک قاعده‌ی حقوقی تطبیق کند. در نتیجه‌ی فورس ماژور متعهد (که نتوانسته به تعهد خود عمل کند) برای همیشه در مقابل متعهد له بری الذمه خواهد شد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۹۸، شماره‌ی ۳۹۷۷)

۳. «فورس ماژور به وقایعی خارج از کنترل طرفین؛ مانند اغتشاش، اعتصاب، جنگ، سیل و طوفان که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد، اطلاق می‌شود.» (صادقی مقدم، ۱۳۸۹، ص ۱۷۳)

۴. «به معنای عام، هر حادثه‌ی غیرقابل‌پیش‌بینی و غیرقابل‌اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد بازدارد. فورس ماژور موجب براءة است. فورس ماژور به معنای خاص در مقابل حادثه‌ی غیرمترقبه قرار می‌گیرد و عبارت از حادثه‌ای بیرونی است؛ بدین معنا که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد (نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث).» (فخّار طوسی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۷)

برای جمع‌بندی از تعاریف بالا باید گفت:

۱. واژه‌ی فورس ماژور یا قوه‌ی قاهره، برای نفس روی دادی وضع شده است که قهری بودن (ماژور) مهم‌ترین ویژگی آن بوده، در این وصف، اجتناب‌ناپذیری و غیرارادی بودن مأخوذ است؛ (معدّل، ۱۳۵۱، ص ۲۵) پس موضوع له مستقیم لفظ، حادثه‌ای است به قید ذاتی اجتناب‌ناپذیری و غیرارادی بودن؛ سپس این واژه در ادبیات حقوقی و قانونی، به یک قاعده اطلاق شده که وجه این نام‌گذاری نیز برجستگی آن نیروی فائق (صادقی مقدم، ۱۳۸۹، ص ۱۷۲) است.

۲. قاعده‌ی حقوقی فورس ماژور، دربردارنده‌ی این حکم است که اگر اجرای تعهد - چه منشأش قرارداد باشد، چه شبه قرارداد (مانند اتلاف) (صادقی مقدم، ۱۳۸۹، ص ۱۷۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۵۳) - به علت وقوع روی دادی قهری و اجتناب‌ناپذیر، ناممکن شد، متعهد به‌صورت موقت^{۱۴} اگر اثر روی داد موقت باشد) یا برای همیشه (چنانچه اثر حادثه همیشگی باشد)، از انجام تعهد معاف بوده، به پرداخت خسارت‌های برخاسته از انجام نشدن تعهد ملزم نخواهد بود.

۱۴ برخی به برائت همیشگی متعهد در شرایط فورس ماژور به صورت مطلق نظر داده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۹۸، شماره ۳۹۷۷) که درست نیست؛ زیرا در جایی که ناممکن شدن ایفای تعهد موقتی باشد، «إذا زال العاقل، عاد الممنوع» (جعفری لنگرودی، همان، ص ۷۷۴ و محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۴ (بخش قضایی)، ص ۱۴۵) مگر این که ادّعا شود قاعده ی فورس ماژور منصرف به موارد تعدّر دائمی ایفای تعهد است که با عنایت به پیش بینی نهاد تعلیق اجرای تعهد قراردادی در حقوق موضوعه (فخّار طوسی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۷)، به این ادّعا ملتزم نمی‌شویم.

۳. عقیم شدن قرارداد

در دکترین حقوقی، رویه‌ی قضایی و برخی مقررات کشورهای عضو خانواده‌ی کامن‌لا^{۱۵} و به‌ویژه دو عضو برجسته‌ی آن، یعنی انگلیس و آمریکا (کاتوزیان، ۱۳۸۴ ص ۱۱۰ و ۱۱۱) - اصطلاح‌های متعددی در پیوند با معاذیر اجرای تعهدات قراردادی، طرح و مورد بحث قرار گرفته است که در شناسایی، تبیین ماهیت حقوقی، بازشناسی ماهوی آن‌ها از یکدیگر و سرانجام معیار آن‌ها (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۹۳) اختلاف برداشت‌های زیادی دیده می‌شود؛ از این رو لازم است این عناوین، شناسایی و از هم دیگر بازشناخته شوند. حتی در عبارت‌هایی که برای دلالت بر طبیعت این اصطلاح‌ها گزینش می‌شوند نیز اختلاف است. این عبارت‌ها، در یک استقرای ناقص از این قرارند: فراستریشن^{۱۶} (انتقاد، عقیم شدن، بی‌ثمر شدن)، فراستریشن آو کانترکت^{۱۷} (انتفای قرارداد، عقیم شدن قرارداد، بی‌ثمر شدن قرارداد)، فراستریشن آو پریس^{۱۸} (انتفای هدف قرارداد، عقیم شدن هدف قرارداد)، اکونومیک فراستریشن^{۱۹} (عقیم شدن اقتصادی قرارداد، بی‌ثمر شدن اقتصادی قرارداد)، فراستریشن آو کامرشال پریس^{۲۰} (انتفای هدف تجاری قرارداد، عقیم شدن هدف تجاری قرارداد)، چینج آو سرکستنسز^{۲۱} (تغییر شرایط، تغییر اوضاع و احوال)، ایمپاسیبلیتی^{۲۲} (ناممکن شدن)، کامرشال ایمپاسیبلیتی^{۲۳} (ناممکن شدن تجاری)، پرفورمنس ایمپاسیبلیتی^{۲۴} (ناممکن شدن اجرای قرارداد)، ایمپرکتیکبیلیتی^{۲۵} (غیرعملی شدن قرارداد)، اکونومیک ایمپرکتیکبیلیتی^{۲۶} (غیرعملی شدن اقتصادی قرارداد)، کامرشال ایمپرکتیکبیلیتی^{۲۷} (غیرعملی شدن تجاری قرارداد)، ایلیگالیتی^{۲۸} (غیرقانونی شدن قرارداد) و مانند آن‌ها. به نظر می‌رسد در بحث اجرای تعهدات قراردادی و معاذیر آن و با توجه به توضیح‌های آینده، مناسب‌ترین و رساترین برگردان فارسی برای واژه‌ی انگلیسی فراستریشن، عقیم شدن و در رتبه‌ی دوم، بی‌ثمر شدن باشد. این دو و به‌ویژه نخستین، بار معنایی نظریه‌ی فراستریشن را بهتر می‌رسانند تا واژه‌ی انتفا؛ ولی به‌هرروی، در نوشته‌های حقوقی فارسی

Common Law ۱۵

Frustration ۱۶

Frustration of Contract ۱۷

Frustration of Purpose (of Contract) ۱۸

Economic Frustration ۱۹

Frustration of Commercial Purpose ۲۰

Change of Circumstances ۲۱

impossibility ۲۲

Commercial Impossibility ۲۳

Performance Impossibility ۲۴

Impracticability ۲۵

Economic Impracticability ۲۶

Commercial Impracticability ۲۷

Illegality ۲۸

سه معادل یادشده برای فراستریشن ارائه شده است که البته در این میان، انتفای قرارداد یا انتفای هدف قرارداد می‌تواند افزون بر برگردان آن واژه، به عنوان یکی از اسباب عقیم شدن قرارداد نیز دانسته شود. (فورت، میرمحمد صادقی، ۱۳۷۱، ص ۸۹) در تعریف حقوقی فراستریشن گفته‌اند: «بر مبنای دکترین «عقیم شدن قرارداد» اگر بعد از تشکیل و انعقاد قرارداد حوادثی رخ دهد که اجرای آن را غیرقانونی، یا از نظر تجاری بی‌حاصل و بی‌ثمر سازد، قرارداد یا ساقط شده تلقی می‌شود یا برای مدتی معلق محسوب می‌گردد؛ لذا می‌توان گفت در سیستم حقوقی کامن لا، عقیم شدن یکی از اسباب سقوط تعهدات است.» (مؤمنی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۳)

«تعریف حقوقی ذیل از فرهنگ حقوقی "Oxford Companion to Law" اخذ شده است و به نظر می‌رسد تعریف کاملی باشد: «عقیم شدن عبارت است از پایان و خاتمه‌ی پیش هنگام قرارداد به لحاظ اوضاع و احوالی که اجرای قرارداد و تعهدات را غیرممکن کرده است، یا حداقل قرارداد را نسبت به آنچه قبلاً پیش‌بینی می‌نموده‌اند، آن چنان متفاوت نموده است که منطقی نخواهد بود طرفین را مأخوذ و مقید به قرارداد بدانیم. این قاعده از این اصل ناشی می‌شود که عدم امکان اجرای قراردادها و تعهدات که به‌طور غیرمترقبه رخ دهد خواه به‌صورت طبیعی باشد و خواه به‌صورت قانونی و نتوان آن را منتسب به هیچ یک از طرفین نمود، عقد را ساقط و منحل می‌نماید.» (مؤمنی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۳)

«از نظر حقوقی، اصطلاح "Frustration" به معنای انتفا و بی‌ثمر شدن قرارداد یا عدم امکان اجرای تعهدات ناشی از آن است که در نتیجه‌ی بروز حوادث پیش‌بینی نشده مانند جنگ، اعتصاب، بیماری و... حاصل می‌گردد.» (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۸)

«در فرهنگ حقوقی فاروقی نیز در تعریف "Frustration" چنین آمده است: «هرگاه طبیعت قرارداد و اوضاع و احوال مربوط به آن حاکی از این باشد که طرفین در زمان انعقاد قرارداد می‌دانستند که اجرای قرارداد تنها در صورت تحقق یا استمرار یک وضعیت معین امکان‌پذیر است، اصل «فراستریشن» در صورت عدم تحقق یا تغییر آن وضعیت مطلوب، اقتضا می‌کند که قرارداد دارای یک شرط ضمنی به این مضمون باشد که اگر اجرای قرارداد، بدون تقصیر هیچ یک از طرفین در اثر عدم تحقق وضعیت مذکور یا منتفی شدن آن، غیرممکن شود، متعاقدين از مسئولیت اجرای قرارداد معاف می‌شوند.» (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۸) «هم‌چنین در فرهنگ حقوقی جویت (Jowitt)، «فراستریشن» به معنای انحلال یا خاتمه‌ی غیرمترقبه قرارداد آمده است که این انحلال به واسطه‌ی تلف موضوع معامله یا انتفای هدف مشترکی که مبنای تراضی طرفین است، رخ می‌دهد.» (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۹)

«عقیم شدن قرارداد به معنای انحلال پیش‌بینی نشده و ناگهانی قرارداد در اثر وقوع حادثه‌ای است که انجام آن را غیرممکن یا غیرقانونی می‌سازد یا مانع دست‌یابی به هدف اصلی قرارداد می‌شود. به تعبیر دیگر، منظور از فراستریشن این است که قرارداد به دلیل عدم امکان اجرای آن که به‌طور ناگهان حادث شده، منحل و کان لم یکن می‌گردد.» (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۶؛ مؤمنی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۱ و ۲۷۳) برای روشن‌تر شدن چیرستی دو

نهاد عقیم شدن قرارداد (فراستریشن) و غیرعملی شدن تجاری قرارداد – که در باور ما نسبت به دیگر اصطلاح‌ها از استقلال و اهمیت بیشتری برخوردارند – و پیوند آن‌ها با نظریه، به بیان چند نکته‌ی توضیحی پرداخته می‌شود:

۱. عموماً عقیم شدن قرارداد در نظام ارائه‌دهنده، جزو اسباب سقوط تعهدات شناخته می‌شود و در همین راستا، اثر اصلی آن را انحلال عقد برشمرده‌اند.^{۲۹} کنار انحلال، به اثر تعلیق موقت اجرای تعهدات نیز اشاره شده است (مؤمنی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۳)

۲. به نظر می‌رسد قلمروی شمول نظریه‌ی فراستریشن، اعم از ناممکن شدن واقعی اجرای تعهدات (یعنی قوه‌ی قاهره یا تعذر اجرا) و دشواری یا ضرری شدن همراه با امکان عادی اجرا باشد. اصولاً نگاه بنیان‌گذاران این نهاد در حقوق انگلستان، به مطلق وضعیت تازه‌ای بوده است که در پی تأثیر امر حادث بر عقد پدید می‌آید؛ از همین رو، «در بعضی از کتب نیز نویسندگان آمریکایی و انگلیسی از فراستریشن تحت عنوان impossibility (عدم امکان اجرای تعهد) و یا تحت عنوان subsequent impossibility discharge by (سقوط تعهدات به لحاظ عدم امکان بعدی اجرای تعهد) نام برده‌اند.» (مؤمنی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۴)

۳. تفسیری که در حقوق تعهدات انگلستان – و شاید نیز در آمریکا – از عدم امکان اجرا به دست داده و پذیرفته می‌شود، از جنبه‌های تجاری و اقتصادی قراردادها و اهداف تجاری و اقتصادی متأثر است؛ (ر.ک. به: اسماعیلی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۵) به گونه‌ای که حتی می‌توان گفت پیدایش این نظریه‌ها در آن نظام‌های حقوقی، برای تأمین اهداف یادشده بوده است. در واقع این گزاره را باید پذیرفت که «رفته رفته، وضعیت غیرعملی شدن اجرای قرارداد از منظر اهداف تجاری، به وضعیت عدم امکان واقعی اجرا ملحق شده است.»^{۳۰} این گزاره‌ی تحلیلی که محصول کنکاش در برداشت‌های گوناگون از ابعاد و جنبه‌های متنوع امور دگرگون‌کننده‌ی وضعیت انتقادی قرارداد در زمان اجراست.

۴. میان نظریه‌ی تغییر اوضاع و احوال و خصوص نظریه‌ی عقیم شدن قرارداد با مفهومی که به گونه‌ی غالب در حقوق انگلستان از آن اراده می‌شود؛ یعنی: عدم امکان اجرا یا عدم امکان دستیابی به هدف اصلی تجاری از قرارداد (شفائی، ۱۳۸۶، ص ۴۹)، نسبت عموم و خصوص مطلق برقرار بوده، عقیم شدن، اعم از نظریه‌ی تغییر اوضاع و احوال است. به سخنی دقیق‌تر، در نظام‌های حقوقی ارائه‌دهنده‌ی عقیم بی‌ثمر شدن قرارداد، یکی از علل عقیم شدن قرارداد از نظر تجاری، تغییر بنیادین اوضاع و احوال زمان تشکیل است (مؤمنی، ۱۳۸۷، ص

۲۹ (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۹ و ص ۶۳): «... اثر حقوقی عقیم شدن از همان ابتدا انحلال قرارداد است.»

۳۰ (ر.ک: شفائی، ۱۳۷۶، ص ۶۳ و ۶۴): «در حقوق کنونی آمریکا پذیرفته شده است امری غیر ممکن است که قابل اجرا نباشد. از سوی دیگر، امری غیرقابل اجرا است که جز با هزینه ای گزاف و نامعقول نتوان آن را انجام داد.» و اسماعیلی، ۱۳۸۹. در فقه امامیه، موردهایی می‌توان یافت که وضعیت تعسر به وضعیت تعذر ملحق شده، در حکم همان دانسته شده است.

۲۷۷ و ۲۸۴) که نخست، لزوماً اجرای تعهدات را با دشواری یا ضرر نامتعارف و نامعقول همراه می‌کند و دوم، قرارداد را از نظر عرف تجاری، غیر قابل اجرا می‌نماید؛ هر چند امکان مادی و اقتصادی اجرا، هم چنان باشد.

۵. در یک اصطلاح شناسی رسمی (فرهنگ حقوقی بلاک)، فراست‌ریشن به دو گونه‌ی انتفای خود قرارداد (انتفای واقعی عقد) و انتفای هدف قرارداد (انتفای حکمی عقد) تقسیم شده است. (شفائی، ۱۳۷۶، ص ۴۹) با کمی تسامح و تساهل برخاسته از اختلاف در تعبیرها، نخستین را بر تعدّر اجرا و دومی را بر تسرّ یا حرجی شدن حمل می‌کند.

۶. «نظریه‌ی انتفای هدف قرارداد در جایی مطرح می‌شود که قراردادی با فرض وقوع حادثه‌ی معینی در آینده که اساس و مبنای تراضی است، منعقد می‌گردد؛ ولی این حادثه به دلایل و موانع خارجی اتفاق نمی‌افتد یا هدف اصلی و عمده‌ی قرارداد تجاری که به عنوان پایه و اساس معامله مورد قبول متعاملین بوده و در صدد دستیابی به آن هدف بوده‌اند، به علت بروز حوادث ناگهانی و پیش‌بینی نشده از بین برود و دیگر قابل حصول و دسترسی نباشد...» (همان، ص ۵۹ و ۶۰) با این سخن، در می‌یابیم که انتفای قرارداد سه ویژگی واقع‌ی کاملاً جدید می‌شود که با آنچه طرفین در زمان وقوع عقد پیش‌بینی کرده و بر اساس معامله عهده‌دار آن شده‌اند، تفاوت دارد؛... « (همان، ص ۵۹ و ۶۰) با این سخن، در می‌یابیم که انتفای قرارداد سه ویژگی متمایز کننده دارد: نخست آن که افزون بر حدوث تغییرهای کارا در اجرای تعهدات، تحقق هدف، عرفی - تجاری قرارداد را هم به صورت مادی و یا از منظر تجاری منتفی می‌کند؛ دوم آن که به فرضیه‌ی تخلف از شرط ضمنی ناظر است. و سوم نیز آن که گوهر اصلی انتفای قرارداد، عموماً «دگرگونی طبیعت تعهد» معرفی شده است که در حقوق انگلیس، شرط انحلال قرارداد و سقوط تعهد در نظریه‌ی انتفای قرارداد بوده، دادگاه‌های این کشور با سخت‌گیری و تنها در صورت احراز شرط یادشده حکم به انحلال داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۹۱ تا ۹۳؛ شفائی، ۱۳۷۶، ص ۵۲ تا ۵۸؛ صادقی مقدم، ۱۳۸۹، ص ۷۲ و ۷۳ و حیدری فرد، ۱۳۸۵، ص ۶۸)

برای اینکه حادثه‌ای سبب عقیم شدن قرارداد گردد، باید دارای شروطی از این قرار باشد:

(۱) حادثه از قصور طرفین ناشی نشده باشد؛ (۲) حادثه به وجود آمده، قرارداد را غیرممکن کند و یا به طور اساسی از چیزی که طرفین هنگام انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند متفاوت کند؛ (۳) حادثه پس از انعقاد قرارداد رخ دهد و قرارداد را به طور عملی یا قانونی ناممکن کند یا هدف قرارداد را از بین ببرد؛ (۴) شرطی در رابطه با حادثه به وجود آمده در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد.

هنگامی که حادثه‌ای با وجود سایر شرایط سبب عقیم شدن قرارداد می‌گردد، باعث می‌شود که قرارداد به طور خودکار خاتمه پیدا کند و از آن لحظه به بعد طرفین از انجام تعهدات قراردادی خود معاف می‌شوند. مشکلی

که در اوایل در رابطه با این قاعده وجود داشت، این بود که در صورتی که طرفین قسمتی از تعهدات خود را قبل از عقیم شدن قرارداد انجام داده بودند، امکانی برای پس گرفتن پرداخت‌های قبلی و مواردی از این قبیل وجود نداشت، اما این مشکل در سال ۱۹۴۳ به وسیله قانون اصلاح قراردادهای عقیم شده رفع شد؛ زیرا این قانون قاعده‌ای وضع کرد که به موجب آن تمام مبالغی که قبل از اتمام قرارداد پرداخت شده است، باید بازگردانده شود.

۴. ارکان ایجاد عقیم شدن قرارداد

عقیم شدن قرارداد در سه حالت امکان دارد که به وقوع بپیوندد که عبارتند از:

عدم امکان اجرا، که به موردی اشاره دارد که قرارداد از لحاظ عملی غیرممکن می‌شود؛

عقیم شدن هدف قرارداد؛

عدم مشروعیت که تحت عدم امکان قانونی اجرای قرارداد نیز به کار می‌رود.

در ادامه به طور خلاصه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۴-۱. عدم امکان اجرا

عدم امکان اجرا مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد بدون دخالت طرفین به طور واقعی ناممکن می‌شود و در نتیجه باعث عقیم شدن قرارداد می‌گردد. ناممکن شدن اجراموارد گوناگونی را در بر می‌گیرد که به ذکر چند مورد از مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱-۱. فوت و عدم اهلیت

در قراردادهایی که شخصیت طرفین جز ارکان عقد است، اگر یکی از طرفین فوت کند یا اهلیت خود را از دست بدهد، اجرای قرارداد ناممکن می‌شود که باعث عقیم شدن قرارداد می‌گردد؛ برای مثال می‌توان به قراردادهایی اشاره کرد که وابسته به توانایی‌های خاص یکی از طرفین باشد و آن شخص اهلیت خود را از دست بدهد. در این مورد می‌توان به قرارداد نقاشی با یک نقاش زبردست اشاره کرد که اگر آن نقاش پس از قرارداد اهلیت خود را از دست بدهد، قرارداد به جهت ناممکن شدن اجرا که از عدم اهلیت نقاش ناشی شده است عقیم می‌گردد. در مواردی نیز ممکن است فوت شخص ثالث قرارداد را عقیم کند؛ برای مثال اگر طرفین قراردادی را منعقد کنند که در آن یکی از طرفین متعهد شود که چهره شخص ثالثی را نقاشی کند و شخص ثالث قبل از اجرای قرارداد فوت کند، اجرای تعهد قراردادی ناممکن می‌شود و در نتیجه قرارداد عقیم می‌گردد.

(تلبا و ابراهیمی، ص ۱۹۸)

۴-۱-۲. از بین رفتن رکن ضروری اجرا

در این مورد رکن ضروری اجرای قرارداد از بین می‌رود که باعث می‌شود، اجرا ناممکن گردد؛ برای مثال شخصی از یک مؤسسه کرایه اتومبیل، اتومبیل گران بها و منحصر به فردی را برای روز عقد خود اجاره می‌کند، اما اتومبیل در آن روز توقیف می‌شود، در اینجا قرارداد در صورت موجود بودن سایر شرایط عقیم می‌گردد. از بین رفتن رکن ضروری اجرا مانند دیگر اسبابی که سبب عقیم شدن قرارداد می‌گردد، ممکن است تنها قسمتی از اجرای قرارداد را شامل شود که در این موارد در صورت فراهم بودن سایر شرایط تنها سبب عقیم شدن آن قسمت از قرارداد می‌گردد. اگر رکن ضروری اجرا به صورت موقت از دسترس خارج شود، در صورتی قرارداد را عقیم می‌کند که اجرای قرارداد در آن مدت مورد نظر طرفین بوده باشد.

۴-۱-۳. از بین رفتن منبع اجرا

در مواردی که قراردادی وجود دارد که موضوع اصلی آن باید از یک منبع خاص فراهم شود، اگر این منبع از بین برود در صورت وجود سایر شرایط قرارداد عقیم می‌گردد؛ برای مثال در یک قرارداد فروش محصولات کشاورزی، سبب زمینی‌هایی که از یک قسمت خاص زمین رشد می‌کردند فروخته می‌شود، اما به دلیل حوادث پیش‌بینی نشده، بیشتر محصولات نابود می‌شود و کشاورز نمی‌تواند به تعهد خود عمل کند، در این مورد در صورتی که حادثه بدون دخالت طرفین به وجود آمده باشد و فراهم بودن سایر شرایط، قرارداد عقیم می‌گردد. در مواردی که شخصی چند قرارداد منعقد می‌کند که در همه آنها باید تعهد قراردادی از یک منبع خاص اجرا شود و حادثه پیش‌بینی نشده قسمتی از این منبع را از بین ببرد به صورتی که انجام کامل تعهدات از آن منبع، دیگر امکان نداشته باشد تصمیم در رابطه با عقیم شدن تمام یا قسمتی از قرارداد و نحوه آن با دادگاه است مگر در مواردی که طرفین در قرارداد شروطی را پیش‌بینی کرده باشند.

۴-۲. عقیم شدن هدف

در عقیم شدن هدف اجرای قرارداد از لحاظ عملی ناممکن نمی‌شود، بلکه هدف اصلی از انعقاد قرارداد از بین می‌رود در رابطه با عقیم شدن هدف به بیان قضیه *Krell v Henry* می‌پردازیم: در این قضیه خواننده آپارتمانی را در مسیر تاجگذاری پادشاه ادوارد هفتم اجاره کرد تا بتواند مراسم تاجگذاری را مشاهده کند اما مراسم به دلیل بیماری پادشاه لغو گردید.

عدم برگزاری مراسم تاجگذاری سبب گردید تا هدف انعقاد قرارداد که تماشای مراسم تاجگذاری بود از بین برود و در نتیجه از بین رفتن هدف، سبب گردید تا قرارداد خاتمه یابد. در این قضیه دادگاه به این صورت رأی داد که قرارداد عقیم گردیده است و از آن تاریخ ملغی محسوب می‌شود؛ یعنی مسئولیت طرفین نسبت به اجرای قرارداد در آینده ساقط می‌شود.

۴-۳. نامشروع شدن

گروهی از نویسندگان نامشروع شدن را به عنوان یک سبب مجزا در نظر نگرفته‌اند بلکه از آن ذیل عنوان عدم امکان اجرا بحث کرده‌اند و برای عقیم شدن قرارداد دو سبب در نظر گرفته‌اند که عبارت است از عدم امکان اجرا و عقیم شدن هدف، اما بیشتر نویسندگان عدم مشروعیت را به عنوان یک سبب مجزا در کنار دو سبب دیگر ذکر کرده‌اند. نامشروع شدن هنگامی رخ می‌دهد که طرفین قراردادی را به صورت قانونی منعقد می‌کنند اما پس از آن قانون مربوط به آن قرارداد تغییر می‌کند و اجرای آن را ممنوع می‌کند.

۵. ارکان نظریه هاردشیپ در مقایسه با فورس ماژور

۵-۱. وجود تعهد ناشی از عقد

نظریه‌ی هاردشیپ از لحاظ نظری در زمره‌ی مسائل حقوق تعهدات و قراردادها (خوئینی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۶) جای می‌گیرد و از لحاظ عملی، زمینه‌ی اجرا و اعمال آن مرحله‌ی اجرای التزامات عقدی است؛ از این رو، نخستین رکن تحقق آن، وجود عقدی است که به صورت صحیح منعقد شده است. وجود عقد و رابطه‌ی قراردادی تا این اندازه مسلّم و کاملاً مفروض دانسته می‌شود.

نظریه هاردشیپ با قوه‌ی قاهره در این ویژگی شریک است که اثر هر دو متوجه تعهدات قراردادی است؛ از همین بیان، سخن را به این مطلب منتقل می‌کنیم که آنچه برای مورد یافتن اجرای نظریه اهمیت دارد، خود قرارداد نیست که تعهد (هنوز) اجرا نشده‌ی ناشی از قرارداد است و همین تعهد، متعلّق اثر نظریه تواند بود؛ پس نوع عقد - حتی اگر نظریه نهایتاً از دیدگاه ما در نوع خاصی از عقود قابل اجرا باشد و در نوعی دیگر نباشد - به تنهایی موضوعیت ندارد؛ بلکه اگر هم در حکم دخیل باشد، به لحاظ رابطه‌ی نوع عقد با تعهد و اجرای آن است؛ به همین مناسبت، در عنوان زیربخش حاضر، ترکیب «تعهد ناشی از عقد» گزینش شده تا مبین به این نکته باشد که اعمال حکم نظریه، مربوط به مرحله‌ی اجرای تعهد است و نه تشکیل تعهد؛ هرچند که مبنای حکم نظریه - بر اساس برخی دیدگاه‌ها، به مانند تئوری شرط ضمنی یا اخلاص در تراضی و زوال قصد مشترک - می‌تواند ریشه در مرحله‌ی تشکیل تعهد داشته باشد. رکن وجود تعهدی که منبع آن قرارداد است و به موجب عقد و اصل لزوم پای بندی به مفاد آن باید اجرا شود - تا غرض عقلایی از ایجاد عمل حقوقی حاصل شود - بی تردید ذاتی موضوع نظریه هاردشیپ و بستر حتمی برای تحقق خارجی آن است؛ زیرا اثر اصلی نظریه، میزان تعهدات و یا اصل وجود تعهدات قراردادی را نشانه می‌گیرد؛ به صورت مستقیم (تعدیل) و یا غیرمستقیم (فسخ). ۳۲.

۳۲ یعنی وقتی فسخ به استناد نظریه اعمال می‌شود، درست است که مستقیماً (اولاً و بالذات) عقد را منحل می‌کند، ولی اثر عقلایی چشمگیرش، ازاله‌ی تعهد قراردادی است.

۵-۲. حدوث تغییرات در شرایط اساسی قرارداد

হারدشیپ، در دل خود به نحو تضمینی بر عروض امری حادث دلالت دارند؛ یعنی پدیداری امری تازه به صورت ناگهان و بیرون از محدوده‌ی پیش‌بینی، همین ویژگی نهفته در این واژه است که سبب گشته تا ارائه‌دهندگان این نهادها از این الفاظ برای دلالت بر معنای مقصود عقلایی موردنظر در این مقام بهره گیرند؛ پس، از این نکته می‌توان چنین نتیجه گرفت که حدوث یا تجدد متأخر یک امر که اجمالاً آثاری تکوینی بر اجرای عقد دارد، دومین رکن مقوم ماهیت موضوع نظریه هاردشیپ است. محلّ پدیداری این آثار - از آنجاکه تشکیل عقد به درستی پایان پذیرفته و از مرحله‌ی انعقاد امر اعتباری مؤلّد تعهد و حق (مقابل تعهد)، عبور کرده‌ایم - شرایط و اوضاع و احوال مرحله‌ی اجرای تعهد و ایفای حق ناشی از التزام قراردادی است؛ حال این که این امر حادث چه اثری بر وضعیت اجرایی قرارداد می‌گذارد - یا به دیگر سخن چه «تغییر» یا تغییراتی در آن ایجاد می‌کند - از اصل حدوث امر حادث تأخر رتبی دارد؛ بنابراین خصوصیات و پی آمدهای امر حادث، فرع بر اصل وجودش است؛ از این رو ما مصدر حدوث را رکن دوم برشمردیم تا دچار این تکلف نشویم که اوصاف و آثار تغییرات در وضعیت اجرایی قرارداد را از مقومات ماهیت موضوع اصلی نظریه هاردشیپ بدانیم.

۵-۳. ضرری شدن اجرای تعهد

مهم‌ترین عامل انگیزش عقلا برای تأسیس نهادهای حقوقی حمایتی در هاردشیپ، همین رکن است. افزون بر آن، انتفای هدف تجاری قرارداد نیز در برخی موارد، عامل کارا و انگیزشی دیگری است. (فورت، ۱۳۷۱، ص ۳۱) همیشه دواعی و نیازهای عادی زندگی در عرصه‌های گوناگون است که دانش‌های کاربردی مانند حقوق عرفی را به حرکت تکاملی به سوی قاعده سازی وا می‌دارد. در این جا هم همین‌گونه است. اجرای تعهد قراردادی به همان شکل نخستین خود که در عقد معین شده بود، در شرایط تازه که تفاوت بنیادین با شرایط زمان تشکیل قرارداد پیدا کرده است، موجب ایراد ضرر ناروا و نامتعارف بر متعهد خواهد شد و یا این که اجرای مفاد عقد در شرایط تغییر یافته، با دشواری و تنگنای فراوان (عسر و حرج) همراه خواهد بود. باید توجه داشت که موضوع نظریه هاردشیپ در خارج، زمانی محقق می‌شود که اجرای عینی موضوع قرارداد، متعهد را در معرض تحمّل ضرر یا دشواری قرار دهد؛ نه این که ضرر یا سختی فعلیت خارجی یابد و سپس بخواهیم در صدد رفع آن برآییم؛ زیرا هدف از استناد به نظریه، دفع ضرر یا حرج متوقع الحصول در آینده است. (ر.ک: شریفی و صفری، ۱۳۸۹، ص ۴۷) نباید پنداشت چون دفع ضرر یا حرج از دواعی اعمال نظریه هاردشیپ است، پس بیرون از ذاتش قرار دارد؛ چه آن که دواعی و اغراض، از عوارضاند؛ زیرا تا احتمال قوی عقلایی حکم نکند که اجرای عینی تعهد زمان انعقاد موجب تحمیل ضرر یا حرج بر متعهد خواهد شد، هیچ کس ملتزم به اجرای نظریه نمی‌شود؛ بلکه تحقق نظریه، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ از این رو، تعسر یا ضرری شدن اجرای تعهد، جزء ضروری تحقق زمینه‌ی اجرای نظریه هاردشیپ است. آخرین نکته‌ی، این است که بر اساس میزان تأثیر حوادث تغییر دهنده‌ی اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد قرارداد در زمان اجرای تعهد می‌توان معاذیر اجرای تعهدات قراردادی را به سه دسته تقسیم کرد: ۱. تعذر اجرای تعهد، ۲. تعسر اجرای تعهد و ۳. ضرری شدن

اجرای تعهد. دسته‌ی نخست، همان نهاد قوه‌ی قاهره است که از اسباب تعلیق یا سقوط تعهدات است. دسته‌ی دوم و سوم اند که رکن سوم نظریه‌ی هاردشیپ را تشکیل می‌دهند. (صادقی مقدم، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸ و ۱۰۹)

تفاوت اصلی هاردشیپ از نهاد قوه‌ی قاهره در رکن سوم نظریه‌ی هاردشیپ - ضرری شدن اجرای تعهد است. در تحقق موضوع نظریه هاردشیپ، شرط است که اجرای تعهد ناممکن نشود؛ پس فورس ماژور، تفاوت ماهوی و ناسازگاری ذاتی با نظریه هاردشیپ دارد.

در این قسمت به بیان شباهت‌ها و تفاوت‌های هاردشیپ، نظریه عقیم شدن قرارداد و فورس ماژور می‌پردازیم:

۶- وجوه اشتراک و افتراق نظریه عقیم شدن قرارداد و فورس ماژور

در این قسمت به شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود بین دو نظریه عقیم شدن قرارداد و فورس ماژور می‌پردازیم:

۶-۱. وجوه اشتراک

۱. سبب برای سقوط تعهدات

هر دو نظریه عقیم شدن قرارداد و فورس ماژور به عنوان سببی برای سقوط تعهدات مورد استناد قرارداد می‌گیرند و هرگاه متعهد بتواند اثبات نماید که اجرای قرارداد به واسطه حادثه‌ای خارجی بوده که نمی‌توان به او منتسب نمود با سایر شرایط، از مسئولیت جبران خسارت معاف می‌گردد

۲. در شرایط تحقق

برای اجرای نظریه عقیم شدن قرارداد، همانند قوه قاهره، خارجی بودن، عدم قابلیت پیش بینی و قابل اجتناب نبودن حادثه ضروری است؛ بنابراین، اگر حادثه منتفی و عقیم کننده قرارداد یا هدف آن، ناشی از خواست و اراده یکی از طرفین باشد، او اجازه استناد به این نظریه را ندارد. در این خصوص است که تعبیری در حقوق کامن لا تحت عنوان عقیم شدن خودانگیخته بوجود آمده است و آن عبارت از فعل یا ترک فعل یکی از طرفین قرارداد است که موجب غیرممکن شدن اجرای قرارداد می‌گردد. (فورت، ۱۳۷۱، ص ۳۲)

۶-۲. وجوه افتراق

۱. این دو نظریه، قوه قاهره دارای تفاوت‌های ماهوی و بنیادین با نظریه عقیم شدن قرارداد است. عنصر سازنده و اساسی قوه قاهره، ناتوانی متعهد و به عبارت دیگر، عدم امکان اجرای تعهد است. کسی می‌تواند به قوه قاهره برای سلب مسئولیت از خود استناد کند که ثابت نماید به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست به هیچ وجه نمی‌تواند از عهده تعهد خود برآید. این در حالی است که برای استفاده از نظریه عقیم شدن

قرارداد یا هدف آن، نیازی به این نیست که هر گونه انتفاع از مورد معامله ناممکن بوده، و یا اصولاً قرارداد ناممکن گردد. (شریفی و صفری، ۱۳۹۲، ص ۱۱)

۲. دیگر تفاوت مهم این دو، عذر شناخته شده برای عدم انجام تعهد آن است که نظریه عقیم شدن قرارداد یا هدف آن، ویژه تعهدات قراردادی است. فراستریشن تنها موجب سقوط تعهداتی است که بر اساس توافق و عقد حاصل شده باشد. اما فورس ماژور، نه تنها در حوزه مسئولیت قراردادی بلکه در بخش الزامات خارج از قرارداد و ضمان قهری نیز کاربرد دارد. حقوق انگلیس برای نفی مسئولیت های قهری، طبیعتاً نمی تواند به عقیم شدن قرارداد یا هدف آن استناد کند، در عوض کار خدا یا حادثه اجتناب ناپذیر تعبیری نزدیک به قوه قاهره است که برای نفی ضمان قهری به کار می برند.

۳. در قوه قاهره یا فورس ماژور، مسأله این است که آیا حادثه منتهی به قوه قاهره، اجرای قرارداد یا تعهد را متعذر و ممتنع نموده است یا نه؟ اما در عقیم شدن قرارداد باید فرض شود که حادثه مطلقاً قصد مشترک طرفین را نفی کند. (نیکبخت، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳)

۴. درباره آثار قوه قاهره و انتفاء یا عقیم شدن قرارداد، باید به این نکته اساسی و عمده توجه داشت که در نظام های حقوقی نوشته از جمله فرانسه قوه قاهره در سیستم اصل مسئولیت مقرر مطرح است. البته در مسئولیت بدون تقصیر نیز قوه قاهره می تواند عامل معافیت باشد. در حالی که انتفاء یا عقیم شدن قرارداد، قاعده ای در نظام حقوقی کامن لا و انگلستان می باشد که تفکر و ایده مسئولیت مطلق حکم فرماست. در سیستم حقوقی فرانسه، بار اثبات عدم تقصیر بر عهده کسی گذاشته شده است که متخلف از اجرای تعهدات است، و اوست که می تواند به قوه قاهره استناد کند. البته در این رابطه باید بین تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه تفاوت قائل گردید، زیرا همان گونه که می دانیم در تعهد به وسیله، بار اثبات تقصیر بر عهده متعهدله می باشد و در تعهد به نتیجه، اصل بر مسئولیت متعهد می باشد مگر این که متعهد بتواند عدم تقصیر خویش را اثبات نماید. ولی در سیستم حقوقی انگلستان، دکترین انتفای قرارداد به عنوان یک عامل تعدیل کننده و استثناء بر تئوری مسئولیت مطلق پذیرفته شده است و به عنوان خاتمه دهنده قرارداد، هر دو طرف می توانند بدان استناد نمایند (همان).

۵. در قوه قاهره، معافیت از مسئولیت برای پرداخت خسارت مطرح است که این مغایر دکترین عقیم شدن قرارداد است که قرارداد را خاتمه یافته می داند. یعنی اثر قوه قاهره در حقوق فرانسه و همچنین حقوق ایران، معافیت از مسئولیت و جبران خسارت است و باعث زوال خود قرارداد نمی گردد؛ اما در حقوق انگلیس بر اساس نظریه عقیم شدن، خود قرارداد تحت تأثیر قرار می گیرد و به تبع آن مسئولیت متعهد از بین می رود.

۷. وجوه اشتراک و افتراق هاردشیب با فورس ماژور

۷-۱ وجوه اشتراک هاردشیب با فورس ماژور

۱. معاذیر اجرای تعهدات

هر دو مصداق به عنوان سببی برای سقوط تعهدات مورد استناد قرارداد می‌گیرند. (ر.ک. به: اسماعیلی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۷ و ۱۴۸)

اصل لزوم قراردادها یا قداست قرارداد یکی از اصول مهم در قراردادها است که در همه نظام های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این اصل طرفین قرارداد ملتزم به تعهدات قراردادی خود هستند و نمی‌توانند از اجرای آن خودداری کنند. با وجود این گاهی اوقات شرایطی به وجود می‌آید که اصل لزوم قرارداد را منتهی می‌کند. در واقع درباره دو نظریه ای که بیان کردیم، شرایطی به وجود می‌آید که قرارداد غیرممکن می‌گردد و دیگر نمی‌توان تعهدات ناشی از آن را انجام داد و یا اینکه تغییرات اساسی در اوضاع و احوال قرارداد به وجود می‌آید که اجرای تعهدات قراردادی را دشوار می‌سازد که در این موارد نیز بر طبق نظریه هاردشیپ، متعهد از انجام تعهدات قراردادی خود معاف می‌گردد. (شریفی و صفری، ۱۳۹۲، ص ۱۱)

البته نکته ای که در این رابطه باید بیان کرد، این است که هاردشیپ در بعضی موارد با پیش بینی سازوکار مذاکره و تعدیل قرارداد، اصل لزوم قرارداد را از میان نمی‌برد.

۷-۲. وجوه افتراق هاردشیپ با فورس ماژور

۱. از نظر شرایط تحقق

هاردشیپ هنگامی ایجاد می‌شود که در نتیجه تغییرات اساسی در اوضاع و احوال قرارداد، علی‌رغم اینکه انجام دادن قرارداد ممکن است، اجرای تعهدات قراردادی در نتیجه حوادث غیر قابل پیش بینی و غیر قابل کنترل بسیار دشوار می‌گردد. حتی عده‌ای مانند دکتر اخلاقی، عسر و حرج را معادل فارسی هاردشیپ بیان کرده‌اند. در این باره می‌توان گفت که نزدیک ترین نهاد به هاردشیپ، عسر و حرج است؛ زیرا عسر و حرج هنگامی ایجاد می‌شود که سختی و مشقت شدیدی فراتر از آنچه که در بعضی تکالیف موجود است، پیش می‌آید که ایجاد این شرایط، شخص را از انجام آن تکالیف معاف می‌سازد. (تلبا؛ ابراهیمی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۸)

با بررسی نظریه فورس ماژور باید گفت که دشواری شدید که در هاردشیپ ملاک است، در این نظریه جایگاهی ندارد؛ زیرا فورس ماژور مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد در نتیجه حادثه غیر قابل پیش‌بینی و خارج از کنترل به طور مطلق غیرممکن می‌گردد.

دکترین عقیم شدن قرارداد نیز به فورس ماژور، نزدیک‌تر است؛ زیرا این نظریه نیز موارد عدم امکان نسبی و دشواری شدید را دربر نمی‌گیرد، بلکه در اینجا نیز قرارداد یا به صورت عملی یا قانونی غیرممکن می‌گردد یا اینکه هدف از اجرای قرارداد از بین می‌رود.

۲. از نظر گستره

در این رابطه نظریه فورس ماژور نیز در تمام عقود کاربرد دارند اما جایگاه اصلی نظریه هاردشیپ در عقود مستمر است؛ زیرا در این قراردادها است که به دلیل فاصله زمانی زیادی که بین انعقاد تا اجرای قرارداد وجود دارد، احتمالاً دشوار شدن قرارداد وجود دارد. از دیدگاه دیگر باید گفت که نظریه هاردشیپ گسترده‌تر از دو نظریه دیگر است؛ زیرا این دو مواردی را در بر می‌گیرد که قرارداد به طور فوق العاده دشوار می‌گردد، در حالی که در فورس ماژور، حادثه ایجاد شده باید باعث ناممکن شدن قرارداد گردد. دکترین عقیم شدن قرارداد نیز در جایگاهی میانه قرار دارد؛ زیرا علاوه بر اینکه موارد غیرممکن شدن عملی و قانونی قرارداد را در بر می‌گیرد، مواردی را که اجرای قرارداد ناممکن نمی‌شود بلکه هدف از اجرای آن بی‌فایده می‌شود، نیز در بر می‌گیرد. (تلبا؛ ابراهیمی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۹)

۳. از لحاظ آثار

تفاوت دیگر نظریه هاردشیپ با قوه‌ی قاهره را در ضمانت اجرا یا به دیگر سخن، پی آمد حقوقی آن دو دانسته‌اند (حیدری فرد، ۱۳۸۵، ص ۵۵ و ۵۶؛ یزدانیان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۶ و اسماعیلی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹)؛ معمولاً بدین بیان که اثر استناد به قوه قاهره، سقوط موقت (تعلیق اجرا) یا همیشگی تعهد و پی آمد توسل به نظریه هاردشیپ، تعلیق، تعدیل، حق فسخ و نهایتاً انحلال یا انفساخ قرارداد است. (تلبا؛ ابراهیمی، ۱۳۹۶، ص ۲۱۰)

۸. وجوه اشتراک و افتراق هاردشیپ با نظریه عقیم شدن قرارداد

۸-۱. وجوه اشتراک هاردشیپ با نظریه عقیم شدن قرارداد

هر دو مصداق به عنوان سببی برای سقوط تعهدات مورد استناد قرارداد می‌گیرند.

۸-۲. وجوه افتراق هاردشیپ با نظریه عقیم شدن قرارداد

مهم ترین تفاوت های نظریات عقیم شدن قرارداد و هاردشیپ عبارتند از:

- ۱- دشواری اجرای قرارداد، اجرای قرارداد توسط متعهد را به طور کلی منتفی نمی‌سازد؛ به عبارت دیگر، حالتی است همراه با مشقت و سختی زیاد و در عین حال انجام شدنی؛ لیکن در عقیم شدن قرارداد، اجرای تعهد معمولاً به کلی منتفی است و متعهد به هیچ وجه قادر به انجام و ایفاء تعهدات خویش نیست.

- ۲- هاردشیپ، ناشی از تغییر شرایط غیرذاتی عقد یا از بین رفتن قید فرعی آن (لزوم حفظ تعادل قراردادی) است؛ در صورتی که عقیم شدن قرارداد، معلول تغییر شرایط ذاتی عقد و دگرگونی طبیعت اساسی آن است (تلبا؛ ابراهیمی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۸)
- ۳- تمایل هاردشیپ بیشتر به شخصی بودن است، لیکن نهادهایی همچون عقیم شدن قرارداد و قوه قاهره بیشتر به نوعی بودن تمایل دارند. به عبارت دیگر، امورات مربوط به عسر و حرج اموراتی هستند که برای متعهد بیشتر جنبه شخصی دارند، چه بسا تغییر اوضاع و احوال بیشتر برای شخص متعهد مد نظر باشد بدون این که دیگران را متأثر ساخته باشد. نقطه مقابل آن عقیم شدن قرارداد و قوه قاهره است، اموراتی که بیشتر تمایل به نوعی و مطلق بودن دارند.
- زیرا با وجود عنصر غیر قابل اجتناب بودن، در واقع شرایط بسیار سخت تری را متصور است که نمی‌توان آن را در اشخاص گوناگون، به طرز متفاوتی، تصور نمود، بلکه اموراتی هستند که دامنه شمول بیشتری دارند و باعث عدم اجرای تعهد برای همه می‌شوند نه فقط برای متعهد.
- ۴- تزلزلی که به واسطه هاردشیپ، در اعتبار عقد ایجاد می‌شود ممکن است ریشه قراردادی نداشته باشد؛ یعنی منسوب به اراده و خواست واقعی طرفین نباشد، اما تزلزلی که در اثر عقیم شدن قرارداد پدید می‌آید و منجر به انحلال عقد می‌گردد، یقیناً مبتنی بر قاعده حکومت اراده بر عقد است و از قصد متعاملین ناشی می‌شود.
- ۵- در رابطه با آثار در نظریه هاردشیپ، چهار راه حل وجود دارد که عبارتند از: تعلیق، تعدیل، حق فسخ و نهایتاً انحلال یا انفساخ قرارداد. هرچند که نظام‌های مختلف حقوقی در رابطه با این موضوع، موضع خاص خود را دارند و در مواجهه شدن با تغییر اوضاع و احوال، راه حل خاص خود را ارائه می‌دهند، اما به طور کلی این چهار نظریه، قابل اعمال هستند.
- در صورتی که در نظریه عقیم شدن قرارداد معمولاً با انحلال (انفساخ) قرارداد روبرو می‌گردیم و نیز در برخی مواقع یعنی زمانی که مانع موقتی باشد و پس از مدت زمان متعارف برداشته شود تا رفع مانع، حکم به تعلیق قرارداد خواهیم داد. البته بدین معنا نیست که در نظریه عقیم شدن قرارداد نتوان از راه حل‌های دیگر استفاده نمود، زیرا راه حل‌های دیگر نیز قابل اعمال هستند اما هنوز جای خود را در حقوق بین‌الملل و نوشته‌های حقوقی به درستی پیدا نکرده‌اند. بنابراین، نظریه عقیم شدن یا انتفای قرارداد را نمی‌توان با نظریه هاردشیپ یکی دانست.
- درست است که این نهادها با یکدیگر شباهت دارند، لیکن با تأمل در نظریات ارائه شده به خوبی می‌توان دریافت که نظریات هاردشیپ، دامنه گسترده تری نسبت به عقیم شدن یا انتفای قرارداد دارد و تلاقی این نظریات در تغییر اساسی و بنیادین اوضاع و احوال است. بنابراین باید گفت هرگاه

این تغییرات چنان باشد که مبنای قرارداد را به کلی از بین برده یا قرارداد را در صورت اجرا، کاملاً متفاوت از آن چه مورد نظر طرفین و قرارداد بوده است، بسازد دکتترین عقیم شدن قرارداد یا هدف آن هم جریان پیدا می‌کند.

نتیجه گیری

۱- عقیم شدن یا انتفای قرارداد که معادل فارسی فراستربشن در حقوق کامن لا به این معناست که هرگاه پس از انعقاد قرارداد، اجرای آن بر اثر حادث شدن مانع یا حادثه‌ای خارجی (غیر قابل انتساب به متعهد) غیر قابل پیش بینی و غیر قابل دفع، غیرممکن گردد و یا در صورت اجرا، اساساً با آن چیزی که مورد قصد و توافق طرفین بودهاست، متفاوت گردد، آن قرارداد را خاتمه یافته تلقی نمائیم.

۲- موقتی یا دائمی بودن مانع و حادثه‌ای که منجر به عقیم شدن قرارداد و یا فورس ماژور می‌گردد، دارای ویژگی خاصی نیست که بتوانیم آن را علت عقیم شدن قرارداد بدانیم. به عبارتی، تفاوت نمی‌کند حادثه‌ای که مانع اجرای قرارداد شده است دائمی باشد یا موقتی. آن چه مهم است، این است که حادثه مذکور اجرای تعهدات قراردادی را در مقایسه با آن چه به موجب قرارداد تعهد شده و مورد قصد و توافق طرفین بوده است اساساً و از بنیان متفاوت نماید.

۳- دو نظریه عقیم شدن قرارداد و فورس ماژور تقریباً به یک موضوع اشاره دارند و آن هم عدم امکان اجرای تعهد یا قرارداد است. در عین حال، این دو نظریه با این که در گفتار و عمل بسیار نزدیک به هم بوده و دارای شباهت‌های بسیاری است اما دو نظریه مستقل و دارای تفاوت‌هایی نیز می‌باشند.

از جمله این که دامنه عقیم شدن قرارداد، وسیع تر از فورس ماژور است. از دیگر تفاوت‌های این نظریه آن است که در نظریه فورس ماژور یا قوه قاهره، پس از عدم امکان اجرای قرارداد، بحث معافیت از مسئولیت به میان می‌آید و تکلیف خود قرارداد مشخص نمی‌گردد؛ در حالی که نظریه عقیم شدن قرارداد، خود قرارداد را تحت تأثیر گذاشته و در نتیجه این تأثیر، متعهد از مسئولیت معاف می‌گردد.

۴- در مقایسه نظریات هاردشیپ یا دشواری با نظریه عقیم شدن قرارداد می‌توان این چنین نتیجه گرفت که در هاردشیپ، اصولاً اجرای قرارداد منتفی نمی‌گردد و تنها اجرای آن با سختی و مشقت و هزینه زیاد همراه می‌شود و این در حالی است که در نظریه عقیم شدن قرارداد، اجرای آن بر

حسب مورد، بعضاً و یا کلاً منتفی و یا در صورت امکان اجرا، اساساً با آن چیزی که مورد قصد و توافق طرفین قرارداد بوده است، متفاوت می‌گردد.

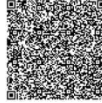
بنابراین نظریات مذکور با آن که دارای شباهت‌هایی با هم هستند اما نمی‌توان آنها را یکی دانست و همچنین دامنه نظریه هاردشیپ وسیع تر از نظریه عقیم شدن قرارداد است. تلاقی این دو نظریه (هاردشیپ با عقیم شدن قرارداد) در تغییر اساسی و بنیادین اوضاع و احوال است و در اینجا است که می‌توان نظریه عقیم شدن قرارداد را جاری دانست.

۵- در رابطه با آثار نظریات عقیم شدن قرارداد، فورس ماژور یا قوه قاهره و هارشپ، هر چند برخورد نظام های حقوقی مختلف، در خصوص چنین شرایطی یکسان نیست اما به طور کلی می‌توان به این نتیجه دست یافت که تعلیق قرارداد، تعدیل قرارداد، حق فسخ قرارداد و نهایتاً انحلال یا انفساخ قرارداد بر حسب مورد می‌تواند از آثار این نظریات باشد هر چند که تمامی این نظریات کاملاً مستقل و دارای تفاوت‌هایی با همدیگر می‌باشند.

فهرست منابع

- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ۲، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۲، ص ۳۲۲
- بیگدلی، سعید، شرط مذاکره مجدد (هاردشیپ)، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۹۰، ۱۳۸۶
- تلبا، مهدی؛ ابراهیمی، علیرضا مقایسه عقیم شدن قرارداد در حقوق کامن لا با فورس ماژور، قاعده عسر و حرج و هاردشیپ، حقوق تطبیقی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ - شماره ۱۰۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتاب خانه ی گنج دانش، تهران، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶
- حاتمی، علی اصغر - رودجانی، محمد مجتبی، بررسی تطبیقی قوه‌ی قاهره، مجله ی دانشکده علوم انسانی سمنان، سمنان، سال هفتم، شماره‌ی ۲۳، پاییز ۱۳۸۷
- حیدری فرد، علی اکبر، تعدیل قرارداد توسط قاضی، فرامتن، شیراز، چاپ اول، ۱۳۸۵
- خونی، غفور، تحلیل فقهی حقوقی نظریه «تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، مجله متین، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۱۳.
- ساورایی، پرویز، شرط فورس ماژور در قراردادهای تجاری بین المللی، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۷۹ - شماره ۳۱ و ۳۲، صص ۱۹۳ - ۲۲
- شریفی و صفری، سید الهام الدین و ناهید، «مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس ماژور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران» پژوهش‌های حقوق تطبیقی، زمستان ۱۳۹۲، دوره هفدهم، شماره ۴.
- شفائی، محمدرضا، بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، ققنوس، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۶
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی، ج ۳)، مجد، تهران، چاپ سوم، بهمن ۱۳۸۶، ص ۳۵ و ۳۶.
- صادقی مقدم، محمدرضا، تغییر در شرایط قرارداد، میزان، تهران، چاپ دوم، تابستان ۱۳۸۶
- صفایی، سید حسین قوه قاهره یا فورس ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی، حقوقی بین المللی، تابستان ۱۳۶۴ - شماره ۳.
- فخار طوسی، جواد، پژوهشی در تعدیل قرارداد، فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره‌ی ۲۷، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، شماره ۲۷، پاییز ۱۳۸۰
- فورت، آ. دم، میرمحمد صادقی، حسین، «بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادهای تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۰، ۱۳۷۱.

- قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (نظریه‌ی کلی تعهدات قانون مدنی)، انتشارات دانشگاه تهران، اسفند ۱۳۵۳
- فتواتی، جلیل - وحدتی شبیری، سید حسن - عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، تهران، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۹
- کاتوزیان، ناصر؛ الزامات خارج از قرارداد، ضمان قهری، جلد دوم، تهران، انتشار دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، شرکت انتشار بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ هـ.ق
- معدّل، جلیل، بحثی درباره‌ی فورس ماژور و حوادث غیر مترقبه، مجله‌ی حقوقی وزارت دادگستری، شماره‌ی ۱، دوره‌ی جدید، اسفند ۱۳۵۱
- مؤمنی، فرامرز، عقیم شدن قراردادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس، مجله‌ی حقوقی وزارت دادگستری، شماره‌ی ۱۰، ۱۳۶۸.
- یزدانپان، علیرضا، تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه‌ی اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی، مقالات و بررسی‌ها (سابق)، سال سی و نهم، شماره‌ی ۸۳، تهران، زمستان ۱۳۸۵.



نقش ابزارهای الکترونیکی در مشارکت مردم بر فرآیند قانونگذاری در ایران و کشورهای دیگر

نعمت الله تاروقه

دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، استاد دانشگاه پیام نور سمنان، ایران
nan.teh67@gmail.com

زهرا وطنی

دکتری فقه و حقوق اسلامی، استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب
vatani@ri-khomeini.ac.ir

فریبا زمانیان

دانشجوی ارشد گروه حقوق، دانشکده حقوق بین الملل، دانشگاه سمنان، ایران
faribazamanian99@yahoo.com

۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۱۲، ۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰، ۰۶، ۰۲

چکیده

مشارکت مردم در قانونگذاری در دو دهه اخیر به خاطر ابزارهای الکترونیکی سرعت روز افزون و بهینه‌ایی داشته است. در واقع ابزارهای دیجیتالی، فرآیند دموکراسی را تغییر داده‌اند و موجب کارآمدی فضای دوسویه ارتباط بین شهروندان و نمایندگان شده‌است. رسانه‌های جدید و داده‌های باز در سطح اطلاع‌رسانی آنلاین تا مشارکت الکترونیکی عموم در تصمیم‌گیری در تولید نوع جدیدی از نمایندگی، نقش فعال دارند، نمایندگی که نه به روش سنتی و فقط در حوزه انفعالی، بلکه در حوزه مشورتی و تکمیلی پا به عرصه وجود نهاده‌است. مشارکت الکترونیکی از سطح اطلاع‌رسانی آنلاین تا مشارکت الکترونیکی مردم در تصمیم‌گیری‌ها متفاوت است. در این تحقیق به هدف بهره‌گیری از رهاورد تجارب جهانی در به روزآوری بهینه نهاد دموکراسی در ایران، شیوه‌های افزایش مشارکت مردم در مراحل مختلف قانونگذاری و فراخوانی ایده‌های کارآ از طریق بکارگیری ظرفیت پربازدهی فضای مجازی در دیگر سیستم‌های تقنینی پایش شده است. رهاورد این تحقیق اثبات ضرورت عزم جدی قوای اجرایی و تقنینی کشور در فراخوان و کاربست نظرات و آراء مردمی به خصوص متخصصین ایشان و در نتیجه افزایش کارایی مصوبات ناشی از تأثیرپذیری آن از ارادهی جمعی و در نتیجه برخورددار شدن قوای حاکمه از پایگاه مردمی به عنوان اهم ضروریات جمهوریت است.

واژگان کلیدی: دموکراسی مدرن، دموکراسی الکترونیکی، مشارکت الکترونیکی، مشاوره الکترونیکی، رسانه‌های الکترونیکی.

مقدمه

بیش از یک دهه است که محققان به بررسی اشکال جدیدتر تعامل پارلمان با شهروندان، مانند سیستم الکترونیکی، درخواست الکترونیکی یا استفاده نمایندگان از ابزارهای جدید فناوری اطلاعات، ارتباطات پرداخته‌اند (Norton, P., 2007, p. 357). امروزه مشارکت الکترونیک در خصوص مفاهیم شهروندی و دموکراسی به‌عنوان ابزاری برای بهره‌مندی از آثار مثبت مشارکت شهروندان در فرآیندهای سیاسی و مدیریتی در نظر گرفته می‌شود. (Komito, 2005, p. 40) مشارکت الکترونیکی به فرصت‌های جدید از جمله مشارکت فعال شهروندان در فرآیند سیاست‌گذاری و در رابطه بین شهروندان و مقامات منجر می‌شود. (Alonso, 2009, p. 51)

به کار گرفتن اراده‌ی شهروندان در فرآیند تصمیم‌گیری و قانونگذاری به دلایل مختلف ضروری می‌نماید. اول اینکه مشارکت بیشتر مردم در سیاست‌گذاری به نوبه خود دارای ارزش ذاتی مبنی بر تعمیق روح دموکراسی حاکم بر جامعه است و سیستم راهبری جامعه را از طریق ابزارهای الکترونیکی به جهت لزوم پاسخ‌گویی در برابر اراده‌ی جمعی مسؤولیت‌پذیرتر و شفاف‌تر و قابل دسترس‌تر می‌نماید. دوم اینکه، مشارکت مردمی در فرآیند تصمیمات سیاستی منجر به اتخاذ استراتژی‌های آگاهانه‌تر در قبال فقرزدایی، تقویت هدفمند زنان و جوانان و چالش‌های در پیش روی سالمندان و سایر اقشار آسیب‌پذیر فراهم می‌آورد؛ سوم این‌که مشارکت بیشتر مردم در تصمیم‌گیری‌ها و ارائه خدمات شخصی سازی شده، نهایتاً منجر به اعتماد بیشتر مردم و همکاری و همراهی مردم با نهاد حاکمه خواهد بود. در سیر به این مهم، ابزارهای آنلاین بستری کم هزینه برای ارتباط دو طرفه میان نهاد حاکمه و مردم محسوب شده و با قابلیت‌های متعدد و کارآمد، در تسهیل نیل به این اهداف، بسیار قدرتمند جلوه می‌نماید. چنان‌که در حال حاضر فناوری‌های دیجیتال تغییرات چشم‌گیری در تأمین تعامل و تقابل دوطرفه و گروهی و پویایی اراده‌ی جمعی به وجود آورده است.

شیوه‌های رایج مشارکت مردم در قانونگذاری (چه مستقیم و چه غیر مستقیم) با استفاده از ابزارهای الکترونیکی؛ همه‌پرسی، ابتکار عام و ارائه متن پیشنهادی قانون می‌باشد. به نحوی که پارلمان دیجیتال هم اکنون به یک نهاد فعال، حیات‌دار و هدفمند و پویا مبدل و مستقیماً به افراد خدمت‌گیرنده مرتبط شده است. امروزه فناوری اطلاعات و ارتباطات برای افزایش ظرفیت و کیفیت خدمات دولتی و همچنین ارائه کانال‌های ارتباط بین شهروندان و سازمان‌های دولتی و در نتیجه بهبود کارایی دولت‌ها و سیستم‌های تقنینی استفاده می‌شود. اینترنت به عنوان یک فناوری اطلاعات و ارتباطات برجسته، ابزار اصلی برای دستیابی به این اهداف است که با گسترش کانال‌های اطلاعاتی و ساده کردن فرآیند ارتباطات، پتانسیل مشارکت سیاسی را ارتقا می‌بخشد و در حقیقت مشارکت به کمک ابزارهای الکترونیکی می‌تواند ارتباطات بهتری را برای سازمان‌های جامعه مدنی، شهروندان، و سیاستمداران فراهم کند.

لکن با وجود رشد استفاده پارلمان‌ها از رسانه‌های اجتماعی و ظرفیت‌های فضای مجازی در سالهای اخیر در جوامع غربی، هنوز این رسانه‌ها در ایران عملکرد و جایگاه متناسب با تعاملات مشارکتی را پیدا ننموده‌اند.

شبکه‌های اجتماعی تقریباً در سه پنجم پارلمان‌های پاسخ‌دهنده مورد استفاده قرار می‌گیرند که نسبت به سال ۲۰۱۲ افزایش ۸۰ درصدی در آمار وجود دارد (Inter-parliamentary Union, 2016, pp. 6-28). این تحقیق می‌کوشد با روشی توصیفی-تحلیلی، در ابتدا به بررسی نقش فضای مجازی و نقش آن در توسعه مشارکت الکترونیکی بپردازد، سپس به بررسی ارتباط فرآیند قانونگذاری و ابزارهای الکترونیکی می‌پردازد و در آخر با بررسی انواع تقنین به صورت الکترونیکی و ارتباط آن با مشارکت مردم در این حوزه‌ها، وضعیت کشورهای مختلف با ایران مقایسه شود تا بتوان از تجارب سایر کشورها به منظور ارائه مدلی بومی جهت ارتقا وضعیت مشارکت مردم در فرآیند قانونگذاری از طریق ابزارهای آنلاین بپردازد.

۱. فضای مجازی و نقش آن در توسعه مشارکت الکترونیکی

در ابتدا لازم است به بررسی جایگاه فضای مجازی و اینترنت به عنوان یک رسانه و ابزار ارتباطی نوین در توسعه مشارکت الکترونیکی بپردازیم. ظهور اینترنت نمونه‌ای از تحولات «فناوری‌های ارتباطی و اطلاعاتی» است که با تسهیل برقراری ارتباط میان دوردست‌ترین نقاط جهان، کره خاکی را به تعبیر «مارشال مک لوهان» به «دهکده‌ی کوچک» تبدیل کرده‌است (عباسی قادی؛ و خلیلی کاشانی، ۱۳۹۰، ص ۶۶-۶۷). شبکه‌های بهم متصل رایانه‌ای مانند اینترنت امکان دستیابی افراد از هر نقطه دنیا به اطلاعات گوناگون را فراهم آورده‌اند؛ به‌طوری که برای اشخاص از درون رایانه یا تلفن همراه خود پنجره‌ای به تمامی نقاط دنیا گشوده شده‌است (محسنی؛ و قاسم زاده، ۱۳۸۵، ص ۲). شکل‌گیری این شبکه مهم به سازمان پژوهش‌های پیشرفته وزارت دفاع آمریکا (دارپا) برمی‌گردد. اواخر دهه ۱۹۵۰ و به دنبال پرتاب نخستین سفینه اسپوتنیک توسط اتحاد جماهیر شوروی، دارپا اقدام به طراحی سیستم مخابراتی نمود که در برابر تهاجم هسته‌ای آسیب ناپذیر باشد. این سیستم بر اساس فناوری ارتباطی انتقال بسته‌ای، شبکه را از مراکز کنترل و فرماندهی بی‌نیاز نمود به نحوی که پیام می‌توانست مسیر خود را در طول شبکه پیدا کند و در هر بخشی بتواند دوباره تبدیل به پیامی منسجم شود. به دنبال این مسیر و با پیشرفت فناوری دیجیتال، شبکه‌ای ایجاد شد که می‌توانست همه انواع نمادها را بدون استفاده از مراکز کنترل منتقل نماید. جهان‌شمولی زبان دیجیتال، منطق کاملاً شبکه‌ای و همچنین معماری خاصی که موجب دشوار یا غیرممکن شدن سانسور و کنترل می‌شود، از ویژگی‌های قابل توجه این شبکه به شمار می‌آید (کاستلز، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۴۰۸). همزمان با ظهور و گسترش صنعت ارتباطات و در امتداد آن اینترنت به عنوان شبکه‌ی اطلاعاتی و ارتباطی جهانی، فضای جدیدی در عرصه زندگی بشری به وجود آمد که می‌توان با عناوینی همچون «فضای دوم» یا «فضای مجازی» از آن یاد کرد (عاملی؛ و حسنی، ۱۳۹۱، ص ۲). در یک تعریف، فضای مجازی به مجموعه‌هایی از ارتباطات درونی انسانها از طریق رایانه و مسائل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می‌شود (هاتف، ۱۳۸۸، ص ۹۶) که محصول عملکرد شبکه جهانی اینترنت است و امکان گردآوری، تمرکز، جابجایی، پردازش و کاربری اطلاعات را با استفاده از فناوری اطلاعات بین کاربران اینترنت در سراسر جهان فراهم می‌کند (حافظ‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱). به همین جهت گفته می‌شود که فضای مجازی، جهان ذهنی اطلاعات و شبکه‌های الکترونیکی است که با اینترنت قابل دسترسی

است و مرزهای نامحدودی دارد (میردامادی، ۱۳۸۰، ص ۱۸). برخی واژه مجازی را معادل Cyber دانسته و فضای مجازی یا Cyberspace را به دو بخش فضای الکترونیکی^{۳۳} فضای تصویری^{۳۴} تقسیم می‌کنند (حافظنیا، ۱۳۹۰، ص ۹-۱۲). در مقابل برخی، واژه مجازی را معادل Virtual ذکر کرده و از دو مفهوم جداگانه اما مکمل یکدیگر در مبحث فضای مجازی نام می‌برند:

(۱) Cyberspace؛ اسباب و وسایل رسیدن به فضای مجازی مانند کامپیوتر، اینترنت، موبایل، و ماهواره که به فضای حقیقی تعلق دارد.

(۲) Virtual space؛ از کارکرد ابزار و ادوات سایبری حاصل شده که در مطالعه نقش آفرینی آن به دلیل عدم تعلق به فضای واقعی، معمولاً در رابطه با مباحث ژئوپلیتیک پی‌گیری می‌شود (مجتهدزاده، ۱۳۹۲، ص ۲۷).

از کارکردهای نوین سیاسی حکومت‌ها بهره‌وری از اینترنت و سایر رسانه‌های الکترونیکی است. رسانه‌هایی که نه تنها جهت رفع احتیاجات کارگزاران دفاتر عمومی دولتی و عمومی‌راه‌اندازی می‌شوند بلکه برای کمک به تسهیل امور اجرای، تقنینی و قضایی مفید هستند. اگرچه تاریخچه استفاده از فناوری اطلاعات در سازمان‌های دولتی را می‌توان تا اوایل تاریخ پیدایش رایانه دنبال کرد، اما ادبیات استفاده از فناوری‌های اطلاعات در حکومت‌ها در بحث حاضر به استفاده برون سازمانی توجه دارد جایی که این خدمات به شهروندان در امر مشارکت ارائه می‌شود (Horan, 2004, p. 714). نکته‌ای که باید به آن توجه نمود این است که کاربرد اصطلاح الکترونیک در برون سپاری آن به مردم، موجب تغییر ماهیت و ساختار حکومتی آن کشور نخواهد شد بلکه صرفاً نوع عملکردها به شیوه الکترونیکی خواهد بود و بدین نحو که در چرخه اداره و مناسبات تقنینی و قضایی و نیز مناسبات و تعامل بین ساختار با شهروندان و نهادهای اجتماعی و اقتصادی بخش خصوصی، از فناوری اطلاعات و شبکه اینترنت یا سایر شبکه‌های رایانه‌ای استفاده می‌شود تا سرعت گردش اطلاعات و ارائه خدمات افزایش یابد. بنابراین الکترونیکی شدن حکومت از ماهیت ابزاری برخوردار است و آن اینکه کشورها با حفظ سرشت و ماهیت سیاسی خود از قابلیت‌های الکترونیکی و فناوری اطلاعات و فضای مجازی در جهت دستیابی به اهداف خود در ساختارهای اداری دولت استفاده می‌کنند (حافظنیا، ۱۳۹۰، ص ۱۹۸-۱۹۷). به عبارت دیگر، کاربرد فناوری اطلاعات و ارتباطات برای ارتقای کارآیی، اثربخشی و شفافیت تبادلات و تعاملات بین کشورها می‌باشد که شامل سطوح مختلف در سطح ارکان حکومت و یا در سطح کشور است که موجب ارتقای توانمندی شهروندان از طریق دسترسی و بهره‌گیری از اطلاعات می‌شود (فتحیان؛ و مهدوی‌نور، ۱۳۸۶، ص ۲۰۸-۲۰۷). که موجب تعامل بیشتر با شهروندان (Patil, 2010, p. 13) و پاسخگویی شفاف‌تر آن کشور به شهروندان^{۳۵} خواهد شد و از طرفی موجب بهبود کیفیت ارائه خدمات، کاهش هزینه‌ها و تحول و بازبینی فعالیت‌ها و

فرآیندهای دموکراتیک حکومت می‌باشد (Sheldon, 2011, p. 37). دپارتمان اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل بر اساس سه شاخص، کشورهای عضو را در ارتباط با الکترونیکی بودن آنها مورد ارزیابی قرار می‌دهد. این سه شاخص، شاخص خدمات آنلاین (OSI) ۳٪ شاخص توسعه زیرساخت مخابراتی (TII) ۴٪ شاخص سرمایه انسانی (HCI) ۸٪ می‌باشد.

در شاخص خدمات آنلاین، وبسایت‌های ملی کشور مانند پورتال‌های ملی، خدمات الکترونیکی و مشارکت الکترونیکی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (United Nations, 2016, p. 138). نمره ایران در این شاخص ۰/۳۳ است که نمره بسیار پایینی است و نشان می‌دهد که خدمات آنلاین در ایران هنوز جای پیشرفت بسیار دارد. این در حالیست که در کشورهای اروپای غربی و آمریکای شمالی به‌طور معناداری بیشتر می‌باشد.

در شاخص زیرساخت‌های مخابراتی، از میانگین ترکیبی این زیرشاخه‌ها به‌دست آمده‌است: ۱. تعداد کاربران اینترنت در هر ۱۰۰ نفر؛ ۲. تعداد خطوط تلفن ثابت در هر ۱۰۰ نفر؛ ۳. تعداد مشترکان تلفن همراه در هر ۱۰۰ نفر؛ ۴. تعداد اشتراک پهن باند بی‌سیم در هر ۱۰۰ نفر؛ و ۵. تعداد اشتراک پهنای باند ثابت در هر ۱۰۰ نفر. اتحادیه بین‌المللی مخابرات منبع اصلی این داده‌های این بخش است (Ibid, p. 134). رتبه ایران در این شاخص برابر ۰/۳۵ است که مساوی با میانگین آن در کشورهای آسیای شرقی است، اما باز هم میانگین نمره شاخص زیرساخت مخابراتی در کشورهای اروپای غربی و آمریکای شمالی به‌طور معناداری بیشتر می‌باشد.

شاخص سرمایه انسانی، از ۴ مولفه تشکیل شده‌است. ۱. نرخ سواد بزرگسالان؛ ۲. نسبت ثبت‌نام خالص ترکیبی اولیه و ثانویه؛ ۳. سال انتظار تحصیل؛ و ۴. متوسط سال‌های تحصیل. نمره ایران در این شاخص ۰/۷۱ است که نمره خوبی است و نشان دهنده جایگاه خوب ایران از نظر سرمایه انسانی است و جای امیدواری است که با توجه به سایر شاخص‌ها جایگاه ایران در این زمینه ارتقا یابد. نمره ایران در این شاخص تنها از منطقه اروپای غربی و شرقی و آمریکای شمالی کمتر بوده و از میانگین سایر مناطق وضع بهتری دارد.

با تلفیق شاخص‌های ارزیابی الکترونیکی کشورها در مورد ایران می‌توان گفت که برای توسعه فرآیند مشارکت الکترونیکی باید توجه بیشتری به خدمات آنلاین و زیرساخت‌های مخابراتی کشور شود و نیاز است که تمرکز مسئولین در حیطه توسعه خدمات آنلاین و زیرساخت‌های مخابراتی باشد تا توسعه سرمایه‌ی انسانی.

خدمات آنلاین، شامل مواردی مانند خدمات الکترونیکی ایجاد شده توسط دستگاه‌ها، افزایش سرعت خدمات آنلاین، تسهیل دسترسی به خدمات آنلاین و راه‌اندازی سرویس‌هایی مانند پست الکترونیکی و ابزارهای ارتباطی الکترونیکی امن است.

زیرساخت‌های مخابراتی شامل مواردی مانند ارتقای پهنای باند اینترنت کشور، افزایش ضریب نفوذ اینترنت در کشور، افزایش تعداد و فضای مراکز داده ملی، توسعه زیرساخت شبکه علمی کشور (شبکه ملی اطلاعات) و توسعه بانک‌های اطلاعاتی تخصصی دستگاه‌ها در جهت تعامل بیشتر با مردم می‌باشد.

۲. فرآیند مشارکت الکترونیکی

فرآیند مشارکت الکترونیکی سه بخش اصلی دارد:

الف. ارائه اطلاعات آنلاین؛

ب. ارائه خدمات آنلاین و ارتباط آنلاین بین حاکمیت و شهروندان؛

ج. مشارکت شهروندان در فرآیند تصمیم‌گیری (United Nations, 2010, p. 84). در واقع این سه مورد، شاخص مشارکت الکترونیک در مدل جهانی می‌باشد که مورد ارزیابی سازمان ملل قرار می‌گیرد.

رایج‌ترین ابزارها و فعالیت‌های مشارکت الکترونیک شامل (و نه محدود) به موارد زیر می‌باشد:

- تدارک اطلاعات به صورت برخط، شامل داده‌های باز کشوری

- کمپین الکترونیکی، دادخواست الکترونیک

- مباحثات سیاسی عمومی، شامل تامین منابع جمعی، رایزنی و مذاکره الکترونیکی، استدلال‌نگاری

- رای‌گیری الکترونیکی (Carman, 2010, p. 735)

موفقیت در پیاده‌سازی و بکارگیری ابزارهای مشارکت الکترونیکی نه تنها به میزان پشتیبانی محیط قانون و مقررات بلکه به خواست و توانمندی دولت در استفاده حقیقی از ابزارهای مشارکت الکترونیک به واسطه اقدامات دقیق در راستای تبدیل مداخله مدنی به یک مشارکت سازمان یافته رسمی بستگی دارد. همچنین اثربخشی چنین سیاست‌ها و تکنولوژی‌هایی قویا بستگی به تمایل مردم به فعال بودن و مشارکت با استفاده از این ابزارها و دارا بودن مهارت دیجیتال مورد نیاز برای آن و دانستن چگونگی استفاده از آنها به صورت اثربخش دارد. مدل‌های جدید مشارکت میان دولت و مردم برای آنها که به اینترنت دسترسی ندارند غیرقابل استفاده خواهد بود لذا توسعه و افزایش سطح دسترسی به فناوری اطلاعات و ارتباطات، خصوصا شبکه‌های پهن‌بند و خدمات

و کاهش شکاف دیجیتال به منظور بهره‌برداری حداکثری از قابلیت‌های مشارکت الکترونیک ضروری است. اکنون به بررسی شاخص‌های مشارکت الکترونیک و ابزارهای الکترونیک در این مقوله می‌پردازیم:

۱-۲ ارائه اطلاعات آنلاین

اولین سطح از مشارکت الکترونیک، «اطلاعات الکترونیک» به معنای آگاهی بخشی به مخاطبین در خصوص وقایع درون پارلمان است. این اطلاعات از طریق کانال‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات به منظور کمک به مخاطبین در تصمیم‌گیری و انتخاب آگاهانه در مراحل بعدی رایزنی ارائه می‌شود. امروزه ارائه اطلاعات الکترونیکی از آن جهت ضروری است که بدون وجود شهروندان دارای اطلاعات، مشارکت نمی‌تواند مشهود، مرتبط و قابل اتکا باشد. بنابراین، حق دسترسی به اطلاعات یک پیش‌نیاز ضروری برای مشارکت الکترونیکی اثربخش است.

به منظور بهره‌گیری از شیوه‌های مشارکت الکترونیک در سطح ارائه اطلاعات آنلاین در اکثر کشورها، پارلمان‌ها دارای سایت مستقلی هستند که حاوی اطلاعات متنوعی هستند. در برخی کشورها نیز بخش مستقل یا لینک‌هایی برای مشارکت مردم در قانونگذاری وجود دارد. در گزارش پارلمان الکترونیکی جهان در سال ۲۰۱۸ نیز آورده شده که اکنون تقریباً همه پارلمان‌ها سایت مستقل دارند (Inter-parliamentary Union, 2018, p. 14).

در مورد مشارکت «اطلاعات» نقش مهمی دارد. در این خصوص رویکردهایی که اطلاعات را با روشی کاربرمحور ویرایش می‌کنند مورد توجه قرار گرفته است. به‌عنوان مثال پورتال‌هایی با قابلیت جستجو و فیلتر کردن درخواست‌ها مطابق علایق کاربر در مورد پورتال برنامه‌ریزی ملی در انگلستان تعبیه شده است.

در آلمان اولین تجربه‌ها در مورد مشارکت شهروندان از طریق رسانه‌های الکترونیکی (که در آن زمان «تل دموکراسی» از طریق تلویزیون و تلفن خوانده می‌شد) در دهه ۱۹۷۰ صورت پذیرفت که با پیدایش اینترنت در دهه ۱۹۹۰ روند جدیدی به این مفهوم داد. استاندارد استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات در بخش اطلاعات آلمان بسیار بالاست.^{۳۹}

در پارلمان فرانسه نیز استفاده از امکانات الکترونیکی بسیار رایج است. در واقع مجالس کشورهایمانند فرانسه، انگلستان و آمریکا از منابع لازم برای سرمایه‌گذاری در نوآوری دیجیتالی برخوردارند و به این ترتیب توانسته‌اند پروژه‌های رادیکال‌تر مشارکتی و همکاری را اجرا کنند (Inter-parliamentary Union, 2018, p. 6).

^{۳۹} بنابر گزارش سازمان ملل متحد در سال ۲۰۱۸ در خصوص مطالعه دولت الکترونیک، شاخص مشارکت الکترونیک آلمان رتبه ۲۳ در جهان را دارد.

یکی از اولین تجربه‌های مشارکت الکترونیک مردم در قانونگذاری ایران، با تشکیل شبکه نخبگان در مجلس هفتم شکل گرفت که امکان ارسال طرح‌ها و لوایح و بهره‌مندی از نظرات اعضا به صورت الکترونیکی فراهم شد. به جز این موارد امکان حضور صاحب‌نظران و نهادها در کمیسیون‌های مجلس جهت اظهار نظر وجود دارد. از این رو در وب‌سایت مجلس ایران و مرکز پژوهش‌های مجلس، مشروح مذاکرات، طرح‌ها و لوایح اعلام وصول شده، روند طرح‌ها و لوایح، نتایج نهایی و قوانین مصوب برای بهره‌برداری عمومی قرار گرفته است.

این نکته نباید از نظر دور بماند که استفاده از تکنولوژی‌های سیار برای دسترسی به اطلاعات آرشیوی هنوز در بسیاری از کشورها مورد استفاده‌ی گسترده‌ی قرار نگرفته است. کمتر از یک سوم از کشورها (۳۲ درصد) فرصت ایجاد اشتراک برای دریافت به روزرسانی و یا اطلاعات‌ها از طریق نامه الکترونیکی و یا پیام کوتاه در خصوص اطلاعات را دارند. در عین حال، تقریباً نیمی از کشورهای جهان (۴۷ درصد) چنین توانایی در حوزه مالی و پولی دارند. استفاده از تکنولوژی داده‌های باز به مراتب از استفاده از پلت‌فرم‌ها و برنامه‌های کاربردی موبایل گسترش یافته است. به طور کلی، شکاف میان کشورهای ثروتمند و کم درآمد همچنان پابرجاست و این واقعیت که ۹۵ درصد کشورهای اروپایی اطلاعات خود را به صورت برخط در دسترس قرار می‌دهند در حالیکه فقط ۴۸ درصد کشورهای آفریقایی و ۳۳ درصد کشورهای اقیانوسیه این دسترسی را ارائه می‌دهند؛ گواه این واقعیت است که پورتال‌های دولتی ۳۸ کشور از ۴۸ کشور اروپایی قانون آزادی اطلاعات را محور قرار داده‌اند در حالیکه این تعداد در قاره آفریقا تنها ۱۴ کشور از ۵۴ کشور را شامل می‌شود (سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی، ۱۳۹۸).^{۴۰}

۲-۲ ارائه خدمات آنلاین و ارتباط آنلاین بین حاکمیت و شهروندان

سطح دوم مدل مشارکت الکترونیکی، «رایزنی الکترونیک» نام دارد بدین معنا که مردم در خصوص یک سیاست، خدمت و یا پروژه‌ی مخصوص مورد مشورت قرار می‌گیرند. با این حال، رایزنی به معنی تعهد نهاد مجری طرح، مبنی بر استفاده از ورودی‌های دریافتی از مردم در سیاست‌ها و خدمات نیست بلکه نظرات به‌عنوان منبع اطلاعاتی به‌منظور پاسخگویی بهتر به نوع نگاه مردم در خصوص یک موضوع خاص است.

ویژگی تعاملی رسانه‌های اجتماعی یک ضرورت برای مشارکت شبکه‌ای و رایزنی منسجم و قابل اتکا محسوب می‌شود. با توجه به این‌که رسانه‌های اجتماعی امروزه به راحتی قابلیت دسترسی دارند و هزینه‌ای بیشتر از پرداخت اتصال اینترنت و به‌کارگیری یک سیستم مدیریت محتوا را ندارد، بسیاری از کشورها از این فرصت استفاده کرده و ایجاد صفحات اختصاصی بر روی رسانه‌های اجتماعی، تعاملات شبکه‌ای و ارتباط با مردم را به نحو چشم‌گیری ارتقاء داده و این فرصت و توسعه رسانه‌های اجتماعی را در جهت پیشرفت در رایزنی الکترونیک به کار گرفته‌اند، به‌طوری‌که ۱۵۲ کشور از ۱۹۳ کشور عضو سازمان ملل ویژگی‌های یک رسانه

اجتماعی را بر روی پلت فرم‌های خود ارائه می‌دهند مانند درج گزینه‌های «رد» و «تأیید» و یا «پسندیدم» و «نپسندیدم» بر روی پورتال‌هایشان. رسانه‌های اجتماعی و ابزارهای الکترونیکی در راهبری، مانند فروم‌های برخط، نظرسنجی، ابزارهای رای گیری و ابزارهای طرح درخواست فرصت‌های زیادی برای انجام رایزنی‌های برخط فراهم می‌آورد و این موضوع موجب شده است از سال ۲۰۱۴، تعداد کشورهایی که رایزنی الکترونیکی را با شهروندان بکارگرفته‌اند دو برابر گردد (سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی، ۱۳۹۸).

پیشرفت شتابنده رایزنی الکترونیک منعکس کننده وضعیت مشارکت الکترونیک است. با این وجود، بکارگیری ابزارهای رایزنی الکترونیک تنها قدم اول در جهت درگیر نمودن معنادارتر و وسیع‌تر عموم مردم قلمداد می‌شود. قدم بعدی حصول اطمینان از عملکرد صحیح سیاست‌گذاری است. موضوع حائز اهمیت دیگر مطلوبیت همگانی در منافع حاصل از مشارکت الکترونیکی است که نیازمند ایجاد یک محیط اعتماد که در آن مردم هنگام استفاده از ابزارهای رایزنی الکترونیک خود را به عنوان همکاری و یار دولت در جهت طراحی و پیاده‌سازی سیاست‌های بهتر احساس کنند (Lindner, & Riehm, 2011, p. 64).

دولت‌ها در کشورها تلاش می‌کنند تا با فراهم کردن کانال موثر ارتباطی با جامعه مدنی، مبتنی بر استفاده خلاقانه از فناوری اطلاعات و ارتباطات در راستای حمایت از دموکراسی، مشارکت شهروندان را در تصمیم‌گیری‌های عمومی‌گسترش دهند که این اقدام‌ها هم‌راستا با تلاش کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^{۴۱} است (OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), 2004, p. 145).

چنان‌که برخی کشورهای مثل برزیل و فنلاند با بکارگیری فناوری‌های ارتباطی، تحولی بزرگ در نحوه تعامل بین پارلمان و مردم به‌وجود آورده‌اند. این موضع با گزارش پارلمان الکترونیکی در سال ۲۰۱۸ هم‌راستاست که نشان داده چگونه ابزارهای ایجیتالی (به تعبیر کلی) پارلمان‌ها و همچنین نحوه مدیریت آنها را تغییر می‌دهند و این واقعیت که چگونه رسانه‌های جدید و داده‌های باز به مجالس کمک می‌کنند تا با مخاطبان ارتباط برقرار کنند (Inter-parliamentary Union, 2018, p. 24). در آمریکا نیز سایت‌های زیادی برای ثبت و امضای دادخواست^{۴۲} وجود دارد، سایت‌هایی که در آنها عموم افراد دادخواستی (عریضه) را ثبت کرده و دیگران با امضای آن عریضه، نوعی قدرت پشتیبانی اجتماعی را برای تحقق آن فراهم می‌کند. در ایالات متحد آمریکا،^{۴۳}

هنگامی که درخواستی تعداد آرای لازم را به‌دست آورد، به دولت ارسال می‌شود. هنگامی که دولت در مورد این طومار تصمیم می‌گیرد، هر شهروندی آن را امضا کرده‌است پاسخ به نامه الکترونیکی خود را دریافت می‌کند

^{۴۱} Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

Petition^{۴۲}

^{۴۳} بر اساس گزارش سازمان ملل متحد در سال ۲۰۱۸، شاخص مشارکت الکترونیک آمریکا در رتبه پنجم جهان قرار دارد.

1. (Bershadskaya, & Andrei Chugunov, 2013, p. 1). بطور مثال، سایت «ما مردم»^{۴۴} یک سایت دولتی با تعهدی دولتی بود که دولت اوپاما برای ثبت عریضه‌های مردم تاسیس کرده و متعهد شد عریضه‌هایی که بتوانند در مدت زمانی مشخص، «آستانه» یا تعداد قابل توجهی امضا را جلب کند را عملی کرده یا در صورت هرگونه معذوریت (همچون عدم امکان، مصلحت خاص، و...) با ارائه یک پاسخ رسمی علت عدم امکان اجرای آن را اعلام کند.

وب سایت «پارلمان مجازی ایران» را با هدف مشارکت گروه‌های ذی‌نفع در فرآیند قانونگذاری کشور در سال ۱۳۹۶ راه‌اندازی شد. این وب‌سایت به صورت سامانه‌ای تعاملی طراحی شده و مهم‌ترین طرح‌ها و لوایح مطرح در مجلس شورای اسلامی را در معرض قضاوت و اظهارنظر صاحب‌نظران قرار می‌دهد. گروه‌های مختلف از جمله فعالان بخش خصوصی می‌توانند با مراجعه به این وب‌سایت، نظرهای خود را درباره طرح‌ها و لوایحی که در صحن یا کمیسیون‌های مختلف مجلس در حال بررسی است به نمایندگان اعلام کنند.^{۴۵}

۳-۲ مشارکت شهروندان در فرآیند تصمیم‌گیری

«تصمیم‌گیری الکترونیکی» سومین سطح از مدل مشارکت الکترونیک است که همچنان یک چالش اساسی باقی‌مانده است. تصمیم‌گیری الکترونیکی اشاره دارد به فرآیندی که در آن مردم ایده‌های خود را به فرآیندهای تصمیم‌گیری ارائه می‌نمایند. دو نمونه از تصمیم‌گیری‌های الکترونیکی شامل (۱) رای‌گیری مستقیم از طریق سیستم‌های امن و (۲) شناسایی گزینه و پیشنهادها (همه‌پسندیدند) از طریق رتبه‌بندی آنها به واسطه ابزار «موافقم / مخالفم / مثبت یا منفی» رسانه‌های اجتماعی است. در حالیکه سیاست‌گذاری نتیجه منطقی فعالیت‌های مشارکتی مردم است، تهیه و تدارک اطلاعات و رایزنی هر دو نمونه‌های مشارکت محسوب می‌شوند که ارزشی برابر به خودی خود دارند. نتایج بررسی‌ها نشان می‌دهد که پیشرفت در تصمیم‌گیری مشارکتی با پیشرفت در رایزنی عمومی در ارتباط نزدیک است.

در برخی کشورها مانند برزیل، آمریکا، انگلستان و فنلاند و فرانسه مشارکت فعال مردم در اصلاح طرح‌ها و لوایح از طریق وب‌سایت مجلس یا ارائه پیشنهاد جدید در حوزه قانونگذاری دیده شده که نشان از حد بالای مشارکت مردم در قانونگذاری است. این بخش هنوز در ایران جنبه عملیاتی موثر به خود نگرفته است هرچند ابزار الکترونیک آن تا حدودی فراهم شده است.

" We The people "

^{۴۵} ایران با رتبه ۱۴۹ در میان ۱۹۳ کشور عضو سازمان ملل متحد قرار گرفته است و میزان پیشرفت در مرحله اول و دوم به ترتیب ۲۱.۷ و ۲۹.۴ درصد و در مرحله سوم همچنان صفر درصد می‌باشد. در طبقه‌بندی کشورها از منظر شاخص مشارکت الکترونیک، کشور ایران در طبقه کشورهای با مقدار شاخص کم قرار گرفته است که نشان از جایگاه بسیار نامناسب در مقایسه با سایر کشورهای منطقه است.

پورتال مجلس انگلستان هر سه بعد مشارکت الکترونیک را در یک فرآیند جمع کرده است. در سایت رسمی دولت انگلستان^۶ صفحه‌ای تحت عنوان صفحه مشارکت^۷ وجود دارد. پیش نویس‌ها و کلیه اسناد و اطلاعات مرتبط به آن برای رایزنی عموم مردم و دستیابی به بازخوردهای سازنده و آگاهانه در صفحه مشارکت بخش اختصاصی مشورت منتشر می‌گردد. سپس نظرات نمایندگان در صورت بازخورد منتشر می‌شود و هر گونه تغییر در سیاست مورد مذاکره به عنوان نتیجه‌ای از رایزنی انجام شده، توضیح داده می‌شود. چنین رویکردی به مشارکت الکترونیک، منجر به گسترش دامنه و مفهوم تصمیم‌گیری مشارکتی خواهد شد (OSCE, 2016, p. 41). نرم افزار «مجلس و شهروندان»^۹ فرانسه از نمایندگان مجلس دعوت می‌کند تا مشکلی را که مشاهده کرده‌اند را به همراه راه‌حلهایی که فکر می‌کنند می‌توانند در قانون مدون شوند، در یک ویدئو با توضیحات کوتاه منتشر می‌کنند. سپس شهروندان بازخورد و پیشنهادهای خود را بارگذاری می‌کنند و می‌توانند به کسانی که احساس می‌کنند بهترین راه‌حل را ارائه داده‌اند، رای دهند. این نرم‌افزار نتایج را تلفیق می‌کند و میزبان مناظره عمومی بین نمایندگان مجلس و شرکت کنندگان است، پس از آن نماینده مجلس بر اساس نتایج، لایحه ای را در مجلس پیشنهاد می‌کند (Agora, 2015, p. 15).

از نظر پارلمان‌ها، بزرگ‌ترین مزیت ابزارهای دیجیتالی، ایجاد توانایی آگاهی‌بخشی به شهروندان درباره سیاست و تقنین (۷۴ درصد) و نحوه کار پارلمان (۶۴ درصد) است. استفاده از ابزارهای دیجیتالی برای افزایش مشارکت و تعامل شهروندان در فرآیندهای سیاسی نیز اهمیت دارد، اما برای تحقق این امر تنها رعایت موارد فنی حائز اهمیت نیست، بلکه نیازمند پشتیبانی از سوی بالاترین سطوح نهادهاست (Inter-parliamentary Union, 2018, pp. 12-16; OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), 2003, p. 10).

اگرچه امروزه بسیاری از کشورها از پتانسیل فناوری اطلاعات و ارتباطات برای حمایت از مشارکت شهروندان در فرآیندهای دموکراتیک بهره می‌گیرند و مبلغ زیادی از پول را در پیش‌بینی سرمایه‌گذاری می‌کنند، اما در ارزیابی این تلاشها توجه مناسبی نداشته‌اند (Loukis, & Xenakis, 2008, ICDIM.2008.4746839). با این وجود، تنها ۳۸ کشور از ۱۹۳ کشور عضو سازمان ملل (۲۰ درصد) نشان داده‌اند که نتایج رایزنی الکترونیک در تصمیمات سیاستی جدید، تنظیم مقررات و طراحی خدمات جدید موثر بوده است. کشورهای بیشتری (۵۳ کشور) از ابزارهای رایزنی الکترونیکی حداقل در یکی از ابعاد بهره برده‌اند اگرچه چنین استفاده‌ای لزوماً منتج به ایجاد یک تغییر واقعی و تطبیق یک مقررات جدید نشده‌است و با وجود رشد قابل ملاحظه در رایزنی‌های

www.gov.uk^{۱۶}Involve^{۱۷}Consultation^{۱۸}Parlement et Citoyens^{۱۹}

الکترونیکی، بسیاری از جلسات تصمیم‌گیری همچنان به‌اندازه کافی برای فرآیندهای سیاست‌گذاری سازماندهی نشده‌اند. در بسیاری از موارد، چگونگی برنامه‌ریزی و انجام مذاکره بر خط قابل تشخیص نبوده و همچنین هدف از انجام آن و نتایج آن شفاف نبوده‌است (سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی، ۱۳۹۸).

۳. نقش مشارکت الکترونیکی مردم در جنبه‌های مختلف تقنین

دموکراسی و اعمال حق حاکمیت توسط مردم به‌صورت مستقیم، اصل اولی در مردمسالاری است و شهروندان به‌عنوان اصیل در یک حکومت دموکراتیک باید در فرآیند تعیین سرنوشت خود مشارکت نمایند و نمی‌توان به بهانه «نمایندگی» حق مشارکت را از آنها سلب نمود. بیشتر نویسندگان معتقدند که اصول دموکراسی مشارکتی مستلزم این است که مردم متأثر از یک پیشنهاد تقنینی مورد مشورت در مورد آن قرار بگیرند و خواهان آن باشند که نظراتشان قبل از اینکه آن سیاست تقنینی وضع گردد، مورد بررسی قرار گیرد. با این رویکرد جدید، قوانین توسط عموم مورد احترام قرار می‌گیرد و ارزششان را در جامعه از دست نمی‌دهند و برای حکومت نیز آسان‌تر خواهد بود که قوانینی که مورد احترام اکثریت است را به اجرا بگذارد (Mzimakwe, 2010, p. 503).

این قوانین ناشی از درک صاحبان قدرت از وجدان جمعی می‌باشد که البته مقدمه لازم برای تشکیل این وجدان جمعی، وجود فضایی منطقی و برابر در گفتگوهای چند جانبه میان شهروندان با یکدیگر و با زمامداران است (حبیب‌زاد، ۱۳۹۴، ص ۹۳). اگرچه مقامات و رهبران کشورها ارزش مشارکت عمومی برای تنوعی از اهداف، فرآیندها و تصمیمات مورد شناسایی قرار داده‌اند، اما آنها رویه واحدی در طراحی فرآیند مشارکت برای دستیابی به نتایج مطلوب ندارند. کشورها تجربه‌های متفاوتی را در مورد مشارکت الکترونیکی شهروندان دارند. این مشارکت شهروندان در حوزه‌های گوناگونی متصور است از مرحله وضع مقررات تا اجرای آن و تا فرآیند نظارتی بر امور. در اینجا به بررسی مشارکت الکترونیکی مردم در فرآیند قانونگذاری در مراحل پیش از وضع مقررات و در حین وضع مقررات و پس از وضع اولیه مقررات با نگاهی تطبیقی به مواضع کشور ایران در این مقولات می‌پردازیم:

۱-۳ مشارکت الکترونیکی در مرحله پیش از وضع مقررات

مشارکت در این مرحله ناظر بر اقداماتی است که منجر به وضع مقررات می‌گردد. قالب این قسم از مشارکت در شکل ابتکار شهروندی^{۵۰} نمایان می‌گردد (OSCE, 2016, p. 5). این ابتکار دو صورت دارد:

(۱) ابتکار تقنینی؛^۱ ابتکار شهروندان به شکل طرح یک پیشنهاد مقررات گذاری است که غالباً منجر به برگزاری فرایند دوم در خصوص یک موضوع می گردد (Breuer, 2007, p. 9).

(۲) ابتکار دستورکار؛^۲ گاهی پیشنهاد یا تقاضای سیاست گذاری عمومی از سوی مردم است که تصمیم گیری در مورد آن به مقامات سیاسی واگذار می شود و آنها می توانند تصمیم بر رد یا پذیرش یا بر رای عمومی بگیرند (Bardazzi, & Caramaschi, 2017, p. 2).

آغاز هر دوی این فرایندها غالباً با جمع آوری امضا به ابتکار خود شهروندان است که یا به شکل حضوری یا به طریق آنلاین صورت می گیرد. در ایالات متحده آمریکا همانطور که قبلاً اشاره شد از طریق به صورت الکترونیکی مردم توان مشارکت در امور تقنینی دارند. در فنلاند نیز از این طریق ساکنان دارای حق رای شهر می توانند در سایت مجلس، طرح پیشنهاد نمایند و البته مجلس موظف است با هر تصمیمی، پیشنهاددهندگان را از تصمیم خویش مطلع سازد (Büchi, 2011, p. 213).

شیوه های گوناگون مرتبط با دموکراسی نمایندگی با انواع مختلف ابتکارات در کشورهای دنیا وجود دارد که در صورت استفاده از ابزارهای دموکراسی مستقیم به عنوان ابزار واکنشی آنلاین و انفعالی (زمانی که در اختیار شهروندان برای رای دادن در مورد پیشنهادات یا تصمیمات مقامات دولتی فراهم می شود)، آنها می توانند به عنوان مکمل نمایندگی توصیف شوند. از سوی دیگر، زمانی که آنها فعالانه عمل می کنند (زمانی که شهروندان پیشنهادهایی برای در دستورکار قراردادت داشته باشند)، می توانند جایگزین دموکراسی نمایندگی باشند، چرا که شهروندان نقش قانونگذار را بر عهده می گیرند. در مجموع ابتکارات الکترونیکی به شیوه نوین، اجازه باز کردن راه های مکمل برای مشارکت در تصمیم گیری فراتر از انتخاب صرف نمایندگان را می دهد و توسعه و حمایت از ایده ها از پایین به بالا را تشویق می کند (Beramendi, & Others, 2008, pp. 80-83).

از آثار مثبت این ابتکارات آنلاین آن است اگرچه جنبه الزامی نیز ندارد ولی از آن جهت که معمولاً با امضا و حمایت شمار زیادی از شهروندان همراه است، می تواند در جهت دهی کلی به سیاستها و مقررات گذاری ها موثر واقع شود. همچنین موجب گسترش فرهنگ مذاکره میان مردم و نمایندگانشان می انجامد و می تواند با رساندن آنها به درکی مشترک امکان تعامل دو سویه و و پذیرش تصمیم ها از سوی مردم و یا اقناع بهتر شهروندان در صورت عدم پذیرش وجود دارد علی الخصوص زمانی که جمع آوری امضا به صورت آنلاین باشد، اگرچه امکان تغییر ماهیت پیشنهاد پس از مذاکرات وجود دارد.

^۱ Legislative initiative

^۲ Agenda initiative

در ایران، طرح مشارکت مستقیم شهروندان در امور قوه مقننه (به شماره ثبت ۵۵۴): ماده واحد - پس از ماده ۲۳۸ قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، یک مبحث به شرح زیر الحاق و شماره مبحث و مواد بعدی اصلاح می شود: مبحث ششم - مشارکت مستقیم شهروندان ماده ۲۳۹ - هرگاه پانصد هزار نفر از واجدین شرایط در انتخابات مجلس شورای اسلامی، درخواستی مبنی بر تصویب قانون در یک موضوع خاص را امضاء کنند، هیأت رئیسه مکلف است طرحی در خصوص آن موضوع تهیه و ترتیبی اتخاذ کند تا طرح فوق در دسترس نمایندگانی که تمایل به امضای آن دارند قرار گیرد. اسامی نمایندگان امضاءکننده به صورت برخط و از طریق پایگاه های الکترونیکی مربوطه در معرض مشاهده عموم قرار خواهد گرفت.

۲-۳ مشارکت الکترونیکی شهروندان در حین وضع مقررات

اگر تمرکز بر روی فرآیند و نه صرفاً بر اهداف باشد، تلاش ها برای تعمیق دموکراسی به سمت گسترش فرآیندهای مشورتی است یعنی توسعه گفتگوهایی که در آن دیدگاه های مختلف مورد توجه و احترام قرار گیرند. در این حالت از سازوکارهایی مانند مباحثات عمومی آنلاین و کمپین هایی که در طول ابتکارات و رفراندم، فعالیت آنلاین دارند، مورد توجه قرار می گیرد (Schiller, 2011, p. 63).

در برخی کشورها مشورت در مرحله پیش از تصویب مقررات الزامی است. چنانکه طبق قانون مجارستان، نهادهای حاکمیتی موظفند که پیش نویس مقررات را بر صفحات اینترنتی شان همراه با توضیحات اضافی در مورد پیش نویس و دیگر اسناد ضروری قرار دهند (Council of Europe, 2016, p. 6).

از رایج ترین روش هایی که امروزه کشورها از طریق آن مشورت الکترونیکی با شهروندان را در حین وضع مقررات میسر می سازند را می توان به روش مناظرات و نشست های عمومی، و مشاوره مکتوب اشاره نمود.

در روش مناظرات و نشست های عمومی، که هدف آن جمع آوری نظرات عمومی و تبادل اطلاعات در مورد مسائل و مقررات است قبل از اینکه تصمیمی اتخاذ شود (OSCE, 2016, p. 8). به طور مثال طبق قانون اساسی آفریقای جنوبی، تصویب مقررات را پیش از اینکه مقرر پیشنهادی برای عموم منتشر شده باشد، ممنوع می داند. نسخه کامل پیش نویس به میزان قابل توجهی کپی برای توزیع به صورت نرم افزاری و سخت افزاری برای اظهار نظر عمومی در دسترس آنها قرار می گیرد. پیشنهادات چه به صورت آنلاین چه مکتوب و یا شفاهی ثبت و ضبط می گردد و در قالب نرم / سخت در سایت های تعیین شده قابل دسترسی خواهد بود و پس از آن، در مورد نتایج تصمیمات گرفته شده توسط مجلس در همین سایت ها اطلاع رسانی می شود (Mzimakwe, 2010, p. 46).

شیوه جدیدتر الکترونیکی که امروزه در بسیاری از کشورها به منظور بهره مندی بیشتر و کیفی تر از نظرات عمومی در پیش گرفته شده است، روش مشاوره های مکتوب است. در ارمنستان بازه زمانی ۱۵ روز پس از انتشار آنلاین پیش نویس قوانین، برای دریافت نظرات و پیشنهادات عموم بصورت مکتوب تعیین شده است (Council of Europe, 2016, p. 17).

در آذربایجان کلیه نهادهای تقنینی بایستی بر روی وبسایت‌هایشان یا از طریق رسانه‌های جمعی اطلاعاتی را در مورد آغاز یک مشورت مکتوب در مورد پیش‌نویس قوانینی که آماده کرده‌اند، منتشر نمایند. پس از گذشت از مهلت نظردهی در سایت، مقامات توجیهات خود را در رد یا قبول پیشنهادات در همان سایت ارائه خواهند نمود. در بسیاری از کشورها، پیشنهادهای مشاوره آنلاین در سطح ملی نهادینه شده و دسترسی فراهم است (Inter-parliamentary Union, 2018, pp. 37-40).

۳-۳ مشارکت الکترونیکی پس از وضع اولیه مقررات

در این مرحله مشارکت شهروندان پس از تصویب اولیه مقررات است. تصویری که به معنای خاتمه کار نیست، بلکه حتی پس از تصویب هم امکان اعمال نظر شهروندان وجود دارد. تاثیرگذاری در این مرحله از طریق فراندوم صورت می‌گیرد. فراندوم به معنای مراجعه مستقیم به آرای عمومی است. در رایج‌ترین شکل آن، یک سوال یا موضوع توسط نهاد تصمیم‌گیر در قالب برگه رای به شهروندان برای تصویب ارائه می‌شود و آن فراندوم تقنینی است (Crowley, 2008, p. 1). تفاوت این شکل از اقدام با ابتکار عام شهروندان در پیشنهاد وضع قوانینی که ممکن است منتهی به رای عمومی شود، این است که در همه پرسی، ابتکار مراجعه به شهروندان به پیشنهاد نهاد تصمیم‌گیر است اما در ابتکار، پیشنهاد مراجعه با مردم رای‌دهنده است (رستمی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۲). شکل دیگر همه پرسی به شهروندان اجازه می‌دهد که بتوانند قوانینی را که توسط نهاد تصمیم‌گیر پیشنهاد و تایید می‌شود را متوقف کنند و تصویب آن را به رای عمومی بگذارند. چنین فراندومی را فراندوم لغو یا وتوی عمومی^{۵۴} می‌نامند (Breuer, 2008, p. 14).

در برخی شهرهای آمریکا به شهروندان اجازه داده می‌شود در خصوص مقررات محلی تصویب شده، در سایت‌های مرتبط برای برگزاری یک فراندوم تصمیم‌گیری کنند. قابل توجه است که رعایت حدنصاب تعداد امضاها در مهلت تعیین شده، ضروری است (Matsusaka, 2002, p. 4). طومارهای آنلاین روند رو به رشدی را تجربه می‌کنند. طومارهای آنلاین معمولاً عمومی هستند و همه شهروندان می‌توانند امضاء کنند. آنها همچنین اغلب در کمپین‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند. برخی رویه‌ها از ارتباطات چندجانبه استفاده می‌کنند که امکان بررسی پیش‌نویس‌های مشارکت‌کنندگان را فراهم می‌کند (Panizza, 2016, p. 58-60).

اگرچه مشارکت در کشورهای مختلف به شدت وابسته به نظام قانونگذاری کشور و متاثر از قوانین ناظر بر تشریفات قانون‌گذاری به خصوص آیین‌نامه داخلی مجلس است. اما از برآورد مطالعه این بخش، مجموعاً ۸ شیوه مشارکت در فرآیند قانونگذاری دیده می‌شود:

^{۵۴} Abrogative referendum

^{۵۵} Popular Veto

ارتباط مستقیم میان شهروندان و نمایندگان؛

ابتکارات قانونگذاری مردمی؛

بهره‌مندی از مشاوره غیررسمی؛

حضور شهروندان در کمیسیون و جلسات غیرعلنی؛

مشارکت فعال در تهیه پیش‌نویس؛

ارائه متن پیشنهادی قانون جهت اعلام نظر؛

اعلام و اخذ نظر عمومی (Barotanyi, 2008, p. 356).

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

نتایج پایش تعاملات پارلمان‌های کشورهای مختلف با مردمان آن کشور، نشان از رشد روزافزون فعالیت‌های مشارکت الکترونیک در سطح جهان دارد. این رشد روزافزون از طرفی معلول عرضه حجم هرچه بیشتر اطلاعات کشور از طریق کانال‌های دیجیتالی به خصوص در قالب داده‌های باز و از طرف دیگر به واسطه افزایش فعالیت‌های رایزنی الکترونیکی توسط سازمان‌های عمومی در کلیه سطوح با استفاده از فرصت‌های شبکه‌ای رسانه‌های اجتماعی بوده‌است که اثرات آن در مقبولیت عام و نیز کارایی و به روز بودن و تناسب با نیازهای جمعی مقرره‌های پارلمان‌ها هویدا می‌گردد. سیستم تقنینی جمهوری اسلامی ایران، هرچند در این مسیر گام‌هایی پیموده است، اما واکاوی طرق ارتباطی مردم با آن نهاد به طور عام و نمایندگان فعلی هر دوره به طور خاص، نمایان‌گر وجود کاستی‌های چشم‌گیر در این مسیر است. مطالعه‌ی هرچند اجمالی درصد همراهی اراده‌ی جمعی با مصوبات و طرح‌ها و میزان تاثیرپذیری روند تصویب یک طرح و لایحه از خواست مردمی و اظهارات کارشناسان غیر موثر در پارلمان، به آسانی ناچیزی تعامل این نهاد با مردم را آشکار می‌سازد که در صورت بی توجهی بدان، فقدان پایگاه مردمی و در نتیجه تضعیف آن را در پی خواهد داشت. به قطع تبدیل نهاد نمایندگی از صورت فعلی به صورت نمایندگی فعال، زیرساخت‌های ویژه‌ی می‌طلبد که ضمن توجه به عدم انحصار در موارد گفته شده، چند نمونه از آن‌ها پیشنهاد می‌گردد:

جهت مدیریت استراتژی‌ها و موقعیت‌های موجود در مشارکت آنلاین، نیاز است تا مهارت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات نمایندگان مجلس افزایش یابد. زیرا یک سوی تمامی این مطالبات، آنها هستند.

افزایش پهنای باند، بهینه‌سازی زیرساخت‌های ابزارهای الکترونیکی جهت مشارکت، گسترش فرهنگ مشارکت الکترونیکی و چگونگی استفاده از ابزارهای الکترونیکی در سطح جامعه.

اندازه‌گیری استفاده واقعی از ابزارهای مشارکت الکترونیکی و ارزیابی بازخوردهای مردم در سطح مشارکت الکترونیکی هنوز به صورت چالشی است که ساختار دقیقی نسبت به تطبیق ماهیت نظام سیاسی کشور مورد مطالعه با روندهای تصمیم‌گیری ایجاد نموده‌است.

اگرچه از کشوری به کشور دیگر ممکن است پیاده‌سازی فعالیت‌های مشارکتی تجربه‌های متفاوتی را ایجاد کند اما کلیه کشورها می‌توانند با سهیم بودن در سطح رایزنی الکترونیکی در تصمیم‌گیری مشارکتی پیشرفت نمایند. بدیهی است که انواع مختلف مذاکرات و همکاری‌های آنلاین بخش جدانشدنی از فرآیند تصمیم‌گیری است اما دسترسی و استفاده از فناوری اطلاعات برای قدرت بخشیدن به مردم شامل اقشار آسیب‌پذیر امری ضروری است.

بنابراین، از اهداف اولیه کشورها می‌بایست تامین دسترسی با کیفیت به فناوری اطلاعات و ارتباطات و آموزش حق دسترسی به اطلاعات و چگونگی استفاده از این حق بوسیله ابزارهای الکترونیکی به منظور بهره‌مندی کامل از منافع مشارکت الکترونیک باشد.

حداکثر سازی استفاده از ابزارهای موجود مشارکت الکترونیک و افزایش ظرفیت نهاد برگزارکننده آن به منظور استفاده از نتایج مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌ها می‌بایست به‌عنوان یک هدف استراتژیک برای مدیریت نوآوری عمومی در کلیه کشورهای جهان مدنظر گرفته شود.

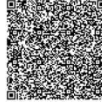
در کشور ایران قانون حق دسترسی به اطلاعات به‌عنوان پیش‌نیاز اساسی در موضوع مشارکت الکترونیک در سال ۱۳۸۸ تصویب شده است. اما به دلیل عدم وجود ضمانت‌اجرائی لازم و عدم نظارت دوره‌ای دستگاه‌های اجرایی عملاً استفاده از ابزارهای الکترونیکی، کارآمدی لازم را ندارد.

اگرچه برخی دستگاه‌های حکومتی از ابزارهای شبکه‌های اجتماعی جهت ارتباط با مخاطبین و شهروندان و مشارکت دادن آنها در نظرسنجی‌های دوره‌ای انجام می‌شود اما همچنان اقدامات بیشتری در جهت ترغیب مشارکت مردم نیاز است بخصوص در سطح مشارکت الکترونیکی در فرآیند تصمیم‌گیری.

سایت مجلس از سال ۱۳۹۸ بروزرسانی لازم را ندارد. به‌طور مثال، در لایحه بودجه متعلق به سال ۱۳۹۸ هنوز امکان رای دهی وجود دارد با اینکه تاریخ آن به اتمام رسیده‌است. به جز چند موردی هیچ طرح و لایحه جدیدی بارگزاری نشده و به نظر می‌رسد ابزار سایت در مجلس، صرفاً یک وسیله‌ای که به لحاظ شکلی صرفاً طراحی شده است و هیچ عملکرد واقعی ندارد و لذا انتظار می‌رود مدیریت پیام‌های ایمیل به شیوه‌ای پاسخگو تغییر یابد و علاوه بر اسناد قانونی، باید مشروح جلسات و تغییرات مطرح شده بر روی طرح‌ها و لوایح و ... نیز در این سایت قابلیت دسترسی داشته باشد تا قابلیت رای دهی بخصوص آنلاین در آن وجود داشته باشد و سطح مشارکت الکترونیکی مردم در حوزه تصمیم‌گیری قوانین گسترده‌تر گردد.

- حافظ‌نیا، محمدرضا (۱۳۹۰)، جغرافیای سیاسی فضای مجازی، تهران، سمت.
- حبیب‌نژاد، سیداحمد (۱۳۹۴)، وجدان جمعی، نیروی سازنده قانون اخلاقی، فصلنامه تخصصی دین و قانون، ش. ۸.
- رستمی، ولی (۱۳۸۷)، مشارکت مردم در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۲۸، ش. ۱.
- سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی (۱۳۹۸)، آمار حوزه فناوری اطلاعات.
- <https://opendata.cra.ir/Dashboard/96954f32-1b4c-4cb2-a18b-e8c986288bb6?e=false&vo=viewonly>
- عاملی، سعیدرضا؛ حسینی، حسین (۱۳۹۱)، دوفضایی شدن آسبها و ناهنجاری‌های فضای مجازی: مطالعه تطبیقی سیاست‌گذاری‌های بین‌المللی، فصلنامه تحقیقات فرهنگی، ش. ۱.
- عباسی قادی، مجتبی؛ خلیلی کاشانی، مرتضی (۱۳۹۰)، تأثیر اینترنت بر هویت ملی، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی.
- فتحیان، محمد؛ مهدوی‌نور، سیدحاجم (۱۳۸۶)، پیش به سوی جامعه اطلاعاتی، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی.
- کاستلز، مانوئل (۱۳۸۲)، عصر اطلاعات، ظهور جامعه شبکه‌ای، ج ۳، تهران، طرح نو.
- مجتهدزاده، پیروز (۱۳۹۲)، ژئوپولیتیک فضای مجازی، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی.
- محسنی، فرید؛ قاسم زاده، فریدون (۱۳۸۵)، حریم شخصی در فضای مجازی با تکیه بر حقوق ایران، فصلنامه شریف، ش. ۳۴.
- میردامادی، محسن (۱۳۸۰)، فضای سایبرنتیک به مثابه فضای شهری (پایان نامه کارشناسی ارشد)، دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه تهران.
- هاتف، مهدی (۱۳۸۸)، چالش‌ها و چشم‌اندازهای امنیت در فضای مجازی، دو ماهنامه توسعه انسانی پلیس، ش. ۲۲.
- Agora, Brief (2015), Citizen Engagement Through Ict.
- Alonso, Ángel I. (2009), "E-participation and Local Governance: A Case Study", Theoretical and Empirical Researches in Urban Management, V. 3.
- Bardazzi, E.; Caramaschi, O. (2017), Italian And European Citizen' initiative: challenges and opportunities, LUISS School of Government. available in: <https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files>
- Barotanyi, B. (2008), E-Recht – "Law Making in a Contemporary Way", Journal of Law and Technology, V. 1.
- Beramendi, V. Ellis, A.; Kaufman, B.; Kornblith, M.; LeDuc, L.; McGuire, P.; Schiller, T.; Svensson, P. (2008).
- Bershadskaya, A. (2007), Institutions of direct democracy and accountability in Latin America's presidential democracies, Journal Democratization, V. 14, issue 4.
- Breuer Direct democracy: the International IDEA handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Breuer, A. (2008), The problematic relation between direct democracy and accountability in Latin America: evidence from the Bolivian case, Bulletin of Latin American Research, V. 27, issue 1.
- <https://agora-parl.org/resources/library/agora-brief-citizen-engagement-through-ict>
- Büchi, R. (2011), Local popular votes in Finland – procedures and experiences, in Schiller, T, Local direct democracy in Europe, Springer Science & Business Media.
- Carman, C. (2010), "The Process is the Reality: Perceptions of Procedural Participatory Democracy", Political Studies, V. 58
- Council of Europe (2016), Civil Participation in Decision Making in the Eastern Partnership Countries, France.
- Crowley, S. (2008), Iowa Local Government Initiative and Referendum. Available in: https://www.legis.iowa.gov/DOCS/LSA/Legis_Guide/2009/LGLSL054.PDF
- Horan, T. (2004), Introducing E-GOV: History, Definitions, and Issues. Communications of the Association for Information Systems, V. 15.
- Inter-parliamentary Union (2018), "World e-Parliament Report 2018", Geneva – Switzerland.
- Komito, Lee (2005), "e-Participation and Governance: Widening the Net", The Electronic Journal of e-Government, V. 3.

- Lindner, R.; Riehm, U. (2011), "Broadening Participation Through E-Petitions? An Empirical Study of Petitions to the German Parliament", Policy and Internet, V. 3.
- Lippa, Barbara, Steffen Albrecht; Niels Kohlrausch (2008), "eParticipation-Electronic Participation of Citizens and the Business Community in eGovernment", Study on Behalf of the Federal Ministry of the Interior, Division IT 1.
- Loukis, E.; Alexandros Xenakis (2008), Evaluating Parliamentary e-participation, 3rd International Conference on Digital Information, Management, ICDIM 2008. 806 812.10.1109/ICDIM.2008.4746839
- Lyudmila, Andrei Chugunov; Dmitrii Trutnev (2013), "E-participation Development: A Comparative Study of the Russian, USA and UK E-petition Initiatives", ACM International Conference Proceeding Series. 10.1145/2591888.2591900.
- Matsusaka, j. (2002), The initiative and referendum in American cities: Basic patterns. available in:http://www.bcf.usc.edu/~matsusak/Papers/Matsusaka_Cities_I_and_R_Almanac.pdf
- Mzimakwe, T (2010), Public participation and engagement in local governance: A South African Perspective, Journal of Public Administration, V. 45, issue 4.
- OECD (Organization for Economic Co-operation and Development ((2003),"Engaging Citizens Online for Better Policy-making", Policy Brief, Paris: OECD.
- OECD (Organization for Economic Co-operation and Development (2004), "Promise and Problems of e-Democracy: Challenges of Online Citizen Engagement", Paris: OECD.
- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).
- OSCE, (2016), Implementing citizens' participation in decision making at local level, Organization for Security and Co-operation in Europe.
- Panizza, R. (2016). "Potential and Challenges of e-participation in the European Union", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, Available at: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>
- Patil, R. S. (2010), A Study of Progress, Development and Strategy of Government Organization Regarding E-Governance in MAHARASHTRA State with Special Reference to NASHIK District (Thesis for the Degree of PHD). University of Pune.
- Schiller, T. (2011), Local direct democracy in Germany – varieties in a federal state, in Schiller, T. Local direct democracy in Europe, Springer Science & Business Media.
- Sheldon, J. B. (2011), Deciphering Cyber power: Strategic Purpose in Peace and War, Strategic Studies Quarterly.
- Timmers, P. (2007), "Agenda for eDemocracy – an EU perspective", European Commission.
- United Nations (2010), "United Nations E-Government Survey 2010", New York, United Nations.
- United Nations (2016), UNITED NATIONS E-GOVERNMENT SURVEY 2016, New York, US: United Nations.
- www.worldbank.org



بازنگاهی به کیفیت مجازات محاربه با ترجیح قول ترتیب از منظر فقه و حقوق جزای اسلام

احمد عابدینی

استادگروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران
ahmadabedinia@yahoo.com

جواد پنجه پور

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران

panjehpour@gmail.com

محمد ابراهیم مجاهد

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران
mojaheds49@yahoo.com



چکیده

بدون تردید محاربه یکی از مهمترین جرایم علیه امنیت داخلی و حتی خارجی است. این پدیده ی مجرمانه متخذ از آیه سی و سه (۳۳) سوره مانده می باشد و تحت عنوان آیه محاربه از مهمترین آموزه های قرآنی مورد استعمال در فقه جزایی اسلام است. بر اهل تحقیق پوشیده نیست که یکی از مسایل مورد مناقشه در باب محاربه، مسئله ی کیفیت و نحوه اعمال مجازاتهای چهارگانه در آیه شریفه می باشد. در این زمینه دو قول وجود دارد. گروه کثیری از فقها ملتزم به تخییر حاکم در اعمال مجازاتها شده اند، و گروهی دیگر قائل به ترتیب اند. پژوهش حاضر در راستای پاسخ به همین سوال ساماندهی شده است، که با عنایت به آیه شریفه نحوه و کیفیت اعمال مجازاتهای محصوره، از ناحیه حاکم چگونه است؟ و حق با کدام قول است؟ بر همین اساس در پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی- تطبیقی- توصیفی برای رسیدن به پاسخ مطلوب، ابتدا به تصویر روشنی از مفهوم محاربه و نیز آشنایی اجمالی با انواع مجازاتهای چهارگانه ی قتل، صلب، قطع و نفی اهتمام، و در ادامه به بیان اقوال فقها پرداخته شد. سپس ادله و مستندات هر دو قول تخییر و ترتیب تفصیلاً مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت. روشن شد که اصولاً تقسیم روایات به تخییر و ترتیب ناصواب و فاقد مبنای صحیحی است. همه روایات مترصد بیان یک حقیقت هستند. اختلاف آنها صرفاً امری ظاهری است و هرگز تنافی ماهوی و حکمی با هم ندارند. سرانجام علی رغم کثرت گرایش فقها به قول تخییر، با عنایت به ائقان و برتری ادله ی قول ترتیب، حقانیت این قول ثابت و ترجیح داده شد. با این رویکرد فقهی نحوه اعمال مجازات محارب مبتنی بر قول ترتیب و تناسب مجازاتهای مقرر به جرایم ارتكابی است. فایده عملی و کاربردی این پژوهش، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ ق. م. ا. مصوب سال ۱۳۹۲ می باشد.

واژگان کلیدی: محاربه، کیفیت مجازات، تخییر و ترتیب.

مقدمه

فقه‌ای اسلام در آثار فقهی خویش بویژه در بخش جزایی بیشترین مذاقه و اهتمام را نموده و دقیق‌ترین تفسیرها را از مراد شارع ارایه داده‌اند. بر همین اساس در رابطه با حد محاربه و کیفیت اعمال مجازات محارب (در باب حدود) به تفصیل بحث نموده و آثاری بسیار دقیق و ارزشمند از خود به یادگار گذاشته‌اند. علمای حقوق نیز به سهم خویش تتبعات و تحقیقات علمی و منتقدانه و روشنگرانه‌ای را به انجام رسانده، و در رابطه با تبیین زوایای این بحث عنایت ویژه‌ای داشته‌اند.

فقه‌ها صرف نظر از اختلاف در جزئیات در مجموع برداشت واحدی از مفهوم محاربه دارند. از نظر آنها محارب کسی است که با تشهیر سلاح و یا هر وسیله خوفناک دیگر علناً اقدام به ترس و وحشت و نا امنی و راهزنی نماید، و موجب زیان مالی و یا جانی و یا ناموسی به مردم شود. رکن قانونی این رفتار مجرمانه مبتنی بر آیه ۳۳/ مائده می‌باشد. مضافاً آنکه ادله روایی و حکم عقل و سیره نیز بر اتقان آن دلالت دارد. از نظر قانونی مواد ۲۷۹ الی ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ناظر به تعریف و کیفیت مجازات آن می‌باشد. رکن مادی جرم محاربه انجام فعل مثبت مادی با خصیصه علنی بودن است. قصد ترساندن مردم «آخافه الناس» اساس عنصر روانی جرم را تشکیل می‌دهد و اهل ریه، تقید به سلاح خاصی شرط تحقق نیست. اصل در تحقق آن مطلق آخافه از هر طریق و به هر وسیله است. طرق اثبات جرم محاربه اجماعی است. توبه ی محارب قبل از دستگیری و همین طور جنون حین ارتکاب و فوت از جمله مسقطات حد از اوست.

۱- پیشینه تحقیق:

در رابطه با سابقه ی تحقیقات انجام شده در خصوص موضوع مورد بحث صرف نظر از مباحث ارزشمند مطروحه در آثار فقهی فریقین، و کتب حقوقی، کار تحقیقی مستقل و دقیق، و مبتنی بر مبانی مستدل فقهی نگاشته نشده است. البته در لابلای برخی مقالات مطالبی مرتبط مشاهده می‌شود. همین طور مقالات انگشت شماری از جمله مقاله ای تحت عنوان «لزوم رعایت ترتیب در اجرای مجازات محارب نوشته سید نصرالله محبوبی زرگریان و طه فاطمی‌نیا و یا «کنکاشی در شیوه ی اجرای مجازاتهای محارب و همسان سازی چگونگی انتخاب مجازات ترتیبی یا تخییری از محمدحسین شاکر و حمید روستایی انجام شده است. اما بنظر می‌رسد علی رغم تلاش ارزشمند نویسندگان آنها فاقد جامعیت مباحث فقهی مستدل و اقناع کننده بوده‌اند. با این توصیف انتظار می‌رود این تلاش ناچیز توانسته باشد در ادامه و تکمیل تحقیقات گذشته، اجمالاً تصویر روشن تر و گزارش مستدل تری از مبانی فقهی موضوع مورد بحث را به جامعه علمی عرضه نماید و بعنوان تلاشی سامان یافته تر و جدید تر، مدد رسان محافل قانون گذاری و تحقیقات بهتر در آینده باشد.

۲- مفهوم شناسی لغوی و اصطلاحی محاربه

۲-۱- معنای لغوی محاربه

اهل لغت در تعریف محاربه گفته‌اند:

« محاربه مشتق از «حرب» به فتح راء به معنای سلب، و به کسر راء بمعنای غضب، و به سکون راء به معنای نزاع و خصومت می‌باشد. کلمه محاربه مصدر باب مفاعله و از ثلاثی مجرد «حرب» به سکون راء، نقیض سلم (صلح) است. به دلیل شهرتش به معنای مقاتله و جمع آن حروب است. (فلان حرب لی، ای عدو محارب و ان لم یکن محاربا. (ابن منظور ۳۰۳/۱۴۱۴؛ ابن اثیر، بی تا / ۳۴۶؛ طریحی ۴۸۱/۱۴۱۶؛ صاحب بن عباد ۱۴۱۴/ ۸۵) گفته شده: « محاربه با مسلمین به منزله محاربه با خدا و رسول اوست. و ذکر نام خدا و رسول (ص) برای بزرگداشت و سنگینی فعل ارتكابی است. تعریف مشهور فقها نیز بر اساس همین معناست. » (طریحی ۱۴۱۶/ ۳۷)

بنابراین معنای لغوی محاربه ناظر به جنگ و ستیز و نا امنی است؛ و خلاصه هر اقدام ضد صلح و مسالمت و امنیت عمومی را محاربه گویند.

۲-۲- معنای اصطلاحی محاربه در فقه اسلامی:

در فقه اسلامی اصل مفهوم محاربه و کلیت آن مورد قبول همه مذاهب اسلامی هست، ولی در فروعات تعریف محاربه میان فقهای امامیه و نیز مذاهب مختلف اهل سنت، اختلاف نظرهایی وجود دارد. حتی فقهای هر یک از مذاهب از نظر واحدی تبعیت نکرده‌اند. عمده دلیل این امر، برداشت‌های متفاوتی است که از آیه ی مربوطه می‌شود. ولی مستفاد از بیان همه فقها در خصوص مفهوم محاربه این است که مجموعه ی تعاریف نزد آنها اعم از امامیه و اهل سنت تفاوت فاحشی با هم ندارند ملخص آن در مبسوط شیخ چنین آمده است:

« تمامی فقیهان (عامه) بر این نظرند که مراد از آیه، قطاع الطريق یعنی راهزنان هستند. و آنها عبارتند از کسانی که سلاح کشیده و به ارباب و راهزنی می‌پردازند. مطابق روایات ما، مراد آیه هر کسی است که سلاح کشیده و مردم را می‌ترساند چه در دریا و چه در خشکی، چه در شهر و چه در بیابان و روایت شده که دزد نیز محارب است. در بعضی از روایات ما هم آمده که مراد از آیه قطاع الطريق (راهزنان) هستند، چنانکه فقهای عامه نیز همین گونه گفته‌اند. » (طوسی ۴۷/۱۴۱۲)

سخن شیخ طوسی صریح است در اینکه آیه اختصاص به محارب به معنای اخص آن دارد. در مجموع آیه ی محاربه در میان فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی به عنوان مستندی قرآنی در جهت جرم انگاری اقدامات مسلحانه و خشونت آمیز برای بر هم زدن امنیت و آسایش عمومی مردم مسلمان و ایجاد ترس و وحشت و نا امنی در محیط اجتماعی آنان مورد تفسیر و تایید قرار گرفته است. بنابر این محور اصلی پدیده مجرمانه محاربه اخلال در «امنیت و آزادی و آسایش مردم» است.

شهید اول در لمعه می‌فرماید: «هِيَ تَجْرِيدُ السِّلَاحِ بَرًّا أَوْ بَحْرًا، لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، لِإِخَافَةِ النَّاسِ فِي مِصْرٍ وَغَيْرِهِ مِنْ ذِكْرِ أَوْ أَثْنٍ، كَانَ قَوِيًّا أَوْ ضَعِيفًا» یعنی «محاربه، کشیدن سلاح در خشکی یا دریا، در شب یا روز به قصد ترساندن مردم در شهر یا غیر آن است، چه محارب مرد باشد یا زن، قوی باشد یا ضعیف.» (شهید اول ۱۳۷۶/۲۴۴)

شهید ثانی در روضه می‌نویسد: «مِنْ أَهْلِ الرِّيْبَةِ أَمْ لَا فَصَدَ الْإِخَافَةُ أَمْ لَا عَلَى أَصَحِّ الْأَقْوَالِ» یعنی «بنابر اصح اقوال (محارب محسوب است) خواه محارب از کسانی باشد که مردم از آنها می‌ترسند (اهل ريبه)، یا از آنان نباشد، چه قصد ترساندن داشته باشد یا نداشته باشد.» (شهید ثانی ۱۴۱۰/۱۲۳)

۳- تبیین اجمالی مجازات‌های چهارگانه ی محاربه از منظر فقهای شیعه

در رابطه با مجازات‌های چهارگانه و نیز افعال استعمال شده تفسیرهای گوناگونی ارایه شده، ولی این افعال چون به صیغه مضارع آمده‌اند و مشدد نیز هستند و حرف «ان» در ابتدا و سپس «او» تفصیلیه آمده است؛ در مجموع مفید دوام و اصرار بر فعل ارتكابی آنها بوده‌اند. لذا بر شدت مجازات آنها دلالت دارد. البته برداشت‌های نامتعارف و تخمین‌ها و آنچه خلاف ظاهر آیه است، همه بلاوجه و ناصواب است. در اینجا صرف نظر از بیان تفصیلی اقوال فقها، فقط توضیح مختصری در مورد هریک از مجازات‌های چهارگانه داده می‌شود.

۳-۱- اول قتل

قتل، گاهی ممکن است به عنوان قصاص و زمانی به عنوان حد، اجرا شود. چنانچه قتلی توسط محارب واقع شود، و اولیاء دم عفو کنند و یا به اخذ دیه، تراضی نمایند، قاضی می‌تواند به عنوان مجازات محارب، وی را بکشد و این فرض، مستلزم رعایت و اعمال شرایط قصاص نمی‌باشد. اما اگر اولیاء دم تقاضای اجرای قصاص را کنند، قصاص مقدم بر اجرای حد بوده و با لحاظ شرایط و مراعات عمومات باب قتل به اجرا در می‌آید. با این لحاظ که در قصاص، مماثلات و عدم تجاوز از حدود آن شرط است، در حالی که در محاربه، تشدید مجازات به دلیل قبح شدید اعمال محارب مورد توجه شارع اسلام است. محارب باید به نحوی کشته شود که دیگر کسی جرأت تعرض به مردم را پیدا نکند. لذا تعیین چگونگی اجرای کشتن به نحوی که جنبه ی بازدارندگی مجازات‌ها در جامعه پدیدار شود، به عهده ی حاکم می‌باشد.

چنانکه شهید ثانی در مسالک می‌فرماید: «اگر محارب به خاطر به دست آوردن مال، مرتکب قتل شود، قتل او به جهت قصاص، حتمی است؛ و در صورت گذشت ولی دم، خواه مقتول کفو قاتل باشد یا نباشد به جهت حد کشته می‌شود. اگر به خاطر مال، مرتکب قتل نشود، امرش به دست ولی دم است و اگر مرتکب جرح شود به خاطر مال، قصاص به دست ولی دم است و اظهر آن است که قصاص در صورت عفو ولی در جراحت، حتمی نیست.» (شهید ثانی ۱۴۱۳/۱۰۹)

به هر حال، در محاربه، تشدید مجازات به اعتبار قبح شدید و آثار زیانبار و مخرب اجتماعی مترتب بر آن است.

۳-۲- دوم صلب (دار زدن)

«صلب» در لغت به معنی سخت و محکم است. به همین اعتبار، پشت انسان و حیوان را «صلب» می‌گویند. همچنین صلب به معنی آویختن انسان برای کشتن و به پشت بستن او نیز آمده است. (ابن فارس ۳۰۱/۱۴۰۴؛ مصطفوی ۲۶۱/۱۴۰۲)

به طوری که در آیه ی ۴۲/ سوره ی مبارکه ی شعرا «لَا صَلْبَنُكُمْ أَجْمَعِينَ» و آیه ی ۳۳ سوره ی مائده به همین معنا آمده و منظور از آن مجازات کسانی است که در زمین، نسل کشی و فساد می‌کنند و دیگران را می‌کشند. (نک: مصطفوی ۲۶۱/۱۴۰۲؛ قرشی ۱۳۹/۱۴۴)

«يُصَلَّبُوا» در آیه ی شریفه ی محاربه، از باب تفعیل بوده و مبین مبالغه در صلب و به معنای به دار آویختن ذلیلانه است، پس مراد از آن به دار آویختن توأم با ذلت و مشقت به منظور عبرت آموزی دیگران است.

اختلاف فقها در مسأله صلب و به دار آویختن، در این است که آیا محارب را زنده بر دار می‌زنند و یا او را کشته و سپس بر دار می‌زنند؛ منشأ این اختلاف همان قول تخییر یا ترتیب است. (نک: شهید ثانی ۳۰۹/۱۴۱۰؛ کاظمی/۹۷۴؛ اردبیلی بی تا، اول/۶۶۵)

شهید اول در لمعه می‌فرماید: "این که محارب، زنده به دار آویخته می‌شود، و با آن که کشته و سپس به دار آویخته می‌شود، بستگی به آن دارد که کدام یک از دو قول را برگزینیم! پس محارب را بیش از ۳ روز بر سر دار نگه نمی‌دارند و بعد او را پایین آورده، و تجهیر می‌کنند و اگر پیش از مرگش، غسل کرده و کفن بر تن نموده باشد، او را از دار به زیر می‌آورند، بر او نماز خوانده و دفن می‌کنند." (شهید اول ۲۴۴/۱۳۷۶)

در مختصر النافع آمده است: «بنا بر قول تخییر، محارب زنده به دار آویخته می‌شود و بنا بر قول ترتیب، مقتول به دار آویخته می‌شود.» (محقق حلی ۲۱۳/۱۳۷۷)

شهید ثانی در روضه می‌نویسد: «پس از گذشت ۳ روز یا بیش از آن او را پایین می‌آورند و پس از غسل و حنوط و تکفین، او را تجهیر می‌کنند؛ این در صورتی است که محارب را در حال مرده به دار آویخته باشند و یا این که در طول این ۳ روز، جان داده باشد؛ اما اگر در طول این مدت جان نداد، او را می‌کشند و سپس تجهیر می‌کنند.» (شهید ثانی ۹۸/۱۴۱۰)

آنچه در این مقام می‌توان گفت این است که با عنایت به این موضوع که واژه ی «أو» که در مقام تأسیس است، مؤید این است که هر کدام از مجازات های چهارگانه قتل، صلب، قطع و نفی به عنوان کیفری مستقل،

منظور شده‌اند. بنابر این صلب نیز مجازاتی مستقل از قتل می‌باشد. چنانکه در مسالک نیز همین رای آمده است: «صلب، یک مجازات مستقل محسوب می‌شود» (شهید ثانی ۱۴۱۳/۶۵)

۳-۳ سوم قطع یک دست و پا به خلاف

آیه‌ی شریفه‌ی محاربه در زمینه‌ی چگونگی اجرای قطع مجمل است؛ چرا که نه تنها ترتیب قطع را بیان نمی‌کند، بلکه مبین حدود و میزان آن نیز نمی‌باشد. لذا نمی‌توان در مورد چگونگی قطع به آن تمسک نمود. منحصرأ از جمله «من خلاف» چنین استفاده می‌شود که قطع دست و پا باید به گونه‌ای باشد که مربوط به یک طرف بدن محارب نباشد. همچنین «از آنجا که واژه‌های «ید» و «رجل» در آیه‌ی شریفه، به صورت جمع «ایدیه‌م و ارجله‌م» آمده، و از نظر ظاهری، شامل هر دودست و هر دو پا می‌شود، چنین به نظر می‌رسد که هر دو دست و هر دو پای محارب باید قطع شود. در این قبیل موارد به منظور رفع اجمال و هر گونه ابهام، می‌بایست به فتاوی فقها که مبتنی بر احادیث و روایات است، رجوع نمود.» (کاظمی/۹۷۴)

در ضد القواعد الفقهیه، منظور از قطع دست و پا را انگشتان دست راست و ساق پای چپ محارب از مفصل قدم می‌داند. (فاضل مقداد ۱۴۲۲/۶۵)

علامه در قواعد آورده است در رابطه با مراعات ترتیب، اعتقاد دارد که در ترتیب، باید اول دست راست و بعد پای چپ را مورد لحاظ قرار داد و چنانچه فاقد یکی از این اعضا باشد، به همان عضو موجود دیگر بسنده می‌شود. و اگر فاقد هر دو عضو باشد به غیر آن دو منتقل می‌شود. (علامه حلی ۱۴۱۳/۵۶۹)

در مختلف آمده است: «فاختار التخییر، کما ذهب إلیه المفید، و به قال ابن إدريس، و هو الأقوی. لنا: الآية، فإنّ أو یقتضی التخییر.» یعنی «در نتیجه قول تخییر اختیار شد، همانگونه که شیخ مفید به این راه رفته است (یعنی بدان معتقد است) و ابن ادريس به آن قائل شده است. و همین قول نزد ما قوی تر است بدلیل اینکه آیه شریفه‌ی موصوف، مقتضی همین تخییر است.» (علامه ۱۴۱۳/۲۵۸) همو در تحریر صریحا قول به تخییر را ارجح و اولی دانسته است. (علامه ۱۴۲۰/۳۸۱)

براساس این استنباط می‌توان گفت با لحاظ اصل احتیاط در شرایط و وضعیت موصوف (فقدان موضوع) با توجه به اختیار حاکم، مصادق دیگری از مجازات‌های چهارگانه، در رابطه با محارب، اعمال شود. در رابطه با اعتبار یا عدم اعتبار مسأله‌ی نصاب در سرقت محارب، ظاهراً در این زمینه اختلافی بین فقها از لحاظ عدم لزوم رعایت آن، وجود ندارد. زیرا روشن است، حد محارب از باب سرقت نیست، بلکه به جهت اخلاقی است که در امنیت عمومی جامعه ایجاد کرده و لذا لازم نیست شرایط قطع سارق در اینجا رعایت گردد؛ پس شرط حرز و غیره نیز لازم نیست.

در تحریر الوسيله آمده است: «لَا يَعْتَبَرُ فِي قَطْعِ الْمُحَارِبِ، السَّرِقَةُ فَضْلًا عَنْ اعْتِبَارِ النَّصَابِ أَوْ الْحَرْزِ بَلِ الْإِمَامُ (عليه السلام) مُخَيَّرٌ بِمَجَرَّدِ صِدْقِ الْمُحَارِبِ». یعنی: «در بریدن دست و پای محارب این شرط معتبر نیست که دزدی هم کرده باشد، تا چه رسد به اینکه دزدی اش یحد نصاب برسد و از حرز بیرون آورده باشد؛ بلکه امام به صرف همین که عنوان محارب بر او صدق کند، مخیر به انتخاب که یکی از مجازات‌های چهارگانه است.» (موسوی خمینی ۳۵۷/۱۴۲۵)

۳-۴- چهارم نفی

معمولاً نفی همان تغریب است. بدین توضیح که تغریب یعنی تبعید (شخص) از وطن به غربت. «اغترب» و «تغرب» یعنی به سرزمین غربت رفت. پس تغریب به معنای نفی بلد است، یعنی نفی و تبعید از شهری که جرم در آن واقع شده است. (طبسی بی تا/۱۳۹؛ جرجانی ۶۷۷/۱۴۰۴؛ طباطبایی ۴۹۷/۱۳۸۷)

مجمع البیان نفی را در اصل لغت به معنای هلاک و نابودی محارب تفسیر نموده است. «اصل النفی: الاهلاک بالاعدام» یعنی معنای اصلی نفی به هلاکت رساندن با نابودی است. (طبرسی ۳۲۳/۱۴۰۶)

همینطور در رابطه با «نفی بلد»، معانی مختلفی در لسان فقها، دیده می‌شود. اغلب بزرگان و فقه‌های شیعه، همین معنای جلای وطن را از نفی پذیرفته و مورد حکم قرار داده‌اند.

چنانکه صاحب جواهر، آن را قول مشهور دانسته و برای اثبات آن به روایت منقول از امام رضا (علیه السلام) استناد کرده که فرموده است: «محارب از شهری که مرتکب جرم شده است به شهر دیگر تبعید می‌شود و به مردم آنجا نوشته می‌شود که او تبعیدی است. لذا رفت و آمد با او نکنید و نیز با او خرید و فروش و ازدواج نکنید و او را طرف مشورت و وکالت قرار ندهید. یا به روش بالا برای مدت یک سال عمل می‌شود و اگر از آن شهر به شهر دیگر رفت، به مردم آنجا نیز همانطور نوشته می‌شود تا سال به پایان برسد. حتی اگر به بلاد شرک بروید با اهل آنجا بجنگید.» (نجفی ۴۵۲/۱۴۰۴)

شیخ در «نهایه» نظر مذکور را پذیرفته است. (طوسی ۷۲۰/۱۴۰۰) ولی در «مبسوط» محل دیگر را دار الکفر دانسته و می‌فرماید: «بزرگان امامیه روایت کرده‌اند که به او در هیچ جا، اجازه ی سکونت داده نمی‌شود؛ و بطور کلی از سرزمین اسلام تبعید می‌شود.» (طوسی ۴۵۶/۱۳۸۷)

در مبانی تکمله آمده است: «ینفی المحارب من مصرٍ الی مصرٍ و مِنْ بَلَدٍ إلی آخر و لا یسمح له بالاستقرار علی وجه الارض». یعنی: «باید شخص محارب از شهری به شهر دیگر و از دیاری به دیار دیگر تبعید شود و نباید اجازه داده شود ایشان به روی زمین استقرار یابد.» (خویی ۶۵/۱۴۲۲) وی مستند این فتوی را معتبره ابوبصیر و معتبره بکیر بن اعین دانسته است. (حرعاملی ۳۱۷/۱۴۰۹) و می‌نویسد هر دو روایت ناظر به مطلق تبعیدند و نفی بلد را به معنی عدم استقرار و قرار و اقامت مکانی در یک منطقه می‌دانند. (نک: خویی ۱۴۲۲/۱)

۶۵) مستفاد از تحلیل دلالتی مبانی تکمله آن است که سایر روایات متمرکز بر استمرار تبعید تا توبه محارب هستند و بطور کلی ناظر به مطلق تبعیدند؛ از جمله: روایت عبدالله مدائنی از امام رضا (ع)، روایت اسحاق مدائنی از امام رضا، روایت عبدالله ابن اسحاق از امام رضا (ع) و روایت زراره از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) و مستفاد از آنها این است که محارب از بلاد اسلامی بطور مداوم دور و نفی می‌شود. یعنی دایم در جولان و بی‌قراری می‌باشد. تا توبه کند. ولی به سرزمینهای کفر تبعید نمی‌شود. یعنی نباید بر او آسان گرفته شود. چنانکه مستفاد از آیه کریمه نیز همین است. (نک: خوبی ۱۴۲۲/۶۵)

همانطور که اشاره ای داشتیم، نوع تلقی از برخی روایات باعث شده که گروهی از فقها «نفی» را ناظر به اهلاک و نابودی بدانند. یعنی اصل واژه ی «نفی» را به مفهوم هلاک نمودن و اعدام کردن دانسته‌اند. لذا در مورد اعمال مجازات نفی بلد قائل شده‌اند به اینکه محارب باید از روی زمین نابود شود، و این همان معنای حقیقی نفی است. (گرچی ۱۳۸۵/۱۸۶)

در کنز العرفان آمده است: «اگر منظور از نفی، قطع رابطه ی شخص مجرم با اهل خانه ی خود و یا دور کردن از آبادی و بریدن از مردم شهرش باشد، با زندان و تبعید، هر دو عملی می‌شود؛ لیکن به نظر نمی‌رسد چنین منظوری مورد توجه باشد.» (فاضل مقداد ۱۴۲۲/۳۲۰)

برهمن اساس برخی علما نفی را به معنای حبس دانسته‌اند. اما برخلاف این دیدگاه، به نظر می‌رسد. مستفاد از مفهوم لغوی واژه «نفی» مبین همان تبعید و طرد از یک مکان به مکانی دیگر باشد. اکثر علمای لغت و تفسیر این نظر را اختیار کرده‌اند. همینطور اکثر فقها از جمله بزرگانی چون شیخ طوسی در مبسوط و علامه در شرح تبصره و شهیدین در الروضة و شهید ثانی در مسالک الافهام ۱۵/ ۱۸، و مقدس اردبیلی در زبدة البیان ۶۶۵/؛ سید جواد کاظمی در مسالک الافهام الی الایات الاحکام، ۹۷۴/ و جرجانی در تفسیر شاهی ۱۲/ ۶۷۷ و موسوی خمینی در تحریر الوسیله واژ «نفی» را به معنای «تغریب» مقرون به صواب دانسته‌اند.

و اما در رابطه با مدت تبعید؛ در این رابطه بین فقها، اختلاف نظر مشاهده می‌شود. شهید ثانی در مسالک در این زمینه می‌فرماید: «نفی إلی أن یتوب فان لم یتب إستمرَّ النفی ألی أن یموت» یعنی: «تبعید تا زمانی است که او توبه کند، سپس اگر توبه نکرد، تبعید وی تا زمان مرگ او ادامه می‌یابد. (شهید ثانی ۱۴۱۳/۶۶)

همو در روضه تصریح نموده است: «مدت زمان تبعید تا وقتی است که توبه نکند پس هرگاه توبه کرد حکم او ساقط می‌گردد و اجازه سکونت داده می‌شود.» (شهید ثانی ۱۴۱۰/۳۰۲)

مقدم بر شهید ثانی، مرحوم محقق در مختصر النافع نیز همین نظر را صایب دانسته است. (محقق ۱۳۷۷/ ۲۱۲) صاحب جواهر معتقد است: «محدود نبودن تبعید به یک سال، قول اکثریت می‌باشد.» (نجفی ۱۴۰۴/۲۵۶) برخی مانند یحیی بن سعید حلی در جامع للشرایع تصریح نموده‌اند که مدت تبعید تنها یک سال است. «...او نفی من بلاد الاسلام سنه حتی یتوب...» (سعید حلی ۱۴۰۵/ ۲۴۲)

در تحریرالوسیله آمده است: «برخی احتیاط نموده و مدت تبعید را کمتر از یک سال ندانسته‌اند هر چند که محارب تبعید شده، توبه کند، اما چنانچه توبه ننماید، تبعید همچنان تا حصول توبه، استمرار مییابد.» (موسوی خمینی ۱۴۲۵/۲۴۱) ایشان سپس می‌نویسد: «مسأله دیگر در این زمینه (آن است که) به والی شهر می‌نویسند از پناه جویی و موانست و خرید و فروش و هم نشینی با محارب خود داری شود.» (موسوی خمینی ۱۴۲۵/۲۴۱)

نتیجه آنکه اکثر فقها معتقدند روایات ناظر به بی‌قراری مداوم و درگیری نامعین محارب تا توبه وی می‌باشند و اطلاق ادله از قبیل آیه شریفه و غیر آن مقتضی آن است که بعد از دستگیری، توبه او هیچ تاثیری ندارد، بنابراین محارب در تبعید می‌ماند تا آنکه بمیرد.

قانونگذار جمهوری اسلامی نیز با فحص از ادله و مبانی فقهی و رعایت احتیاط در حدود، مدت تبعید را کمتر از یک سال ندانسته، و در ماده ۲۸۴ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر می‌دارد: «مدت نفی بلد در هر حال کمتر از یک سال نیست، اگر چه محارب بعد از دستگیری توبه نماید و در صورتی که توبه نکند، همچنان در تبعید باقی می‌ماند.»

در ماده ۲۸۵ تصریح نموده است که: «در نفی بلد باید محارب تحت مراقبت قرار گیرد، و با دیگران معاشرت و مراوده و رفت آمد نداشته باشد.» که هر دو ماده متناظر به قول مشهور علما در این خصوص می‌باشد.

۴- کیفیت و نحوه اعمال مجازات محارب در فقه اهل سنت

در این فرصت ابتدا انواع و به عبارتی حالات مختلفه ترتب انواع مجازات‌های مقرر را بیان می‌نماییم، سپس در تکمیل این بخش به تبیین اختلاف دو قول تخییر و ترتیب نزد اهل سنت می‌پردازیم.

۴-۱- حالات مختلف و محتمل الوقوع جنایت محاربه

وقوع محاربه می‌تواند دارای پنج حالت باشد. اکنون مختصری به باز شناسی آن‌ها می‌پردازیم:

۴-۱-۱- حالت اول فقط کشتن محارب.

اگر محارب فقط کسی را کشته باشد و مال کسی را نگرفته باشد، حد او کشتن است و فقط کشته می‌شود بدون آنکه دار زده شود. (ابن قدامه ۱۴۰۵/۲۹۲؛ الکریمی الحنبلی ۱۴۲۸/۳۴۵، الکاسانی ۱۴۲۴/۹۳؛ زبدان ۱۴۱۳/۲۷۴) آنچه آمد ناظر به عقیده‌ی ابوحنیفه و شافعی و نیز احمد بن حنبل طبق یکی از آرای فقهی اوست، که اگر محارب فقط کسی را کشته باشد، کشته می‌شود. و البته در نظر دیگری احمد معتقد به قتل و سپس صلب است.

مذهب شیعه زیدیه در این خصوص دارای دو نظریه هستند. در یکی فقط معتقد به قتل هستند و در نظر دیگر ملتزم به قتل و صلب با هم شده‌اند. (ابن قدامه ۲۹۲/۱۴۰۵؛ ابن رشد ۳۸۲/۱۴۲۰؛ الکریمی الحنبلی ۳۴۵/۱۴۲۸؛ الکاسانی ۹۳/۱۴۲۴) نظر مالک در خصوص این حالت محارب، تخییر است. یعنی حاکم مختار است که اگر اراده نماید او را بکشد و به دار هم بزند. (از باب تغلیظ عقوبت) و اگر بخواهد فقط او را بکشد، بدون آنکه او را دار بزند. (مالک ۹۹/۱۴۱۵)

امام مالک در خصوص تمکین به قول تخییر گفته است فرمان مجازات راهزنی و محاربه در اختیار امام و نحوه اجتهاد نظر مصلحتی اوست. و نیز می‌تواند نظر مشورتی فقها را به حیثی که موجب جلب مصلحت و دفع کننده مفسده ای باشد، در نظر بگیرد، البته این به معنای تصمیم گیری امام براساس هوای نفس نیست. (ابن جزئی ۵۹۸/۱۴۳۴؛ الزحیلی ۱۳۷/۱۴۱۸)

مذهب ظاهریه معتقد هستند که امام در همه مجازات‌هایی که در آیه ی محاربه آمده است، مختار است. بنابر این او اختیار دارد که مثلاً برای قتل، مجازات نفی و تبعید، یا قطع، یا کشتن و یا دار زدن اختیار کند؛ ولی در هر حال مجاز نیست که دو مجازات از این مجازات‌ها را برای محارب جمع نماید. (ابن حزم ۳۱۹/۱۴۱۸؛ عوده ۶۵۲/۱۹۹۱)

۴-۱-۲- حالت دوم قطع دست و پای محارب برخلاف.

در صورتی که محارب فقط مال کسی را گرفته باشد، و کسی را نکشته باشد، حکم مجازات او قطع دست راست و پای چپ در جهت خلاف می‌باشد. (ابن قدامه ۲۹۳/۱۴۰۵؛ الکاسانی ۹۳/۱۴۲۴)

از نظر ابوحنیفه و شافعی و احمد بن حنبل و نیز زیدیه مجازات چنین کسی این است که دست راست و پای چپ محارب قطع می‌شود. (گفته شده علت قطع دست راست متناظر به سرقت اوست و قطع پای چپ جهت تحقق وصف جزایی مخالف است) و پس از قطع دست می‌بایست پا را قطع کرد. نباید منتظر دفع دمل و عفونت دست ماند. بلکه باید با هم قطع شوند. زیرا این دو حکم یک مجازات واحد را دارند، زیرا نص شریفه تصریح به «قطع الایدی و الارجل من خلاف» دارد. و این معنی کلمه «من خلاف» در قول تعالی و سبحانه است. براین اساس مذهب شیعه زیدیه معتقد است که فقط یک دست و یک پا قطع می‌شود. و اگر هر یک از اعضای مذکوره در نص شریفه مقطوع باشد، از نظر آنها «لم یقطع غیر ذالک» غیر آن عضو قطع نشده است. (عوده ۱/۱۹۹۱)

(۶۵۱)

امام مالک معتقد است در صورتی که محارب فقط مالی را گرفته باشد و کسی را نکشته باشد، امام در مجازات او مختار است که بر طبق اجتهاد خویش و در نظر گرفتن مصلحت عامه هریک از مجازات‌های موصوف در آیه شریفه را مورد حکم قرار دهد. و البته نظر مالک در باب قطع به گونه ای است که شافعی نافذ دانست. مالکیه نصاب موضوع سرقت عادی را در محاربه شرط نمی‌دانند. فقهای مذاهب گفته‌اند که نصاب در قطع لازم است..

اما نکته ای که همه مذاهب بر آن متفق هستند این است که اگر مال ماخوذه همه قطاع الطريق روی هم به نصاب رسید قطع برای همه محقق می شود و اصولاً نیاز نیست که حصه هر کدام به تنهایی به نصاب برسد. (نک: ابن قدامه ۱۴۰۵/۲۹۴؛ زیدان ۱۴۱۳/۲۷۶)

مذهب ظاهریه معتقدند که امام در مجازات محارب مطلقاً مختار است که هر یک از مجازات های محاربه را طبق رای خویش و با در نظر گرفتن مصلحت عمومی اعمال نماید. (نک: ابن قدامه ۱۴۰۵، شماره ۷۳۲۱ به بعد/ ۲۹۴؛ الکاسانی ۱۴۲۴/۹۳؛ ابن رشد ۱۴۲۰/۳۸۱؛ الانصاری بی تا/ ۱۵۵؛ ابن حزم ۱۴۱۸/۹۳؛ عوده ۱۹۹۱/۶۵۱؛ زیدان ۱۴۱۳/۲۷۶) همین طور مقرون به این بیان در آثاری چون شرح الازهار ۴/ ۳۷۷؛ شیعیه زیدیه و شرح الزرقانی ۱۴۲۲ هـ ۲۰۰۲ م، ۱۱۰/۸ آمده است.

۴-۱-۳- حالت سوم کشتن و دار زدن محارب با هم

(اذا قتل و اخذ المال) یعنی در صورتی که محارب هم کسی را کشته باشد و هم مالی را گرفته باشد به دار زده می شود، ولی در نحوه ی آن میان علمای مذاهب اختلاف نظر است: از نظر مذاهب شافعی و حنبلی (احمد) و شیعیه زیدیه در صورتی که محارب هم کسی را کشته باشد و هم مال کسی را گرفته باشد، مجازات او کشتن و دار زدن با هم می باشد. به این صورت که محارب بعد از کشتن بلا فاصله بدار آویخته می شود. و به دار زدن به جهت تغلیظ در نوع مجازات است. (ابن قدامه ۱۴۰۳/۲۹۰؛ زیدان ۱۴۱۳/۲۷۴)

در مذهب حنفیه: ابویوسف و محمد از اکابر فقهای حنفی معتقدند که دیگر قطع منتفی است. ابوحنیفه معتقد است، در صورتی که عمل ارتكابی محارب، قتل و اخذ مال باشد، (فی حاله القتل مقترن باخذ المال) امام بین اینکه اول دست و پای او را قطع نماید و سپس او را بکشد و بدار زند؛ و یا بین اینکه او را بکشد بدون دار زدن، یا اینکه او را دار بزند، سپس بکشد، مخیر خواهد بود. (زیدان ۱۴۱۳/۲۷۴؛ الزحیلی ۱۴۱۸/۱۳۷)

مالک معتقد است که در این حالت امام مخیر است بین اینکه ابتدا محارب را بکشد، و یا ابتدا دار زند و سپس بکشد. و اما مذهب ظاهریون معتقدند که امام بر اساس آنچه در آیه شریفه محاربه برای هر عقوبت مقرر شده مخیر است. یعنی او مختار است که یا او را نفی و تبعید کند. یا دست و پای او را به خلاف قطع نماید. و یا او را بکشد. یا چنانچه مصلحت عمومی اقتضاء نماید، او را به دار زند. لیکن در بین کشتن و دار زدن، و یا بین دو مجازات مانند نفی و تبعید و قطع به خلاف یا کشتن و دار زدن اختیاری ندارد. (ابن حزم ۱۴۱۸/۳۱۹؛ مالک ۱۴۱۵/۹۹؛ ابن رشد ۱۴۲۰/۳۸۰؛ ابن مفتاح زیدی ۲۰۱۶/۳۷۷؛ الانصاری، بی تا/ ۱۵۵؛ ابن قدامه ۱۴۰۵/۳۰۷؛ الکاسانی ۱۴۲۴/۹۳؛ عوده ۱۹۹۱/۶۵۳؛ زیدان ۱۴۱۳/۲۷۴؛ الزحیلی ۱۴۱۸/۱۳۷)

۴-۱-۴- حالت چهارم قصاص جراحات

اگر محارب زخم و جراحی وارد آورده باشند، مجازات آن قصاص، یا اخذ ارش و یا عفو با مال و یا بدون مال است.

(اذا ارتكب المحاربون احداث الجراحات): و اما مجازات محارب در صورتی که جراحات و زخمی بر (معتدی علیهم) یعنی مورد تجاوز و هجوم واقع شدگان وارد کرده باشد؛ به این صورت که مثلاً عضوی از اعضاء آنها را قطع نموده باشند و لیکن نه کسی را کشته باشند و نه مالی را از کسی گرفته باشند. در این صورت اختیار بدست مورد هجوم و تجاوز واقع شدگان است، که اگرخواستند در مواردی که امکان اجرای قصاص هست، مطالبه قصاص نمایند؛ و اگرخواستند با دریافت مالی عفو نمایند؛ و یا بدون دریافت مال عفو نمایند. و اگر بخواهند ارش و یا دیه مطالبه نمایند، در آنجهایی که امکان اجرای قصاص در جراحاتشان وجود ندارد، یا از اجرای آن گذشت نمایند. (بیهوتی ۱۵۲/۱۴۰۲؛ الکاسانی ۹۰/۱۴۲۴؛ الزحیلی ۱۳۷/۱۴۱۸؛ زیدان ۲۷۵/۱۴۱۳)

۴-۱-۵- پنجمین حالت نفی محارب است

و آن در صورتی است که محارب فقط اخافه سبیل و راهزنی نموده باشند. (اذا اخاف المحارب السبیل فقط): در صورتیکه محارب فقط اخافه سبیل و ایجاد نا امنی در معابر عمومی و مسیر رفت و آمد رهگذران نموده باشند، یعنی نه کسی را کشته باشند و نه مالی گرفته باشند، مجازات آن «نفی» یعنی تبعید و بنا به قول ضعیفی حبس است. زیرا خدای تعالی و سبحانه در آیه محاربه فرمود: (او ینفوا من الارض). یعنی یا در زمین نفی می شوند. (ابن قدامه ۲۹۴/۱۴۰۵؛ ابن جزی ۵۶۹/۱۴۲۴؛ الزحیلی ۱۳۷/۱۴۱۸؛ عوده ۶۴۸/۱۹۹۱)

از ابن عباس روایت شده که مجازات این حالت نفی می باشد (یعنی در صورتی که محارب فقط اخافه سبیل بدون کشتار و گرفتن مال نموده باشند). قول نخعی و قتاده نیز همین است. (المغنی ۲۹۴/۱۴۰۵؛ زیدان ۲۷۶/۱۴۱۳) به عقیده احمد بن حنبل و ابوحنیفه مجازات این حالت نفی است. بدلیل فرموده خداوند تعالی در آیه محاربه: (او ینفوا من الارض).

به عقیده ی شافعی و شیعه زیدیه مجازات چنین حالتی تعزیری و یا نفی است. وگاهی این دو را یکسان محسوب نموده اند. به این اعتبار که نفی یعنی تبعید، و خود تعزیر می باشد از آن حیث که نوع و مدت آن محدود و معین نشده است. بنابر این آنها معتقدند که مدت تبعید را می بایست همچنان تمدید نمود، تا آثار توبه در محارب آشکار شود. (الانصاری بی تا/۱۵۵؛ المغنی ۳۱۳/۱۴۰۵؛ الکاسانی ۹۳/۱۴۲۴؛ ابن مفتاح زیدی ۳۷۶/۲۰۱۶)

مالک معتقد است که امام در این حالت یعنی فقط اخافه السبیل مخیر است، میان اینکه یا محارب را بکشد و یا او را بدار بزند، و یا دست و پای او را به خلاف قطع کندف و یا او را «نفی» یعنی تبعید نماید. اما کار اصلی در نحوه ی اختیار، اجتهاد مصیب و مبتنی بر جستجوی مصلحت عامه جامعه اسلامی می باشد. بنابراین اگر محارب دارای درایت و تدبیر و صاحب فکر و عقیده باشد توجیه اجتهادی آن کشتن او و یا به دار زدن اوست.

زیرا قطع به خلاف ضرر چنین محاربی را از بین نمی‌برد. و اگر فاقد رای و تدبیر باشد و فقط دارای قدرت و خشونت باشد، دست و پای محارب به خلاف قطع می‌شود. اگر محارب فاقد هریک از این دو صفت باشد از او آسان گرفته می‌شود، اما آنچه در این خصوص مهم و واجب است همان نفی و تعزیر است. (الرزقانی ۱۴۲۲/ ۱۱۱؛ مالک ۱۴۱۵/ ۹۹؛ عوده ۱۹۹۱/ ۶۴۸؛ شربینی ۲۳۹/ ۱۴۱۸)

مالک در نقلی منظور از نفی را همانند قولی در مقوله زنا حبس دانسته است. تا آنکه توبه نماید (ابن قدامه ۲۹۴/ ۱۴۰۵؛ ابن جزی ۳۶۳/ ۱۴۲۴؛ ابن رشد ۴۴۶/ ۱۴۲۰) البته حنفیه و شافعیه نیز مراد از نفی را همانند مالک حبس دانسته تا آنکه توبه نماید. (الزحیلی ۱۳۹/ ۱۴۱۸)

ولی حنبلی‌ها منظور از نفی را تشرید یعنی در بدری و بی‌قراری و ترک مامن و ملاوا دانسته‌اند. و دلیل آن را از قول حسن و زهری دانسته‌اند. (ابن قدامه ۲۹۴/ ۱۴۰۵؛ الزحیلی ۱۴۰/ ۱۴۱۸)

۴-۲- بیان دو قول (نظریه) در باب کیفیت مجازات نزد اهل سنت

در رابطه با نحوه مجازات محارب میان فقهای اهل سنت همانند شیعه امامیه اختلاف نظرهایی وجود دارد. اصل اختلاف میان علما ناشی از تفسیر خاصی است که هریک از آنها از حرف «او» دارند. (ابن رشد ۳۸۱/ ۱۴۲۰؛ زبدان ۲۷۲/ ۱۴۱۳؛ الزحیلی ۱۳۵/ ۱۴۱۸؛ عوده ۶۴۷/ ۱۹۹۱)

بطور کلی از سوی علما برای آیه شریفه دو قول و یا نظریه اجتهادی عرضه شده است: شایان ذکر است قبل از ورود به تجزیه و تحلیل مباحث فرعی، چگونگی مجازات محارب و محل نزاع را از نگاه ابن رشد حفید در بدایه المجتهد مرور نماییم: «اختلفوا فی هذه العقوبات هل هی علی وجه التخییر او مرتبه علی قدر الجنایه المحارب...؟ وی می‌نویسد:» در مورد کیفیت اعمال مجازات‌های مقرر در آیه شریفه اختلاف شده است که آیا بر وجه تخییر است یا ترتیب و به حسب جنایت ارتكابی محارب؟ مالک گفته است طبق نص شریفه اگر محارب کسی را کشته قطعاً کشته می‌شود و برای امام تخییر جایز نیست، همین‌طور به تناسب دست و پای او برخلاف قطع می‌شود. ولی اگر فقط ایجاد رعب نموده باشد، نفی می‌شود.

اما شافعی و ابوحنیفه و جماعتی از علما معتقدند این مجازات‌ها به صورت ترتیبی و متناسب با جنایات مشخص قابل ارتکاب، توسط محارب، از سوی شارع مقدس بر آنها مقرر شده است. علت اختلاف از سوی علما وجود حرف «او» در آیه شریفه است؛ که آیا دال بر تخییر است یا بر حسب جنایات ارتكابی آنها است؟ مالک آن را برای برخی حمل بر تخییر کرده برای برخی دیگر بر تفصیل حمل نموده است. (ابن رشد ۳۸۱/ ۱۴۲۰)

بنابراین اهل سنت همانند شیعه در این زمینه دارای دو قول هستند، که اجمالاً در ادامه یاد آور می‌شویم، تا پس از تبیین زوایای بحث و آشنایی با اقوال همه مذاهب اسلامی با افق روشن‌تری به داوری قول حق اهتمام نماییم:

۴-۲-۱- نظریه اول (قول تخییر)

نظریه اول آن است که: «انها جاء للتخییر» یعنی مراد از آوردن لفظ «او» تخییر است. بدین توضیح که هدف قانون گذار اسلام از آوردن این لفظ آن است که بگوید اختیار اعمال هریک از این مجازات‌های احصا شده بدست امام است. «بحسب ما يراه الحاكم ملائماً» و البته مالک در باب قید تخییر معتقد است که تخییر فقط مربوط به اختیار یکی از دو مجازات «قتل و صلب» از سوی امام است. دلیل این مطلب نیز روشن است. زیرا پر واضح است که اصولاً مجازات قتل، کشتن است، و نه قطع به خلاف و نفی (تبعید یا حبس). همین طور در حالتی که محارب مالی را گرفته است، بدون آنکه کسی را کشته باشد، امام در مورد آن مختار است، مگر در مورد مجازات نفی و تبعید که مذهب ظاهریه معتقد به اختیار مطلق هستند.» (عوده ۶۴۷/۱۹۹۱)

شایسته ذکر است که قول اول را ابن عباس در روایتی از علی بن ابی طلحه آورده است، که این قول حسن و سعید بن مسیب است. بنا بر این قول معنی آیه کریمه این است که امام اختیار دارد که محارب «قاطع الطريق» را بکشد، یا دار زند، و یا دست و پایش را به خلاف قطع نماید، و اگر خواست نفی (حبس یا تبعید) نماید. یعنی اعمال هریک از این اقسام مجازات مندرج در آیه شریفه برای او جایز است. (نک: عوده ۶۴۷/۱۹۹۱؛ زیدان ۲۷۲/۱۴۱۳؛ الزحیلی ۱۳۵/۱۴۱۸)

بنابراین مالک همان گونه که اشاره شد قول تفصیل را نمی‌پذیرد؛ و البته اختیار کامل را نیز نمی‌پذیرد. در مجموع مختار ایشان قول تخییر است، اما نه مطلقاً، بلکه با ذکر همان قیدی است که در انتهای قول دوم آوردیم. زیرا ایشان در جای دیگر آورده است: «همه محاربین دارای مجازات یکسان نیستند...» و لیس کل محاربین سواء...» (مالک ۵۵۲/۱۴۱۵)

در حاشیه الصاوی علی الشرح الصغیر آمده است: «یتخیر الامام فی المحارب» یعنی حاکم در مجازات محارب مختار است. (الصاوی بی تا / ۴۹۱)

ابن جزئی مالکی می‌نویسد: «و قال الشافعی - و ابوحنیفه و احمد - لا یتخیر الامام - بل هذه العقوبات مرتبه علی الجنایات، فان قتل، فان اخذ المال قطع، فان لم یقتل و لم یأخذ المال، نفی...» (ابن جزئی ۵۹۶/۱۴۲۴)

۴-۲-۲- نظریه دوم (قول ترتیب)

این قول مبتنی بر آن است که: «حرف «او» برای بیان و تفصیل آمده است. یعنی این که عیناً مجازات‌های مقرر در آیه ی شریفه به اندازه و متناسب با جرم واقع شده و به قدر فساد آنها است.» (عوده ۶۴۷/۱۹۹۱)

در المفصل آمده است: «این قول و نظریه از ابن عباس در روایت عطاء نقل شده و آنجا گفته شده که «ان کلمه «او» ها هنا لیست للتخییر بل هی لیبان، ان الاحکام تختلف باختلاف الجنایات...» یعنی اگر فقط کسی را کشته، کشتن او کافی است، و اگر هم کسی را کشته و هم مالی را گرفته است، کشته می‌شود و سپس دار

زده می‌شود و اگر فقط مالی را گرفته است، قطع دست راست و پای چپ او کفایت میکند و اگر فقط اخافه الطريق و ایجاد رعب و هراس نموده است، و حتی مالی را نگرفته است. «نفی من الارض» تبعید (حبس) می‌شود. و اکثر علما این قول را پذیرفته‌اند.» (نک: تفسیر الرازی ج ۱۱ / ۲۱۵؛ تفسیر ابن کثیر ج ۵ / ۱؛ بنقل از زیدان ۲۷۶/۱۴۱۳)

آنچه گفته آمد خلاصه ای بود در مورد مواضع فقهی مذاهب مختلف اهل سنت؛ و البته ملاحظه نمودیم هر کدام از آنها در برخی جزئیات با هم اختلافاتی دارند. اکنون با وقوف و آشنایی اجمالی با زوایای بحث نزد اهل سنت، و شیعه به استقبال موضوع اصلی تحقیق می‌رویم و با نقض و ابرام و تجزیه و تحلیل دلایل طرفین، مطلوب حقیقی را به نظاره می‌نشینیم. انشاء الله

۵- نقد و بررسی قول تخییر و ترتیب در باب کیفیت مجازاتهای چهارگانه محارب

با عنایت به متون فقهی میان فقه‌های اسلامی در خصوص کیفیت و نحوه اعمال مجازات چهارگانه محاربه اختلاف نظر وجود دارد. به عبارت دیگر برداشت فقها از آیه محاربه و روایات باب یکسان نبوده، در نتیجه در مقام اجرا و نحوه اعمال مجازات‌های حد شرعی محاربه دچار اختلاف و دو دستگی شده‌اند.

۵-۱- صف آرایی فقها در مقام افتا در نحوه اعمال مجازاتها

فقها در باب کیفیت اعمال مجازاتهای موصوف در آیه محاربه، قرائتها و برداشتهای مختلفی ارایه داده و همین امر موجب شده در این زمینه دو صف متمایز بنام طرفداران تخییر و طرفداران ترتیب شکل بگیرد. گفته شده قول تخییر مختار شیخ مفید (ه) تابعین اوست و قول به تفصیل و تنويع مختار شیخ طوسی و طرفداران اومی باشد. اکنون در این مجال به نقد و بررسی و تبیین این دو قول می‌پردازیم.

۵-۱-۱- الف) طرفداران قول تخییر

این گروه در فقه مشهور به قول اول هستند. مستند و تکیه کلام این گروه عباراتی نظیر: - فعلی الامام، یتخییر الامام، ان شاء، بما یراه الحاکم- و امثال این تعابیر مستعمل در اخبار می‌باشد. از چهره‌های مشهور این گروه می‌توان شیخ صدوق، شیخ مفید، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول و شهید ثانی را نام برد. (نک: فاضل هندی ۶۳۹ / ۱۴۱۶)

در رابطه با طرفداران قول اول یعنی تخییرگفتمنی است که قول به تخییر مختار شیخ مفید (علیه الرحمه) درالمقنعه می‌باشد. شیخ صدوق در هدایه و نیز ظاهر المقنعه، سلار دیلمی درالمراسم، علامه حلی در القواعد و ظاهر المختلف و تحریر و تبصره، و ابن ادريس در السرائر، و محقق حلی در شرایع و مختصر، و فخرالمحققین در ایضاح، و شهید ثانی در المسالك، و فاضل مقداد در التنقیح و کنزالعرفان و نضد القواعد و شیخ جعفر کاشف

الغطاء در کشف الغطاء و بسیاری دیگر از اکابر این قول را برگزیده‌اند. (مفید بغدادی ۱۴۱۳/ ۸۰۵؛ صدوق ۱۴۱۵/ ۴۵۰؛ فاضل هندی ۱۴۱۶/ ۶۳۸)

با نگاهی به این لیست و عنوان این اکابر فقهی بنظر می‌رسد که به سختی بتوان از سد ادله ی ابرازی آنها گذشت و به رد دیدگاه آنها همت گماشت ولی در حاق بحث و کار زار ادله معلوم میگردد به مثابه هرکسی از ظن خود شد یار من از درون من نجست اسرار من بوده و این تشتت آرا و تعابیر صرفاً ظاهری بوده و همه فراسوی یک مطلوب واحدند.

۵-۲-ب) طرفداران قول ترتیب

این گروه از فقها به قائلین به قول ثانی معروف اند. این ها نیز صرف نظر از ادله و مستندات اقامه شده، تشبث به عباراتی نظیر علی نحو (بحق) الجنایه و علی قدر الجنایه و مانند تعابیر می‌باشد. فقهایی چون شیخ طوسی، ابن زهره، ابن براج، ابوصلاح حلبی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، محقق خویی و آیت اله منتظری قول به ترتیب در مجازات محارب را پذیرفته‌اند. (ملاحظه نمودیم که) علمای اهل سنت نیز در کیفیت اجرای مجازات محارب دارای اختلاف نظر هستند.

در رابطه با طرفداران ملتزم به قول دوم یعنی ترتیب، باید گفت قول به ترتیب (تنويع و تفصيل) مختار شیخ الطائفة ابو جعفر طوسی (علیه الرحمه) در « نهایه » است. و نیز در « الميسوط و خلاف و تبیان » متمایل به این مشی است. کسانی چون ابن جنید اسکافی در مجموعه فناوی، سید بن زهره در الوسيله، ابن براج در المذهب، راوندی در فقه القرآن، علامه در تلخیص المرام، و عیاشی در تفسیر خویش، ابن حمزه در الوسيله، و صدوق در من لایحضره الفقیه، فتوی به ترتیب داده‌اند. مضافاً آنکه اکثر کتب فقهی قول به ترتیب را تقویت کرده‌اند. (نک: جواهر ۱۴۰۴/ ۵۶۶؛ فاضل هندی ۱۴۱۶/ ۶۳۸)

عبارت ترحینی در زبده الفقهیه این است: « و ذهب الشيخ و أتباعه و أبو الصلاح و العلامة فی أحد قولیه بل فی کشف اللثام بعد نسبتہ إلى أكثر الكتب قد ادعی علیه الإجماع و أنها علی نحو الترتیب بحسب جنایاتهم... » یعنی شیخ طوسی و هوادارانش و نیز ابوصلاح حلبی و علامه در یکی از دو قولش و بلکه در کشف اللثام پس از اسناد دادن به اینکه کتب زیادی موید قول ترتیب بوده‌اند، بر این قول ادعای اجماع نموده مبنی بر اینکه مجازاتهای مقرر متناسب با حنایاتشان تنويع شده‌اند. (عاملی ترحینی ۱۴۲۷/ ۳۹۲)

۵-۲- ادله و مستندات طرفداران دو قول:

معلوم شد در خصوص نحوه اعمال مجازات محاربان میان فقها اختلاف نظر است برخی طرفدار تخییر و برخی قائل به ترتیب و تنويع هستند. در ادامه اجمال ادله هر دو گروه را از نظر می‌گذرانیم و در مبحث بعدی به داور و تبیین قول حق اهتمام می‌نماییم:

۵-۲-۱ الف) ادله و مستندات قائلین به تخییر

طرفداران تخییر برای اثبات مدعای خویش عمدتاً به دو دلیل تشبث جست‌اند ظاهر حرف «او» و چند روایت که ذیلاً اشاره می‌شود.

۵-۲-۱-۱ تمسک به ظاهر آیه شریفه (۳۳/مائده) در استعمال لفظ «او»

این گروه معتقدند این لفظ در زبان عربی ظاهر در تخییر است. و به روایتی از حریر از امام صادق (ع) استناد می‌کنند که هر جا در قرآن لفظ «او» آمده باشد، مفید تخییر است. (حر عاملی ۱۴۰۹/۱۶۶)

قائلین به این دیدگاه در تأیید نظریه خویش به دو آیه کفاره قسم (مائده/۸۹) و کفاره حج (مائده/۹۵) استناد نموده و معتقدند به همان سان که حرف «او» در کفارتین قسم و حج موجب اختیاری شدن موارد مذکوره در اتیان مأمور بهما و انجام یکی از دو فرمان شده، به همین دلیل در مجازات محارب هم مفهومی اختیاری دارد. (نک: حلی ابن ادریس ۱۴۱۰/۵۰۵؛ عاملی ۱۴۲۷/۳۹۲)

۵-۲-۱-۲ روایات

دلیل دیگری که قائلین به تخییر بدان استناد نموده‌اند آن دسته روایاتی است که در آنها امام در انتخاب هر یک از مجازات‌های چهارگانه مخیر است. از آن جمله روایت جمیل بن دراج از امام صادق (ع)، که حاوی تعبیر رسای «ذالک الی الامام» می‌باشد. (حر عاملی ۱۴۰۹/۳۱۲) و روایت سماعه بن مهران از امام صادق (ع) در پرسش از آیه محاربه و مجازات محاربین؛ که تعبیر «الامام فی الحکم فیهم بالخیار» (حر عاملی ۱۴۰۹/۳۱۲) در روایت اختیار انتخاب هر کدام از مجازات‌های چهارگانه را به امام واگذار می‌کند. این دو روایت بدون اشکال منطوقاً و مفاداً دال بر تخییر حاکم در انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه است و قید و تحدیدی بر ظاهر روایات مستفاد نیست.

بنابراین دلایل اختیار این قول بطور خلاصه عبارت‌اند از: ۱- ظاهر آیه شریفه و ذکر حرف «او» ۲- اخباری چون صحیحه حریر با محوریت لفظ «او» ۳- ناطقه بالتخییر بودن بعضی روایات از جمله: حسنه جمیل بن دراج، خبر سماعه بن مهران، و صدر صحیحه برید بن معاویه.

۵-۲-۲ ب) ادله و مستندات قائلین به ترتیب

در مقابل طرفداران قول به تخییر گروه دیگری از فقها قائل به ترتیب در مجازات هستند. یعنی اینکه مجازات‌های چهارگانه مذکوره بطور مطلق نیستند، بلکه هریک به جرم خاصی اختصاص دارد و مجازات‌های احصاء شده متناسب با جرایم ارتكابی و مبتنی بر شدت و ضعف جعل شده‌اند. اهم ادله اقامه شده از سوی قایلین به ترتیب عبارتند از:

۵-۲-۱- تمسک به منطوق آیه شریفه ۳۳ / مانده

قائلین به نظریه ترتیب، به ظاهر آیه شریفه محاربه استناد نموده و معتقدند که حرف «او» ظاهر در ترتیب است. بدین توضیح که با دقت در سیاق کلام و فرایند احصاء و قرارگیری هر یک از مجازات‌های چهارگانه، نشان دهنده ی سیر توالی اشد به اخف می‌باشد؛ این نحوه بیان متناظر به قطع ید از ظهور اولیه لفظ «او» و پذیرش ظهور ثانوی، بر اساس رعایت ترتیب در اعمال مجازات‌های متناسب با جرایم ارتكابی است.

شیخ طوسی در کتاب خلاف در توجیه قول ترتیب و رد استدلال قائلین به تخییر می‌فرماید: «در قرآن هر جا موضوع بیان احکام است، ترتیب و تفصیل مطرح است. و اما هر جا بحث کفارات مطرح است، آنجا سیر از اخف به اشد لحاظ شده است. بنابراین قیاس «او» در بیان احکام مجازات چهارگانه به کفاره قسم و حج کاملاً بلاوجه و مع الفارق است. (طوسی ۱۴۰۷/۴۶۰) علاوه بر این شیخ برای تقویت استدلال مبنی بر اتقان قول ترتیب به استعمال لفظ «او» در بیان احکام کفاره ظهار و قتل مبتنی بر ترتیب استناد نموده و طرفداران تخییر را به وادی انفعال سوق داده و به چالش کشیده است. (نک: طوسی ۱۴۰۷/۴۶۰)

حتی برخی گفته‌اند هیچ گونه تناسبی در شدت و ضعف در میان مجازات‌های چهارگانه لحاظ نشده و این امر نشانگر بطلان دلیلیت «او» برای قول تخییر است. این مناسب اقبال به قول تنويع و تفصیل است. (اسکافی ابن جنید ۱۴۱۶/۳۵۱؛ قطب راوندی ۱۴۰۵/۳۸۸)

۵-۲-۲- روایات مورد استناد قول ترتیب

روایات مورد استناد قائلین به ترتیب به گفته ی شیخ حرعاملی پر تعدادند. از جمله:

۱- صحیحہ برید بن معاویه (ح ۲) ۲- خبر بشر خثعمی از امام صادق (ع) (ح ۵) ۳- روایت عیاشی در تفسیر خویش از فضل خاقانی از آل زرین (ح ۸) ۴- خبر عبیدالله مدائنی (ح ۴) ۵- مرسله داوود طائی، (ح ۶) ۶- صحیحہ محمد بن مسلم (ح ۱). (حرعاملی ۱۴۰۹/۳۰۸ و ۳۰۷). و البته روایاتی غیر از اینها را نیز می‌توان نام برد. در مجموع می‌توان آنها را به دو دسته تقسیم نمود:

-دسته اول روایاتی است که ظاهر آنها صریحاً موید قول ترتیب و رعایت تناسب جرم با مجازات ارتكابی است. و از ظهور صریح آنها نمی‌توان قطع ید نمود. مثلاً بیان شیخ در خلاف و صاحب جواهر و محقق خویی این است: «گر محارب کسی را کشته، باید کشته شود، اگر کسی را کشته و مالی را نیز گرفته می‌بایست مال را برگرداند و به دار آویخته شود. اگر فقط مالی گرفته می‌بایست مال را برگرداند و دست و پایش به خلاف قطع می‌شود. اگر فقط اقدام به اخافه سبیل و راهزنی کرده و ترس و وحشت ایجاد نموده می‌بایست نفی و تبعید شود. (شیخ طوسی ۱۴۰۷/۴۶۰؛ نجفی ۱۴۰۴/۵۷۶؛ خویی ۱۴۲۲/۳۸۷)

-دسته دوم روایاتی است که صریحا نفی تخییر می‌نماید. و بر رعایت تناسب میان جرم و مجازات تاکید دارند. مفاد این دسته روایات مستمسکی قوی بر قول به ترتیب است. همانطور که گفته شد روایات فراوانی بر قول ترتیب از سوی فریقین اقامه شده که البته از سوی مخالفین سند آنها سست و مخدوش اعلام شده است. (نک: محقق حلی ۹۵۹/۱۴۰۹) ولی همین تعداد اندک روایات، موجه و صحیح و وافی به مقصود قائلین قول به ترتیب می‌باشند.

از مجموع روایات استنادی عمدتا همین دو روایت به لحاظ سند صحیح و معتبر خوانده شده‌اند. یکی روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) است. (حرعاملی ۳۰۷/۱۴۰۹، ح ۱)

و دیگری روایت برید بن معاویه از امام صادق (ع) است که در باره ی آیه محاربه سوال می‌کند، ایشان می‌فرمایند: «اعمال این حکم با امام است و هرگونه بخواهد انجام می‌دهد آنگاه برید بن معاویه می‌پرسد پس این کار به او واگذار شده است! ولی امام می‌فرمایند: نه اختیار مطلق ندارد، بلکه به مقدار جرم انجام شده مجازات می‌کند.» علی قدر (نحو) الجنایه» (حرعاملی ۳۰۸/ ۱۴۰۹، ح ۲)

چنانکه قبلا متذکر شدیم روایاتی چند صریحا نفی تخییر مطلق می‌کنند و دال بر قول ترتیب هستند، بخصوص صریح روایت خثعمی. در این روایت عبارت «إن الإمام فيه مخیر أی شيء صنع؟ قال: ليس أی شيء صنع! و لکنه یصنع بهم علی قدر جنایتهم!» یعنی آیا امام در اعمال این مجازات ها میتواند هر طوری خواست عمل کند؟ فرمود نمی‌تواند هر طور خواست عمل کند! بلکه می‌بایست در اعمال مجازاتهای آنها به اندازه جرم شان عمل نماید. (حرعاملی ۳۰۸/ ۱۴۰۹، ح ۴) البته چون در سند این روایت اشکالی وارد شده نیازی به تفصیل آن ندیدیم.

۵-۲-۳- استبعاد و منع عقلی در مجازات واحد و یکسان برای عقوبات متعدده

مثلا اتحاد و یکسانی مجازات قاتل و گیرنده مال ؛ با مجازات کسی که فقط تشهیر سلاح و اخافه نموده است، و لیکن نه مالی گرفته و نه کسی را کشته است و نه جراحاتی از سوی او به کسی رسیده باشد! بلکه عقل نوع آدمی از صدور چنین حکمی ابا و اجتناب می‌ورزد! (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲/ ۲۴۸)

علامه طباطبایی بر این دلیل صحه گزارده و می‌فرماید: «شدت و ضعف عقوبات اثبات کننده ی این ادعاست:» «إن الآیة لا تخلو عن إشعار بالترتیب بین الحدود بحسب اختلاف مراتب الفساد فإن الترتیب بین القتل و الصلب و القطع و النفی- و هی أمور غیر متعادلۀ و لا متوازنۀ بل مختلفۀ من حیث الشدۀ و الضعف- قرینۀ عقلیۀ علی ذلک. انتهی.» یعنی آیه ی شریفه ناظر و مشعر به رعایت ترتیب و تناسب میان حدود مقرر بر اساس مراتب شدت و ضعف فساد مترتبه بر فعل ارتكابی محارب است. یعنی رعایت ترتیب در قتل و دار زدن و قطع بخلاف و نفی بلد لازم است و حیث آنکه اینها اموری نامتعادل و نامتوازن و بلکه از جهت شدت و ضعف

ارتکاب مختلف هستند. پس این خود قرینه عقلی بر رعایت ترتیب در اعمال مجازات‌های مربوطه است. (طباطبایی ۱۳۸۷/۳۶۰)

۵-۲-۴- شهرت عملی

این دلیل را فاضل هندی در کشف اللثام آورده و مرحوم موسوی گلپایگانی در درالمنضود نیز نقل نموده است. (نک: موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲/۲۴۸؛ فاضل هندی ۱۴۱۶/۶۳۸)

۵-۳- ارزیابی ادله استنادی هر دو قول (تخیر و ترتیب) و ترجیح قول ترتیب

در این مجال ضمن تبیین ادله استنادی طرفین به بررسی و ارزیابی نهایی آنها اهتمام می‌شود.

۵-۳-۱ الف) نفی انحصار از تک معنایی حرف «او»

هر دو گروه به ظاهر آیه ی محاربه در نوع کارکرد معنایی حرف «او» به سود خویش استناد جسته‌اند:

اولا استعمال حرف «او» در معنای تخیر به لحاظ لغوی و ادبیات، مشهور و متعارف است؛ ولی این گونه نیست که این لفظ مطلقا و منحصرافا افاده تخیر نماید؛ و هر جا «او» آمد فقط همین معنا را مفهوم انحصاری آن بدانیم. زیرا گاهی قراین و شواهد مقالی و مقامی موجب انصراف از ظهور بدوی و رفع ید از معنای اصلی لفظی می‌گردد، که در این صورت معنای اولیه و اصلی را که، و ثانیاً و بالعرض لفظ معنای ثانوی پیدا میکند... مانند تکرار مرتب لفظ «او» در آیه محاربه.

ثانیاً ظهور «او» در معنای تخیر نباید زمینه ساز و موهم تک معنایی و نفی سایر معانی برای حرف «او» مانند تقسیم و تفصیل و اباحه نماید مضافاً آنکه حتی با ظهور حرف او در تخیر، روایات ناظر به قول ترتیب قدرت رفع ید از ظهور اولیه حرف «او» و انصراف از معنای تخیر به ترتیب را خواهند داشت. (نک: شهید ثانی ۱۴۱۰/۴۵۹؛ موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲/۲۵۲؛ محبوبی زرگریان و فاطمی‌نیا ۱۳۹۵/۱۵۴)

۵-۳-۲ ب) حکم قاعده

از نظر شیخ در خلاف طبق قاعده در ادبیات قرآنی، هرگاه در مقام بیان مجازات‌ها و کفارات به نحو تخیر باشد مراحل را از اخف به اشد بیان می‌نماید «کل موضع کانت علی التخییر بدا بالاخف» مانند کفاره قسم و حج. و هرگاه در مقام بیان مجازات‌ها و کفارات به نحو ترتیب باشد سیر مجازات از اشد به اخف مشی می‌نماید. «فابتدا بالاغلظ فالاعلظ» مانند کفاره ظهار و قتل. (طوسی ۱۴۰۷/۴۶۰).

و اما در این آیه محاربه چون شاع در مقام بیان تنويع مجازات‌ها است و مراحل آنها را از اشد به اخف احصاء می‌نماید، «أَنْ يُقْتَلُوا إِنْ قَتَلُوا، أَوْ يُصَلَّبُوا إِنْ قَتَلُوا وَ أَخَذُوا الْمَالَ، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ إِنْ أَخَذُوا

المال و لم یقتلوا، أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ» بر این اساس از حرف «او» در آیه مورد بحث ترتیبی بودن مجازاتها برداشت می‌شود نه تخییری بودن آنها. این مطلبی است که شیخ طوسی بیان نموده با تعبیر «علی ما فسرناه» (شیخ طوسی، ۴۶۰/۱۴۰۷)

۵-۳-ج) حکومت قاعده تعارض و اصل تناسب جرم و مجازات و تفسیر مضیق

هر دو دسته روایات نهایی طرفین قطعی السند و الدلاله می‌باشند. یعنی به لحاظ سند و دلالت تمام و غیر قابل خدشه هستند. در این جاست که اصطلاحاً میان این دو دسته دلیل تعارض ایجاد می‌شود. البته تعارض غیر مستقر و بدوی. اکنون از نظر فن حل تعارض و بر طبق قواعد عرفی و اصولی هر دو دسته با هم قابل جمع عرفی هستند. لذا از باب قاعده «الجمع مهما امکن اولى من الطرح» با اندکی تدبیر در مفاد دو دلیل روشن می‌شود که این دو در مدلول و معنا با هم تنافی واقعی ندارند. و با هم قابل جمع اند. در این جاست که روایات قول ترتیب دال بر مجازات محارب، بر روایات تخییر مقدم می‌شوند.

بنابر این حتی اگر تعارض مستقر و واقعی میان این دو دسته دلیل باشد باز هم با عنایت به قراین و مرجحات خارجی از جمله خود «اصل تناسب جرم با مجازات» و نیز «اصل تفسیر مضیق» در فقه جزایی اسلام که مبتنی بر اصل مهم عدالت کیفری و همسو با روایات قول ترتیب است باز هم قول ترتیب بر قول تخییر مقدم است و اولویت می‌یابد.

۵-۳-۴) استفاد از سوال سائلین

نکته مهمی که در مقوله ارزیابی هر دو دسته روایات قول ترتیب و تخییر مغفول مانده و توجه به آن مهم است؛ فلسفه پرسش و سوالی است که سائل از معصوم در کیفیت مجازات محارب می‌پرسد و مترصد رفع ابهام از نحوه مجازات چنین جرمی است. (موسوی گلپایگانی ۲۵۷/۱۴۱۲)

البته پاسخ ها همگی در مقام اجابت مشترک و ناظر به ارجاع به حاکم و امام هستند. یعنی امام حق انتخاب این چهار مجازات را برای محارب داراست. پس در همه پاسخ ها جز ذیل روایت برید بن معاویه همسو و مشترک هستند. اما همان گونه که بسیاری از فقها و مفسرین یاد آور شده‌اند منظور امام به هیچ وجه اختیار مطلق نیست. و این خود یک تنبه و هشدار و عقب نشینی از قول تخییر مطلق است. «فإذا صرح الإمام علیه السلام بنفی التفویض إلی الإمام و وجوب مراعاة نحو الجنایة فکیف یقال بالتخییر؟! و علی الجملة فلا أقل من أن فی هذه الجملة إشعاراً باختلاف الحكم باختلاف الجنایة.» یعنی وقتی امام (ع) به نفی تفویض برای حاکم و لزوم رعایت حکم مجازات متناسب با جنایت ارتكابی تصریح میکند، پس چگونه است که گفته می‌شود بنا به تخییر است؟! اجمالاً و حد اقل معنای این کلام این است که مشعر باختلاف حکم با توجه به میزان اختلاف در جنایت باشد. (موسوی گلپایگانی ۲۵۳/۱۴۱۲)

نکته دیگر اینکه مقام بیان ذیل روایت بریدین معاویه با مقام بیان سایر روایات به لحاظ اسلوب کلام با پرسش حکیمانه سائل یعنی «..قلت فمفوض ذالک الیه؟ قال لا و لکن نحو الجنایه» یعنی گفتم پس نحوه اعمال مجازات به امام واگذار می شود؟! فرمود نه هرگز! بلکه متناسب با جرم ارتکاب یافته! (حرعاملی ۱/۴۰۹، ج ۲) به یقین این نحوه استفسار و پاسخ حکیمانه امام با این تعبیر متقن و قویم، کاملاً قابل تأمل و تعمق و دارای پیام مهم و روشنی است.

۵-۳-۵) نحوه پاسخگویی ناظر به رعایت عدالت و تناسب است

پر واضح است که این نحوه اجابت و روشنگری و تبیین کلام در راستای رفع اجمال و تردید سائل در چگونگی اعمال مجازات‌های چهارگانه بوده؛ و بدون تردید ناظر به اجرای مجازات‌های بر شمرده در آیه محاربه بر اساس تناسب و سنخیت هر مجازاتی با جرم مربوطه می‌باشد. اصولاً منظور امام از عبارات «بالخیار-و الی الامام.» و سایر عبارات مشابه در هیچ یک از روایات باب اجرای دلبخواهی مجازات نبوده و نیست. «قال العلامة المجلسی رضوان الله علیه عند ذکر خبر برید: صحیح، و لا ینافی هذا الخبر القول بالتخیر إذا مفاده أن الإمام یختار ما یعلمه صلاحاً بحسب جنایته لا بما یشتهیه و به یمکن الجمع بین الأخبار المختلف.» علامه مجلسی (رض) بعد از ذکر روایت برید فرموده: صحیح است، و اما هیچ منافاتی ندارد که این روایت مبنی بر قول به تخییر مفادش آن باشد که امام با مصلحت اندیشی متناسب با جنایت انجام یافته عمل کند و نه بر اساس ذوق و اشتیهای شخصی خودش، بنابراین با این توصیف میتوان میان روایات مختلف جمع نمود. (موسوی گلپایگانی ۱/۴۱۲/ ۲۵۳)

۵-۳-۶) اظهار تردید برخی علمای قائل به تخییر

برخی فقها در اختیار یکی از قولین مردد مانده‌اند و برخی با وجود تقید به تخییر اظهار تشکیک نموده‌اند. این نحوه تردید دلیل بر رعایت تناسب جرم ارتکابی با مجازات است. علمایی چون صاحب جواهر پس از مساعی فراوان در تبیین موضوع در نهایت اظهار تردید نموده‌اند. (۵۷۹/۱۴۰۴) محقق اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان با وجود پذیرش قول تخییر، پس از توسعه فراوان بحث و ضعیف خواندن روایات قول ترتیب، در نهایت در اظهار نظر قطعی مردد مانده است. (اردبیلی، ۱۳/۱۴۰۳، ۲۹۸) مقدس اردبیلی در زبدة البیان نیز با تمکین ابتدایی قول تخییر در نهایت در اظهار نظر قطعی منفعل شده و اختیار یکی از دو قول را جزو مجهولاتی می‌شمارد که همواره دامنگیر موضوعات می‌شوند و سخن را به پایان می‌برد. (مقدس اردبیلی ۶۷۷) صاحب ریاض المسایل پس از استدلال موسع و پذیرش قول تخییر می‌نویسد: «اقول تخییر را اختیار کردیم ولی در کیفیت مجازات بر سخن شیخ در نهاییه و جماعت هستیم (نک: حائری، طباطبائی ۱/۴۱۸/ ۱۵۵)

در تحریر الوسيله آمده است: «حاکم در این حدّ، بنابر اقوی بین قتل و به دار آویختن، و قطع به طور مخالف و نفی بلد، مخیر است. و بعید نیست که برای حاکم بهتر باشد که جنایت را ملاحظه کند و آنچه که مناسب

آن است، اختیار نماید. پس اگر کشته است، حاکم، قتل یا صلب را اختیار کند. و اگر مال برداشته است قطع را اختیار نماید. و اگر شمشیر کشیده و فقط ترسانده است نفی بلد را اختیار کند. و تحقیقا کلمات فقها و روایات مضطرب است و بهتر همان است که ما ذکر کردیم. (موسوی خمینی ۱۴۲۵/۲۴۱)

۵-۳-۷ (ز) فقدان تنافی ماهوی ناظر به ترجیح ترتیب است

اصولا تقسیم روایات به تخییر و ترتیب از اساس کار درستی نبوده و فاقد مبنا و اساس است. و همه روایات مترصد بیان یک امر هستند و اختلاف آنها صرفاً ظاهری است و هرگز تنافی ماهوی و حکمی با هم ندارند. با این رویکرد فقهی از نحوه مجازات محارب براساس تناسب مجازات‌های مقرر با جرایم ارتكابی پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م.ا. مصوب سال ۱۳۹۲ بر اساس نقد و تحلیلی که در مبحث بعدی خواهد آمد، داده می‌شود.

تکمله دلایل؛ نظرات ترجیحی مفسران

همینطور بعنوان تقویت کننده و موید دلایل فوق میتوان به نظرات اکثر علمای تفسیر در اتقان و حقایق قول ترتیب استناد جست. علامه طباطبایی در تفسیر گرانسنگ المیزان ذیل آیه شریفه می‌فرماید: «آیه شریفه خالی از اشعار به ترتیب در بیان حدود نیست، زیرا چهارحد نامبرده در عرض یکدیگر نیستند. و از حیث شدت و ضعف مختلف بوده و تناسب و تعادلی میان آنها نیست، که این خود قرینه عقلیه قطعیه ای بر رعایت ترتیب میان مجازات ها است». (علامه طباطبایی ۱۳۸۷/۳۳۲)

امین الاسلام طبرسی در مجمع البیان با آن که از جمله کسانی است که اصولا خبر واحد را حجت نمی‌داند، ولی قائل به نظریه ترتیب یعنی، استحقاق به قدر جنایت است. وی با تاکید و صراحت، قول به تخییر و اباحه را مردود اعلام می‌نماید و استناد به روایت دال بر تخییر به صیغه مجهول، آنرا مشعر بر ضعف می‌داند. (طبرسی ۱۴۰۶/۲۹۲. بنقل از سالار زهی ۱۳۸۸/۱۷۹)

نتیجه‌ی تحقیق

فقه‌های اسلام بطور کلی در رابطه با مفهوم محاربه رویکرد واحدی دارند یعنی همگی بر شرطیت ایجاد اخافه و نا امنی و سلب آسایش و اخلال در امنیت عمومی اتفاق نظر دارند. یعنی هرکس با سلاح و یا هر وسیله خوفناکی در شهر و یا خارج از شهر و یا در راه‌های عمومی و شوارع عام اقدام به تهدید و نا امنی و ترس و وحشت نماید و از این طریق زبان جانی یا مالی و یا ناموسی و مانند آن ایجاد نماید، محارب است و مستوجب یکی از مجازات‌های چهارگانه می‌باشد. البته آنها در فروعات و جزئیات و نحوه اعمال این مجازات ها اختلاف نظر دارند. و در سیر تاریخی سلسله مباحث فقهی شاهد دو قول مختلف در این زمینه هستیم. البته چنانکه اشاره شد فقه‌های اسلام مساعی جمیله و تلاش‌های فراوانی در حل مناقشه و تبیین زوایای قولین مختلفین «تخییری یا ترتیبی بودن حد محارب». و مقارنه و تقریب مواضع فقه‌های سرشناس نموده‌اند.

در این پژوهش با سیری اجمالی در اقوال و نظرات فقهای اسلامی نسبت به قولین تخییر و ترتیب (تنويع يا تفصيل) آشنا شدیم.

قانون گذار اسلام در آیه شریفه (۳۳/مائده) منحصرأ و با رعایت ترتیب چهار نوع مجازات برای حد محارب بر شمرده، که در حق او اجرایی شود: ۱- کشتن (ان یقتلوا) ۲- بردار زدن (ان یصلبوا) ۳- بریدن دست و پا برخلاف (ان یقطعوا ایدیهم و ارجلهم من خلاف) ۴- تبعید یا نفی بلد (او ینفوا من الارض)

نکته مهم در این مقطع آن است که هر چند مفهوم این مجازات ها روشن است و فقهای مسلمان نیز مجازات محارب را از این چهار حالت خارج نمی دانند؛ لیکن در خصوص کیفیت انتخاب هریک از این مجازات های چهارگانه اختلاف نظر وجود دارد، و مباحث مناقشه برانگیزی حادث شده است. همین اختلاف نظر در میان فقهای اهل سنت نیز وجود دارد. فقهای شافعی و حنفی و حنبلی قائل به ترتیب هستند و ولی فقهای مالکی قائل به تخییرند.

قول به تخییر مختار شیخ مفید (علیه الرحمه) در المقنعه می باشد. شیخ صدوق در هدایه و نیز ظاهر المقنعه، سلاز دیلمی درالمراسم، علامه حلی درالقواعد و ظاهرالمختلف و تحریر و تبصره، ابن ادریس در السرائر، محقق در شرایع و مختصر و فخرالمحققین درایضاح، شهید ثانی در المسالك، فاضل مقداد در التنقیح و کنزالعرفان و شیخ جعفر کاشف الغطاء در کشف الغطاء و بسیاری دیگر از اکابر این قول را برگزیده اند.

دلایل اختیار این قول بطور خلاصه عبارت انداز: ۱- ظاهر آیه شریفه و ذکر حرف «او» ۲- اخباری چون صحیحہ حریز با محوریت لفظ «أو» ۳- ناطقه بالتخییر بودن بعضی روایات از جمله: حسنه جمیل بن دراج و غیر آن.

طرفداران قول دوم یعنی ترتیب، معتقدند کلمه او برای تنويع است نه تخییر؛ باین بیان که حد محارب و مفسد یکی از انواع چهارگانه به قدر جنایات ارتكابی است. قول به ترتیب (تنويع و تفصيل) مختار شیخ الطائفه ابو جعفر طوسی (علیه الرحمه) در نهایه است. و نیز در المبسوط و خلاف و تبیان متمایل به این مشی می باشد. کسانی چون ابن جنید اسکافی در فتاوی، سید بن زهره در غنیه، ابن براج در المذهب، راوندی در فقه القرآن، علامه در تلخیص المرام، و عیاشی در تفسیر، ابن حمزه در الوسيله، و صدوق در من لایحضره الفقیه، فتوی به ترتیب داده اند. مضافاً آنکه اکثر کتب فقهی قول به ترتیب را تقویت کرده اند.

عمده دلایل قائلین به ترتیب عبارتند از: ۱- استبعاد و ممانعت عقلی در مجازات واحد و یکسان برای عقوبات متعدده. علامه طباطبایی بر این دلیل صحه گزارده و می فرماید شدت و ضعف عقوبات موید این ادعاست. ۲- شهرت عملی. ۳- دلالت اخبار از جمله صریح روایت خثعمی.

در مقام داوری و تعیین قول حق گفتیم: اصولاً تقسیم روایات به تخییر و ترتیب از اساس کار درستی نبوده و فاقد مبنا و اساس درستی است. یعنی همه روایات مترصد بیان یک حقیقت هستند و اختلاف آنها صرفاً امری

صوری و ظاهری است و هرگز تنافی ماهوی و حکمی با هم ندارند. مضافاً آنکه ادله اقامه شده در ترجیح قول دوم موید این ادعا است و ناظر به ترجیح قول ترتیب است. با این رویکرد فقهی نحوه ی اعمال مجازات محارب مبتنی بر قول ترتیب و تناسب مجازاتهای مقرر با جرایم ارتكابی است.

فایده عملی و کاربردی و یا راهکار پیشنهادی:

این پژوهش اولاً اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م.ا. مصوب سال ۱۳۹۲ می‌باشد.

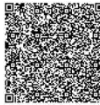
ثانیاً پیشنهاد می‌شود فقه پژوهان حوزه فقه استدلالی این موضوع و موارد مبتلابه این چنینی را در اولویت کنکاش و بازکاوی قرار دهند و با مذاقه بیشتر و امعان نظر نموده تفسیر مستدل تری در اتقان و اثبات اولویت قول ترتیب ارایه نمایند.

فهرست منابع و مآخذ

- الف) شیعه
- القرآن الکریم
- اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعه فتاوی این جنید، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۱۶ هـ ق
- ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق
- اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن، در یک جلد، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران-ایران، اول، (بی تا) هـ ق
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق
- جرجانی، سید امیر ابو الفتح حسینی، تفسیر شاهی، ۲ جلد، انتشارات نوید، تهران-ایران، اول، ۱۴۰۴ هـ ق
- خمینی، سید روح الله موسوی، «تحریر الوسیلة» ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، بی تا هـ ق. (تحریر الوسیلة «مترجم: اسلامی، علی» ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، چاپ بیست و یک، ۱۴۲۵ هـ ق
- خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، ۲ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول، ۱۴۲۲ هـ ق
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- سعید حلّی، ابو ذکریا نجیب الدین یحیی بن احمد بن یحیی بن حسن بن سعید هذلی الجامع للشرایع، قم موسسه سید الشهدا(ع) چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ ق
- راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، فقه القرآن (لراوندی)، ۲ جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ هـ ق
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه، الهدایة فی الأصول و الفروع، در یک جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- صدوق، محمد بن علی بن بابوی قم، المقنع (للشیخ الصدوق)، در یک جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق

- طباطبایی، سید محمدحسین المیزان فی تفسیر القرآن(ج۵) ترجمه: سید محمدباقر موسوی، چاپ ۲۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۷ ه. ش. (دفتر انتشارات اسلامی)
- طبرسی، نجم الدین، التفی و التفریب فی مصادر التشريع الإسلامی، در یک جلد، قم - ایران، اول، بی تا ه. ق
- طبرسی، فضل بن حسن؛ طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن(ج۳)؛ ترجمه احمد بهشتی، تهران: (انتشارات فراهمانی ۱۳۵۰ ه. ش) چاپ ۳، تهران ناصر خسرو، ۱۴۱۵ ق - ۱۳۷۲ ش
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، «الخلاف» ۶ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول(ج ۵) ۱۴۰۷ ه. ق
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المیسوط فی فقه الإمامیه، ۸ جلد، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۲ ه. ق
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، در یک جلد، دار الکتاب العربی، بیروت-لبنان، دوم ۱۴۰۰ ه. ق
- عاملی، سید محمد حسین ترحینی، الزبدة الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، ۹ جلد، دار الفقه للطباعة و النشر، قم-ایران، چهارم(ج۹) ۱۴۲۷ ه. ق
- عاملی، حرّ محمد بن حسن، وسائل الشیعة، (ج۲۸)، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم-ایران، اول، ۱۴۰۹ ه. ق
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللعة دمشقیة فی فقه الإمامیه، در یک جلد، دار التراث - الدار الإسلامیة، بیروت-لبنان، اول ۱۴۱۰ ه. ق
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللعة دمشقیة (المحسّی - کلاتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم-ایران، اول، ۱۴۱۰ ه. ق
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم - ایران، اول، ۱۴۱۲ ه. ق
- علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلّی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ ه. ق
- علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیث)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم-ایران، اول(ج۵) ۱۴۲۰ ه. ق
- علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلّی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۹ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم-ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه. ق
- علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلّی، تلخیص المرام فی معرفه الاحکام، مرکز نشر مکتب اعلام اسلامی، تهران- ایران چاپ اول، ۱۴۲۱ ه. ق
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۱۶ ه. ق
- (فاضل)مقداد بن عبد الله سیوری حلّی، کنز العرفان فی فقه القرآن، ۲ جلد، انتشارات مرتضوی، قم-ایران، اول، ۱۴۲۵ ه. ق
- (فاضل)مقداد بن عبد الله سیوری حلّی، نضدالقواعد الفقہیة علی المذهب الامامیه، انتشارات کتابخانه آیت اله مرعشی (ره) ایران- قم، اول، ۱۴۰۳ ه. ق
- محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، حلّی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم-ایران، دوم، ۱۴۰۸ ه. ق
- محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن حلّی، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ۱ جلد، انتشارات الهام، تهران- ایران، اول، ۱۳۷۷ ه. ش
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعة (للشیخ المفید، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، قم-ایران، اول، ۴۱۳ ه. ق
- موسوی گلایگانی سید محمد رضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، (ج ۳)، دار القرآن الکریم، قم-ایران، اول، ۱۴۱۲ ه. ق
- محبوبی سید نصرالله زرگریان طه فاطمی نیا یوسف لزوم رعایت ترتیب در اجرای مجازات مجارب، درقانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ فصلنامه کاوشی درفقه، سال ۲۴ ش ۴۱۳۸۶: ۱۳۹۶ سال
- نجفی، الاصفهانی صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، (ج۴۱)، دار إحياء التراث العربی، بیروت، لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه. ق
- قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲
- (ب) اهل سنت
- ابن رشد، محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بیروت، دار ابن الحزم(ج۳) ۱۴۲۰ ه. ق

- ابن قدامه أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامة المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، (ج ۹)، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۵ هـ. ق
- ابن جزى محمد بن احمد بن جزى الفرناطى با تحشیه و تحقیق ماجد الحموی، القوانين الفقهیه فی تلخیص مذهب المالکيه والتنبیه علی مذهب الشافعیه و الحنفیه و الحنبلیه، بیروت لبنان-منشورات دار ابن الحزم، طبع الاولی، ۱۴۳۴ هـ ق
- ابن حزم، محمد بن داود، المحلی، تحقیق احمد محمد شاکر، دار النفائس، ریاض (ج ۱۱) ۱۴۱۸ ق
- الانصارى ابو یحیی، ذکرها، أسنى المطالب، فی صله الاقارب، لمکتبه الشامله، الاصدار الثانی بی تا
- ابن مفتاح عبدالله بن ابی القاسم، شرح الازهار تقریره لابن المرتضی، المنتزع المختار من الفیث المدرار، بی نا، ۲۰۱۶ م
- مالک بن انس بن مالک بن عامر، الاصبیحی المدني، المدونه الکبری، الناشر دار الکتب العلمیه الطبع الاولی ج-۴، ۱۶-۱۴۱۵، ۱۹۹۴ م
- بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت، دار الفکر الجزیری، ۱۴۰۲ هـ ق
- الزرقانی المصری، عبدالباقی بن یوسف بن احمد مصحح عبدالسلام امین، شرح الزرقانی علی مختصر خلیل، الناشر: دار الکتب العلمیه بیروت-لبنان الطبعه الاولی (ج ۸)، ۱۴۲۲ هـ- ۲۰۰۲ م
- الزحلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دار الفکر، چهارم، (ج ۵)، تهران، احسان، ۱۴۰۵ هـ ق
- زیدان عبدالکریم، المفصل احکام المرآه البیت المسلم، موسسه دار الرساله، جزء الخامس بغداد، طبعه الاولی (ج ۵۱۴۱۳) هـ ق
- الصاوی المالکی ابوالعباس احمد بن محمد الخولتی الشهیر بالصاوی المالکی، بلغه السالک لاقرب المسالک المعروف بحاشیه علی الشرح الصغیر، دارالمعارف، بی جا (ج ۴)، بی تا هـ ق
- عوده، عبد القادر، التشريع الجنائی مقارنا بالقانون الوضعی، ج ۲، ۱۳، بیروت، مؤسسه رسالت، (دارالکتب العربی، بیروت) ۱۹۹۴ م
- شربینی، شمس الدین محمد، مغنی المحتاج إلى معرفة مبانى الفاظ المنهاج، (ج ۴)، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۹۴ م.
- الکاسانی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العلمیه، (ج ۷) ۱۴۲۴ ق.
- الکریمی الشیخ المرعی بن یوسف بن الکریمی الحنبلی، غایه المنتهی فی جمع الاقناع والمنتهی، ۲ جلد، بی نا، بی جا، (ج ۳) ۱۴۲۸ هـ ق
- (ج) لغت نامه ها
- ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ۱۵ جلد، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع-دار صادر، بیروت-لبنان، سوم، ۱۴۱۴ هـ ق
- ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ۶ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۰۴ هـ ق
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، (جزی)، النهایة فی غریب الحديث و الأثر، ۵ جلد، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم - ایران، اول، بی تا هـ ق
- صاحب بن عباد، کافی الکفا، اسماعیل بن عباد، المحیط فی اللغة، ۱۰ جلد، عالم الکتاب، بیروت-لبنان، اول، ۱۴۱۴ هـ ق
- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران-ایران، سوم، ۱۴۱۶ هـ ق
- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ۷ جلد، دار الکتب الإسلامیه، تهران-ایران، ششم، ۱۴۱۲ هـ ق
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۴ جلد، مرکز الکتاب للترجمة و النشر، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۲ هـ ق



مطالعه‌ی تطبیقی استنکاف از ایفای تعهدات در قرارداد تجاری بین المللی حقوق ایران و انگلیس

لیلا جوانمرد

استادیار گروه آموزشی حقوق دانشگاه آزاد خرم آباد، ایران

leila.7079@gmail.com

محسن کاظمی

استادیار گروه آموزشی حقوق دانشگاه آزاد خرم آباد، ایران

Lawyer.kazemim@yahoo.com

بابک سیفی

دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت بین الملل دانشگاه آزاد خرم آباد، ایران

babak.seifi1992@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۳۹۹،۴،۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹،۱۲،۲۵

چکیده

با توجه به اصل لزوم قرارداد، هرگاه فردی متعهد به انجام امری می‌شود اجرای آن وظیفه اجتماعی، قانونی، اخلاقی او محسوب می‌شود. البته با توجه به موضوع تحقیق، استنکاف در اجرای قرارداد استثنایی بر این اصل می‌باشد. تعهدات تحت تأثیر مسائل ارادی و غیر ارادی قرار می‌گیرند که اجرای تعهدات را متوقف می‌کند. مواردی مانند جنگ، حوادث طبیعی و بیماری، مرگ و اعسار از جمله مهمترین موارد استنکاف تعهدات قراردادی می‌باشند. هدف این تحقیق شناسایی موارد استنکاف است که در نتیجه با از بین رفتن این موارد مراودات تجاری رونق می‌گیرند. با توجه به اصل لزوم قراردادها، توسل به پذیرش استنکاف طرف قرارداد مورد پذیرش نخواهد بود. طرفین مجاز به تغییر شرایط قرارداد به صورت یکجانبه نیستند. در این تحقیق بررسی شده است که در صورت بروز حوادثی که منجر به توقف اجرای تعهد میگردد، باعث ساقط شدن تعهد می‌شود که به مطالع تطبیقی با حقوق انگلیس پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: استنکاف، اجرای تعهد، فورس ماژور، موضوع تعهد، اصل لزوم

مقدمه

یکی از اهداف قرارداد، ایجاد تعهد و برقراری مسئولیت متعهد در انجام موضوع تعهد می‌باشد. طبیعتاً هر تعهدی شرایطی برای ایجاد و حفظ نیاز دارد. اصل لزوم قراردادها در کلیه نظامهای حقوقی محترم می‌باشد و به عنوان لزوم وفای به عهد پذیرفته شده است. با توجه به لزوم قراردادها استثنائاتی بر این قاعده ایجاد می‌شود که استنکاف از اجرای تعهد استثنایی بر لزوم قراردادها می‌باشد. در طول زمان شرایطی و مواردی ایجاد می‌شود از جمله فورس ماژور، عدم امکان اجرا، دشواری، عدم قابلیت اجرا که استثنائاتی بر این قاعده هستند.

این موارد اشتراکاتی با سایر نظامهای حقوقی دارد بر این اساس طرفین از اجرای تعهداتشان معاف می‌شوند. در راستای شناخت هرچه بیشتر علل استنکاف اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و انگلیس به مفهوم تعهدات پرداخته می‌شود و در نتیجه موارد استنکاف موشکافی می‌گردد.

پیرامون این پژوهش منابع پراکنده ای وجود دارد ولی تاکنون مطالعات جامعی در خصوص استنکاف صورت نگرفته است و همین امر ضرورت انجام این تحقیق می‌باشد. در خصوص دانش حقوقی طرفین قرارداد بین المللی بخصوص موارد مهم استنکاف اجرای قرارداد می‌تواند راهگشایی در تنظیم قراردادهای بین المللی باشد.

سیاستهای اقتصادی و نوسانات اقتصادی در تنظیم قرارداد و اختلافات حقوقی متعددی پس از شکل گیری قرارداد در راستای اجرای موضوع بروز می‌کند که این مطالعات تمرکز بر موارد استنکاف اجرای تعهدات در حقوق ایران و انگلیس تمرکز دارد.

پیشینه تحقیق

در بررسی‌های کتب و منابع موجود در کتابخانه‌ها مشخص گردید که پژوهش حاضر تاکنون به صورت مستقل مورد بحث قرار نگرفته است بلکه در لایه لای مباحث فقهی و حقوقی (ضمان، جبران خسارت، ایفاء تعهدات و.... استنکاف، اجرای تعهد، فرس ماژور، موضوع تعهد، اصل لزوم). به صورت پراکنده و کلی در ضمن مباحث دیگر بررسی و یا به صورت مقاله ای کوتاه به آن پرداخته شده است. در این مقاله با تکیه بر اصول کلی حقوقی، مشکلات و پیچیدگی‌های مورد بحث را به خوبی ترسیم نموده و راهکارهای مختلف و مؤثر را به شکل صحیح ارائه مینمایم. هرچند تحقیق پیش رو مثل هر پژوهش دیگر، خالی از عیب و نقص نخواهد بود، اما امید است گامی کوتاهی در راستای تبیین و تفسیر قواعد حقوقی در زمینه استنکاف از ایفاء تعهدات در قرارداد تجاری بین المللی حقوق ایران و انگلیس برداشته باشیم.

فقه امامیه که در حقیقت منبع قوانین کشور جمهوری اسلامی ایران به حساب می‌آید، کارهای زیادی در آن صورت گرفته است و با مراجعه به کتب، مقالات و تحقیقات انجام شده در استنکاف از ایفاء تعهد می‌توان به

مطالب مورد بحث زودتر دست یافت. برای آشنایی بیشتر در راستای سابقه ای این پژوهش، نگاهی کوتاه و گذرا به کتاب‌های مورد بحث می‌اندازیم:

1- حقوق مدنی: احمد علی حیمتی واقف؛ آقای حیمتی واقف در این کتاب به بررسی کلیات قراردادها و ایقاعها پرداخته‌اند که در بخش نخست این کتاب، به مسائل قراردادها از قبیل تشکیل، اقسام، شرایط صحت، شروط ضمن عقد، آثار، انحلال و خیارهای قراردادی بررسی می‌گردد و بخش پایانی هم به مسائل ایقاع می‌پردازد.

۲- آثار قراردادها و تعهدات: دکتر مهدی شهیدی؛ در این کتاب آقای شهیدی، نخست درصدد بیان آثار قراردادها برآمدند که در اینجا به مسائل قرارداد و قائم مقام و آثار قرارداد میان طرفهای عقد و قائم مقام آن و تعهد مورد قرارداد و شرایط الزام متعهد به انجام تعهد، موانع و راه‌های الزام به انجام آن، اشاره نموده‌اند. همچنان در بخش‌های پایانی کتاب به مسؤولیت قراردادی و جبران ضررهای ناشی از عدم انجام تعهد و در پایان به تعهد به زبان شخص ثالث پرداخته‌اند.

3- (حقوق مدنی) حقوق قراردادها: حسین ره پیک؛ این کتاب دارای هفت فصل هست؛ که در فصل اول، منابع حقوق قراردادها در قانون مدنی ایران مورد بررسی قرار گرفته و نویسنده در فصل سوم به تقسیمات عقد پرداخته است و در فصل چهارم به شرایط اساسی صحت معامله، فصول بعدی در مورد قواعد عمومی در آثار معاملات، خسارت ناشی از عدم انجام تعهدات، شروط ضمن عقد و معامله به مال غیر پرداخته‌اند.

۴- حقوق قراردادها: عبدالحسین شیروی؛ نویسنده در این کتاب بحث‌های، مفاهیم و انواع قرارداد، انعقاد، اطراف، مفاد، شروط و تفسیر و اجرای قرارداد را پیش کشیده‌اند و در فصل هفتم به ضمانت اجرای قراردادی پرداخته است اما در فصول پایانی به انحلال قرارداد اشاره ای نموده‌اند.

۵- حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات): دکتر ناصر کاتوزیان؛ این کتاب، نخست به مفهوم تعهد پرداخته و پس از آن به منابع حقوقی تعهدات در قوانین ایران، فرانسه، ایتالیا و به مسائل اعمال و وقایع حقوقی متذکر می‌شوند اما در فصول بعدی از انتقال و تبدیل، اجراء سقوط و اثبات تعهدات بحث می‌کنند.

۶- شرط ضمنی: حسین سیمایی صراف؛ این کتاب که از لحاظ حجم حدود ۸۴۱ صفحه هست، نویسنده در قدم اول بررسی ماهیت شرط و چگونگی ارتباط آن با را بیان می‌کنند. بخش دوم و سوم این کتاب شروط بنایی و ضمنی عرفی را توضیح داده است. اما بخش چهارم و پایانی انواع شرط ضمنی را بیان می‌کند. روش شناسی تحقیق. روش اثر حاضر، یک کار بنیادی محسوب می‌شود که در گردآوری مطالب از روش تحقیق کتابخانه ای و ابزارفیش برداری با مراجعه به کتاب‌های معتبر و دست اول، استفاده شده است. در گردآوری داده ها و اطلاعات با روش تحقیق توصیفی- تحلیلی، این پژوهش سامان یافته است. با مطالعه کتاب ها، مقاله‌های فارسی و انگلیسی مخصوصا مواد قانونی و با توجه به اصول و قواعد حقوقی هر نظام حقوقی، نتیجه موردنظر شفاف و به وضوح استدلال و بیان شده است. امید است محصل این تحقیق، گرهی از معضلات و

مشکلات جامعه باز نموده و راه گشای حقوقدانان عزیز در مسیر «استنکاف از ایفای تعهدات در قرارداد تجاری بین المللی بلاخص در حقوق ایران و انگلیس» باشد.

مفاهیم

در ذیل این عنوان برخی مفاهیم را تعریف کرده و سپس آن ها را مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهیم.

1-1- ایفای تعهد

«تعهد مصدر باب تفاعل از ریشه عهد می باشد. در لغت به معنی بر عهده گرفتن، خود را مدیون کردند و عهد و پیمان می باشد. از لحاظ اصطلاحی رابطه ایی می باشد حقوقی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری ملزم به امری می باشد» (بیات، ۵۱۳۹، ۷۸).

تعهدات مبحث مهمی از حقوق قراردادها را به خود اختصاص داده است. حتی در فقه اسلامی بحث اصل لزوم قراردادها مورد بحث قرار می گیرد. در بیشتر سیستم های حقوقی دنیا این موضوع رسمیت دارد. در ماده ۱۹۲ قانون مدنی مقرر شده است که: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشند بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر با رضایت طرفین اقاله یا فسخ گردند».

«اصل ۱۹۲ قانون مدنی، انعکاسی از این ضرورت در قانون است» (شهیدی، ۱۳۸۰، ۲۸). بر همین اساس طرفین به قرارداد و تعهدات پایبند می شوند. در صورت عدم ایفای تعهد و یا حتی ایفای ناقص، ضمانت اجرایی در نظر گرفته شده است. لازم به ذکر است تبعات استنکاف متعهدله را مورد حمایت قرار می دهد. «به موجب قرارداد برای طرفین حقی ایجاد می شود و مطالبه آن مستلزم ضمانت اجرا می باشد» (آقا عباسی و نقیب شهر بابکی، ۱۳۹۶، ۵۲۱).

طرفین قرارداد بر اساس قرارداد و تعهد ناشی از قرارداد ملتزم به انجام امری می باشند که ارادی نیست. تراضی طرفین در هنگام قرارداد، التزام به مفاد قرارداد را ایجاد میکند. پس انجام تعهدات به اختیار متعهد نیست بلکه قانون متعهد را ملزم نموده است.

وقتی اختیاری نباشد پس عمل نمی تواند عمل حقوقی محسوب گردد. «وصف اصلی قرارداد، آزادی در انتخاب و تراضی و نفوذ طرفین در انشا است. در حالی که ایفای تعهد، مدیون هیچ آزادی و اراده در انتخاب تعهد ندارد» (قاسم زاده، ۱۳۹۸، ۱۷۷).

به همین جهت در سقوط تعهد تفاوتی بین انجام اختیاری و اجباری تعهد نیست. شخص متعهد با اراده و اختیار خود مورد تعهد را انجام می دهد. ذمه اش بری و تعهد ساقط می گردد. «اگر از انجام تعهد سرباز زند این حق برای متعهدله ایجاد می گردد که با مراجعه به دادگاه او را مجبور به انجام تعهد یا با هزینه متعهد به وسیله

دیگری، تعهد انجام گردد» (طاهری، ۱۴۱۳، ۱۳۳). در نتیجه منظور از ایفای تعهد قراردادی، به جای آوردن و اجرای این التزام است که متعهد در قرارداد به عهده گرفته است که ارکان زیر را در خود جای می‌دهد.

متعهد: شخصی که اجرای تعهد به عهده او می‌باشد.

متعهد له: تعهد در حق او انجام می‌شود.

موضوع عقد

زمان، مکان، هزینه برای اجرای تعهد

تعهدی که مطابق با قرارداد به نحو کامل انجام گردد، صحیح می‌باشد و عدم انجام این تعهدات استنفاف می‌باشد و ایفای تعهد الزامی است.

1-2- نقض قرارداد

نقض در لغت به معنای شکستن، ویران کردن، شکستن عهد و پیمان است. در اصطلاح حقوقی، نقض قرارداد زمانی صورت می‌پذیرد که یکی از طرفین یا هر دو طرفین، موجبات تعهدی که بر عهده گرفته‌اند را اقدام نکنند. عدم اجرای تعهد خواه تعهد مستقیم و خواه تعهد غیر مستقیم نقض قرارداد می‌باشد. نقض شامل عدم اجرای قرارداد، انجام با تأخیر، اجرای ناقص، اجرای معیوب و عدم اجرای مطابق با قرارداد می‌باشد.

1-3- قرارداد در حقوق انگلیس

حقوقدانان انگلیس قرارداد را اینگونه تعریف نموده‌اند: «قرارداد عبارت است از تعهد یا تعهداتی که قانون آنرا لازم الاجرا می‌داند» (قبولی درافشان، ۱۳۸۶، ۳۲۱).

«قرارداد را می‌توان توافق بین دو یا چند نفر که از نظر قانون الزام آور است تعریف نمود» (داکسری، ۱۹۹۴).

در جای دیگر ذکر شده است که: «توافق دو یا چند شخص که به موجب انجام یا عدم انجام چیز بخصوصی تعهد می‌گردد». (بلاک، ۱۹۹۳، ۲۲۳).

در حقوق انگلیس تفاوت واژه قرارداد و توافق بر این مبنا است که عقد از توافق ایجاد تعهد می‌کند. از نظر حقوق انگلیس تقسیم بندی قراردادهای به صورت یک جانبه و دو جانبه است.

1-3-1- قرارداد دو جانبه

تعهد یک طرف در مقابل تعهد طرف مقابل قرار می‌گیرد. تبادل تعهدات برای اجرا کافی است. «در یک قرارداد بیع کالا، خریدار تعهد به پرداخت قیمت و فروشنده تعهد به تحویل کالا می‌کند» (داکسبری، پیشین، 1).

1-3-2- قرارداد یک جانبه

«یک طرف تعهد به انجام کاری در قبال فعل طرف مقابل، به جای تعهد می‌کند و در واقع فقط یک طرف ملزم به انجام کار است و تعهد یک طرفه می‌باشد و یک نفر ذمه او تعهد می‌گردد» (همان، ۲)

1-4- تعهدات قراردادی

تعهدات قراردادی به تعهد مستقیم و تعهد غیر مستقیم، تقسیم می‌شود که تخلف از تعهد هم می‌تواند به تعهد مستقیم صورت گیرد که تعهد اصلی است و نیز تعهد غیر مستقیم یا فرعی باشد.

1-4-1- تعهدات مستقیم

این تعهدات، تعهداتی هستند که به صورت مستقیم از ناحیه طرفین در قرارداد صورت می‌پذیرد. هدف از این تعهدات، مقصود اصلی متعاقدين از انعقاد قرارداد است و ارکان یک قرارداد را تشکیل می‌دهند. این تعهدات نتیجه اولیه قرارداد هستند حتی می‌توان از این تعهدات، مقتضای ذات عقد نام برد. در عقد بیع، مقتضای ذات عقد، مالکیت است. مالکیت مشتری نسبت به مبيع و مالکیت بايع برای ثمن است. این رابطه، ابتدایترین وظیفه در قرارداد است که در عقود معوض رابطه همبستگی ایجاد می‌کند.

منظور از تعهد مستقیم، تعهداتی که مستقلاً از طرفین مورد عقد و قرارداد قرار می‌گیرد و شرایط اساسی صحت معاملات در آن موجود است. «تعهد که معامله به خاطر آن منعقد گردیده است رکن معامله می‌باشد و هدفی است که به طور مستقیم طرفین را به انعقاد قرارداد وا داشته است» (جعفری لنگرودی، ۶۲۱۳، ۸۲)

در قرارداد معوض، تعهد اصلی و مستقیم طرفین به صورت عوض و معوض است که رابطه همبستگی ایجاد می‌کند ولی در تعهد اصلی و تبعی رابطه همبستگی ایجاد نمی‌شود.

1-4-2- تعهد غیر مستقیم

تعهد غیر مستقیم، تعهدی است که در اثر تعهد مستقیم و اصلی ایجاد می‌شود ولی به صورت مستقیم انشاء نمی‌شوند و از این تعهد مستقیم پیروی می‌کند ولی رکن اصلی معامله نیست. «تعهد غیر مستقیم تعهدی است که در حدوث خود از تعهد دیگری که تعهد مستقیم است پیروی می‌کند» (جعفری لنگرودی، ۶۲۱۳، ۸۲). این تعهد انشاء مستقل ندارد. تعهدات فرعی یا غیر مستقیم به صورت شروط ضمن عقد مدنظر هستند: شرط نتیجه، شرط فعل، شرط صفت. این تعهد که ضمن تعهد اصلی پذیرفته می‌شود، تعهد غیر مستقیم است و در

صورت عدم انجام این تعهدات، تخلف و استنکاف از تعهد غیرمستقیم صورت می‌پذیرد. در نهایت تعهد به صورت مستقیم یا غیرمستقیم لازم الوفا است و متعهد موظف به انجام تعهد است این تعهدات به صراحت در قرارداد منعقد نمی‌گردند و امکان دارد طرفین در مورد این تعهدات مذاکره و توافق نداشته باشند و یا از وجود این تعهدات، آگاهی نداشته باشند. در بیع بین دو کشور، طرفین قرارداد زمان تحویل قرارداد را مشخص می‌کنند و به صراحت ذکر می‌کنند ولی توجهی به محل تحویل یا تحویل اسناد و مدارک ندارند در حالیکه ممکن است تحویل قرارداد مستلزم حمل و نقل یا جابه جایی و پرداخت هزینه باشد که طرفین قرارداد به آن توجه نکرده‌اند ولی بر اساس تعهدات غیر مستقیم می‌توان در این خصوص طرح دعوی نمود.

1-5- اصل الزام اجرای قرارداد

در ماده 19۲ قانون مدنی «در عقود که بر طبق قانون واقع شده باشند بین طرفین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شوند» تعهد چه مربوط به اصلی عقد یا شرط ضمن آن باشد لازم الوفا است و متعهد موظف اجرای تعهد خویش است. تفاوت‌های متعددی بین این دو گونه تعهد از نظر آثار حقوقی می‌باشد. «ناممکن شدن اجرای تعهد مربوط به هدف اصلی عقد است که سبب انفساخ عقد می‌گردد در حالی که غیر ممکن شدن اجرای تعهد در مورد شرط، عقد را منحل نمی‌کند فقط قابل فسخ می‌سازد» (شهیدی، 13۸3، 30).

نیروی الزامی تعهد مربوط به متعهد نیست بلکه وراث او نیز متعهد خواهند بود پس وراث موظف به اجرای تعهد هستند مگر اینکه مقید به مباشرت متعهد باشند که با فوت متعهد، تعهد ساقط خواهد شد قاعده لزوم در حقوق اسلامی و مواد 19۲ و ۵۲۲ قانون مدنی ایران از مستندات قانونی اجرای تعهد است در نتیجه در قراردادهای اصل لزوم است اما باید این لزوم را تأیید کرد.

در مورد اصل لزوم اجرای قرارداد در حقوق انگلیس باید چنین بیان داشت که قصد التزام قانونی یک عنصر مهم در قرارداد می‌باشد برای اینکه دادگاه به این عنصر رأی بدهد ۲ اماره مدنظر قرار داد. «1- در توافقیهای اجتماعی و خانوادگی قصد ایجاد رابطه قانونی الزام آور وجود ندارد. ۲- در توافقیهای تجاری قصد رابطه قانونی الزام آور می‌باشد» (لاتکس، بیتا، ۴۶). قراردادهای الزام آور برای تأمین مایحتاج ضروری هستند و نوع دیگر این قراردادهای سودآور خدماتی می‌باشد.

2- موارد استنکاف از اجرای تعهدات

استنکاف از اجرای تعهد دارای تقسیم بندی متفاوت است ممکن است از نظر منشأ یا از نظر زمان یا از نظر مدت بقای آن، مانع انجام تکلیف باشد.

استنکاف به دو شکل است: 1- قانونی ۲- شخصی

2-1- موارد استنکاف قانونی از اجرای تعهد

چنانچه بعد از انعقاد قرارداد یک قانون به تصویب برسد که موضوع قرارداد را نامشروع بداند تعهد نامشروع می‌شود لذا تعهد از متعهد ساقط می‌گردد و تعهد باطل است چون با نظم عمومی معارض است. «وضع تعهدی که پس از ایجاد با قانون از بین می‌رود همانند تعهدی است که پیش از اجرا ساقط می‌شود» (کاتوزیان، ۸۲۱۳، ۵۴۵).

این استنکاف ممکن است در نتیجه عملی باشد مانند زلزله و آتشفشان که باعث حمل کالا را ناممکن سازد. به عنوان مثال طرفین قرارداد در دو کشور مختلف تعهد به قرارداد دارند که محموله را تا مقصد حمل و تحویل دهند که این تعهد با وقوع زلزله و آتشفشان در مسیر باعث استنکاف از اجرای قرارداد می‌شود. در صورتی که مانع موقتی باشد تعهد باقی است و طرفین می‌توانند با فسخ آن را باطل سازند ولی اگر مانع دائمی باشد تعهد ساقط می‌شود. (کاتوزیان، ۸۲۱۳، ۵۴۵).

تعذر قانونی به حکم قانون و مقام صلاحیتدار است. مواردی از قبیل تعذر قانونی به لحاظ ماهیت با وضعیت متعاملین و ممنوعیت صادرات و واردات و قطع روابط تجاری و اقتصادی بین دو کشور، از موارد قانونی می‌باشد (شفایی، ۱۳۷۶، ۶۱۳۷، ۵۴۱۳). «اجرای تعهد تا جایی که موجب نقض مقررات دولتی نگردد الزامی نیست» (شفایی، ۱۳۷۶، ۵۱۴).

در نظام کامن لا، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه بررسی شده است. «قواعد حقوقی که برای حسن انجام امور در اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق در روابط طرفین باشد، به طوری که نتوانند با قرارداد از آن عدول نمایند، نظم عمومی داخلی نامیده می‌شود» (معزی، ۱۳۷۸، ۶۳۵). «در حقوق انگلیس مخالفت، قانون در صورتی که اجرای قرارداد را غیر قانونی سازد، باعث استنکاف از قرارداد می‌شود» (هانت، ۲۰۰۲). اگر تغییری در قانون رخ دهد بنا به قانون، قرارداد غیر قانونی شود اعم از اینکه قانون انگلیس یا هر کشور دیگر، طرفین را از اجرا مبرا می‌سازد. تأکید می‌گردد که باعث بهم خوردن قانونی اجرای قرارداد فسخ را ممکن می‌سازد.

2-2- تلف شدن موضوع عقد

از ارکان تعهد، موضوع تعهد است که تلف آن باعث ساقط شدن قرارداد می‌شود. در ماده ۱۵ قانون مدنی بند ۲ به موارد تلف موضوع حق انتفاع اشاره شده است. در ماده ۴۸۲ قانون مدنی به تلف شدن موضوع اجاره اشاره شده است. برای تلف مبیع ماده ۷۸۳ قانون مدنی مقرر شده است. تلف عین کلی، از بین رفتن تعهد مربوط به تعهدی است که موضوع عین معین دارد که تلف شده است. تلف شدن موضوع تعهد می‌تواند به صورت کلی باشد، یا تلف بخشی از موضوع تعهد باشد. تلف قبل از تسلیم که مورد تعهد قبل از تسلیم تلف شود پس معامله منفسخ می‌گردد. در مورد موضوع تعهد اگر عین معین باشد و قبل از تسلیم تلف شود سبب انحلال عقد می‌گردد.

در حقوق انگلیس اجرای قرارداد وقتی که موضوع تعهد از بین برود، اجرا را غیر ممکن می‌سازد. «هرگاه شی معین برای اجرای قرارداد مدنظر باشد، از بین برود، قرارداد وابسته به وجود موضوع تعهد باشد، امکان اجرای قرارداد وجود ندارد و قرارداد پایان می‌پذیرد» (پادفیلد، ۸۹۸۱، ۲۱۷). در انگلیس کالای معین، کالایی است که در زمان انعقاد عقد تعیین شده باشد. بحث تلف قسمتی از کالای کلی در معین به یک نظر کلی تبدیل شده است.

2-3- قوه قاهره

حادثه خارجی که وقوع آن قابل پیش بینی نیست. در صورت بروز حادثه، نمی‌توان نسبت به آن مقاومت کرد و خارج از اراده انسان است. «حقوقدانان در بین فورس مازور و حادثه غیر مترقبه قائل به تفکیک شده‌اند و حادثه غیر مترقبه را درونی و فورس مازور را حاصل از حادثه بیرونی می‌دانند» (عمامی، ۱۳۷۶، ۶۱۰).

«در نهایت حقوقدانان از نظر تأثیر این دو را یکسان می‌دانند و تفاوت خاصی قائل نشده‌اند و در حقوق ایران از فورس مازور حوادث سیل و زلزله و حادثه غیرمترقبه را اعتصاب کارگران می‌دانند» (بهرامی‌احمدی، ۱۳۸۱، ۹۴۱).

در ماده ۹۲۲ قانون مدنی مقرر شده است که: «اگر متعهد به دلیل حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار او باشد نتواند از عهده متعهد بر آید، محکوم به تأدیه خسارت نیست. فورس مازور در فرانسه در زمان انعقاد قرارداد پیش بینی شده است پس در صورت حدوث فورس مازور، ملزم به جبران خسارت می‌باشد. «در حقوق فرانسه به ثبات قراردادهای و وفای عهد بیشتر از انصاف اهمیت داده می‌شود» (کشوری، ۱۳۷۶، ۴۵۱).

مقصود از ناممکن شدن، ناممکن شدن مطلق است نه به صورت ناممکن شدن شخصی یا ناممکن شدن نسبی بلکه به صورت مطلق مانع اجرای قرارداد گردد. در ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا به خصوصیات فورس مازور اشاره می‌کند که باید خارج از کنترل شخص متعهد باشد. شخص انتظار واقع شدن آن خواسته را نداشته باشد و شخص نتواند از تأثیرات آن اجتناب کند.

2-4- عدم امکان عینی اجرای تعهد

اجرای تعهد از نظر مادی و عینی می‌تواند ممکن نشود در این حالت تعهد باطل است و آگاهی یا عدم آگاهی طرفین تأثیری ندارد. ماده ۹۲۲ قانون مدنی: «اگر متعهد بواسطه حادثه که رفع آن خارج از حیطه قدرت او باشد، نتواند از تعهد بر آید محکوم به تأدیه خسارت نیست». در نتیجه چنانچه عرف و عادت ناممکن باشد تعهد از نظر حقوقی بی اعتبار می‌شود و متعهد را با تحمل سختی نمی‌توان ملزم به اجرای قرارداد نمود (شهیدی، ۱۳۸۱، ۶۱۱).

روابط طرفین قرارداد در حدوث شرایط سخت غیر قابل پیش بینی باعث منتفی شدن اجرای قرارداد می‌شود. قرارداد با دگرگونی غیرقابل پیش بینی شرایط منفسخ نمی‌شود ولی نمی‌توان انتظار داشت که قرارداد ماندن شرایط عادی باقی بماند، از سوی متعهد قابل فسخ است شرایط دشوار وقتی محقق می‌گردد که وقوع حوادث، تعادل قرارداد را به علت افزایش هزینه یا کاهش ارزش عوض، تغییر کند.

در صورت شرایط دشوار، زیان دیده حق دارد درخواست تجدیدنظر برای مذاکره داشته باشد. این درخواست به زیان دیده حق نمی‌دهد که ایفای تعهد نداشته باشد و اگر توافق ایجاد نشود باید به دادگاه مراجعه کرد.

اگر دادگاه شرایط دشوار را تشخیص دهد قرارداد فسخ می‌شود.

در حقوق انگلیس، تغییر شرایط، اجرای قرارداد را سخت می‌کند و از نظر ماهیتی تغییر نمی‌کند و قرارداد به پایان نمی‌رسد و تنها در شرایط بسیار محدودی باعث انحلال قرارداد می‌شود. اعتقاد هست که «این شرایط دشوار به سهولت نباید استفاده شود تا طرفین از نتیجه عادی معاملات تجاری رها شوند» (میرمحمد صادقی، ۱۳۱۳، ۸۲۱۳).

در حقوق انگلیس قراردادی که امکان اجرا از نظر قانونی و عینی در زمان تشکیل منتفی باشد، به علت غیر واقعی بودن عوض باطل می‌شود.

2-5- عسر و حرج

حرج، محدودیت و تنگی و ضیق و دشواری است که این قاعده هرگاه تکلیفی مشقت آور شود، ساقط می‌گردد و فرد مسئولیت اجرا قرارداد ندارد. دانستن حدود سختی بسیار مهم و ملاک می‌باشد پس نمی‌توان به صرف دشواری از زیر بار مسئولیت شانه خالی کرد. پس اگر مدیون قادر به تأدیه دین نباشد، مگر با تحمل سختی و مشقت، دین ساقط نمی‌گردد و رابطه بین طرفین همچنان باقی است ولی تکلیف فعلی ساقط می‌شود تا زمانی که رفع سختی صورت گیرد. اما اگر امکان اجرای قرارداد نباشد و انتظار برای رفع سختی مطلوب نباشد، طبیعی است که بر اساس این قاعده چاره ای جز برداشتن لزوم عقد و فسخ عقد باقی نمی‌ماند.

در بعد بین المللی برای عسر و حرج، بروز حوادث باید پس از انعقاد صورت گیرد و در زمان انعقاد، زیان مدنظر طرفین نبوده باشد، خارج از کنترل شخص باشد. حتی احتمال خطر ناشی از وقایع نباشد، پس با اجماع این شرایط می‌توان به قاعده عسر و حرج استناد نمود. «بنا به این اصل کلی، تغییر در اوضاع و احوال، بر تعهد اجرا اثر نمی‌گذارد مگر هنگامی که تغییر موازنه قرارداد، اساسی باشد. در یک مورد خاص تغییر اساسی بوده یا نه، بستگی به شرایط هر مورد دارد» (اخلاقی و امامی، ۱۳۸۵، ۹۲۲).

در حقوق انگلیس، عسر و حرج در قوانین سایر کشورها به نام‌های دیگر رواج دارد از جمله منتفی شدن مبنای قرارداد یا عدم پیش بینی و یا دشواری غیر مترقبه می‌باشد.

اگر برای اجرای قرارداد هزینه اضافه یا زحمت بیشتر انجام شود و یا منجر به ضرر باشد به موجب حقوق کامن لا طرف را از اجرای قرارداد معاف نمیکند.

افزایش مشکلات و احتمال ضرر کفایت نمی‌کند بلکه حادثه باید غیر مترقبه باشد.

موارد استنفاف شخصی

در ذیل این عنوان موارد استنفاف شخصی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

وضعیت مالی متعهد در ایران

وضعیت مالی متعهد گاهی به خاطر حجر، اعسار و ورشکستگی می‌باشد تحت شرایط استنفاف از اجرای قرارداد، قرار می‌گیرد.

حجر

در ماده 13۲ قانون مدنی مفلس به کار رفته است، مدیونی که توانایی پرداخت بدهی ندارد. این منع بدهکار از تصرفات حقوقی به منزله حمایت از طلبکاران است پس نمی‌توانند در اموال دیگران تصرف کنند.

مفلس همانند ورشکسته می‌باشد. هدف از حجر ورشکسته یا مفلس حمایت از طلبکاران است که مبنایی بیرونی دارد پس محجوران می‌توانند به وسیله نمایندگان در دارایی خود تصرف کنند.

اعسار

معسر کسی است عدم کفایت دارایی و عدم دسترسی به اموال خود، قادر به تأدیه مخارج یا دیون خود نباشد بنا به ماده ۴3 قانون اعسار، هرگاه قدرت مالی برای پرداخت داشته باشد باید به تأدیه دیون خود بپردازد و شخص اگر شغل داشته باشد ولی توانایی پرداخت نداشته باشد پرداخت به اقساط برای او حکم می‌شود.

بنا به ماده ۶3 قانون اعسار تصرفات معسر در دارایی نافذ نیست و طلبکاران قائم مقام وی می‌شوند و در کلیه حقوق مالی مدعی اعسار، جانشین معسر شوند. دعاوی اعسار در دعاوی مدنی و تعهدات مدنی پذیرفته می‌شود ولی در تعهدات تجاری تاجر پذیرفته نیست و تاجر باید دعاوی ورشکستگی ارائه کند پس در شرایط قراردادهای تجاری اعسار انجام نمی‌شود.

ورشکستگی

ورشکستگی تاجر در نتیجه توقف از پرداخت تعهد صورت می‌پذیرد. دعوای ورشکستگی از سوی خود تاجر و طلبکاران و دادستان مورد پذیرش می‌باشد. «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری که در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده او می‌باشد حاصل می‌گردد» (اسماعیلی، ۱۳۸۳، ۴۷۲).

تاجر ورشکسته از زمان حکم ورشکستگی از تصرفات مالی ممنوع می‌گردد و مدیر تصفیه قائم مقام تاجر می‌شود کلیه معاملات تاجر ورشکسته باطل و بلاثر می‌شوند.

وضعیت مالی متعهد در حقوق انگلیس

فردی که ورشکسته می‌شود، مدیر تصفیه انتخاب می‌گردد و به او اختیار داده می‌شود تا نسبت به دیون لازم التأدیه طرف ورشکسته، اقامه دعوا کند ولی با این وجود برخی از حقوق به مدیر تصفیه منتقل نمی‌شود.

فقط می‌تواند قراردادهایی که ورشکسته منعقد کرده را رد کند. پس مدیون را از تعهد مبرا سازد (پادفیلد، ۱۹۸۹، ۵۱۷).

مرگ متعهد

تعهد وابسته به شخصیت دو طرف نیست امکان انتقال آن وجود دارد و مانند حقوق مالی به وراثت انتقال می‌یابد. مرگ بدهکار سبب می‌شود بدهی به ترکه تعلق گیرد و وارثان دین را از دارایی جدید خود بپردازند. مواردی وجود دارد که تعهدهایی وابسته به شخصیت طرفین است. مرگ او سبب انحلال تعهد می‌شود تعهدهای وابسته به شخصیت را نمیتوان محصور کرد.

استنکاف اجرای تعهد چنانچه بواسطه فوت متعهد باشد یعنی انجام عمل مقید به مباشرت شخصی باشد.

مرگ متعهد له

مرگ عقود جایز را منفسخ می‌کند. در عقود لازم فوت کفیل یا مکفول برخلاف فوت مکفول له موجب بطلان کفالت و رفع تعهد است مرگ ضامن از ترکه تعهد باید اجرا گردد.

در اجرای تعهد قراردادی باید نکات ذیل رعایت شود:

تعهد میت از اصل ترکه که شامل اموال میت منهای کفن و دفن پرداخت می‌شود.

اگر دارایی میت فقط به اندازه کفن و دفن باشد ورثه دین او را رد کنند تعهد ساقط می‌شود و اگر میت چیزی نداشته باشد ورثه لازم نیست پرداخت دیون را قبول کنند.

اگر میت دارای مال بوده باشد پرداخت دیون از اموال ترکه او لازم است.

تعهد میت در بیماری و مرض نافذ نیست. هنگامی که قراردادی راجع به خدمات شخصی باشد فوت یا بیماری شخصی که تعهد دارد به قرارداد پایان می‌دهد در معاملات تجاری وقتی یکی از طرفین تعهد دارد و قائم به شخص است باید به تعهد خود عمل کند و اگر فوت کند در صورت قائم به شخص بودن از اجرای تعهد معاف است بجز این قراردادها سایر قراردادها پایان نمی‌یابند و حقوق و تکالیف قراردادی متوفی باقی می‌ماند.

استنکاف مربوط به شخص متعهد له

این موارد مربوط به وضعیت طرف قرارداد می‌باشد که در سه محور مورد بحث قرار می‌گیرد. غیبت متعهده، مجهول شدن متعهده، از دست دادن اهلیت که غیبت و مجهول شدن تحت عنوان عدم دسترسی به متعهده بررسی می‌شود.

عدم دسترسی به متعهد له

امکان دسترسی به متعهده و وراثت نیت متعهده باید مورد تعهد را صدقه بدهد که در کتاب لمعه مطرح شده است یا پرداخت مورد تعهد به حاکم و در نهایت استشهاد گرفتن.

عدم اهلیت ذینفع

تعهد به نمایندگی قراردادی یا قانونی ایجاد می‌گردد و در زمان اجرا اگر ذینفع یا نماینده از اهلیت خارج شود اجرای تعهد ساقط می‌گردد.

استنکاف مربوط به شخص متعهد له در حقوق انگلیس

«اگر طرف مقابل از اجرای قرارداد استنکاف بعمل آورد باید اجرت عمل انجام شده تا آن زمان را بپردازد».

(لانکس، بی تا، ۶۲). اگر اجرای قرارداد بواسطه طرف دیگر استنکاف شود در دعاوی بعدی دفاعی معتبر می‌باشد و اگر کوششی برای اجرا گردد توسط طرف دیگر استنکاف شود طرفی که کوشش داشته از مسئولیت ناشی از اجرای تعهد معاف است اگر کالا به نحو مقرر در قرارداد تسلیم شده باشد و توسط خریدار مرجوع شده باشد فروشنده از مسئولیت مبرا است.

فعل متعهد له یا شخص ثالث

به استناد ماده ۷۲۲ قانون مدنی اجرای تعهد یا تأخیر در آن ناشی از فعل متعهده یا ثالث باشد، متعهد، مسئول جبران خسارت نیت اثبات این امر به عهده متعهد است و اگر متعهد نتواند ثابت کند که فعل متعهده یا ثالث

علت عدم تعهد بوده باید جبران خسارت کند مانند متصدی حمل و نقل که ثابت کند خسارت کالای تجارتي ناشی از بسته بندی بد ارسال کننده یا عیب کالا بوده است.

در این موارد متعهد از تأدیه خسارت معاف است ثالثی که استنکاف در اجرای تعهد را ایجاد می‌کند از دو حال خارج نیست وقتی که مدعی حقی که نسبت به موضوع تعهد دارد و یا اینکه بدون ادعای حق مزاحمت می‌نماید. این موارد، موارد استنکاف قانونی و شخصی بودند که در نتیجه آن متعهد از اجرای تعهد خودداری می‌کند.

نتیجه گیری

حاصل مطالعات و بررسی تطبیقی منابع موجود در زمینه تعهدات و استنکاف اجرای قرارداد نتیجه می‌گیریم که استنکاف استثنایی بر اصل لزوم اجرای تعهدات است. استنکاف از نظر منشاء بد و شکل است که استنکاف قانونی و شخصی می‌باشد، این استنکاف شامل تلف شدن موضوع تعهد، قوه قاهره، عسر و حرج مورد بررسی قرار گرفت. چنانچه بعد از انعقاد قرارداد شرایط نامشروعی موضوع قرارداد را نامشروع کنند تعهد از متعهد ساقط است که مهمترین رکن تعهد موضوع تعهد است و در صورت تلف موضوع، ساقط می‌شود این تلف می‌تواند نسبت به بخشی و یا پیش از تسلیم می‌باشد. در حقوق انگلیس از بین رفتن موضوع قرارداد موجب استنکاف از قرارداد می‌شود.

قوه قاهره، سقوط تعهد را در پی دارد که بنا به دائمی و یا موقت بودن حادثه و عدم پیش بینی حادثه می‌باشد. همچنین دشواری انجام تعهد برای انحلال عقد کافی نیست و باید شرایط بنیادین و اساسی باشد. اثر دشواری اجرای قرارداد، تعدیل قرارداد و یا نهایتاً فسخ می‌باشد. در حقوق انگلیس چنانچه تغییر اوضاع و احوال اجرای قرارداد را سخت کنند قرارداد به پایان نخواهد رسید.

دعای اعساری در تعهدات مدنی قابل پذیرش می‌باشد اما در تعهدات تجاری دعای اعسار مفهومی ندارد و دعای ورشکستگی اقامه می‌نمایند. به نظر می‌رسد مقررات حاکم بر حقوق ایران و انگلیس با یکدیگر منطبق هستند حتی در موارد فوت هر یک از طرفین که به قرارداد خاتمه می‌بخشد.

عدم اجرای تعهد از سوی متعهد له و شخص ثالث تعهدی برای متعهد ندارد ولی اثبات این امر بر عهده متعهد است و هنگامی که مورد سلب مسئولیت متعهد می‌باشد که قوه قاهره و نیز غیر قابل پیش بینی و دفاع باشد شناسایی این موارد، به شناخت تبعات ناشی از استنکاف کمک می‌کند در نتیجه تبعاتی که استنکاف ایجاد می‌کنند در مراحل بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

منابع

- الف- منابع فارسی
- آقاباسی، رضا، نقیب شهربابکی، آسیه، مقاله تطبیقی اجرای اجباری عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران و انگلیس؛ مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره سوم، ۱۳۹۶
 - اخلاقی، بهروز، فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، مؤسسه بین المللی حقوق خصوصی، شهر دانش، ۱۳۸۵
 - اسماعیلی هریسی، ابراهیم، شرح حقوق پیمان، سازمان مدیریت برنامه ریزی کشور، ۱۳۸۰
 - بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود قراردادهای، میزان، ۱۳۸۱
 - بیات، فرهاد، شرح جامع قانون مدنی، چاپ یازدهم، انتشارات ارشد، تهران، ۱۳۹۵
 - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳
 - ۱۳۶۲ - - - - -
 - شفایی، محمدرضا، تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، ققنوس، ۱۳۶۷
 - شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، مجد، ۱۳۸۵
 - - - - -
 - صادقی، میرمحمد، مسائل تحلیلی از حقوق قراردادهای در انگلستان، تهران، میزان، ۱۳۸۲
 - صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی تطبیقی، تهران، میزان، ۱۳۷۵
 - طاهری، حبیب اله، حقوق مدنی، جلد ۲، انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱
 - قاسم زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵
 - - - - -
 - قبولی درافشان، سیدمحمدصادق، مفهوم بیع، قم، نشر آثار اندیشه، ۱۳۸۶
 - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲
 - نوری، محمدعلی، اصول قراردادهای و بازرگانی بین المللی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷
 - ب- منابع لاتین
 - Blak. H. C Blacks Law Dictionary west publishing co USA 1983
 - Brown. W. J. General course studding of English Law sweet and Maxwell 199.
 - Duxbury. R contract in a nutshell third edition London 1991
 - Padfield. C. F Law made simple seventh edition London 1989



ارایه روشی برای تعیین بلوغ تکوینی با استناد به اماره نوعی سن در فقه امامیه

سیدمسلم حسینی ادبانی

گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران
smhosaini@yahoo.com

معصومه زمانیان

گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران
m.zamanian@student.alzahra.ac.ir

9

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۸، ۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰، ۳، ۰۱

چکیده

بلوغ؛ رسیدن به رشد جسمی و جنسی که آمادگی تولید مثل در دختر یا پسر پیدا شود و از امور طبیعی است و از موضوعات شرعی نیست ولذا نیاز به بیان شارع ندارد. البته شارع برای تسهیل امر اقدام به ارائه نشانه‌ها نموده. در قرآن به امارات احتلام و حیض و انبات اشاره شده است. روایات ناظر و غیرناظر بر آیات، اماره سن را نیز بر این امارات اضافه کرده‌اند. لذا دیدگاه‌های مختلف شکل گرفته که یا فقط به روایت استناد جسته‌اند و معتقدند که بلوغ امری تکوینی-تبعیدی است، مانند نظر مشهور که قائل به نه سالگی در دختر و پانزده سالگی در پسر می‌باشند و یا برخی دیگر با استدلال بر اینکه در آیات بحث سن مطرح نشده، کاملاً این اماره را کنار گذاشته و بلوغ را امری تکوینی محض می‌دانند، و صرفاً به امارات تکوینی هم سنخ تکوینی بودن بلوغ بسنده نموده‌اند. در این مقاله امارات بر طبق دو دسته‌ی امارات شخصی (حیض، احتلام و انبات) و اماره نوعی و عمومی (سن) بررسی شده است و سپس در مقام جمع بین روایات و آیات و همچنین با توجه به مضمون روایات که به هیچکدام از دو نوع اماره به تنهایی موضوعیت نداده؛ به جمع بین نظرات به عنوان شاخص بلوغ در نظر گرفته شده است! به این صورت که تفاوت در بروز امارات شخصی موجب تفاوت در بلوغ شده و باید توسط اماره ابی عمومی و نوعی مورد ملاک قرار بگیرد و البته نه با اتکا بر سن خاص بلکه با در نظر گرفتن بازه سنی.

واژگان کلیدی: سن بلوغ، بلوغ قرآنی، بلوغ طبیعی، بلوغ تکوینی، اماره نوعی، اماره شخصی.

مقدمه

بلوغ شرعی امری است که به لحاظ حقوقی و کیفری نیز منشا آثاری است و لذا در ادیان الهی، بلوغ را از شرایط تکلیف قرار داده‌اند. بطور مثال در دین یهود در احکام ازدواج (سفرالوایان ۱۹: ۲۹)، (سنهدرین، ۷۶الف) به آن اشاره گردیده است، و یا در دین مسیحیت برای حضور در مراسم و اجرای مناسک دینی، سن خاصی در نظر گرفته شده است (مولند، ۱۳۷۸). به تناسب اهمیت موضوع در مباحث مسئولیت مدنی و کیفری، در تمامی کشورها به دنبال نشانه ایی عمومی، سن را ملاک قرار داده‌اند. در حقوق مدنی کشور ایران با توجه به قرائت‌های متفاوت از آن در مباحث فقهی-حقوقی و فقهی-کیفری موجب تعدد سنین متفاوت در مباحث مختلف شده است. بطور مثال برای دختر ۹ سال اماره بلوغ و در مساله ازدواج ۱۳ سال و برای شرکت در انتخابات ۱۵ یا ۱۶ سال تمام شمسی و برای تصرف در امور مالی ۱۸ سال می‌باشد. و هنوز تلاش برای حل معضل مساله سن بخصوص در مورد دختران در بحث امور مدنی و کیفری ادامه دارد.

مبحث بلوغ به صورت جزئی در خلال مباحث فقهی حجر و صوم و... دیده می‌شود و بصورت مستقل نیامده است. مقالات و پایان نامه هایی به طور موضوعی به این بحث پرداخته‌اند؛ مانند زهره صفاتی درمقاله «سن بلوغ» (صفاتی، ۱۳۷۵)، یا محسن سعیدزاده در مقاله «بلوغ دختران، طبیعی یا فقهی» (سعید زاده، ۱۳۷۴) و یا مجموعه مقالات بلوغ دختران، تالیف: مهدی مهریزی، که به بررسی خود بلوغ و امارات آن پرداخته‌اند ولی هیچکدام از این تلاش‌ها ملاکی عمومی و کلی بیان نکرده‌اند مخصوصاً در بحث چگونگی استفاده از اماره سن بعنوان اماره ایی نوعی و عمومی.

از دیر باز در بین فقهاء در حقیقت بلوغ و تعیین ضوابط و نشانه های آن اختلاف نظر وجود داشته است. برخی معتقدند که این نشانه ها هر کدام اماره مستقل بلوغ هستند و هر کدام زودتر اتفاق افتد، شخص بالغ است و گروهی معتقدند که اماره‌های تکوینی ملاک در بلوغ هستند و نشانه های دیگر غیرتکوینی هستند. از این رو در رهیافت بررسی دو نظریه متفاوت که بلوغ امری تکوینی است یا امری تعبدی، آیات و روایت مستدل را نیز بررسی و سپس با تجمیع بین آیات و روایات وارده، به نتیجه ایی بینابین این دو نظریه دست می‌یابیم و به این پرسش پاسخ می‌دهیم که آیا اماره قراردادی سن می‌تواند در کنار سایر امارات طبیعی، بلوغ تکوینی را نشان دهد یا خیر؟ و آیا ملزم به پذیرش یک اماره مشخص برای سن هستیم یا نه؟

مفهوم شناسی

۱-۱ لغوی

دو معنا برای بلوغ متصور است. معنای اول؛ رسیدن به انتهای مقصد و هدف است اعم از آنکه مقصد، مکان و زمان و یا امر معینی باشد (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲: ۲۴۳؛ ابراهیم، ۱۳۹۲ق/۶۹؛ ابن ذکریا، ۱۳۸۹ق/۳۰۱؛ واسطی زبیدی، بی تا: ۵/۶؛ طریحی، ۱۳۶۲ش: ۵/۵۶) و معنای دوم؛ بلوغ به معنای رسیدن به مکانی یا نزدیک به رسیدن، مشرف شدن به وصول. رسیدن به سن رشد، مرد شدن، زن شدن و نزدیک شدن به چیزی می‌باشد (دهخدا، بی تا: ۲۷۶/۱۱). به نظر می‌رسد معنی بلوغ إشراف و قرب است نه وصول (غضنفری، ۱۳۸۰: ۷۵). به معنای رسیدن به مکانی ولو اینکه داخل نشود و همچنین به معنای مشرف بودن به چیزی می‌باشد (فارس بن ذکریا، ۱۴۰۵ق: ۲۹۳؛ مرعشی، ۱۹۷۴م: ۱۱۲/۱).

۱-۲ اصطلاحی

بلوغ در فقه؛ در اصطلاح فقهاء عبارتست از پایان دوران کودکی که زمینه شایستگی برای انجام تکالیف شرعی پیدا می‌شود، رسیدن به حدی از رشد جسمی و جنسی که آمادگی استعداد تولید مثل در دختر یا پسر پیدا می‌شود (نجفی، ۱۹۱۱م: ۴/۲۶؛ غربال، ۱۹۱۲م: ۴۰۳؛ قرنجه، ۱۹۵۵م: ۱۸۲).

فقهاء از همان مبانی امور طبیعی برای تعریف بلوغ استفاده نموده‌اند، زیرا بلوغ از امور طبیعی است و از موضوعات شرعی نیست که جز از طریق شارع قابل شناخت نباشد. بلکه از موضوعات خارجیه‌ای است که توسط شارع مقدس به کار گرفته شده و شارع در مقام جعل و اعتبار، دخل و تصرفی در خود موضوعات ندارد، بلکه تنها آثار شرعی و قانونی مترتب بر آنها را معرفی می‌کند. در این صورت خود مکلف باید در حدود شناسایی و تحقیق موضوع برآید، البته شارع نیز در مواردی برای تسهیل امر مکلفین اقدام به تعریف و ارائه نشانه‌ها می‌کند (نجفی، همان).

بلوغ در روانشناسی؛ مهمترین دگرگونی بدنی دوره نوجوانی ظهور ویژگی‌های نخستین و ثانویه است. ویژگی‌های نخستین شکل یافتن آلت تناسلی و توانایی در تولید مثل است. اما ویژگی‌های ثانوی عبارت از رویدن ریش و سبیل و دورگه شدن صدا در پسران، و بزرگ شدن سینه و لگن در دختران است. پس عادت ماهانه در دختران و انزال در پسران به قابلیت تولیدمثل منجر می‌شود، هنجار بلوغ جنسی در دختران میان ۹ تا ۱۸ سالگی و در پسران میان ۱۱ تا ۱۸ سالگی است (پارسا، ۱۳۷۸ش: ۲۱۹ و ۲۲۰)، البته این تغییرات روحی و جسمی یکباره بروز نمی‌کند، و این تدریج ممکن است بخاطر تفاوت آب و هوایی باشد، در مناطق گرمتر زودتر و در مناطق سردتر دیرتر حادث می‌گردد (آسیموف، ۱۳۶۶: ۴۵۸؛ احمدی، ۱۳۶۸ش: ۶۰؛ هادفیلد، ۱۳۵۳ش: ۱۵۶) و یا بخاطر تفاوت ژنتیک و نوع غذاهای مصرفی در دوران رشد باشد (وایت، ۱۳۷۰ش: ۴۳ و ۴۴).

بلوغ در قانون مدنی؛ غالب قانونگذاران ترجیح داده‌اند که به جای احراز واقع در هر مورد خاص، سن معینی را اماره قرار دهند. در ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی قدیم بلوغ رابطه خود را با بلوغ طبیعی از دست داده و به شکل اماره قانونی ایجاد رشد ظاهر می‌شد و مقصود کسی بود که هنوز به سن ۱۸ سال تمام نرسیده است، ولی در اصلاح سال ۶۱ همه چیز تغییر یافت اماره رشد بیهوده حذف شد، و تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی سن بلوغ را در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری معین کرد. گرچه این حکم از آغاز تصویب جنبه آزمایشی داشت، ولی مجلس شورای اسلامی هنوز درباره تصویب یا رد نهایی آن تصمیم نگرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۰۹). همچنین ماده ۱۰۴۱ درباره زمان قابلیت ازدواج بود که جواز ازدواج برای دختران قبل از ۱۳ سال تمام و پسران قبل از ۱۵ سال تمام داده نمی‌شد ولی پس از اصلاح، نکاح قبل از بلوغ را ممنوع دانست.

در قانون مدنی کنونی، صرف نظر از لزوم تطبیق قوانین کشور با مبانی فقه امامیه، اعضای کمیسیون قضایی دقت لازم در حذف عجلان ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ و قرار دادن جمله «رسیدن به سن بلوغ» به جای «رسیدن به سن ۱۸ سال تمام» را به کار نبرده‌اند. زیرا این جایگزینی بدون توجه به این امر صورت گرفته که ماده ۱۲۱۰ در مقام تعیین زمان رشد و انتهای دوره حجر ناشی از صغر بوده است، و با حذف آن، سن بلوغ به جای سن رشد قرار داده شده، یعنی اگر کسی به سن بلوغ مذکور در تبصره ۱ ذیل این ماده برسد، رشد محسوب شده و خود به خود از حجر بیرون می‌آید، مگر آنکه عدم رشد وی جداگانه اثبات شود. در نتیجه رسیدن به سن بلوغ را ملازم با رشد دانسته‌اند، در حالیکه طبق آیه «بلوغ نکاح» بلوغ و رشد دو چیز هستند و با یکدیگر ملازمه ندارند (علامه حلی، ۱۳۱۴ق: ۲۱۸).

بلوغ امری تکوینی است یا قراردادی با استناد به امارات نوعیه و شخصیه؟

در این مبحث دو نظریه وجود دارد؛ دسته ای قائلند که منظور فقهاء از بلوغ، همان بلوغ تکوینی و طبیعی محض است و هیچگونه تبعیدی در آن راه ندارد (مرعشی، ۱۳۷۱ش: ۱۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴ش: ۸؛ معرفت، ۱۳۷۸: ۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۸ق: ۱/۳۳۰؛ سعیدزاده، ۱۳۷۴ش: ۵)، و دسته ای دیگر قائلند که منظور همان بلوغ تکوینی و طبیعی است منتهی با نگاه تبعیدی^{۵۵} (سبحانی، ۱۴۱۸ق: ۵۸). معتقدین نظریه اول اماره قراردادی را کنار گذاشته و صرفاً به امارات تکوینی بسنده نموده‌اند چراکه بلوغ امری تکوینی است اما گروه دوم با اینکه معتقد به تکوینی بودن بلوغ هستند و امارات تکوینی بلوغ را در تعاریف خود لحاظ نموده‌اند ولی فقط اماره قراردادی سن را بر اساس روایات و آنهم صرفاً به یک عدد خاص تبعید ورزیده‌اند و یک سن خاص را مبدا تبعید قرار داده‌اند.

^{۵۵} قائلین به نظریه تکوینی محض اغلب کسانی هستند که اماره سن را به علت اینکه از جنس تکوینی نیست کنار می‌گذارند و صرفاً به امارات تکوینی در بلوغ تکوینی استناد می‌نمایند. قائلین به تبعیدی بودن بلوغ دسته مقابل گروه اول هستند که اصل معیار سن را قبول دارند، اما در عدد با هم اختلاف دارند.

۲-۱ بررسی ملاک و ادله:

البته مانور اصلی بحث تکوینی محض یا تکوینی و تبعیدی بر روی اماره سن می‌باشد، و گرنه طرفداران دو نظریه اذعان دارند که امارات دیگر بلوغ، یعنی احتلام و انبات و حیض صرفاً تکوینی و طبیعی است و آنچه در اماره سن موجب اختلاف بیشتر شده است، وجود روایات مختلف ناظر بر اماره سن می‌باشد.

۱-۱-۲ آیات قرآنی:

در هیچیک از آیات درباره بلوغ، تحدید به سن مطرح نشده است، بلکه ملاک را رسیدن به بلوغ نکاح،^{۵۶} بلوغ^{۵۷} اشد^{۵۸} قرار داده است. هر یک از این عناوین سه گانه با هم تلازم دارند و تحقق این عناوین برای انسان، عناوین واقعی است و هیچ گونه تبعیدی ندارند. بیشتر مفسران مراد از بلوغ نکاح را رسیدن کودک به حدی می‌دانند که در آن توانایی ازدواج پیدا می‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۴؛ طبرسی، ۱۳۵۱؛ طریحی، ۱۳۶۲) و بلوغ حلم را رسیدن به اوان بلوغ جنسی دانسته‌اند (همان) و منظور از بلوغ اشد را رسیدن به سنی دانسته‌اند که در آن قوای جسمی و عقلی به رشد و شکوفایی می‌رسد، ولی در این باره، سنین مختلفی را ذکر نموده‌اند. و همانطور که در بررسی آیات می‌آید طرفداران دو نظریه معتقدند که آیات اشاره به بلوغ تکوینی دارند.

آیه بلوغ نکاح^{۵۹}

بلوغ نکاح، مرحله توانایی بر همخوابگی و انزال است و احتلام فعلی منظور نیست بلکه استعداد و آمادگی و قدرت بر ازدواج است که با آن یتیم از بین می‌رود مگر نسبت به اموال که باید به حد «رشد» برسد. تفاوت بلوغ و رشد در آن است که بلوغ یک سیر طبیعی دارد و در اختیار ما نیست که آن را جلو و یا عقب بباندازیم، ولی رشد یک امر اکتسابی و معلول یادگیری است و این دو نیرو از درون و بیرون، موجب تحول و تکامل شخصیت فرد می‌گردند (شیخ طوسی، بی تا: ۱۱۶/۳؛ طبرسی، ۱۳۵۱: ۹/۳؛ طبرسی، ۱۳۵۱: ۲۸/۵؛ رازی، بی تا: ۳۱۵/۳-۳۱۶؛ حسینی بحرانی، بی تا: ۳۴۳/۱؛ سیوری، ۱۳۸۴: ۱۰۲/۲-۱۰۳).

۵۶ نساء/ ۶

۵۷ نور/ ۵۸

۵۸ المؤمن/ ۶۷

۵۹ نساء/ ۶

از این آیه استفاده می‌شود که «بلوغ النکاح» تعبدی نیست، چون بلوغ نکاح توان آمیزش و تولید مثل و باروری داشتن است، و این حالت برای پسر و دختر یک امر تکوینی است. یعنی طبیعت انسان چه پسر و چه دختر به حدی از رشد جسمی و جنسی برسد که توان تولید مثل و باروری پیدا کند و از طریق احتلام پسر و عادت ماهانه دختر مشخص می‌شود که آنها به حد تکلیف و بلوغ رسیده‌اند (مراغی، ۱۳۶۵:ق/۴:۱۸۸؛ طباطبایی، ۱۳۷۴:ش/۷:۲۹۱-۲۹۲؛ صادقی، ۱۳۹۴:ق/۴:۲۲۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۵۴:ش/۳:۲۷۱-۲۷۲).

آیه بلوغ حُلْم؛^{۶۰}

طفلی که به این حد از رشد جسمی و جنسی رسیده (به تعبیر قرآن به حلم رسیده‌اند)، واجب است همچون بالغین هنگام دخول اذن بگیرند. این آیه مبنای بلوغ را یک امر طبیعی و تکوینی یعنی حلم قرار داده است که این واژه کنایه از بلوغ می‌باشد، یعنی ذکر لازم و اراده ملزوم کرده است. حلم عبارتست از رسیدن به آن حد از رشد جنسی و جسمی که توان تولید را داشته باشد. در اینجا دیگر سن و جنس مطرح نیست و کاری به طول عمر ندارد که در چند سالگی به بلوغ می‌رسد (طبرسی، ۱۳۵۱:ش/۱۷:۱۶۷-۱۶۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۵۴:ش/۱۴:۵۴۱؛ طباطبایی، ۱۳۷۴:ش/۱۵:۱۷۷).

آیه بلوغ اشد؛^{۶۱}

رسیدن به سنی که قوای جسمی و عقلی به رشد و شکوفایی می‌رسد (طبرسی، ۱۳۵۱:ش/۲:۳۸۴؛ طوسی، بی تا، ۲۹۲/۷؛ طباطبایی، ۱۸۱/۱۱، ۹۱/۱۳).

قائلین تکوینی بودن بلوغ می‌گویند در تمامی آیات مقصودش دقیقاً همان بلوغ جنسی است که در مسیر عمومی رشد انسانها اتفاق می‌افتد و آن را با اصطلاحات خاص خود معرفی کرده است، و لذا از تعیین سن خاصی برای آن خودداری نموده، زیرا در تحقق این پدیده شرایط فراوانی دخالت دارند که با توجه به آنها زمان بلوغ امری متغیر و بی ثبات است.

معتقدین به تکوینی-تعبدی بودن بلوغ پاسخ داده‌اند که اگرچه انصاف این است که از آیات درباره بلوغ، برداشتی غیر از بلوغ جنسی در رسیدن به حد احتلام و نکاح نمی‌توان نمود، و ظهور آیات در این امر بسیار روشن است، ولی منافاتی ندارد که در روایات علائمی مانند تعیین سن برای بلوغ بیان شود که جنبه تعبدی داشته باشد. علاوه بر اینکه تعیین سن بر اساس روایات می‌تواند به عنوان اماره و کاشف از بلوغ طبیعی باشد، زیرا بنابر نظریه مشهور، ۱۵ سالگی اماره دائمی یا غالبی برای رسیدن به حد بلوغ جسمی و جنسی آنان است، و در دختران،

^{۶۰} نور / ۵۹.

^{۶۱} المومن / ۶۷.

۹ سالگی آغاز آمادگی و استعداد برای بلوغ جنسی یعنی عادت ماهانه و رسیدن به حد نکاح است (سبحانی، ۱۴۱۸ق: ۵۸).

۲-۱-۲ ادله روایی

سه دسته روایت در این زمینه وارد شده است: نخست؛ روایاتی که اساساً اشاره‌ایی به سن نشده است، بلکه تنها به معیار اماره شخصیه اشاره شده است، مانند حدیث رفع قلم (ابن ادریس، بی تا، حدیث ۱۱). دوم؛ روایاتی که تنها به معیار سن اشاره می‌کند. روایات عبدالله بن عمر و انس بن مالک که از طریق عامه روایت شده است، برای سن ۱۵ سالگی پسران آورده شده است و این احادیث صحیح و موثق نیستند (حلی، ۱۴۱۰ق: ۷۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۸۳). و همچنین دو مرسله یکی از صدوق و دیگری از ابن ابی عمیر که برای ۹ سالگی در دختر یاد شده است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲۳۳). و بخاطر مرسله بودن روایات و موثق نبودن به بررسی این روایات نمی‌پردازیم. دسته آخر، روایاتی که علاوه بر سن به یک یا چند معیار طبیعی دیگر چون احتلام و حیض و... اشاره شده است.

دسته اول روایات که بر بلوغ جنسی و جسمی تکیه شده است و تنها به نشانه های طبیعی بلوغ از قبیل احتلام، قاعدگی، روییدن موی زهار اشاره شده است. مانند صحیحه هشام از امام صادق علیه السلام (طوسی، ۱۳۱۷ق: ۹/۱۸۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۳ق: ۱۳/۴۳ ح ۹).

- اسحاق بن عمار از امام رضا علیه السلام در مورد حج پسر ۱۰ ساله می‌پرسد. حضرت می‌فرماید: اگر محتلم شود بر او واجب می‌گردد. دختر نیز اگر حیض ببیند حج بر او واجب است (صدوق، ۱۳۶۹ش: ۲/۱۲۲؛ همو، ۱۳۸۴ش: ۱۹۶؛ حرعاملی، همان: ۳۲/۱ ح ۱۰۹).

معتقدین تکوینی بودن بلوغ گفته‌اند حقیقت این است که حضرت در پاسخ انگشت روی امر تکوینی می‌گذارد، در پسر ملاک را احتلام و در دختر حیض معرفی می‌کند و سخنی از سن به میان نمی‌آورد.

- امام صادق علیه السلام: «بر پسر زمانی روزه واجب می‌شود که محتلم گردد و دختر هنگامیکه حیض شود» (حرعاملی، همان: ۳۰/۸).

و همچنین به این حدیث استناد کرده‌اند و گفته‌اند حیض را عدل احتلام قرار داده و هر دو بیانگر حالت طبیعی و تکوینی هستند که در بدن انسان بروز می‌کند.

- دسته سوم روایات؛ روایاتی که دو اماره شخصیه و نوعیه با هم آمده‌اند:

- حرمان بن اعین از امام باقر علیه السلام سؤال می‌کند: چه زمانی حدّ تام بر پسر اقامه می‌شود؟ فرمود: وقتی از یتّم خارج و بالغ شود. آیا برای آن نشانه‌ای است؟ فرمود: وقتی محتلم شود و یا به ۱۵ سالگی برسد و یا قبل از

آن موی صورت برآید، حدّ تمام به نفع و ضرر او اقامه می‌شود. چه زمانی حدّ تام به ضرر و نفع دختر اقامه می‌شود؟ فرمود: دختر مانند پسر نیست دختر وقتی ازدواج کند و مدخول^{۶۲} بها واقع شود و دارای ۹ سال باشد، یتم از او برداشته می‌شود و اموالش به او بازگردانده می‌شود در خرید و فروش امر او نافذ است و حدّ تام به نفع و ضرر او اقامه می‌گردد (حرعاملی، همان: ۳۱/۱ باب ۴ ح ۳؛ همان: ۳۲/۱ باب ۱۴ ح ۱۲).

-یزید کناسی از امام باقر علیه السلام می‌پرسد: اگر دختر ۹ ساله شد، ولی حیض نشده، آیا حدود بر او اجرا می‌شود؟ فرمود: بله وقتی وارد بر شوهر شد و ۹ سال داشت، کودکی او پایان یافته، مالش را در اختیار می‌نهند و حدود بر او و برای او اقامه می‌شود (همان: ۳۲/۱ باب ۴ ح ۱۲).

-امام صادق علیه السلام: هنگامی که پسر ۱۳ ساله شد، خوبی و بدی هایش نوشته و بر بدی ها عقاب می‌شود و زمانی که دختر ۹ ساله شد، همان حکم را دارد، زیرا در ۹ سالگی حیض می‌شود (حرعاملی، همان: ۴۳۱/۱۳ باب ۴۴ ح ۱۲). در این روایت، تعلیلی آمده است که تکیه بر ۹ سالگی به جهت وقوع حیض در این زمان است. یعنی ملاک بلوغ، قاعدگی است و سن تابع آن می‌باشد. از تعلیل در این حدیث نتیجه می‌شود که سن ۹ سالگی موضوعیت نداشته و ملاک، حیض شدن است و لذا در روایات دیگری که ۹ سالگی به طور مطلق ذکر شده، نیز باید بر موردی حمل شود که دختران در این سن حیض گردند (مرعشی، ۱۳۷۱: ۱۲). بعبارت دیگر، سن ۹ سالگی در دختران، اماره طبیعی بلوغ نیست. زیرا بلوغ طبیعی دختران غالباً بعد از ۱۲ سالگی و با روییدن موی زهار و قاعدگی پدیدار می‌گردد. در واقع سن ۹ سالگی موضوعیت ندارد بلکه آمادگی بدنی و فکری دختر ملاک است.

در جواب معتقدین تکوینی-تبعیدی بیان کرده‌اند که در پاره ای از روایات معتبر، امام چنین فرض کرده‌اند که دختر به حد بلوغ نائل شده ولی هنوز حیض ندیده است، پس ملاک بلوغ دختران تنها حیض شدن نیست.

طرفداران تکوینی محض گویند در این دسته روایات سن به همراه امارات شخصیه آمده است که نشان می‌دهد نزد شارع، «سن» مبدأ تبعیدی نیست.

در این احادیث معتبرالسند و روایات دیگر، بر ۹ سالگی چند حکم مترتب شده است: اقامه حدود، خروج از کودکی، ازدواج. نسبت به اقامه حدود و خروج از کودکی، ممکن است گفته شود که اموری هستند تبعیدی. اما ازدواج امری تبعیدی نیست، بلکه امری طبیعی و خارجی است. مقصود از ازدواج این است که دختر قابلیت آمیزش داشته باشد و صرف تزویج مهم نیست. یعنی هر وقت دختر آمادگی جسمی و روحی برای ازدواج داشت، زمان ازدواج اوست، لذا «۹ سالگی» در بلوغ موضوعیت ندارد، بلکه می‌خواهد کمترین مراتب قابلیت ازدواج را

بیان کند. ۹ سالگی، نشانه حصول این آمادگی در خارج است. البته امکان دارد که دختر در ۹ سالگی قابلیت ازدواج و آمیزش داشته باشد ولی به اجماع همه فقها دخول به غیربالغ جایز نیست. بنابراین شارع به عنوان مقتن هیچ نقشی در تعیین سن ازدواج ندارد. بلکه امکان قابلیت تزویج و آمیزش در ۹ سالگی ممکن است پیدا شود نه اینکه ملاک ۹ سال باشد. در این روایات پایان کودکی را حیض و احتلام معرفی می‌کند، یعنی بلوغ با این دو امر تحقق پیدا می‌کند چون بلوغ یک امر تکوینی است شارع مقدس نیز باید اماراتی را بیان کند که از سنخ امور تکوینی باشد. فقها این روایات را دیده‌اند ولی بدون توجه به مسأله احتلام و حیض و ازدواج، سن را ملاک تکلیف و اقامه حدود قرار داده‌اند (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۸۰: ۲۶-۵۸).

در جواب این نظریه بیان شده که ۹ سالگی علت تامه برای جواز تصرفات مالی قرار داده نشده، بلکه ۹ سالگی در بلوغ مقتضی چنین تصرفاتی است. یعنی دختر و پسر بالغ شأنیت این تصرفات را دارند، و اگر سایر شرایطی که شارع قرار داده، وجود داشت این شأنیت و اقتضاء به فعلیت می‌رسد. (سبحانی، ۱۴۱۸: ۶۰-۶۲).

از طرفی قائلین به تکوینی محض برای خدشه به روایات سن به بحث تردید در روایات نیز استناد جسته‌اند:

- امام باقر علیه‌السلام: با دختر همبستر نشوید، مگر اینکه ۹ یا ۱۰ ساله شود (همان: ۱۳/۱۴۳ ح ۲؛ همان، ۴۳۲ ح ۲؛ همان، ۷۱/۱۴ ح ۴).

- امام صادق علیه‌السلام: «کودک بین ۱۵ تا ۱۶ سال برای روزه گرفتن تأدیب می‌شود» (همان: ۳۲/۱۲).

شارع «سن» را ملاک قرار نداده است، بلکه نزد او ملاک بلوغ جنسی یا بلوغ حلم است. تعیین سن، در حقیقت بیان تقریبی آن است، در شأن و مقام معصوم نیست که در مقام تعیین، امری را مردّد بیان کند و طبق ادعای صاحب‌جوهر احتمال تردید راوی، دلیل می‌خواهد. (مهریزی، ۱۳۸۰: ۱۷۷). اصل همان دو پدیده جسمانی یعنی حیض و احتلام است و سن ملاک نیست. شاهد این مدعا اختلاف روایات درباره سن است (معرفت، ۱۳۷۳: ۱۳).

نقد و نظر:

در نظریه مشهور ایراد موضوعیت بخشیدن به سن خاص وارد است زیرا صرفنظر از مرسله بودن روایات استنادی، ۹ سالگی را بصورت مطلق موضوع تکلیف قرار داده‌اند در حالیکه روایات ناظر بر دو قید «ازدواج» یا «آمیزش با شوهر» همراه شده‌اند، ولی همانگونه که بررسی شد در جمع بین روایات ۹ سالگی به تنهایی علامت بلوغ نبوده بلکه به قابلیت شوهر کردن مقید است. و در روایت دیگر بلوغ در ۹ سالگی با علت حیض معرفی شده است پس تا دختر حیض ندیده، به حکم علیت بالغ نشده و بلوغش وابسته به دیدن حیض است (صانعی، ۱۳۸۵، ۹ و ۴۵).

مقدس اردبیلی در این مورد می‌فرماید روایت قول مشهور ضعیف است مضافاً بر اینکه دلالتی بر مطلب مشهور ندارد و بطور کلی روایت صحیحی را ندیدم که صراحتاً بر ۱۵ سالگی دلالت کند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۸۸).

همانطور که بیان شد به غیر از ضعف احادیث مورد عمل مشهور، احادیث مورد استناد بطور مطلق دلالت و ظهور بر نظر مشهور مبنی بر بلوغ دختران در ۹ سالگی و پسر در ۱۵ سالگی وجود ندارد بلکه این احادیث مقید به قیودی می باشند و یا سن با تردید بیان شده و هیچگاه بصورت مطلق بیانگر بلوغ نیست. از اینرو استناد مشهور به این روایات تمام نیست همانطور که نویسنده جامع المدارک نیز پس از بیان قول مشهور و استنادات آنها در مورد سن بلوغ پسر می فرماید که ادله قول مشهور اشکال دارد (خوانساری، ۱۴۰۵، ۳۶۷)

بنابراین طبق نظریه تکوینی محض سن، موضوعیت ندارد و تنها طریقت دارد و برعکس طبق نظریه تکوینی-تشریعی، سن (چه نظر مشهور و چه مخالف مشهور که معیار سن را به عنوان ملاک بلوغ قبول دارند) موضوعیت دارد. چرا که در عمل یک عدد سنی را برای بلوغ تشریع نموده اند. بنظر می رسد بحثی که وجود دارد هر دو نظریه اماره سن را بطور کامل مورد بررسی قرار نداده اند.

اماره سن گاه می تواند صرفاً اماره ایی موضوعی و گاه می تواند اماره ایی طریقی باشد. با در نظر گرفتن این مبحث حتی بحث تردید در سن حل می شود. بدین صورت که در روایاتی نظیر موثقه عمار ساباطی (حرعاملی، ۳۲/۱، ح ۲)، صحیحۀ عبدالله بن سنان (صدوق، خصال، ۴۹۵/۲) ملاک را در دختر و پسر سن ۱۳ سالگی قرارداده است و در برابر اعمال خویش، مسئول می داند، مشروط بر اینکه قبل از سن ۱۳ سالگی پسر محتلم و دختر حیض نشده باشد. سن در این هنگام به عنوان اماره ایی موضوعی عمل می کند وقتی امارات تکوینی بوجود نیامده اند.

و از طرفی به آن دسته از فقها که طریقت اماره سن را به بلوغ گسترش داده اند و ملاک را فقط معیار سن در بلوغ قرار داده اند نیز پاسخگوست. بطور مثال قول مشهور که بلوغ را سن ۹ سالگی در دختر و ۱۵ سالگی در پسر قرار داده اند. صرفنظر از آنکه دلایل قول مشهور مبنی بر وجود اجماع و روایات قابل مناقشه است.^{۶۳}

از آن جهت که بلوغ امری تکوینی است و دارای امارات تکوینی می باشد نمی توان امری تکوینی را با یک اماره ی غالبی نوعی به یک عدد خاص برای تمامی افراد بشر منحصر نمود. چرا که تردید در سن نشانگر آن است که بنابر شرایط و احوال متفاوت ممکن است این اماره نوعی متفاوت گردد.

فقط یک مبحث دیگر برای بحث می ماند و آن اینکه در روایاتی که اماره نوعی سن و امارات تکوینی باهم آمده اند چه رابطه ای بین این دو دسته اماره وجود دارد.

بعبارت دیگر اماره نوعی چه تفاوتی با اماره شخصیه دارد؟

^{۶۳} اولاً اجماع مدرکی است. اجماع در جایی حجت است که عقل را بدان راهی نیست ولی دلیل نقلی محکمی میتوان یافت. ثانیاً قطع نظر از حجت، تحقق اجماع مورد خدشه است زیرا بزرگان زیادی در کتاب های خود اقوال دیگری که مقابل قول مشهور قرار گرفته اند را بیان نموده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۸۳-۲۸۱؛ حلی، بیته، ۲۵۱).

بررسی تفاوت ملاکیت اماره نوعی سن با امارات تکوینی:

بعلاوه تفاوت ذاتی که بین دو دسته امارات نوعیه و شخصیه در تکوینی بودن و قراردادی بودن وجود دارد، بنظر می‌رسد تفاوت‌های دیگری بین این دو نوع امارات وجود دارد که موجب ماهیتی متفاوت شده است. به همین خاطر ابتدا بررسی می‌کنیم که آیا امارات تکوینی خود بلوغ هستند یا سبق بلوغ اند. اگر سبق بلوغ باشند که حالت استعداد امارات تکوینی را نیز شامل می‌شود. و اگر امارات تکوینی خود بلوغ باشند، اماره سن می‌تواند بعنوان طریق راهگشا باشد وقتی با نیامدن امارات تکوینی، سنی را بعنوان اماره ماقبل این امارات تکوینی بیان شود، همانطوری که در روایات می‌بینیم. در اینجا به بررسی دو اماره تکوینی شاخص بلوغ یعنی احتلام و حیض در مقایسه با سن می‌پردازیم.

۱-۳ احتلام خود بلوغ است یا اماره آن؟

از ظاهر کلمات بسیاری از فقهاء بدست می‌آید که احتلام را خود بلوغ می‌دانند، نه دلیل و اماره آن و برخی به آن تصریح کرده‌اند (قطب راوندی، ۱۴۰۵ق: ۴۲۸؛ حسینی حلی، ۱۴۱۷ق: ۵۳۱/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۸۵/۲؛ طوسی، بی تا: ۲۸۳-۲۸۲/۲؛ حسینی عاملی، ۱۳۷۸ش: ۲۴۲/۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۴ق: ۱۹۱/۹-۱۹۲؛ طوسی، ۱۴۰۸ق: ۷۱۸؛ حلی، بی تا: ۳۶۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۸۴/۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق: ۱۴/۱؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۳۴۴/۲-۳۵۱؛ علامه حلی، بی تا: ۱۶۸/۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۲ق: ۱۴۴/۲؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۲/۲۶-۴۴).

باید به بناء مفهومی آنان از لغت احتلام مراجعه‌شود، اگر منظور فقهاء بروز تحولات جسمی و روحی و بیداری غریزه جنسی است. این برداشت معنای دیگر واژه بلوغ است نه اماره آن. ولی اگر مقصود از احتلام، خروج حسی و انزال بالفعل و حالت ارگاسم باشد، این معنا با احتمال اول سازگاری ندارد، و لذا باید معنای واژه احتلام را اماره بلوغ دانست تا بتوان انزال بالفعل پس از تحقق بلوغ را از آثار بلوغ به شمار آورد.

نکته دیگری که باید یادآور شد این است که معیار احتلام در افاده بلوغ بین دختر و پسر مشترک است و صرفنظر از تصریح علامه حلی (حلی، بی تا، ۷۴) و شهیدثانی (شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ۱۴۴)، صاحب جواهر از اصل اشتراک در احکام یاری می‌جوید با این شرط که خلاف آن ثابت نشده و عموم آیات و روایات موید باشد (نجفی، ۱۹۸۱م، ۱۲).

۲-۳ حیض، خود بلوغ است یا اماره آن؟

دو نظریه در این مورد وارد شده است:

حیض خود بلوغ است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴ش: ۱۲؛ معرفت، ۱۳۷۸، ش ۱۲: ۲).

حیض دلیل بلوغ و دلیل سبق بلوغ است (شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۴/ ۱۴۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ۹۵/۱-۹۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۳۱۵/۱؛ خمینی، ۱۳۶۸: ۴۲/۱؛ همو، ۱۴۲۰: ۲۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۷؛ میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۲۷۵/۵-۲۷۶).

«از نشانه‌های بلوغ، حیض و حامله شدن می‌باشد و در نشانه بودن این دو مخالفی را نیافتیم، ولی آیا این دو، سبب بالغ شدن (نفس بلوغ) هستند یا نشانه بالغ بودن. ظاهر سخنان مشهورنظریه دوم است و شهیدثانی در مسالک ادعای اجماع دارد. نظر مشهور دلیل آورده‌اند که تحقق حیض تنها پس از پایان ۹ سالگی است. پس معلوم می‌شود که قبل از حیض بالغ بوده است (میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۲۷۵/۵-۲۷۶). [حیض نشانه بالغ شدن نیست، بلکه نشانه بالغ بودن است]

۳-۳ بررسی اماره سن

۱- روایاتی که سن خاصی را برای بلوغ معین کرده‌اند، متحد و یکسان نیستند، بلکه با سندهای قابل اطمینان هر کدام سن خاصی را معین کرده‌اند و اگر سن به صورت شاخصی تبعیدی یا شاخصی متعلق به زمان معصوم مد نظر بود، می‌بایست روایات بطور یکسان سن واحد را معرفی می‌کردند.

از طرفی همانطور که بیان شد دسته‌ای از روایات، سن را به همراه امارات تکوینی بکار برده‌اند و موضوعیت را از اماره سن برداشته شده و سن فقط طریقت دارد. روایاتی نظیر:

- مؤثقه عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام: «دختر وقتی به ۹ سالگی رسید، حسنات و سیئات براو نوشته شده و عقوبت می‌شود زیرا دختر در ۹ سالگی حیض می‌شود» (حرعاملی، بی تا: ۴۳۱/۱۳).

در این روایت، علت تشریع ۹ سالگی، رسیدن به حد زنانگی است. و لذا ۹ سالگی به عنوان حد بلوغ جنسی معرفی شده، و خود ۹ سالگی موضوعیت ندارد.

- صحیح حمران از امام باقر علیه السلام (همان، ۳۰/۱) بر مطلب ما دلالت دارد، مقصود امام از ازدواج و آمیزش این است که امکان ازدواج و آمیزش با دختر وجود داشته باشد، یعنی کنایه از بلوغ جنسی است. بنابراین امام می‌خواهد روشن کند که ۹ سالگی موضوعیت ندارد، بلکه در صورتی محل اعتناست که در کنار بلوغ جنسی و به عنوان اماره‌ای از آن مطرح باشد.

روایات ۱۳ سالگی نیز همین گونه است؛ یعنی ۱۳ سالگی نیز بخودی خود موضوعیت ندارد، و این سن نیز به ضمایم امارات دیگر (احتلام و حیض) همراه شده است.

- «اگر کودکان در کرات دیگر، در یک سال به حد مردان برسند در صورتیکه با احتلام همراه باشد، یا رویدن موی خشن بر زهار، اشکالی در حکم بلوغ و آثارش نیست. اما اینکه سن ساقط شود دشوار است، اگر دانسته شود که

به حدّ مردان رسیده‌اند، بعید نیست سن ساقط گردد. اگر تا ۳۰ سال به حد مردان نرسیدند و هنوز نابالغند، ظاهراً حکم به بلوغشان نمی‌شود و همچنین اگر فرض شود کودکان مصنوعی چنین هستند. اگر به جهت عوامل طبیعی مانند حرارت خورشید، سیر طبیعی رشد و بلوغ کند یا سریع شود، همین حکم را دارد» (خمینی، ۱۳۶۸: ۶۴۱/۲).

معتقدین تکوینی محض از فتوای امام چنین برداشت نموده‌اند که؛ اولاً سن از نظر ایشان موضوعیت ندارد، و ثانیاً به لحاظ موضوعیت نداشتن سن، اماره سن را در کنار سایر امارات قرار می‌دهند. و ثالثاً ملاک بلوغ را در صورت نبود سایر امارات، رسیدن به حد مردانگی می‌دانند. زیرا خود معصومین هم خواسته‌اند، موضوعیت اعداد ۹ یا ۱۳ سالگی را از بین ببرند و برای از بین بردن موضوعیت اعداد حتی قرینه هم به کار برده‌اند و قرینه ایشان ضمیمه کردن سایر امارات به اماره ۹ یا ۱۳ سالگی می‌باشد (مهریزی، ۱۳۸۰، ۱۶۶).

ولی به این نکته توجه نداشته‌اند که امام میفرماید اگر بخواهد سن ساقط شود دشوار است و برخلاف قائلین این نظریه که کاملاً اماره سن را کنار گذاشته‌اند و بلوغ را صرفاً تکوینی با امارات تکوینی بیان نموده‌اند، امام خمینی وقتی سن را ساقط می‌کند که بلوغ ایجاد شده است. یعنی همانطور که بیان شد امارات تکوینی، امارات خود بلوغ هستند بدین معنا که اگر امارات تکوینی ظاهر شد یعنی بلوغ آمده است. اما نوع اماره سن کاملاً متفاوت از امارات تکوینی است بدین نحو که برطبق همان روایاتی که جهت اثبات دلیل خود آوردند بر اینکه سن موضوعیت ندارد. این امارات تا وقتی راهگشا هستند و طریق هستند که امارات تکوینی نیامده باشد و تا هنگامی که امارات تکوینی نیامده است سن، مشخص کننده بلوغ می‌باشد. و طبق همین روایات اماره سن، بازه قبل از بلوغ را نشان می‌دهد و عبارت دیگر کمترین حد ممکن برای شروع و امکان تحقق امارات تکوینی را بصورت عام و نه بصورت شخصی روشن می‌کند و این در کلام هر دو نظریه مشهود است. هر دو نظریه قائلند بر اینکه سن می‌تواند بازه حداقلی را بر حسب افراد متفاوت نشان دهد:

«بلوغ، امری طبیعی است که نقش شارع بیان امارات و علائم آن است. تعبد شرعی در زمینه طبیعی و دیگر موضوعات شرعی نیست، مگر در باب عبادات. لذا در ابواب فقهی غیرعبادی، کار شارع بیان احکام وضعی یا تکلیفی در موضوعات خارجیّه است، مگر قید یا شرطی اعتبار کند که در حکم شرعی، دخالت دارد. معیار اصلی در بلوغ دختران، حیض است که معادل احتلام در پسران است و مطرح شدن سن، ناظر به کمترین حد ممکن برای تحقق حیض در دختران و احتلام در پسران است» (معرفت، همان)

«۹ سالگی اماره مراحل اولیه بلوغ است، به خلاف آن دو که نشانه مراحل پایانی می‌باشند، و لذا در صورت جهل به سن دختر و پیدایش آن دو اماره، به بالغ بودن وی حکم می‌شود» (سبحانی، ۱۴۱۸ ق: ۵۸).

روایات، سن را در صورتی به‌همراه امارت تکوینی آورده که بعنوان اماره ایی برای شروع بازه بلوغ تکوینی قرار داده البته تا مادامی که بلوغ بوسیله امارات تکوینی نیامده است. و با توجه به نظریات دو دسته قائلین تکوینی

محض و تکوینی-تشریعی، بنظر می‌رسد که سن در هنگامی که حالت طریقت دارد در مقام بیان حداقل بازه می‌باشد.

هنگامی که امارات تکوینی به همراه اماره سن آمده‌اند دو حالت ایجاد می‌شود. حالت اول، اماره سن در بازه پائینی مانعیت ایجاد می‌کند برای امارات تکوینی، بطور مثال در دختر اگر قبل از ۹ سالگی خونی مشابه حیض ببیند، بالغ محسوب نمی‌شود. و اماره حیض هم به تنهایی نمی‌تواند ملاک بلوغ دختران باشد زیرا به اجماع فقها و روایات خون قبل از ۹ سالگی حیض نیست. حالت دوم، امارات تکوینی نیز در بازه بالایی مانعیت ایجاد می‌کند برای سن. بطور مثال در هیچ روایتی بر وقوع بلوغ از ۱۳ سالگی به بالا در دختر تعمیم نداده‌است و نمی‌توان مورد حیض دختری که در سن ۱۴ سالگی یا بیشتر حیض می‌بیند را با روایات منطبق ساخت و دلیل بر بالغ شدن در این سن دانست بدلیل دسته روایاتی که بطور محض برای امارات تکوینی آمده‌اند و روایاتی که امارات تکوینی را به همراه سن آورده‌اند. در نتیجه اگر قبل از آن سن، دختری خونی ببیند حیض نیست، و باز بخاطر همین تغییرات آب و هوایی، دختری بعد از ۱۳ سالگی حیض ببیند طبق روایات سن، بلوغ از ۱۳ سالگی بالا نمی‌رود و اگر دو اماره دیگر (حیض، احتلام و انبات) ظاهر نشود باید اماره سن را ملاک قرار داد. و منظورمان از اینکه می‌گوییم «سن» اماره غالبی است همین است که در صورت عدم بروز دو اماره دیگر باید سن اماره غالبی ما باشد. یعنی اماره سن، امارات تکوینی را محدود می‌کند و امارات تکوینی اماره سن را محدود می‌کند. پس روایات متعدد سن، بازه را مشخص می‌کند بازه حداقلی و حداکثری که بلوغ ممکن است در آن اتفاق بیفتد. به همین خاطر نمی‌توان مانند قائلین تکوینی محض برای دوری از مبدا تعبدی سن، کاملاً اماره سن را کنار نهاد و یا مانند قائلین تکوینی-تعبدی، امارات تکوینی را نادیده گرفت.

احتلام، حیض و حمل و انبات نقطه انتهایی بلوغ و نقطه وصول بلوغ می‌باشند، و هر گاه در مورد طفلی شک کردیم بالغ شده یا نه اگر یکی از این علائم در او موجود باشد حکم به سبق بلوغ در او می‌نماییم. اما در هنگام شک در مورد کودکی که این نشانه‌ها در او ظاهر نگشته است این طریقه کاربرد ندارد و برای رفع آن می‌توان به اماره قراردادی و نوعی سن رجوع کرد. بخصوص وقتی نشانه‌های تکوینی بلوغ با لحاظ شرایط و ژن و مکان متفاوت می‌گردد.

۲- از سویی دیگر، آنچه را زیست‌شناسان و فقیهان درباره بلوغ گفته‌اند از نشانه‌های بلوغ است و هیچ کدام خود بلوغ را تعریف نکرده‌اند، و چاره‌ای جز برشمردن علائم و آثار آن نداشته‌اند. بطور مثال در تعریف آب گفته می‌شود مایعی است سیال، بی رنگ، بی بو و بی طعم. وقتی در این تعریف دقت شود خواهیم دید که صفات آب است و خود آب معرفی نشده است. ولی آیا بیان این اوصاف معرف واقعی آن شخص خواهد بود؟

از این رو، وقتی برای بلوغ اماره و نشانه‌هایی قرار می‌دهند به این معنا اشاره کرده‌اند که بلوغ قبلاً وجود یافته و موجود شده است و پس از موجود شدن، صفات خود را بروز داده است. از اثر پی به وجود منشا می‌بریم. مرحله وجودی اثر بعد از مرحله وجودی منشا است. همانطور که بررسی شد امارات تکوینه وجود بلوغ را اثبات

می‌نمایند و در واقع خود بلوغند چون هم بلوغ تکوینی است و هم امارات شخصیه آن. ولی اماره سن، اماره ایی نوعی است که بازه حداقلی و حداکثری را نشان می‌دهد، پس می‌توان گفت که اماره سن رابطه عرضی با سایر امارات ندارد، بلکه رابطه طولی با سایر امارات (احتلام، حیض و انبات) دارد. یعنی اگر اماره احتلام یا حیض یا انبات آمد، دلیل است که اماره سن نیز قبلاً آمده است. به طور مثال دختری حیض شد پس اماره سنی را نیز باید داشته باشد که طبق احادیث ۹ سالگی است. به بیان دیگر راهی برای کشف بلوغ نداریم مگر اینکه اماراتش ظاهر شود و چون بلوغ جسمی امری شخصیه است که در افراد مختلف با مزاج‌های متفاوت در سنین مختلف بروز می‌کند، به این نتیجه می‌رسیم که امارات با هم متفاوتند بعضی امارات شخصی مانند اماره حیض، انبات و احتلام نمی‌توانند ملاک عمومی قرار گیرند، ولی سن یک اماره قرار دادی است که جنبه عمومی و نوعی دارد. پس صرف وجود اماره شخصی در تحقق بلوغ کفایت نمی‌کند بخصوص در حالت حداقل سنی که امکان دارد حیض یا احتلام وجود نداشته باشد. نه می‌توان کاملاً اماره سن را کنار زد و نه می‌توان صرفاً به اماره سن اکتفا کرد بخصوص در حالتی که طبق بعضی نظریات اماره سن را بر روی ۱۳ گذاشته‌اند اگر قبل از این سن دختر حیض و پسر محتلم شد و همچنین نمی‌توان مانند قول مشهور برای جلوگیری از این اتفاق فقط قائل به ۹ سالگی شد زیرا ممکن است این فرد بر طبق شرایط ژنتیکی و جوی در ۱۳ سالگی حیض یا محتلم شود.

با این فرضیه، جمع بین روایات متعدد در مورد سن، بدین صورت است که چون بلوغ یک کلی مشکک است (لنکرانی، ۱۳۷۹: ۲۰۱/۳-۲۰۴) و به حسب طبایع انسانی دارای مراتب شدت و ضعف می‌باشد زیرا مراتب قوت و ضعف انسان ها متفاوت است، در یک فرد در سن ۹ سالگی و در فرد دیگر در سن ۱۰ سالگی و در فرد دیگر در ۱۳ سالگی بروز می‌کند، ولی به‌رحال این کلی مشکک (بلوغ) دارای بازه زمانی مشخص برای بروز می‌باشد. از موضوعیت بخشیدن به هر یک از سنین ۹ یا ۱۳ سالگی جلوگیری شود. و بازه زمانی اماره سنی بلوغ دختران ۹ تا ۱۳ سالگی می‌باشد، همان‌طور که آمار بیان شده نیز این نظر را تایید می‌کنند و در همین بازه زمانی است که زن بودن یا قابلیت نکاح در دختر ایجاد می‌شود و این بازه زمانی (اماره سن) برای هر فردی به تناسب شرایط آب و هوایی و ژنتیکی و منطقه‌ای متفاوت است.

وظیفه فقیه بیان حکم است و وظیفه تشخیص موضوع به عهده مکلف است. این مکلفین هستند که باید ببینند از نظر شرایط آب و هوایی و ژنتیکی و خانواده‌های نزدیک مانند خاله و عمه و... در چه هنگامی بالغ می‌شوند. لذا از بین ۹ تا ۱۳ سالگی یکی را برگزینند و وظایف دینی خود را انجام دهند.

نتیجه گیری

همان‌طور که بیان شد احتلام و حیض، امارات تکوینی هستند که نشان دهنده سبق بلوغ هستند و لذا بر معنای لغوی اول مطابقت دارند و اماره سن، اماره ایی است که در صورت نبودن امارات تکوینی امکان تحقق بلوغ را تضمین می‌نمایند و بر معنای لغوی دوم بلوغ مطابقت دارد. تایید این معنا همانست که تمامی فقهاء بر این باورند که: حیض و احتلام به شرطی می‌تواند اماره بلوغ قرار گیرد که در زمان «امکان» محقق شده باشد (علامه

حلی، بی تا: ۷۳/۲). بطور مثال اگر کسی قاتل باشد که حیض خود بلوغ است، باید خون قبل از ۹ سالگی را نیز حیض بدانند و این خلاف اجماع عامه و خاصه می‌باشد. از طرفی اماره سن به همان اندازه که زمینه اماره حیض را دارد به همان اندازه زمینه اماره احتلام و انبات را نیز دارد و لذا حیض علیت منحصره نمی‌باشد بلکه علیت های دیگری به نام احتلام و انبات نیز در میان است.

به عبارت دیگر، ملازمه بین اماره سن و امارات تکوینی وجود دارد اما این تلازم به نحو تام بر روی سن خاصی نمی‌باشد بلکه امارات سنیه تا زمانی موثرند که امارات تکوینی نیامده‌اند و از طرف دیگر امارات تکوینی زمانی موثرند که یکی از امارات سنیه (اعداد متفاوت در روایات) آمده باشد که البته این اعداد متفاوت بازه مشخصی دارند و برای دختران از سن ۹ تا ۱۳ سالگی است و برای پسران از سن ۱۳ تا ۱۵ سالگی می‌باشد.

اختلاف در روایات سن، نقص محسوب نمی‌شود، بلکه اختلاف روایات سنی (۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳) نشان می‌دهد که بلوغ دارای بازه زمانی است و این بازه زمانی بخاطر اختلاف ظهور سایر امارات شخصیه (بغیر از اماره نوعی سن) در افراد است. و اصلاً نشان دهنده ذکاوت و دوربینی شارع است که شرایط متفاوت انسانی را در نظر دارد. و لذا می‌توان گفت روایات هیچ گونه تعارضی با یکدیگر ندارند، بلکه همدیگر را تأیید می‌کنند و مکمل تکوینیات می‌باشند. و همانند مبحث حیض چگونه دختران برای پیدا کردن اولین عدد حیض خود و تعداد روزها و سایر مطالب تکلیفی به خانواده و نزدیکان خود رجوع می‌کنند، مورد بحث ما نیز همین گونه است یعنی برای انتخاب بازه زمانی ۹ تا ۱۳ سالگی باید به نزدیکان خود رجوع کنند و عدد سنی خود را بدست آورند. و سایر امارات شخصیه بلوغ (احتلام و حیض و انبات) نیز به عنوان اماراتی که امکان تحقق داشته باشند، در بدست آوردن عدد سنی به یاری مکلفین می‌آیند.

تمامی آنچه بیان شد در مورد پسران نیز صدق می‌کند یعنی در مورد اماره نوعی سنی در پسران، آنها دارای بازه زمانی ۱۳ تا ۱۵ سالگی می‌باشند که می‌توانند به نزدیکان واجد خود رجوع کنند، البته هر گاه اماره شخصی احتلام آمد، حکم به سبق بلوغ آنها می‌شود و لذا بازه زمانی پسران منوط به عدم وجود اماره احتلام قبل از پانزده سال است (همان طور که در روایات آمده است).

به نظر می‌رسد این نظر هم پشتوانه شرعی دارد و هم پشتوانه عقلی. پشتوانه شرعی آن جمع روایی بین روایات مختلف سنی می‌باشد. پشتوانه عقلی آن اینکه بلوغ امری مشکک است که افراد و دختران یا پسران در مراتب مختلف سنی (که با توجه شرایط تغییر می‌کند) بالغ می‌شوند. یعنی ممکن است دختری در سن ۹ سالگی امارات بلوغ خود را ببیند و یا در سن ۱۳ سالگی امارات بلوغ خود را ببیند و این به لحاظ همان تشکیک بلوغ است.

برای تشخیص بلوغ تکوینی دو دسته امارات قرار داده شده است اماراتی که از جنس خود بلوغ تکوینی هستند که این امارات شخصیه هستند و یکسری امارات قراردادی و عمومی هستند. امارات تکوینی ممکن است بر حسب

شرایط خاصی همانطور که امام خمینی فرمودند اصلاً بروز نکند و یا بخاطر شرایط ماورایی متفاوت گردد که امارات قراردادی در این هنگام به کمک می‌آید و تعیین مرز برای امارات تکوینی می‌نماید. همچنین است اگر اماره سنی موجود باشد ولی امارات تکوینی نیامده است به دلیل شرایط خانوادگی یا موقعیت جغرافیایی و البته با لحاظ بازه زمانی سن مشخص که از محدوده خاصی که شارع فرموده بیشتر نگردد.

به عبارت دیگر جمع بین نظریه تکوینی محض و تکوینی-تشریعی این است که این قسمت از نظریه تکوینی محض را می‌پذیریم که بلوغ تکوینی با امارات تکوینی نیز همراه است که باید در یافتن آن از این امارات تکوینی همانطور که در آیات و روایات آمده بهره جست ولی با این قسمت نظریه که کاملاً اماره قراردادی سن را کنار گذاشته نیز مخالف است زیرا اماره سن بعنوان ملاک برای یافتن بازه پایینی و بالایی بلوغ بیان شده‌اند. از طرفی نظریه تکوینی-تشریعی بطور کامل امارات تکوینی را کنار گذاشته و بلوغ تکوینی را با اماره قراردادی سن بیان کرده و به سن موضوعیت بخشیده است در حالیکه همانطور که بیان شد در قرآن صرفاً امارات تکوینی آمده است و در روایات اماره سن مقید به امور تکوینی شده‌اند و این در حالیست که خود آنها اذعان دارند که بلوغ امری تکوینی است. و بدین صورت اماره سن بعنوان طریقی راهگشا به همراه امارات تکوینی به‌همراه تردید بیان شده‌اند تا گویای تفاوت نوع افراد در بلوغ تکوینی باشد.

- إبراهيم، أنيس، **المعجم الوسيط**، قاهره، بی نا، ۱۳۹۲ق.
- ابن ذکریا، احمد بن فارس، **معجم اللغة**، کویت، المنظمه العربيه فی الثقافه، ۱۴۰۵ق.
- ابن ذکریا، احمد بن فارس، **معجم مقایس اللغة**، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۳۸۹ق.
- احمدی، احمد، **روانشناسی نوجوانان و جوانان**، اصفهان، مشعل، ۱۳۶۸ش.
- اردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان**، قم، نشراسلامی، ۱۴۰۴ق.
- آسیموف، آیزاک، **تن آدمی**، مترجم: محمد بهزاد، تهران، علمی و فرهنگی، ۱۳۶۶ش.
- بحرانی، یوسف، **الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره**، قم، نشراسلامی، بی تا.
- پارسا، مهرداد، **دایرة المعارف پژشک خانواده**، تهران، اکباتان، ۱۳۶۲ش.
- جزائری، احمد بن اسماعیل، **قلندالذکر فی بیان آیات الاحکام بالاثر**، بیروت، دارالوفاء، ۱۴۰۴ق.
- چ - ا.، هادفیلد، **روان شناسی کودک و بلوغ**، مترجم: مشفق همدانی، بی جا، صفی علیشاه، ۱۳۵۳ش.
- حر عاملی، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، بیروت، دارالحیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی سیستانی، سیدعلی، **الفتاوی المیسره**، قم، مکتبه سیدعلی سیستانی، ۱۴۱۷ق.
- حسینی عاملی، سیدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، بیروت، آل البیت، بی تا.
- حسینی بحرانی، سیدهاشم، **البرهان فی تفسیر القرآن**، تهران، آفتاب، بی تا.
- حسینی حلبی، حمزه بن زهره، **الغنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع**، قم، صادق، ۱۴۱۷ق.
- حسینی واسطی، محمدمرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، بیروت، دارالتراث العربی، بی تا.
- حلبی، ابن ادريس، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، قم، نشراسلامی، بی تا.
- حلبی، ابن مطهر (علامه حلبی)، **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، قم، نشراسلامی، ۱۴۱۰ق.
- حلبی، ابن مطهر، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه**، تهران، بی نا، ۱۳۱۴ش.
- حلبی، ابن مطهر، **تذکره الفقهاء**، قم، مکتبه المرتضویه، بی تا.
- حلبی، ابن مطهر، **قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، قم، رضی، بی تا.
- حلبی (علامه)، **منتهی المطلب فی تحقیق المذهب**، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
- حلبی طوسی، محمد بن حمزه، **الوسیلها لی نیل الفضیله**، قم، مکتبه مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- حلبی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلبی)، **تسرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، نجف، الأدب، ۱۳۸۹ق.
- خمینی، **حاشیة العروة الوثقی**، قم، دارالتفسیر، ۱۴۲۰ق.
- خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، قم، اسلامی، ۱۳۶۸ش.
- خوانساری، احمد، **جامع المدارک**، قم، صدوق، ۱۴۰۵ق.
- دبس، موریس، **مراحل تربیت**، مترجم: علیمحمد کاردان، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ش.
- دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه**، تهران، دانشگاه تهران، بی تا.
- رازی، جمال الدین ابوالفوتوح، **روح الجنان و روح الجنان**، تصحیح: علی اکبر غفاری، تهران، اسلامی، بی تا.
- راغب اصفهانی، **معجم مفردات الفاظ قرآن**، مترجم: غلامرضا خسروی؛ تهران، مرتضوی، ۱۳۶۲ش.
- راوندی، قطب الدین، **فقه القرآن**، قم، مکتبه مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
- سبحانی، جعفر، **البلوغ**، قم، صادق، ۱۴۱۸ق.
- سعید زاده، سیدمحسن، **«بلوغ دختران، طبیعی یا فقهی»**، زنان، ۱۳۷۴/۴.
- سیوری، ابوعبدالله، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، تهران، المکتبه المصریه، ۱۳۸۵ش.
- شهیدناتی، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- شهیدناتی، **مسالك الافهام الی تنقیح تسرایع الاسلام**، بیروت، معارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- صادقی، محمد، **الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنه**، لبنان، دارالتراث الاسلامی، ۱۳۹۴ق.
- صانع، یوسف، **بلوغ دختران (فقه و زندگی ۷)**، میثم تمار، ۱۳۸۵.
- صدوق، **الخصال**، قم، جماعه المدرسین، ۱۴۰۲ق.
- صدوق، **المقنن**، قم، هادی، ۱۳۸۴ش.
- صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، مترجم: محمدجواد غفاری، تهران، صدوق، ۱۳۶۹ش.

- صفاتی، زهره، «سن بلوغ»، روزنامه رسالت، ۱۳۷۵ش.
- طباطبائی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، بی جا، محمدخوانساری، ۱۳۹۸ق.
- طباطبائی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، مترجم: محمدباقر موسوی، تهران، محمدی، ۱۳۷۴ش.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، میثم تمار، ۱۴۲۷ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، مترجم: احمد بهشتی، تهران، فراهانی، ۱۳۵۱ش.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، قم، مکتبه المرتضویه، ۱۳۶۲ش.
- طوسی، المیسوط فی فقه الامامیه، تهران، محمدیه، بی تا.
- طوسی، محمدبن حسن، *الخلاف*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
- طوسی، تهذیب الاحکام، بی جا، به اهتمام سیدمحمدعلی تاجر، ۱۳۱۷ق.
- غریال، محمد شفیق، *موسوعه العربیه المیسره*، قاهره، دارالشعب، ۱۹۱۲م.
- غروی تبریزی، *التنقیح*، قم، احیاء آثار امام خوئی، بی تا.
- غضنفری، علی، *الاضواء الفقهیه رساله فی البلوغ*، قم، طاووس بهشت، ۱۳۸۰ش.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، قم، دارالبحره، ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، محمدحسن، *مفاتیح الشرایع*، قم، الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ق.
- قرنجه، نجیب؛ *موسوعه العربیه*، بیروت، داریحانی، ۱۹۵۵م.
- قمی، ابوالقاسم، *عنانم الایام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، اعلام اسلامی، ۱۳۷۸ش.
- کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی قرارداد و ایقاع*، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۸۴ش.
- لنگرانی، فاضل، *سیری کامل در اصول فقه (دروس کامل خارج اصول)*، قم، روزنامه فیضیه، ۱۳۷۹ش.
- مراغی، احمد مصطفی، *تفسیر المراغی*، بیروت، دارالفکر، ۱۳۶۵ق.
- مرعشی، سیدمحمدحسن، «تحقیقی درباره سن بلوغ»، قضای و حقوقی دادگستری، ۴، ۱۳۷۱.
- مرعشی، نذیم و اسامه، *صحاح فی اللغة و العلوم*، بیروت، دارالحضره العربیه، ۱۹۷۴م.
- معرفت، محمدهادی، «حد الیاس و حد البلوغ»، فکر اسلامی، ۱، ۳ و ۴، ۱۳۷۳ش.
- معرفت، محمدهادی، *بلوغ*، کتاب نقد، سال سوم، ش ۱۲، ۱۳۷۸.
- مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، تهران، صادق، ۱۳۷۴ش.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفایده و البرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ق.
- مقرئ فیومی، احمدبن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (فتح العزیز)*، بیروت، دارالقلم، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۴ش.
- موسوی بجنوردی، *مجموعه مقالات فقهی و حقوقی، فلسفی، اجتماعی*، تهران، عروج، ۱۳۸۰ش.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، «سن بلوغ دختران»، فرزانه، ۶/۲، ۱۳۷۴ش.
- مولند، اینار، *جهان مسیحیت*، مترجم: محمدباقر انصاری، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۸ش.
- مهریزی، مهدی، *بلوغ دختران*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۸۰ش.
- نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دارالحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
- وایت، ویلیام آلنسون، *روان شناسی بلوغ*، مترجم: فضل الله شاهلویی، تهران، حسام، ۱۳۷۰ش.



الإجهاض أحكامه الفقهية وآثاره

السيد مؤيد الشكري

أستاذ مشارك ، قسم القانون ، جامعة دمشق ، سوريا

m.Alshokri313@ut.ac.com

حسين عباس المطر

طالبة دكتوراه في القانون ، جامعة دمشق ، سوريا

hmmatarabbas@gmail.com

١٥

الملخص

البحث عنوانه الإجهاض وأحكامه الفقهية وآثاره: فأَسباب ودوافع الإجهاض متعددة، لذلك يجب أن تعرض على الشَّرْع، فلا بدَّ أن تكون هذه الأسباب ثابتة ونتائجها يقينية أخذًا بالاعتبار الأحكام الفقهية هل هي قبل أو بعد نفخ الرّوع في الجنين؟

القول الوجيه في حكم الإجهاض هو قبل نفخ الرّوع وهو التّحريم ما لم تكن هناك أسباب جائزة للإعقاط يحملها الشَّرْع، أمّا بعد النّفخ في الجنين فإنه يحرم الإجهاض أيّا كانت الوسيلة، ما لم يتعارض مع حياة أمه.

الكلمات المفتاحية: الإجهاض، أحكام فقهية ، آثار، الإجهاض

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (١٤) إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يَرْضَى الأذى سواء كان على نفس أو جزء منها، وسواء نفسه أو غيره..

لقد انتشر إجهاض المرأة وإسقاط ما في بطنها في عصرنا الحديث بشكل كبير لم يكن له مثل من قبل؛ لأسباب عدة، منها اقتصادية واجتماعية، وأيضاً علاجية وجناحية، وكلها لها آثار على المرأة من حيث الصحة، وعدد المواليد بشكل عام على كل العالم؛ حيث أنها كانت منتشرة في الدول الغربية إلا أنها انتشرت وكثرت في الدول العربية والإسلامية أيضاً، وخاصة من البشر ضعاف الإيمان والنفوس، حيث لا إسلام ولا قانون يحكمهم؛ ولكن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، أذ أنه يوضح هذا الحكم، هنا يطرح سؤال عن موقف الإسلام من إجهاض الجنين بكل صوره وأسبابه، وأيضاً من الأدلة التي تدل على كمال الإسلام واهتمامه بحقوق الأولاد، حيث وردت فيه أحكام للحمل قبل ولادته وهو جنين، مثل الوصية للحمل، وميراث الحمل، وتأخير الحدّ عن الحامل للحمل، وحكم الإجهاض وما يترتب عليه من أحكام ... فمنذ قرون كثيرة حيث عانى فيه الإنسان من الظلم والحيث وبخس حقوقه بل عومل معاملة الأنعام، وكان الأقوياء يضيعون حقوق الضعفاء، وكان ذلك في أغلب المجتمعات والدول والقبائل، حيث لا يعبرون اهتماماً لأي حقوق للإنسان، وجاء الإسلام ورفع صوته ونادى بحقوق الإنسان في كل شيء، ومنها حقوق المرأة، وحق الأجنة في الرحم..

حثّ الإسلام الحنيف على التناسل والمحافظة عليه؛ لذلك الإسلام شرع الزواج لحفظ النسل وهو الإنسان إلى يوم محتوم من الله، فالله تعالى جعل من الزواج قدسية، وجعل التناسل وإنجاب الأولاد -إذا أحسن تربيتهم يثاب عليها. قال رسول الله (ص): " تناسلوا تكثروا تناكحوا ؛ فإنّي أباهي بكم الأمم يوم القيامة ولو بالسقط " (١٤)

وبهذه الفصول الثلاثة عقدته للبحث عن إجهاض الجنين في الفقه الإسلامي، وهو يشمل على مباحث في كل فصل.

سابقة موضوع الإجهاض:

الموضوع مسألته منذ القدم في جميع العصور وإلى يومنا هذا، ولكن في عصرنا الحاضر أخذ بازدياد بشكل فضيع ويرثى له في جميع المجتمعات سواء مجتمعات كافرة أو مسلمة؛ بسبب ضعف الوازع الديني لأسباب متعددة، من انفتاح على العوالم الأخرى، وأيضاً من الأسباب الفقر أو الغنى، أو من انتشار الفساد والاختلاط غير المشروع وغيره... أدى ذلك إلى تناسل غير مشروع أو غير مرغوب، أو تهاون في شرع الله، وعدم الالتزام بأحكام الدين انتشرت بشكل كبير في مجتمعاتنا الإسلامي؛ لهذا اخترت هذا الموضوع لنقول لهؤلاء: قفوا! لا تقتلوا النفس التي حرم الله. فهذا الموضوع وجدت له مصادر من الكتب الأساسية الأربع ومن بعض الكتب من العلماء، وكذلك في الرسائل العملية والإحصاءات من مجلات الانترنت.

بدء الحياة الإنسانية

متى تبدأ حياة الإنسان؟ هنا سنتعرف على الإجابة وستعلم أن مطلق الحياة ثابتة في مني الرجل والمرأة وبعد التحامهما وصيرورتهما خلية، ثم إلى كتلة خلايا، ثم إلى حوصلة عالقة بالرحم، ثم منغرس في الرحم لم تنفخ بعد في جنين ميت.

وهنا عدة أقوال منها:

(القول الأول): المشهور عند المسلمين أن الحياة الإنسانية تبدأ بنفخ الروح في الجنين، والمشهور عند أهل النظر منهم

أنه بعد أربعة أشهر من الحمل.

****** وهذا القول اعترضه بعض الأطباء بأن علم الطب لا يرى لاستقبال الروح أثر، هي للأسف باب التّحمّس لوجهة نظر معينة، ومحاولة تأييدها علمياً بغير سند علمي (٦٤).

مع أن اعتراضه قوي؛ لكنه ليس يقين، فكما لا يصل الطبيب إلى أثر للروح بعد أربعة أشهر من الحمل كذلك لا يمكن نفيه أيضاً، والخلط بين حدود العلوم التجريبية والفلسفة أو الدين أوجب.

(القول الثاني): عند التحام الحيوان المنوي بالبويضة هي بداية الحياة الإنسانية، اختاره بعض الأطباء، والدليل الذي استدّلوا عليه بهذه الشروط:

أن بدايته معروفة.

أن يكون قادراً على النّمو بوجود الأسباب.

أن مراحل الإنسانية هي جنينا وطفلا وصبياً وشاباً وشيخاً وكهلاً إن مدّ له في الأجل.

وأن ما سبق من دور لا يكون إنساناً.

أن تكتمل له الحصلة الإريثية لجنس الإنسان عامّة، وكذا كفرد يختلف عن غيره.

وقال: هذه الشروط الخمسة تتوفّر في البويضة (البيضة) الملقحة فقط.

واستشهد عليه أيضاً بتأجيل عقوبة الإعدام شرعاً إن كان المحكوم عليها حاملاً دون تقييد الحمل بزمان خاص، كما استشهد بقوله تعالى: **وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ** (٥) قال: من هؤلاء الأجنة؟ أنتم وأنا الإنسان (٦) وأنكر أن تكون حياة الجنين قبل تمام أربعة أشهر نباتية أو حيوانية، فإن النبات -تعريفاً- ليس له جهاز حركي فعّال، ولا جهاز عصبي، وأسلوبه الغذائي مختلف، وهو يقاتل على الصّوء ويستهلك ثاني أكسيد الكربون ويفرز الأكسجين.

نقول هنا الشّرائط الخمسة لا تثبت أن حياة البيضة الملقحة حياة إنسانية لعدم الملازمة بينهما عرفاً وطباً وعقلاً وشرعاً، وهذا الاشتباه قد صدر من غير واحد من أعضاء الندوة (أي في كتاب بداية الحياة الإنشائية ونهايتها) وغيرها؛ نعم حرمة الإجهاض ولزوم تأخير إعدام الحامل وحكم الخروج عن العدة وأمثالها، أحكام شرعية ولا يمكن التلاعب بموضوعاتها.

وأيضاً الاستدلال بقوله تعالى: **وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ** (٧) هــعيف؛ إذ لا شك في أن المراد به: أنكم كنتم أجنة. أو ما يؤدّي معناه، ولا يراد به أنكم الآن أجنة!! كما أن الإنسان كان تراباً ولم يكن بإنسان.

على أن لازم هذا القول أن يكون نهاية هذا الإنسان بموت خلاياه.

ثمّ المفهوم من الآية بطلان هذا القول؛ فإنّ مدلولها أن الإنسان خلق ونشأ من النّطفة والعلق والمضغة، لا أنّه عينها. أيضاً على هذا القائل إشكال آخر لم يقدر على حلّه أو دفعه.

(القول الثالث): أن الحياة على أقسام:

الحياة الخلية: وهي حياة البويضة المخصبة.

(٦) المحسني، الشيخ محمد آصف، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها

(٦) سورة النجم: الآية (٦)

٢

(٦) المحسني الشيخ محمد آصف ، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها ص ٣٠٣

٢

(٦) سورة النجم: الآية (٦)

الحياة النسيجية: وهي انقسام الخلية المتكررة وانغراسها في جدار الرحم واستمرار نموها.

الحياة الإنسانية: في الأسبوع الثاني عشر من وقت تخصيب البويضة الذي أصبح فيه للجنين كيان أو وجود؛ فهو يقفز ويلعب، وينام ويصحو، ويحس ويفزع، كل ذلك تزامناً مع اكتمال تكوين المخ وبداية قيامه بوظائفه من ظهور محركات التنفس وإشارات المخ الكهربائية الدالة على نشاط وعمل قشرة المخ والنصفين الكرويين، وهذه المرحلة تقف كعلامة هامة على طريق نمو وتطور الجنين، كما أن هذه العلامات والظواهر التي تحدث هي عكس العلامات التي توصف في مرحلة وفاة المخ عند موت الإنسان. ومن هنا يمكننا أن نصفها بمرحلة ميلاد المخ أو بداية الحياة الإنسانية. وفي نهاية هذا الأسبوع يكون الجنين قد بلغ تسع سنتيمترات طولاً، و(٥) جراماً وزناً. ومن السهل التعرف على هذه المرحلة وتحديدتها على وجه الدقة بالفحص بجهاز السونار، لبيان الحركات التنفسية وأنشطة الجنين المختلفة(٧).

****** ويزيد هذا القائل: وفي أثناء الأسبوع الثاني عشر تظهر على الجنين خمسة مظاهر جديدة وهامة، كلها تشير إلى اكتمال تكوين مخ الجنين وبداية ظهور الكيان الإنساني في الجنين، ويبدو ذلك من:

تتصور حركات الجنين حركات مركبة متوافقة.

ظهور الحركات التنفسية؛ وليس المقصود هنا أن الجنين يتنفس الهواء.

مرور الجنين في هذه المرحلة من النشاط والحركة بشكل منتظم، بعضها يقظة ونوم.

بدء عمل ونشاط قشرة المخ.

بداية ظهور حركات بناء على تنبيهات من الخارج، ويستنتج من هذا وجود الحس، كذلك الوعي بالمحيط الذي يوجد فيه الجنين(٨).

نقول: ما ذكره أولاً فهو لا يدل على مدعاه، لأن الحس والحركة الإرادية تاجمان الحياة الحيوانية وتنفيان الحياة النباتية فقط، ولا تكون بخصوص الحياة الإنسانية حتى نقول: إن مخه يدرك الكليات أو يحاول أن يثبت ملزوم إدراك الكليات؛ فهذا القائل لم يقدر على إثبات مدعاه هذا إذا فرضنا وجود نفس حيوانية في الإنسان، منحازة عن الروح الإنسانية وكانت هي المصدر للحس والحركة الإرادية. وأما إذا لم يكن الأمر كذلك وأن الحس والحركة الإرادية وإن كانا في الحيوانات مستندين إلى النفس الحيوانية، لكنهما في الإنسان مستندان إلى النفس الناطقة الإنسانية فقط، ولا روح حيوانية مستقلة في الإنسان، فصحة هذا القول يثبت مدعى قائله لا محالة، فلا بد حتى يثبت مدعاه أن يقطع بقوله.

وهذا القول ربّما من باب التّحمّس لوجهة نظر معينة ومحولة تأييدها علمياً بغير سند علمي.

(القول الرابع): أن بدء الحياة الإنسانية ليس لحظة الالتحام؛ بل إذا انغرس البويضة في رحم الأم، وهو ما عبر عنه بعض الأطباء بالاندغام، مأخوذاً من كلمة العلوق(٩).

(القول الخامس): إنه تستغرق رحلة الإنسان من خلية واحدة إلى (١٦) خلية في المعمل حوالي (٤ - ٥) أيام، (ومن خلية إلى ٦ بلايين خلية - فترة الحمل - حوالي ٢٨٣ يوماً).

ولقد اصطلح طبيباً (علمياً) في الثمانية أسابيع الأولى من الحياة بالجنين، ويسمى الجنين في الفترة الباقية من الحمل بالمولود!

والسبب في هذه التسمية هو أن الجنين في مرحلة نموه داخل الرحم يمرّ بمرحلتين هامتين من التكوين:

- الأولى والتي تمتد ثمانية أسابيع: يكون الجنين فيها في حالة تكوين وتشكيل ونمو مضطرب في الخلايا.

والنظر إليه في تلك المرحلة يجد كتلة من الخلايا التجاوبية والقنوات. (على شكل علقه ثم مضغة) ليس لها سمة الإنسان السوي، وأهم ما يميز هذه المرحلة من الناحية التشريحية هو ظهور (الميزاب العصبي)، وهو بداية تكوين الجهاز العصبي (الحسي) عند الجنين، وبعد هذه المرحلة يأخذ الجنين داخل الرحم مظهراً آخر في النمو، ويمكن للنظر إليه (أي بعد مرحلة الثمانية الأسابيع الأولى) أن يميز شكل إنسان أخذ في النمو... وقد وصف ذلك في آية الخلق والتطور داخل الرحم: **ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنَ الْخَالِقِينَ** (٧٤).

إذاً يمكن القول بأن الجنين هو إنسان في الأسابيع (٦ - ٨) الأولى في حياته داخل الرحم أو في أنبوبة اختبار في محمل طفل الأنابيب (٧٤).

هنا أقول: هذه الأقوال الأربعة لعلماء الطب غير قابلة للاعتماد، وهذا أمر هام يجب النظر إليه ومراعاته، وهو أن ما ذكره أهل الطب وسائر العلوم التجريبية على أقسام:

منها: ما ثبت بالحس والتجربة بحيث لا يقبل التردد؛ وهذا مما لا شك في قبوله بحكم العقل والفطرة، فإن وجد في القرآن المجيد أو الروايات المعتمدة ما يخالفه بظاهره وجب رده، وذلك بالبرهان من علم الكلام.

ومنها: ما هو استنباطات وآراء ظنية من هؤلاء العلماء الاختصاصيين، في مقابل الأدلة الشرعية من ظواهر الكتاب الكريم والسنة فلا يمكن الأخذ بالظن وتقليده.

ومنها: ما هو مبني على الإحصائيات المحدودة محلاً ووقتاً، وهذا أيضاً لا اعتبار به، كما أنه لا يجوز رد ما ثبت بطريق حسي أو قطعي، كالحس لأجل فتوى سابقة أو حديث ضعيف بل معتبر؛ فإن الأحاديث كظواهر الكتاب ظنية، والظن يضمحل عند العلم بخلافه، إلّا ما لا عقل له.

المبحث الثاني: المفهوم اللغوي والفقه للإجهاض:

قال تعالى: **وَنُفِّرْ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً** (٧٤).

«الجهاض - بكسر الجيم - اسم من أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً: أ سقطته ناقص الخلق» (٧٤) وقد يستعمل لفظ «إملاص» بدلاً من لفظ «إجهاض» والمعنى واحد.

ومعنى آخر للإجهاض في عرف أهل اللغة: هو الإسقاط، والجهيض والجهض: هو الولد السقط، أو ما تمّ خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش، ويقال: أجهض أي أعجل، وأجهضت الناقة: إذا ألقت ولدها، وقد نبت وبره (٧٤).

((والسقط هو بالحركات الثلاث، والضم أكثر، الولد الذي يسقط من بطن أمه قبل تمام الحمل، فمنه تام وهو ما بلغ أربعة أشهر، ومنه غير تام وهو ما لم يبلغ الأربعة)) (٧٤).

قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: **وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ** (٧٤) (جمع جنين وهو الولد ما دام في البطن، سمي جنيناً

(١). ١٨٣

١٨٣

٣٣٣

٨٣٣

٨٨٥ نفس المصدر السابق.

(٣).

٤

(٥).

٤

٢

(٢) سورة المؤمنون: الآية (٢)

(٧) الحنفى، محمد، أضف، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية

(٢) سورة الحج: الآية (٢)

(٢) الحنفى، الشيخ فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، في

(٢) أبو وازة، محمد، الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (٢)

(٢) مجمع البحرين، ٢: ٤

(٧) سورة النجم: الآية (٧)

والجنين لغة: ((الولد ما دام في الرحم، وعن الأطباء ثمرة الحمل في الرحم إلى أن ينتهي الأسبوع الثامن يسمى جنيناً، وبعده يدعى بالحمل)) (٨)

وقد عرف الشيخ المفيد (رحمه الله تعالى) الجنين: هو الصورة قبل أن تلجه الروح (٨٢)

وورد في القرآن الكريم لفظة الجنين في قوله تعالى: {هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ} (٨٣)

إن المقصود من الإجهاض وإسقاط الجنين في الفقه - من الإفادة من الروايات (٨٤) هو إخراج الجنين بعد تكونه في رحم المرأة بفعل من الأفعال سواء كان الجنين علقه أو مضغعة، أو كان له عظم وبني عليه اللحم أو غير ذلك...

أما في الطب فيعرف الإجهاض: خروج محتويات الحمل قبل (٢٨) أسبوعاً، تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة (٨٤)

المبحث الثالث:

حكم الإجهاض قبل نفخ الروح على آراء بعض المذاهب الخمسة

تختلف هذه المذاهب الفقهية في الجنين الذي لم ينفخ فيه الروح، والخلاف كثير هنا في هذه المسألة؛ وهنا عدة أقوال، وآراءهم غير محددة لاختلاف أئمة هذه المذاهب، وبالتالي نستعرض آرائهم والرأي الراجح:

رأي المذهب الأول: المذهب الحنبلي:

يرى جواز التسبب لإسقاط الجنين قبل أن ينفخ فيه الروح مطلقاً، قال به ابن عقيل الحنبلي (٨٥) والبعض إذا صار علقه لم يجز إسقاطه قاله ابن رجب الحنبلي (٨٦) وابن الجوزي حرم الإسقاط قبل نفخ الروح في جميع مراحلها نقل عنه المرادوي (٨٦)

رأي المذهب الثاني: المذهب المالكي:

يحرم إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يو ما ورأي قبل: يكره إخراجها قبل الأربعين (٨٧) وقول آخر يرخص الإجهاض قبل نفخ الروح إذا كان من زنا وإذا خافت القتل خاصة، (٨٨)

رأي المذهب الثالث: المذهب الشافعي:

وهو عدة أقوال منها:

١- أن الإجهاض جائز ما دام الجنين لم ينفخ فيه الروح. قال الشيخ قليوبي: (نعم يجوز إلقاؤه ولو بدواء قبل نفخ الروح

(٨٥) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، تفسير القرطبي ج ٧

(٨٦) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، تفسير القرطبي ج ٧

(٨٧) الشيخ للمفيد، محمد بن محمد بن النعمان بن عبد السلام الحارثي المعري، المتفمع ج ٦٣ ص

(٨٨) سورة النجم: الآية (٨)

(٨٩) نقل ابن مسكان في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: "دبة الجنين خمسة أجزاء: خمس للنفقة عشو ن دينار، وللعلقة خمسة ن أربو ن دينار، وللمضغعة ثلاثة أحاس س ن دينار، وللعظم أربعة أحاس نفق ن دينار وإذا تم الجنين كانت له مائة دينار..." الحديث، وسائل الشيعة ٩ ٦٩٩ الباب ٢١ دية النفسج ١. جعل الإمام (عليه السلام) الجنين مقسماً والقسم داخل في المقسم.

(٩٠) مجلة medicine digest ١٩٨١، ص

(٩١) الحروي، علاء الدين أبو الحسن بن علي بن سلف ن بن أحمد، الانصاف ج ٧

(٩٢) الحنبلي، الحافظ بن رجب، جامع العلوم والحكم، ص

(٩٣) الحروي، علاء الدين، الانصاف ج ٧

(٩٤) بن عتيق، محمد بن أحمد، فتح العلي ج ٧

(٩٥) بن عتيق، محمد بن أحمد، فتح العلي ج ٧

٢- الرملي أشار في [نهاية المحتاج] إلى رأي يحتمله المذهب، محصلته: كراهة الإجهاض تنزيهاً قبل نفخ الروح وبقوى التحريم(٩٠).

وما نقله الشيخ قليوبي، قال الكرابيسي: سألت أبا بكر بن سعيد الفراتي، عن رجل سقى جارية شراباً لتسقط ولدها، فقال: ما دامت نطفة أو علقه فواسع إن شاء الله تعالى(٩١).

وأما قول الإمام الغزالي: تحريم الإجهاض في كل مراحل الحمل. وقد صرح بتفاوت الحرمة مع التدرج في المراحل، وأجاز العزل والأفضل تركه. وهذا الرأي له الأثر من بعض علماء المذهب الشافعي(٩٢).

رأي المذهب الرابع: المذهب الحنفي:

فقهاء الحنفية قالوا في الراجح إلى إباحة الإجهاض قبل نفخ الروح؛ وذلك بإذن صاحب الحق: الزوجة والزوج. فسروا بأن تخلق الجنين جزئياً أو كلياً لا يقع قبل نفخ الروح، وأن التصوير يظهر في الجنين يدل على سبق نفخ الروح فيه. نقل ابن عابدين عن عقد الفرائد: أن فقهاء المذهب قالوا: (يباح لها في استئصال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقه لم يخلق له عضواً، وقدرت تلك المدة بمائة وعشرين يوماً، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمي) (٩٣).

فيتضح من تلك الأقوال: أن مذهب الحنفية رأيهم حقيقة إباحة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، سواء لعذر أو لغير عذر، ومطلقاً وليس قبل التصوير؛ وهنا عندهم شرط إذن الزوجة أو الزوج من الأجنبي، وكذلك الزوجة بإذن زوجها، والسبب تفويت حق الغير من دون إذنهم(٩٤).

رأي المذهب الخامس: المذهب الجعفري:

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة إسقاط الجنين عمداً في نفسه قبل ولوج الروح، برضا من الزوجين أو عدم رضاهما بالمباشرة أو التسبب.

يحرّم الإجهاض في جميع مراحل الجنين ولا يفرق بين المراحل في ثبوت الحرمة الشديدة وأيضاً ثبوت الكفارة. وفي صحيحة إسحاق بن عمار: ﴿قلت لأبي الحسن (عليه السلام) يعني: الإمام الكاظم): المرأة تخاف الحبل فتشرب الدواء فتلقى ما في بطنها. قال: "لا". فقلت: إنما هو نطفة. فقال: "إن أول ما يخلق نطفة"(٩٥).

لا يجوز إلا استئناء توقفت عليه حياة الأم، بين موت الأم مع الجنين والإجهاض(٩٦).

الإجهاض إنما يكون جائزاً في صورة أن تكون حياة الأم مهددة بالهلاك فقط والمرض الشديد الذي يهدد الأم ولم يبلغ الجنين مرحلة نفخ الروح فيه والتشخيص قطعي(٩٧).

قال السيّد السبزواري: «الإجهاض حرام»(٩٨).

- | | |
|--|--|
| (٩٠) القليوبي، أحمد سلامة، حاشية قليوبي على شرح المحلى على المنهاج ج ٦٠ ص ١٥٩. | (٩١) الرملي، حسن الدين محمد بن أبي العباس، غاية المحتاج ج ١ ص ٤٤٢. |
| (٩٢) القليوبي، أحمد سلامة، حاشية قليوبي ج ١ ص ٤٩. | (٩٣) الطوسي الغزالي، أبو حامد، إحياء علوم الدين ج ١ ص ٥٣. |
| (٩٤) الدمشقي، محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٣٠٢. | (٩٥) نفس المصدر السابق، ٥٠، نفس المصدر السابق، ١. |
| (٩٦) حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٥. | (٩٧) الحكيم، السيد محمد سعيد، فقه الاستسناع البشري وفيه طبائح ج ١ ص ٨٣٣. |
| (٩٨) مكاتم الشيرازي، الشيخ ناصر، الفقه في الجنين ج ١ ص ٩. | (٩٩) السنواري، السيد عبد الأعلى الموسوي، مذهب الأحكام ج ١ ص ٣٠٩. |

وقال السيد السيستاني في جواب: في الأيام الأولى من الحمل يكون من السهل إسقاطه، لا يجوز إسقاطه إلا إذا كانت تتضرر من بقاءه في رحمها (١)، كذلك قال بعض الفقهاء (٢) ١٠٠.

المبحث الرابع: تلخيص الآراء والرأي الراجح:

في الإجهاض قبل ولوج الروح في الجنين نختصر الآراء ونحدد الرأي الراجح..

تعددت آراء العلماء في معظم المذاهب الإسلامية ماعدا المذهب الشيعي اتفق الجميع على حرمة الإجهاض في هذه المسألة.

آراء العلماء منها:

رأي أنه أجاز الإجهاض في هذه المرحلة بشرط موافقة الزوجين.

ورأي أجازته مع الكراهة.

ورأي أجازته قبل الأربعين يوماً الأولى وحرّمه بعدها.

ورأي من حرّمه مطلقاً بمجرد وقوع المني في الرحم وثبوت العلوق.

وهذا الرأي اعتمدته الشيعة، وأيضاً اعتمدته الإمام الغزالي من مذهب المالكية، وتابعه بعض علماء الشافعية، وقول ابن تيمية أيضاً، وبعض علماء مذهب الحنابلة وغيرهم.

وهذا الرأي اختاره علماء معاصرين؛ كالسيد السيستاني، والسيد الخامنئي، والشيخ شلتوت، والشيخ وهبة الزحيلي، وغيرهم من العلماء المعاصرين. وهذا الرأي هو الراجح في هذه المسألة من مرحلة الجنين.

وسبب عدم رجوح الآراء الأخرى هو أنه لا توجد نصوص شرعية صريحة؛ حيث تعددت الآراء..

أمّا الرأي الراجح لوجود دليل الحرمة من الروايتين التي كانت بحد الاستفاضة لدى المذهب الشيعي، ولاتفاق بعض المذاهب الأخرى من بعض العلماء الحد الأدنى على الحرمة؛ لقوة القاعدة الفقهية فاختر على أنه الراجح (٣) ١٠٢.

المبحث الخامس: حكم الإجهاض بعد نفخ الروح:

آراء الفقهاء القدامى في هذه المسألة أجمعوا على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح؛ أي بعد أربعة أشهر. وأن حياة الجنين محترمة في كافة أدوارها، خاصة بعد نفخ الروح، وأنه لا يجوز الإجهاض إلا بالضرورة الطبية إلى أقصى حد من الخطر.

أيضاً هذا رأي علماء الإمامية إذا كان الخطر موت الأم إن لم يجهض الجنين (٤) ١٠٤.

يستفاد من إطلاق كلمات فقهاء أهل السنة تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين، ويشمل الخطر على حياة الأم

وما لو لم يكن كذلك (٤) ١٠٤.

- صحيحة أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن امرأة شربت دواء وهي حامل، ولم يعلم بذلك زوجها،

(١) المستنق، السيد علي الحسيني، الفتاوى الميسرة

(٢) الكلبايكاني، السيد محمد رضا، إرشاد السالط

(٣) تلخيص آراء العلماء (بصرف).

(٤) فقه أهل البيت عليهم السلام، مؤسسة دائرة المعارف فقه إسلامي ج ٥، ص ٥٠٠.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويت ٥٧، ٢٠، أحكام الأطفال (جع من المفقدين) وازارفاً ووقف والتو و

فأُلفت ولدها، قال: فقال: "إن كان له عظم وقد نبت عليه اللحم عليها دية تسلمها إلى أبيه، وإن كان حين طرحه علقه أو مضغة فإن عليها أربعين ديناراً أوغرة (١) تؤديها إلى أبيه". قلت له: فهي لا تترث ولدها من ديته مع أبيه؟ قال: "لا؛ لأنها قتلتها فلا ترثه" (١٠١).

والدلالة واضحة (٢) بحكم الإمام بأن الإجهاض قتل، وبمنع القاتل

دية الإجهاض وحكمه:

عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن أبي أيوب الخزاز، عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يضرب المرأة فتطرح النطفة؟ فقال: "عليه عشرون ديناراً". قلت: يضربها فتطرح العلقه؟ فقال: "عليه أربعون ديناراً". قلت: فيضربها فتطرح المضغة؟ فقال: "عليه ستون ديناراً". قلت: فيضربها فتطرحه وقد صار له عظم؟ فقال: "عليه الدية كاملة، وبهذا قضى أمير المؤمنين (عليه السلام)". قلت: فما صفة (١٠٨) النطفة التي تعرف بها؟ فقال: "النطفة تكون بيضاء مثل النخامة الغليظة، فتمكث في الرحم إذا صارت فيه أربعين يوماً، ثم تصير إلى علقه". قلت: فما صفة علقه العلقه التي تعرف بها؟ فقال: "هي علقه كعلقة الدم المحجمة الجامدة، تمكث في الرحم بعد تحويلها عن النطفة أربعين يوماً، ثم تصير مضغة". قلت: فما صفة المضغة وعلقتها التي تعرف بها؟ فقال: "هي مضغة لحم حمراء فيها عروق خضراء مشبكة (٣٠٨)، ثم تصير إلى عظم". قلت: فما صفة خلقته إذا كان عظماً؟ فقال: "إذا كان عظماً شق له السمع والبصر ورثت جوارحه، فإذا كان كذلك فإن فيه الدية كاملة".

ورواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد (٣٠٨)، والذي قبله بإسناده عن محمد بن يحيى مثله.

عن محمد بن الحسين، عن محمد بن إسماعيل، عن صالح بن عقیة، عن يونس الشيباني، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) فإن خرج في النطفة قطرة من دم؟ فقال: "القطرة عشر النطفة؛ فيها اثنان وعشرون ديناراً". قلت: فإن قطرت قطرتين؟ قال: "أربعة وعشرون ديناراً". قلت: فإن قطرت ثلاثاً (١٠٩)؟ قال: "فستة وعشرون ديناراً". قلت: فأربع؟ قال: "ثمانية وعشرون ديناراً، وفي خمس ثلاثون وما زاد على النصف فعلى حساب ذلك حتى تصير علقه، فإذا صارت علقه ففيها أربعون".

وبالإسناد عن صالح، عن أبي شبل، قال: حضرت يونس، وأبو عبد الله (عليه السلام) يخبره بالديات، قال: قلت: فإن النطفة خرجت متخذضة بالدم، قال: فقال لي: "فقد علققت؛ إن كان دمًا صافياً ففيها أربعون ديناراً، وإن كان دمًا أسود فلا شيء عليه إلا التعزير، لأنه ما كان من دم صافٍ فذلك للولد، وما كان من دم أسود فذلك من الجوف". قال أبو شبل: فإن العلقه صار فيها شبه العرق من لحم؟ قال: "اثنان وأربعون (١١٠) العشر". قال: فقلت: فإن عشر أربعين أربعه؟ قال: "لا؛ إنما هو عشر المضغة، لأنه إنما ذهب عشرينها، فكلما زادت زيد حتى تبلغ الستين". قلت: فإن رأيت المضغة مثل العقدة عظماً يابساً؟ قال: "فذلك عظم؛ أول ما يبتدئ العظم فيبتدئ بخمسة أشهر ففيه أربعة دنائير، فإن زاد فزد أربعة (١١١) أربعه". قلت: فإذا وكزها فسقط الصبي ولا يدري أحياً كان أم لا؟ قال: "هيها يا أبا شبل؛ إذا مضت خمسة أشهر فقد صارت فيه الحياء، وقد استوجب الدية".

(١) الغرض: بالضم - من العبد والأمة.

(١) الكافي ٤: ١٧، ٦، تهذيب الأحكام ٧: ٩٠، ٤، الاستبصار ٤: ٤٠١.

٣٠١.

وإلى الحكم الوضعي

وهو الدية.

(١) في المصدر: زيادة: خلقه.

(١) في المصدر: مشبكة.

(١) التهذيب ٢٨٣: ١٠ |

١١٠٣، الشيخ الطوسي.

١. للكاتب.

(١) في الكافي: جلات. للكاتب.

(١) الكافي ٣٤٥: ٧ | ١١١، الفقيه ١٠٨: ١٠٨، ٣٦٥، التهذيب ٢٨٣: ١٠، نفس المصدر السابق للشيخ الطوسي | ١١٠٥ وتفسير الفقي ٢: ٩٠.

ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن إسماعيل عن أبي شبل (٣٨)، والذي قبله عنه، عن يونس الشيباني.

بعض أحوبة المسائل لبعض المراجع حول الدية:

دية النطفة (٤٠ يوماً) = ٢٠ دينار = ١٠٥ مثاقيل من الفضة.

العلاقة (٨٠-٤١ يوماً) = ٤٠ دينار = ٢١٠ مثاقيل من الفضة.

المضغة (٨١-١٢٠ يوماً) = ٦٠ دينار = ٣١٥ مثقال من الفضة.

عظاما = ٨٠ دينار = ٤٢٠ مثقال من الفضة.

اكتمال الصورة باكتساء العظم لحما دون ولوج الروح = ٥٢٥ مثقالا من الفضة. ولا فرق في هذا كله بين الذكر والأنثى، ولا بين خروجه حياً أو ميتاً على الأحوط لزوماً.

أما إذا ولجت الروح أي في الشهر الرابع فالدية للذكر تساوي خمسة آلاف ومائتين وخمسين مثقال من الفضة، والنصف للأنثى.

الظاهر أن الواجب في الدييات دفع عيار (٢٢) من الذهب (حكيم). الذهب يجب أن يكون عيار (٢٤)، والفضة أن تكون من الفضة الخالصة (شيرازي).

يجب على الأم أو الأب دفع الدية للولد بحال ضرباه، أو يبرئهما بعد البلوغ.

لو أوكل أحد بدفع الدية، لا يجب إعطاء نفس المال وإيصاله إلى أهلهم، وإنما يمكنه استخدام ذلك المال ودفع غيره إذا علم ولو بالفحوى إجازة الموكل بتبديل المال.

الوالد من زنا ليس ولي دم والده، فترث الأم الدية إن لم تكن زانية، وإن كانت هي الزانية دون الوالد فيرث الوالد الدية، وإن كانا زانيتين فتعطى الدية للحاكم (شيرازي، خامنئي، حكيم).

إذا طلب الوالد الشرعي من زوجته أن تجهض ففعلت، يكون هو ولي الدم وحده دون الجد، وبالتالي يحق له إبرؤها من الدية، وإذا باشر غير الزوجين الإجهاض، تكون الولاية للأب والأم معاً، وإذا باشر الأب الإجهاض تكون الولاية للأم (جميع).

تجب الكفارة على المباشّر للإسقاط، وإن كان قبل ولوج الروح، وهي صيام شهرين متتابعين وإطعام ٦٠ مسكيناً، كل واحد ٧٥٠ غرام حنطة أو خبزاً (سيستاني، حكيم). الكفارة من بعد ولوج الروح، وهي مرتبة بحال قتل الخطأ، وكفارة جمع بحال القتل العمد (شيرازي).

لا يجوز إسقاط الحمل وإن كان بويضة مخصبة بالحويمن، إلّا فيما إذا خافت الأم الضرر على نفسها من استمرار وجوده، أو كان موجباً لوقوعها في حرج شديد لا يتحمل عادة، وإن كان ذلك لما تلانيه بعد الولادة في سبيل رعايته والحفاظ عليه، فإنّه يجوز لها عندئذٍ إسقاطه ما لم تلج الروح، وأمّا بعد ولوج الروح فيه فلا يجوز الإسقاط، وهذا الحكم مبني على الاحتياط للزومي في مورد الضرر والحرج (سيستاني، خامنئي).

لا يجوز إسقاط الجنين حتى قبل ولوج الروح، وإن كان مشوهاً، ما لم يستلزم ضرراً على الأم (جميع).

إن دار الأمر بين كون المجهض علقه أو مضغة مثلاً، بنى على الأقل؛ أي على العلقه (سيستاني). يجب الفحص، ومع

الشك يجري التصنيف بين دية المضغة والعلاقة (شيرازي).

مس السقط:

والسقط بعد ولوج الروح كغيره يجب بمسه الغسل قطعاً، لتناول الأدلة له، وولوجها بعد تمام أربعة أشهر، أما قبل الولوج بأن كان دون الأربعة فعن المفيد أنه لا يجب الغسل بمسه، وقواه في المنتهى؛ قال فيه: «لأنه لا يسمى ميتاً، إذ الموت إنما يكون من حياة سابقه، وهو إنما يتجه بأربعة أشهر، نعم يجب غسل اليد» انتهى.

قلت: هو جيد؛ لكن قد يشكل بأن المتجه حينئذ الحكم بطهارته، وإن نفى الخلاف عن نجاسته (الترقي في لوازمه)، لعدم تناول اسم الميتة له، فلا يجب غسل اليد منه، اللهم إلا أن يقال: إن نجاسته حينئذ لا لصدق الميتة، بل لأنه قطعة أبينت من حي.

وفيه - مع بعده في نفسه، وعدم انصراف دليل القطعة إلى مثله، وكونه على هذا التقدير من أجزاء الحي التي لا تحلها الحياة إلا على اعتبار المنشئة - أنه لا وجه لإطلاق القول بعدم وجوب الغسل بمسه بناءً على ذلك؛ بل المتجه حينئذ التفصيل بين الم شتمل على العظم منه وعدمه كالقطعة المبانة من حي، والقول بعدم اشتماله على عظم أصلاً قبل ولوج الروح حتى الرأس غير ثابت؛ بل لعل الثابت مما دل على تمام خلقته قبل ولوج الروح خلافه؛ والله أعلم! (١٤)

- إذا مس سقطاً أتمّ شهره الرابع وجب عليه الغسل، وإذا كان أقلّ من أربعة أشهر اغتسل على الأحوط استحباباً.

- إذا ولد الجنين الذي مرّ عليه أربعة أشهر أو أكثر ميتاً وجب على أمه أن تغتسل غسل مس الميت على الأحوط وجوباً (١٥).

- يجب الغسل بمس السقط إذا تمّ له أربعة أشهر لولوج الروح فيه عندئذ فيتناول له إطلاق الفتاوى والنصوص (١٦) الدالة على وجوب الغسل بمس ميت الإنسان، كإطلاق المحقق في وجوب الغسل على من مس ميتاً من الناس قبل تطهيره وبعد برده بالموت (١٧)، والعلماء وغيرهم (١٨).

بل هو صريح عبارة غير واحد من المعاصرين، قال السيّد اليزدي: «لا فرق في الميت بين المسلم والكافر، والكبير والصغير؛ حتى السقط إذا تمّ له أربعة أشهر» (١٩) ومثله غيره (٢٠).

تجهيز السقط:

يجب تغسيل السقط (٢١)، تكفينه ودفنه بالمشروع المتعارف إذا تمّ له أربعة أشهر؛ بل وكذا تحنيطه كما صرح به بعض (٢٢) وأما قبل ذلك فلا يجب شيء منها بل يلف في خرقه ويدفن (٢٣) وهو المشهور.

(١) الخلاف ٢٩٢:٥، م. للشيخ الطيبي ١٢٢. الجامع للشرائع: ٤٠٦. اهتق الراقي.
(٢) جواهر الكلام ٣: ٢٧٣. للشيخ محمد حسن النجفي.
(٣) الوسائل ٢٩٩: ٣، ب ١. من غسل المسن للحر العاملي.
(٤) الشيع ٣. ١٤٥٥٥. الملقق الحلي.
(٥) التحرير ١٣٧: ١، المنتهى ٤٥٢: ١، الووس ١١٧: ١، الذكرى ٩٤: ٢-٩.
(٦) الوؤ ٢: ٤. لليزد.
(٧) جواهر الكلام ٣٤٥: ٥، للشيخ محمد حسن النجفي. مستمسك الوؤ ٤٧٠: ٣. التنقيح في شرح الوؤ ٧٧: ٧، للسيد حسن الطبا طباطي الحكيم.
(٨) اهتق الحلي الشيخ جعفر بن الحسن بالشرائع ٣٠١ / السيد الخميني، روح الله الموي، التحرير ١١٨: ١ / الكركي اهتق الثاني الشيخ علي بن الحسين، جامع المقاصد ٣٥٦: ١ / الوؤ ٣٨.
(٩) السيد محمد كاظم الوؤ الوثقي ١: ٣٨.
(١٠) الشيع الثاني زين الدين بن علي. مسائل الانهام ١: ٤٦. اهتق الحلي بالشرائع ٣٨١: ١. الملقق الحلي القواعد ٢٢٢: ١.

بل في التذكرة: «هو مذهب العلماء كافة» (٥٢٤) وأما الصلاة فلا تجب على السقط مطلقاً؛ لعدم وجوبها على من لم يبلغ ست سنين اتفاقاً، إلا من ابن سيرين (٢٠٦) ومستندهم في ذلك صحيحة زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن الصلاة على الصبي متى يصلى عليه؟ قال: «إذا عقل الصلاة». قلت: متى تجب الصلاة عليه؟ فقال: «إذا كان ابن ست سنين، والصيام إذا أطاقه» (١٢٨).

الخاتمة

ملاحظات:

إن مسألة الإجهاض وإباحته ليس مرتبطاً فقط بمسألة نفخ الروح.

الرأي الصواب من القائلين بتحريم إجهاض الجنين ولو كان نطفة بالأدلة.

النتائج:

كلما عم الوعي في المجتمع قل ارتكاب المحرمات وعم الخير والسلام.

المقترحات:

إن من الأفضل بل من الأكّد على استخدام وسائل منع الحمل لمنع إنجاب طفل لا يرغب فيه؛ وبذلك لا يلجأ للإجهاض المحرم.

والتشجيع على الزواج وتسهيله، وعدم وضع العقوبات، وهو الصواب للزواج المقدّس للإنجاب، وإنجاب جيل سليم شرعي، وتحريم ما عداها من المحرمات.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- سورة النجم ١- سورة الحج
- سورة الاسراء
- سورة المؤمنون الحر العاملي، وسائل الشيعة
- المحسن الشيعي محمد آصف، الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها، ص ٥٧
- (نقل ابن مسكان في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: "دية الجنين خمسة أجزاء: خمس للنطفة عشرون ديناراً، وللعلقه خمسان أربعون ديناراً، وللمضغة ثلاثة أخماس ستون ديناراً، وللعظم أربعة أخماس ثمانون ديناراً وإذا تم الجنين كانت له مائة دينار..."
- الحديث، وسائل الشيعة ١٩:١٦٩ الباب ٢١ دية النفس ح ١. جعل الإمام (عليه السلام) الجنين مقسماً والقسم داخل في المقسم.
- مجلة medicine digest ١٩٨١ ص ٤٧
- المرداوي علاء الدين أبو الحسن بن علي بن سلمان بن أحمد، الانصاف، ج ١ ص ٣٨٦
- الحنبلي الحافظ بن رجب، جامع العلوم والحكم، ص ٤٦
- المرداوي علاء الدين، الانصاف، ج ١ ص ٣٨٦
- بن عليش محمد بن أحمد، فتح العلي، ج ١ ص ٣٩٩
- القليوبي أحمد سلامة، حاشية قليوبي على شرح المحلى على المنهاج، ج ٣ ص ١٦٠ و ١٥٩
- الرمل شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج، ج ٨ ص ٤٤٢

- القليوبي أحمد سلامة ، حاشية قليوبي ، ج ٥ ص ٤٩٠
- الطوسي أبو حامد الغزالي ، احياء علوم الدين، ج ٢ ص ٥٣
- الدمشقي محمد أمين ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين، ج ١ ص ٣٠٢
- حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٥٩١ نفس المصدر السابق
- وسائل الشيعة ج ١٩ ص ١٥
- الحكيم، السيد محمد سعيد، فقه الاستنساخ البشرى وفتاوى طبية ، ج ١ ص ٨٣٣
- مكارم الشيرازي، الشيخ ناصر، الفتاوى الجديدة ، ج ص ٤٦٩
- (السبزواري السيد عبد الأعلى الموسوي ، مهذب الاحكام، ج ٢٩ ص ٣٠٩
- السيستاني السيد علي الحسيني ، الفتاوى الميسرة ص ٤٣٠
- (الكلبيكاني) السيد محمد رضا ، ارشاد السائل ، ص ١٧٣
- فقه أهل البيت عليهم السلام، مؤسسة دائرة المعارف فقه إسلامي ج ١٥ ص ١٠٨،
- الموسوعة الفقهية الكويت ٢٠٥٧، أحكام الاطفال (جمع من المحققين) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
- الغرة: بالضم :- العبد والأمة
- (الكافي ٧: ١٤١ ح ٦، تهذيب الاحكام ٩: ٣٧٩ ح ٤، الاستبصار ٤: ٣٠١
- اليزدي السيد محمد كاظم، العروة الوثقى ، ج ١ ص ٤٣٩
- لغزوي الشهيد الشيخ ميرزا علي ، التنقيح في شرح العروة ، ج ٩ ص ١٩٢
- الحكيم السيد محسن الطباطبائي، مستمسك العروة الوثقى ، ج ٤ ص ٢٥
- السبزواري، السيد عبد الأعلى الموسوي ، مهذب الاحكام، ج ٤ ص ١٧٧
- السيد الخميني روح الله بن مصطفى بن أحمد الموسوي، تحرير الوسيلة، ج ١ ص ٧٩
- اليزدي السيد محمد كاظم ، العروة الوثقى فصل في الدفن مسألة ١٥، ج ١ ص ٤٣٩
- الأعلى الشيخ محمد تقى ، مصباح الهدى ، ج ٤٤٣: ٤٤٣
- استفتاءات سماحة آية الله العظمى السيد السيستاني دام ظله الوارث حول الاجهاض
- انظر في هذا كله التنقيح في شرح العروة الوثقى للسيد الخوئي (رحمه الله) ٩: ١٩٣
- جامع المسائل ١: ٤٩٠ مسألة ١٧٥٢ و ١٧٥٤. بحوث فقهية هامة: ٢٩٢.
- (٣ و ٤) صراط النجاة للسيد الخوئي مع تعليقات الشيخ التبريزي ١: ٣٣٢ و ٣٣٣
- منهاج الصالحين للسيد السيستاني ١: ٤٦١
- ا لموسوعة الفقهية: مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي الجزء ٥، ص ٣٩٦، ٢
- الكلبيكاني السيد محمد رضا ، ارشاد السائل ، ج ١ ص ١٧٣ (ف
- فقه اهل بيت عليهم السلام -عربي المؤلف: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامي الجزء: ٤٠ ص ٧
- الحكيم، السيد محمد سعيد ، فقه الاستنساخ البشرى وفتاوى طبية، ج ١ ص ٨٤
- جاء في صراط النجاة ج ٣ في السؤال ٧٨٠: فقه الاعذار الشرعية والمسائل الطبية المؤلف: الخوئي السيد أبو القاسم فقه الاعذار الشرعية
- والمسائل الطبية ، الجزء: ١ ص ١٤٩
- ٤ الخامنئي، السيد علي الحسيني، أجوبة الاستفتاءات ، ج ٢ ص ٦٨٢
- مكارم الشيرازي، الشيخ ناصر ، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن ، الجزء: ١ صفحة: ٧١
- فصلنامه (فضلية) كتاب نقد، العدد ٣١، ص ٦٦ (بالفارسية).
- المصدر السابق، ص ٦١ موسوعة الفقه المقارن المؤلف الشيخ ناصر مكارم الشيرازي
- موقع بوابة نيوز الانترنت بعض التصرف
- ميم مجلة المرأة العربية الانترنت (١) العاملی الحر، الوسائل ج ٢٣٣: ٢٣٤- ٢٣٣ ،، الشهيد الثاني العاملی الشيخ زين الدين ، المسالك
- ج ١٥ ص ٤٨٧
- التجفي الشيخ محمد حسن ، جواهر الكلام ، ٣٣: ٣٨٠
- الجنودي آية الله العظمى السيد محمد حسن ، القواعد ، ٣: ٧٠٠
- السرخسي شمس الدين ،المبسوط ، ٧: ٢٠٢ القواعد ٣: ٧٠٠ نفس المصدر السابق (١)المحقق الحلي الشيخ جعفر بن الحسن بن
- سعيد الهذلي ،الشرائع ج ١٤: ١٥ و ١٥ / الجنودي السيد محمد حسن ،القواعد ، ١٢٧: ٣
- الخوانساري السيد محمد باقر بن زين العابدين بن جعفر بن الحسين الموسوي الاصفهاني، الطلاق، ٤
- لكيني الشيخ محمد بن يعقوب ،الكافي، ٦٨٢ / الوسائل ٢٢: ١٩٧، ب ١١ من العدد، ح ١. للحر العاملي

- الکافی ٨٢: للکلینی الوسائل ٢٢: ١٩٥، ب ٩ من العدد، ح ٧. للحر العاملی
- ٢٥٥. للمحقق الشهيد الثاني الشيخ زين الدين العاملي ، المسالك، ٩: ٢٥٤، ٢٥٥
- لنجفی شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ٢: ٢٥٥
- السيد الخميني روح الله الموسوي ، تحرير الوسيلة، ٢: ٢٩٩، م ٥ للسيد الخوئي أبا القاسم ، المنهاج ، ٢: ٢٩٩، م ١٤٥٥،
- الوسائل ٢٢: ١٩٣، ب ٩-من العدد، ح ١. للحر العاملي
- الحر العاملي محمد بن الحسن، الوسائل ٢٢: ١٩٥، ب ٩-من العدد، ح ٨.
- الكليني الشيخ محمد بن يعقوب ، الكافي، ٣١٢.
- للسرخسی شمس الدين ،المبسوط ٥: ٢٤٠. الشيخ الطوسي شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن النهاية: ٥٤٦ /
- للمحقق الشهيد الثاني، المسالك، ١٠: ٥٢٥.
- الحر العاملي ، الوسائل ٢٣: ١٧٢، ب ٤-من الاستيلاء، ح ١.
- الشيخ الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي ،الفتاوى ٣: ١٤٠ ح ٣٥١٤ / . الشيخ الطوسي أبو جعفر محمد بن الحسن ، التهذيب ٨: ٢٢٧، ح ٨١٥.
- الحر العاملي ، الوسائل ٢٣: ١٧٦، ب ٦-من الاستيلاء، ح ٣.
- الحميري للشيخ الجليل أبي العباس عبد الله بن جعفر، قرب الاسناد، ح ١٥٨ (الكليني الشيخ محمد بن يعقوب ، الكافي ٧: ٣٤٥ | ١٠.
- الشيخ الطوسي أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي بن الحسن ،التهذيب ١٠: ٢٨٣ ١١٠٣.
- الكليني الكافي ٧: ٣٤٥ | ١١ ، الشيخ الصدوق الفقيه ٤: ١٠٨ | ٣٦٥، /التهذيب ١٠: ٢٨٣ نفس المصنف السابق للشيخ الطوسي | ١١٠٥ وتفسير القمي ٢: ٩٠.
- الكليني في الكافي: بثلاث.
- الكليني الكافي ٧: ٣٤٦ | ذيل ١١ الشيخ الطوسي ،التهذيب ١٠: ٢٨٤ | ١١٠٥. نفس المصدر للشيخ الطوسي
- الشيخ الطوسي الخلاف ٥: ٢٩٢، م ١٢٢ الجامع للشرائع: ٤٠٦. المحقق التراقي
- للشيخ محمد حسن النجفي جواهر الکلام ٣٤: ٣٧٣ .
- الحر العاملي ، الوسائل ٣: ٢٨٩، ٢٩٩، ب ١، ٦ من غسل المس.
- المحقق الحلّي الشرائع ٣ ١٤١، ٥٥٢.
- التحرير ١: ١٣٧، المنتهى ٢: ٤٥٢. الدروس ١: ١١٧، الذکری ٢: ٩٤-٩٦.
- العروة ٢: ٢٤٠. لليزدي
- للشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الکلام ٥: ٣٤٥. /الهمداني آقا رضا مصباح الفقيه ٧: ١٢٥. /الحكيم السيد محسن ، مستمسک العروة ٣: ٤٧٠، /الحكيم سيد محسن الطباطبائي، التفتيح في شرح العروة ٧: ٣٧)
- المحقق الحلّي الشيخ جعفر بن الحسن ،الشرائع ١: ٣٠ / السيد الخميني روح الله الموسوي ، التحرير ١: ١١٨ / الكرکي المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين، جامع المقاصد ١: ٣٥٦. / اليزدي السيد محمد كاظم العروة الوثقى ١: ٣٨٢ . / الشهيد الثاني زين الدين بن علي ، مسالك الافهام ١: ٣٨
- الشيخ المفيد محمد بن محمد ابن المعلم، المقنعة: ٨٣ الديلمي الشيخ حمزة بن عبد العزيز ، المراسم: ٤٦. /المحقق الحلّي ، الشرائع ١: ٣٨ /للمحقق الحلّي القواعد ١: ٢٢٢) الحر العاملي أبو جعفر محمد بن الشيخ الحسن بن علي ،الوسائل ٢٧: ٢٣٣- ٢٣٤، ب ٣ من كيفية الحكم وأحكام الدعاوى، ح ٢
- السرخسي شمس الدين ، المبسوط ٧: ١٩٩، /السيد الخميني روح الله التحرير ٥٦٣١ .
- السرخسي شمس الدين ، المبسوط ٧: ١٩٩، /السيد الخميني روح الله التحرير ٥٦٣١ نفس المصادر السابقة
- السرخسي شمس الدين ،المبسوط ٧: ٢٠٠
- النجفي الشيخ محمد حسن ، جواهر الکلام ٤٣: ٣٨٠ / الفاضل الهندي الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الاصفهاني كشف اللثام ٢: ٥٢٢
- المحقق الحلّي أبو القاسم جعفر بن الحسن ، الشرائع ٤: ٢٨٣ / المحقق الاردبيلي الشيخ أحمد بن محمد مجمع الفائدة ، ١٤: ٢٣٧-٢٣٨
- المصادر السابقة: ١.) المحقق الحلّي الشيخ جعفر بن الحسن ،الشرائع ١: ٣٠ / السيد الخميني روح الله الموسوي ، التحرير ١: ١١٨ / الكرکي المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين، جامع المقاصد ١: ٣٥٦. / اليزدي السيد محمد كاظم العروة الوثقى ١: ٣٨٢.
- الشهيد الثاني زين الدين بن علي ، مسالك الافهام ١: ٣٨
- الشيخ المفيد محمد بن محمد ابن المعلم، المقنعة: ٨٣ الديلمي الشيخ حمزة بن عبد العزيز ، المراسم: ٤٦. /المحقق الحلّي ، الشرائع ١: ٣٨ /للمحقق الحلّي القواعد ١: ٢٢٢..

- القرطبي محمد بن أحمد التذكرة ١:٣٧٠
- القرطبي محمد بن أحمد التذكرة ١: ٣٧٠
- الحر العاملي أبو جعفر محمد ، الوسائل ٣: ٩٥ب، ١٣ من صلاة الجنازة، ج ١
- . المحقق الحلي الشيخ جعفر بن الحسن ، الشرائع ١: ٣٠ / السيد الخميني روح الله الموسوي ، التحرير ١: ١١٨ . / الكركي
- .المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين، جامع المقاصد ١: ٣٥٦ . / اليزدي السيد محمد كاظم العروة الوثقى ١: ٣٨٢.
- الشهيد الثاني زين الدين بن علي ، مسالك الافهام ١: ٣٨
- الشيخ المفيد محمد بن محمد ابن المعلم، المقنعة: ٨٣ الديلمي الشيخ حمزة بن عبد العزيز ، المراسم: ٤٦ . /المحقق الحلي ، الشرائع ١: ٣٨ . /المحقق الحلي القواعد ١: ٢٢٢..
- القرطبي محمد بن أحمد التذكرة ١:٣٧٠
- القرطبي محمد بن أحمد التذكرة ١: ٣٧٠
- الحر العاملي أبو جعفر محمد ، الوسائل ٣: ٩٥ب، ١٣ من صلاة الجنازة، ج ١