



## مطالعه تطبیقی نظریه های ماهیت حق و انعکاس آن در حق حبس زوجه با تاکید بر دیدگاه آخوند خراسانی

هادی کرمی<sup>۱</sup>

۱. پژوهشگر و دانش پژوه مقطع کارشناسی ارشد، رشته مطالعات زنان، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم (نویسنده مسئول).  
رایانامه: hkarami398@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: علمی پژوهشی	
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۰	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۳۰	
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۸/۲۰	
کلیدواژگان: ماهیت حق، حق حبس زوجه، نظریه اعتباری، فقه امامیه، تقسیط مهر.	با وجود غنای مطالعات فقهی و حقوقی در مسئله حق حبس زوجه، اغلب این پژوهش ها کمتر به واکاوی بنیادین مفهوم «حق» و تأثیر آن بر تفسیر این حق پرداختند؛ خلأیی که به اختلاف نظری های شدید در رویه قضایی و فقهی درباره تقابل این حق با پدیده اعسار زوج و تقسیط مهر انجامید. این مقاله با هدف تحلیل تأثیر سه نظریه عمده ماهیت حق - سلطنت، مالکیت و اعتباری - بر خوانش حق حبس و ارائه راهحلی برای بن بست اجرایی ناشی از مهریه های سنگین، با روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی و با گردآوری اسنادی و کتابخانه ای از منابع فقه امامیه انجام شده است. یافته ها نشان داد دو نظریه سلطنت و مالکیت، به دلیل ماهیت جزمی، به تفسیری مطلق از حق حبس رسیدند و آن را حتی پس از حکم تقسیط باقی دانستند. در مقابل، نظریه اعتباری حق - با تأکید بر نقش محوری مصلحت و با اتکا به دیدگاه آخوند خراسانی - حق حبس را نه امتیازی ذاتی، بلکه ابزاری غایت مدار برای تحقق عدالت و دفع ضرر تبیین کرده است. بر این اساس، با صدور حکم قطعی دادگاه مبنی بر تقسیط عادلانه مهر به دلیل اعسار زوج، مصلحت اولیه این حق محقق شد و ادامه اعمال آن ناقض قاعده نفی عسر و حرج بود؛ لذا حق حبس ساقط گردید. در نتیجه، این تحقیق با نقد دو نظریه نخست و برجسته سازی ظرفیت نظریه اعتباری، الگویی فقهی-حقوقی ارائه کرد که در آن حق حبس در تعادل میان تأمین حق مالی زن و حفظ مصالح خانواده بازتعریف شد و راه حل هایی عملی مانند پیشنهاد اصلاح ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی را ارائه نمود.

## مقدمه

کانون نخستین و طبیعی حیات اجتماعی انسان، نهاد خانواده است که پایداری و تعادل آن، مورد اهتمام جدی تمامی نظام های حقوقی و اخلاقی می باشد. در منظومه فقه اسلامی، برقراری توازن و رعایت انصاف در پیوند زناشویی، به ویژه در تبادل حقوق و تکالیف طرفین، جایگاهی محوری دارد. یکی از مهم ترین سازوکارهای تضمینی که در این زمینه مطرح می شود، امتیاز ویژه‌ای است که به زن اعطا شده تا در صورت عدم دریافت مهریه خود، از انجام وظایف خاص زناشویی امتناع ورزد. این امتیاز که در ادبیات حقوقی از آن به «حق حبس زوجه» تعبیر می‌شود، در اصل به معنای توانایی زن برای خودداری از تمکین خاص تا زمان تسلیم کامل مهریه حال می‌باشد. قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۸۵ به این نهاد اشاره نموده و مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد...». با این وجود، ایجاز و کلیت این متن قانونی، به همراه تفسیرهای متفاوت از مبانی فقهی آن، در عمل موجب بروز چالش های عملی و اختلاف نظرهای قضایی گسترده‌ای شده است.

نگارش های موجود پیرامون این موضوع، عمدتاً بر استقراء و نقد ادله فقهی، بررسی آرای قضایی یا تحلیل مواد قانونی متمرکز گشته‌اند. با این حال، به نظر می‌رسد ریشه بسیاری از این اختلافات، به پیش فرض های ناگفته و مبانی متفاوت در فهم خود مفهوم «حق» بازمی‌گردد. این پرسش بنیادین که «حق در نزد فقهای امامیه حقیقتاً چیست؟»، به ندرت محور تحلیل مستقل قرار گرفته است. آیا حق، نوعی «سلطه و اقتدار» اعطایی از سوی شرع بر دیگری یا مال است؟ آیا «شکلی ضعیف از مالکیت» است؟ یا اساساً «امری اعتباری» است که شارع حکیم به منظور تحقق مصالح خاصی در جامعه انسانی وضع نموده است؟ پاسخ به این سؤال نظری، به طرز اجتناب‌ناپذیری بر چگونگی تفسیر و تحدید حق حبس زوجه اثر می‌گذارد. برای مثال، در مواجهه با پدیده شایع «اعسار زوج» و درخواست «تقسیم مهریه» از سوی محاکم (بر اساس صلاحیت دادگاه های خانواده و رویه قضایی مرتبط با اجرای محکومیت های مالی)، رویکردهای متفاوتی شکل گرفته است. برخی با تأکید بر جنبه سلطه‌آمیز حق حبس و ظاهر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، آن را حقی مطلق و غیرقابل تخفیف تا وصول آخرین قسط می‌دانند، موضعی که در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور (۱۳۸۷/۵/۲۲) نیز منعکس شده است. در مقابل، دیدگاهی دیگر با تکیه بر اهداف کلان تشریح و قواعد فرادستی چون «نفی عسر و حرج» و «قاعده لاضرر»، بر این باور است که صدور حکم به تقسیم عادلانه مهر، عملاً زمینه استمرار این حق را از بین می‌برد و با پرداخت نخستین قسط، تکلیف تمکین زوجه احیا می‌گردد.

این تقابل عملی، آشکارا بازتاب اختلاف در مبانی انسان شناختی و حقوقی است. در فقه امامیه، در تبیین ماهیت حق، دست کم سه دیدگاه کلان قابل شناسایی است: ۱. دیدگاه سلطنت‌بنیاد که بر محوریت مفهوم تسلط و اقتدار دارنده حق استوار است. ۲. دیدگاه مالکیت‌محور که حق را در ذیل مفهوم کلی تر مالکیت تحلیل می‌کند. ۳. دیدگاه اعتبارگرا که حق را نه یک واقعیت عینی، بلکه ایجاد و اعتبار شارع برای نیل به مصلحت می‌داند. آخوند خراسانی از جمله حامیان برجسته این نظر اخیر است که بر وجه مصلحت بنیاد و غایت‌مند مفاهیم حقوقی تأکید می‌ورزد.

مقاله حاضر با این فرضیه محوری آغاز می‌شود که «گفتمان حاکم بر تبیین ماهیت حق، به صورت مستقیم و غیرمستقیم، بر تفسیر، گستره و استثنائات حق حبس زوجه تأثیر می‌گذارد». بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش این است: «پذیرش هر یک از نظریه های سه‌گانه ماهیت حق (سلطنت، مالکیت، اعتبار) چه تأثیری بر تحلیل فقهی-حقوقی حق حبس زوجه و نحوه مواجهه آن با مسائل مستحدثه مانند اعسار زوج و تقسیم مهر دارد؟»

برای نیل به این هدف، پژوهش حاضر با روش تحلیلی-تطبیقی، نخست به اختصار به تعریف، پیشینه و جایگاه حقوقی حق حبس می‌پردازد. سپس، سه نظریه مذکور در باب ماهیت حق را به اجمال معرفی و مقایسه می‌نماید. در گام بعدی و در قلب این نوشتار، تأثیر هر یک از این مبانی نظری بر خوانش حق حبس و حل معضلات عملی مرتبط با آن - به ویژه مسأله تقسیط مهر - واکاوی خواهد شد. استدلال می‌شود که در حالی که دو دیدگاه نخست ممکن است به نتایجی سخت و غیرمنعطف بینجامند، دیدگاه اعتباری با تکیه بر اصولی چون مصلحت، عدالت و نفی حرج، ظرفیت لازم برای ارائه تفسیری متوازن و همسو با اهداف عالی نظام خانواده در اسلام را داراست. این دیدگاه، حق حبس را نه به مثابه سلاح مجازات یا انحصار مطلق، بلکه به عنوان ابزاری حکیمانه برای ایجاد توازن و دفع ضرر احتمالی می‌نگرد.

دستاورد نهایی این جستار، فراهم آوردن پشتوانه‌ای نظری عمیق تر برای حل تعارضات موجود در رویه قضایی و ارائه رهیافتی است که بتواند در عین پاسداری از حقوق مشروع زن، مانع از تبدیل مهریه به ابزار فشار و عامل تزلزل اساس زندگی مشترک گردد. این رویکرد، در نهایت در خدمت تحکیم آن «واحد بنیادی جامعه اسلامی» است که قانون اساسی در اصل دهم، بر صیانت از قداست و استواری آن تأکید نموده است.

### ۱. حق حبس زوجه در تقابل با اعسار و تقسیط مهر، واکاوی چالش های نظری و عملی

خانواده به عنوان رکن اساسی جامعه، نیازمند تعادل حقوقی است. اسلام با پیش‌بینی «حق حبس زوجه» - که در قوانین ایران نیز منعکس شده است (مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی) - در پی تحقق این توازن است. با این حال، امروزه پدیده مهریه‌های سنگین و اعسار زوج، اجرای این حق را با چالش‌های عملی و انشقاق در رویه قضایی مواجه ساخته است؛ به‌گونه‌ای که دادگاه‌ها گاه با استناد به نص قانون بر بقای آن تأکید می‌ورزند و گاه با تمسک به قاعده نفی عسر و حرج، آن را با تقسیط مهریه منتفی می‌دانند (مجموعه نشست‌های قضایی، ۱۳۸۳، ۲۰۲).

#### ۱-۱. تبیین مفهومی و تحلیل کارکردی حق حبس زوجه

در ادامه، ماهیت، خاستگاه و قلمروی این حق در فقه و قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

##### ۱-۱-۱. خاستگاه فقهی و تعریف ماهوی

در منظومه فکری فقهای امامیه، امتیاز ویژه زن در امتناع از تمکین تا هنگام دریافت مهریه، در زمره حقوق مالی-خانوادگی وی جای می‌گیرد و از آن با عناوینی مانند «حبس النفس» یا «حق الامتناع» یاد می‌شود (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۱، ۴۲). این حق، نه یک ضمانت اجرای کیفری، بلکه یک ضمانت اجرای مدنی تأمینی است که غایت اصلی آن، تسهیل و تضمین وصول دین مالی (مهریه) توسط زوجه بلافاصله پس از وقوع عقد نکاح می‌باشد. در این تحلیل کارکردی، حق حبس همچون ابزاری تعادل بخش و کنترلی عمل می‌کند که با مشروط نمودن یکی از اساسی‌ترین آثار عقد (تمکین زوجه) به پرداخت یکی از مهم‌ترین تعهدات مالی آن (مهریه حال)، انگیزه و اهرم مناسبی برای زوج جهت عمل به تعهد خود فراهم می‌آورد (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ۳۹۳). از این منظر، می‌توان حق حبس را حقی تبعی، وابسته و ابزاری قلمداد کرد که قوام آن به وجود حق اصلی (مالکیت مهر بر اساس ماده ۱۰۸۲ ق.م) و شرایط خاص (حال بودن مهر و عدم تمکین قبلی) است و هدف غایی آن، استیفای آن حق اصلی در چارچوبی عادلانه است.

## ۱-۱-۲. جایگاه قانونی و شمول آن در نظام حقوقی ایران

قانون مدنی ایران با پیروی از فقه امامیه، این نهاد را پذیرفته، ولی تنظیم آن را در قالب دو ماده موجز و گاه مبهم محدود ساخته است:

ماده ۱۰۸۵: «زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.»

ماده ۱۰۸۶: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی تواند از حکم ماده قبل استفاده کند؛ معذک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد.»

این تقنین مختصر، اگرچه ممکن است در زمان خود پاسخگوی نیازها بوده باشد، در مواجهه با مسائل پیچیده نوین، به کانون ابهامات و تضادهای تفسیری تبدیل شده است. مهمترین این ابهامات عبارتند از:

۱. محدوده مفهومی «وظایف»: آیا مراد از این واژه، صرفاً تمکین خاص (نزدیکی) است که محور اصلی مباحث فقهی بوده (طوسی، همان)، یا دامنه آن، تمکین عام (شامل سکونت در منزل زوج، حسن معاشرت و اطاعت در حدود عرف و شرع) را نیز فرا می گیرد؟ اطلاق لفظ وظایف و استفاده از صیغه جمع، ظاهراً بر شمول گسترده تر دلالت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ۱۵).

۲. تفسیر «تسلیم» در بستر تقسیط: آیا مفهوم تسلیم مهر که شرط اسقاط حق حبس است، منحصرأ تحویل کامل و یکجای آن است؟ یا در شرایطی که مرجع قضایی به علت اعسار زوج، مهریه را به اقساط متعدد و زمانی تقسیم می کند، پرداخت نخستین قسط و التزام به اقساط بعدی نیز می تواند مصداقی از تسلیم تلقی گردد؟ این پرسش، محل جدال اصلی رویه قضایی معاصر است (نظر مشورتی اداره حقوقی، ۱۳۸۳، ش ۷/۱۰۲۰).

۳. رابطه با مالکیت مهر: بر اساس ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، زن به مجرد عقد، مالک مهر می شود. این حق مالکیت، حقی مستقل، تام و قائم به ذات است. حق حبس، حقی ثانوی و ابزاری برای استیفا و تحصیل دارایی ناشی از آن حق مالکیت است. لذا، سقوط حق حبس (به هر علت) به هیچ روی به معنای سقوط یا زوال حق مالکیت بر مهر نیست (صفایی و امامی، ۱۳۸۰، ج ۱ و ۲، ۱۷۸).

## ۱-۱-۳. گسست در مبانی فقهی: از قیاس معاوضی تا استقلال تکالیف

در خود سنت فقه امامیه، درباره توجیه شرعی و مبنای حق حبس، اتفاق نظر وجود ندارد و دو دیدگاه کلان در تقابل با یکدیگر قرار گرفته اند:

دیدگاه مشهور (مبنای قیاسی-معاوضی): غالب فقهای امامیه با استدلال به تشابه نکاح به عقود معاوضی در صورت ذکر مهر، قائل به ثبوت این حق برای زوجه شده اند. بر این اساس، هنگامی که در عقد نکاح مهر معین می گردد، گویی میان «بضع» زن (یا منافع زناشویی) و مهر، نوعی همبستگی و معاوضه اعتباری برقرار می شود که لازمه منطقی آن، شناسایی حق امتناع متقابل برای طرفین تا هنگام دریافت عوض است؛ دقیقاً نظیر قاعده حاکم بر عقد بیع. این استدلال در آثار فقهی استدلالی مهمی مانند «جواهر الکلام» (نجفی، همان) و «مسالك الافهام» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ۱۹۱) مورد تأکید قرار گرفته است.

دیدگاه منتقد (مبنای استقلال تکلیفی): در برابر این مشهورت، گروهی از فقها، اساس این قیاس را مخدوش دانسته و بر استقلال و عدم ارتباط علیّی تکالیف زوجین پای فشرده اند. از منظر ایشان، تمکین تکلیفی شرعی و قانونی مستقل بر عهده زن است و پرداخت مهر نیز تکلیفی جداگانه بر ذمه مرد. تخلف هر یک از طرفین از تکلیف خود، مجوزی برای طرف مقابل جهت عدول از تکلیف خویش فراهم نمی آورد. این نگرش، با انتقاد از مادی انگاری رابطه نکاح، در آثار فقهی مانند «الحدائق الناضره» (بحرانی، بی تا، ج ۲۴، ۴۶۱) و «جامع المدارک» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴، ۴۲۴) بیان شده است. در دوران معاصر نیز با صراحت بر نادرستی

تشبیه نکاح به معامله مالی تأکید و «اصل حق حبس» فاقد دلیل متقن دانسته شده است (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۱).

## ۱-۲. ظهور پدیده مهریه های سنگین و چالش تقسیط: آزمونی برای حق حبس

این بخش، تحول کارکردی مهریه و پدیده اعسار را به عنوان آزمونی برای کارآمدی حق حبس بررسی می کند.

### ۱-۲-۱. تحول در کارکرد اجتماعی-اقتصادی مهریه

در بافتار فرهنگی-حقوقی سنتی ایران، مهریه عمدتاً دارای کارکردی نمادین، اخلاقی و ضمانتی بود. مقدار آن معمولاً در حد متعارف و به عنوان نشانه‌ای از تعهد مرد تعیین می شد و غالباً در طول زندگی مشترک، موضوع وصول فوری قرار نمی گرفت. اما در دهه‌های اخیر، تحت تأثیر عوامل گوناگون اقتصادی و اجتماعی، شاهد تغییر پارادایم و ظهور پدیده «مهریه‌های سنگین و نامتعارف» هستیم. در موارد زیادی، مهریه از حد یک نماد فراتر رفته و به «طلب مالی کلان» یا حتی «بزاری برای اعمال فشار و چانه‌زنی» تبدیل شده است. این دگرگونی، کارکرد تعادلی و تضمینی اصیل حق حبس را مخدوش ساخته است. هنگامی که مهریه به رقم‌هایی غیرواقعی بدل می شود، اعمال حق حبس می تواند از یک اهرم ملایم برای تحقق عدالت، به سلاحی مؤثر برای متوقف ساختن زندگی زناشویی یا تحمیل مشقت‌های طاقت فرسا بر زوج مبدل گردد (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۶۸، ج ۲، ۱۱۲).

### ۱-۲-۲. اعسار زوج به عنوان واقعیتی انکارناپذیر و پاسخ قضایی: تقسیط

همزمانی رواج مهریه های کلان با نوسانات اقتصادی، منجر به بروز پدیده‌ای شایع در محاکم خانواده گردیده است: «اعسار زوج» از پرداخت یکجای مبلغ مهریه. اعسار در اصطلاح حقوقی به وضعیتی اشاره دارد که مدیون، فاقد دارایی نقدی یا قابل فروش بدون تحمل مشقت غیرمعقول باشد (قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی). در چنین شرایطی، دستگاه قضایی ناگزیر از مداخله و ایفای نقش تعدیل‌گر است. راه‌حل عملی و متداول در چنین مواردی، تقسیط مهریه توسط دادگاه صالح است. دادگاه با احراز وضعیت اعسار زوج، کل مبلغ مهریه را به اقساط ماهانه یا سالانه منطبق با درآمد و توان واقعی پرداخت وی تقسیم می نماید. این حکم، در حقیقت تلاشی است برای تحقق بخشیدن عملی به حق مالی زن، اما از مجرای تدریجی و متناسب با واقعیت‌های اقتصادی، و همزمان رفع عسرت و جلوگیری از فروپاشی اقتصادی زوج. بدین ترتیب، تقسیط، نقطه تلاقی اجتناب‌ناپذیر و تعارض‌آمیز دو ارزش حقوقی می گردد: حق مسلم و قانونی زن در وصول مهر، و مصلحت عمومی نفی عسر و حرج و حفظ استحکام خانواده.

### ۱-۲-۳. انشقاق در رویه قضایی: تقابل دو خوانش حقوقی

همین نقطه تلاقی بحرانی است که صحنه رویارویی دو جریان فکری و تفسیری کاملاً متعارض در نظام قضایی شده و موجبات یک بن‌بست حقوقی را فراهم آورده است.

جریان تفسیر تحت‌اللفظی (تأکید بر اطلاق قانون و بقای حق): حامیان این دیدگاه، با استناد به ظاهر صریح و اطلاق عبارت «تا مهر به او تسلیم نشده» در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، استدلال می کنند که شرط سقوط حق حبس، تسلیم کامل مهر است. از آنجا که حکم دادگاه به تقسیط، به معنای تبدیل مهر به اقساطی است که هنوز پرداخت نشده‌اند، حق حبس زن باید تا وصول آخرین قسط استمرار یابد. در این نگرش، حق حبس حقی شخصی، مطلق و غیرقابل تقیید به شرایط طرف مقابل انگاشته می شود. مهم ترین مستندات رویه‌ای این موضع عبارتند از:

نظریه مشورتی شماره ۷/۱۰۲۰ اداره حقوقی قوه قضائیه (۱۳۸۳): در این نظریه تأکید شده که اجل یا اقساطی که دادگاه به دلیل اعسار بر زن تحمیل می‌کند، ناشی از رضایت او نبوده و «حق حبس زن محفوظ است» (ایرانی، ۱۳۸۵، ۴۲).  
 رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (مورخ ۸۱/۲/۳۱): این رأی که برای ایجاد وحدت رویه صادر شده، صراحتاً مقرر می‌دارد که «صدور حکم تقسیط ... مستلزم سقوط حق حبس زوجه نیست و حق او ... محدود و متزلزل نمی‌سازد». این رأی برای دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

پیامد عملی این تفسیر آن است که زن می‌تواند با استناد به مهریه‌ای که مثلاً به اقساط چهل ساله تقسیم شده، در تمام این مدت از تمکین امتناع کند، در حالی که همزمان حق دریافت نفقه و اقساط مهر را نیز داراست. منتقدان، این نتیجه را خلاف انصاف، موجد عسر و حرج شدید برای زوج و ناقض غرض اصلی از تشکیل نهاد خانواده می‌دانند.

جریان تفسیر غایت شناختی (تأکید بر اصول فرادست و سقوط حق): در مقابل این دیدگاه، جریانی دیگر با عبور از ظاهر ماده قانونی، به مقاصد عالییه شریعت و اصول کلان حاکم بر حقوق خانواده تمسک می‌جوید. استدلال می‌شود که فلسفه و غایت جعل حق حبس، دفع ضرر محتمل و نامتعارف از زن به علت عدم وصول مهر است. هنگامی که دادگاه با احراز اعسار واقعی زوج، حکم به تقسیط عادلانه و تحت نظارت قضایی صادر می‌کند، در واقع همان ضرر اصلی را از طریق ایجاد یک تضمین جدید و مطمئن مرتفع ساخته است. در این وضعیت جدید، تداوم اعمال حق حبس فاقد توجیه منطقی بوده و خود، منشأ عسر و حرج جدید و نامشروعی برای زوج می‌گردد. قاعده مسلم و فرادست فقهی «نفی عسر و حرج» که نافی احکام حرجی است، در اینجا به عنوان معیاری برای تعیین حدود و تحدید اعتبار حق حبس عمل می‌کند. بر این اساس، با صدور حکم قطعی تقسیط و پرداخت قسط اول (به عنوان نشانه جدیت پرداخت)، تکلیف تمکین زوجه احیا شده و حق حبس ساقط می‌شود. این دیدگاه مورد تأیید و تصریح برخی فقهای معاصر در استفتائات قضایی قرار گرفته است (گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۸۵، کد سؤال ۳۰۰؛ بهجت، ۱۳۷۸، ۲۵۱).

### ۱-۳. لزوم تعمیق بحث: از تعارض تفسیری تا بحران مبنا

این قسمت، ضرورت حرکت از سطح تفسیر متون به لایه های زیرساختی فلسفه حق را تبیین می‌کند.

#### ۱-۳-۱. بن بست ناشی از تحلیل های تک بعدی

تعارض آشکار و عمیق در آراء قضایی و فتاوی فقهی فوق، به وضوح نشان می‌دهد که حل این معضل پیچیده، با تکیه صرف بر استناد به ادله نقلی خاص (که خود محل مناقشه سندی و دلالی هستند، مانند روایت سماعه (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۱، ۶۳) یا تفسیر لفظی و تحت‌اللفظی مواد قانونی ممکن نیست. هر یک از دو جریان می‌توانند برای دفاع از موضع خود، به بخشی از نصوص یا ظواهر موجود استناد نمایند. این وضعیت بن بست، آشکارا حاکی از آن است که مسئله در لایه‌ای عمیق‌تر از سطح ادله و ظواهر نهفته است: لایه‌ای که به تلقی و نگرش ما نسبت به «ماهیت و گوهر خود مفهوم حق» در نظام حقوقی اسلام بازمی‌گردد. پرسش بنیادین این است: «حق حبس زوجه، در ذات خود چیست؟» آیا این حق، قدرتی مطلقه و تفویض شده به دارنده آن است که او را به طور کامل مسلط می‌سازد؟ آیا نوعی رابطه مالکانه و اعتباری است که قابل تجزیه و تقسیم باشد؟ یا اساساً امتیازی است غایت محور و ابزاری که شارع برای نیل به هدفی برتر (مانند عدالت یا دفع ضرر) جعل کرده است؟ پاسخ به این پرسش فلسفی، مقدمه‌ای ضروری برای هرگونه تعیین تکلیف در مورد حدود و ثغور این حق است.

#### ۱-۳-۲. صور تبندی مسئله پژوهشی: نیازمند یک چارچوب نظری فراگیر

برای گسستن این دور باطل و خروج از تعارضات سطحی، نیازمند تغییر کانون تحلیل و معیار داوری هستیم. باید از مناقشه بر سر مصادیق و شروط، به سوی بازخوانی انتقادی مبانی نظری فلسفه حقوق اسلامی حرکت کنیم. فرضیه راهبردی این پژوهش آن است که ریشه اختلاف در رویه قضایی و حتی در میان فقها، ریشه در تفاوت ناخودآگاه یا صریح ایشان در پذیرش و مبنا قرار دادن یکی از نظریه های کلان در باب «ماهیت حق» دارد. به بیان روشن تر، هنگامی که قاضی یا فقیهی با استناد به اطلاق قانون، حکم به «بقای مطلق حق حبس» می‌دهد، احتمالاً در پس زمینه ذهنی خویش، حقی را می‌پندارد که ذاتی، مطلق و تابع شرایط متغیر خارجی نیست. و هنگامی که دیگری با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم به «سقوط حق با تقسیط» می‌دهد، به احتمال قوی، حق را پدیده‌ای اعتباری، غایت مدار و قابل تعدیل در پرتو مصالح و اهداف بالاتر می‌انگارد (خراسانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ۶۲۴؛ بجنوردی ۱۴۱۹، ۱۵۲؛ امام خمینی ۱۳۶۶، ج ۱، ۲۱). بدون روشن سازی، نقد و ارزیابی این مبانی زیرساختی، هرگونه گفتگو و استدلال در سطح باقی خواهد ماند و به راه‌حلی استوار و مقبول نخواهد انجامید.

بر این اساس، پرسش محوری و جهت‌دهنده این پژوهش را می‌توان این‌گونه صورت‌بندی نهایی کرد:

«تأثیرپذیری برداشت و تفسیر از حق حبس زوجه (و به تبع آن، پاسخ به مسئله تقسیط مهر ناشی از اعسار) از پذیرش کدام یک از نظریه های مسلط در تبیین ماهیت حق (سلطنت، مالکیت، اعتباری) بوده و کدام نظریه می‌تواند مبنای نظری مستحکم‌تر، عادلانه‌تر و همسو تر با مصالح نظام خانواده در اسلام برای حل این تعارض فراهم آورد؟»

این پرسش، محور اصلی فصل دوم این نوشتار را تشکیل خواهد داد. در آن فصل، سه نظریه مذکور در باب ماهیت حق، ابتدا به طور مستقل مورد تحلیل و نقد قرار گرفته و سپس، نتایج عملی حاصل از تطبیق هر یک بر مسئله حق حبس و تقسیط مهر، به دقت استخراج و ارزیابی خواهد شد. این مسیر پژوهشی، ظرفیت درونی فقه امامیه را برای پاسخگویی عقلانی و مبتنی بر عدالت به پیچیده‌ترین مسائل مستحدثه حقوق خانواده به نمایش خواهد گذاشت.

## ۲. نظریه‌های ماهیت حق در فقه امامیه و تطبیق آن بر مسئله حق حبس زوجه؛ تحلیل انتقادی

چالش اجرای حق حبس زوجه در برابر حکم تقسیط مهر، نشان‌دهنده ناکارآمدی تحلیل‌های صرفاً تفسیری است و ریشه این تعارض را باید در مبانی متفاوت فلسفه حقوق اسلامی درباره ماهیت «حق» جستجو کرد (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۱۲). این فصل با رویکردی تطبیقی، ابتدا سه نظریه سلطنت، مالکیت و اعتباری را نقد کرده و سپس هر یک را بر مسئله حق حبس و تقسیط مهر تطبیق می‌دهد تا توانایی آن‌ها در ارائه چارچوبی عادلانه و منطبق بر مصالح خانواده را ارزیابی نماید.

### ۲-۱. واکاوی انتقادی نظریه های ماهیت حق در فقه امامیه

در ادامه، سه پارادایم اصلی در تبیین ماهیت حق مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۲-۱-۱. نظریه سلطنت بنیاد و گونه شناسی آن

این نظریه که در میان فقهای متقدم و متأخر رواجی چشمگیر دارد، حق را در گوهر خود، نوعی «سلطنت»، «اقتدار» و «قدرت اعطاشده» می‌داند که به دارنده آن، توان تصرف و استیلاء بر موضوع حق (اعم از مال یا فعل دیگری) را اعطا می‌کند. تعریف مشهور «حق، سلطنت فعلیه است» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ۹؛ کاتوزیان ۱۳۸۴، ۱۶۱؛ جعفری لنگرودی ۱۳۷۲، ج ۳، ۱۳۷؛ اراکی ۱۴۱۵، ج ۱، ۱۹؛ سبزواری ۱۴۱۳، ج ۳، ۳۷۸) بر این جنبه قدرت‌محور و اجرا محور تأکید دارد. در تفاسیر متأخر این نظریه، گاه از تقسیم بندی «سلطنت قوی» (بر عین)، «متوسط» (بر منفعت) و «ضعیف» (حق) سخن به میان آمده است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۴۱). در حوزه حقوق موضوعه نیز ردپای این نگرش آشکار است، آنجا که حق «سلطه و اقتدار شخص بر مال یا بر فعل دیگری» تعریف شده است (امامی، ۱۳۷۵، ج ۱، ۳۸).

## ارزیابی انتقادی نظریه سلطنت:

۱. عدم تلازم ذاتی حق و سلطنت: مصادیق متعددی در نظام حقوقی وجود دارد که شخص «صاحب حق» است، لیکن «اختیار اعمال سلطنت» به دلیل موانعی چون حجر (صغر، جنون) یا غیبت، از او سلب و به نماینده قانونی (ولی، قیم، وکیل) تفویض می‌گردد. ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی صراحتاً محجوران را از تصرف در اموال و حقوق خویش منع می‌کند، در حالی که مالکیت (حق) آنان پابرجاست (صفایی، ۱۳۸۲، ش ۱۸۹). این نشان می‌دهد سلطنت، از مراحل استیفا و اعمال حق است، نه جزء ذاتی و لاینفک ماهیت آن.

۲. محدودیت ذاتی توسط قواعد فرادست: اصل مسلم و حاکم فقهی «لاضرر» به شکل بنیادینی، حتی سلطنت مالک بر مال خویش را در صورت ایجاد ضرر غیرمتعارف و ناموجه به دیگران، محدود و مقید می‌سازد. بنابراین، سلطنت، ذاتی مطلق و نامشروط ندارد، بلکه مشروط به رعایت عدم اضرار است (ضیا عراقی، ۱۴۲۱، ۴۵۵). این امر، ماهیت قدرت بنیاد حق را به شدت نسبی و وابسته به شرایط اجتماعی می‌کند.

۳. ناتوانی در تبیین حقوق غیرمالی و غیرتصرفی: این نظریه در توصیف حقوقی که در آنها مفهوم «سلطنت» به معنای مرسوم و عرفی آن قابل انطباق نیست - مانند حق حیات، حق دریافت نفقه، یا حق دادخواهی و دسترسی به عدالت - با دشواری مفهومی روبروست.

## ۲-۱-۲. نظریه مالکیت محور و کاستی های آن

این رویکرد تحلیلی در پی تبیین ماهیت حق از طریق ارجاع و تقلیل آن به مفهوم مانوس تر «مالکیت» است. بر این اساس، حق «مرتبه‌ای نازل از ملکیت» یا حتی «شکلی از اقسام مالکیت» تلقی می‌گردد. در متون فقهی آمده است که حق و حکم هر دو از «مجموعات شرعی» هستند، ولی حق، مرتبه ضعیفی از ملکیت است (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۳). تعبیر دقیق تر آن است که «حق، مرتبه ضعیف و ناچیز از ملک، بلکه نوعی از آن است و صاحب حق، مالک چیزی است که اداره آن به دست اوست» (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۱۰۹؛ مامقانی ۱۳۱۶، ج ۲، ۱۷۱؛ شهیدی، ۱۳۷۵، ج ۳، ۴۲۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۷، ۲۹۵).

ارزیابی انتقادی نظریه مالکیت:

۱. عدم قابلیت تشکیک در ماهیت رابطه مالکانه: اشکال بنیادین بر این نظریه آن است که ماهیت مالکیت - به عنوان یک رابطه اعتباری خاص - قابلیت پذیرش درجات «شدت» و «ضعف» را ندارد. این رابطه یا تحقق یافته است یا نیافتة. آنچه متغیر است، دامنه اختیارات و تصرفات ناشی از این رابطه است که خود تابع قوانین و مقررات است، نه خود ماهیت رابطه مالکانه. به تعبیر دیگر، نمی‌توان گفت شخصی «تا حدی» مالک است.

۲. عدم جامعیت و شمول: گستره مصادیق مسلم «حق» در فقه و حقوق، به مراتب فراتر از قلمرو «مالکیت» است. اموری چون حق ولایت بر صغیر، حق حضانت، حق قصاص، حق فسخ قرارداد (خیار) و حق مراجعه به مراجع قضایی، همگی مصداق حق هستند، اما دارنده آنها را در ادبیات فقهی و حقوقی «مالک» نمی‌نامیم. بنابراین، این نظریه فاقد جامعیت لازم برای ارائه تعریفی فراگیر از حق است.

## ۳-۱-۲. نظریه اعتباری حق

در برابر دو نظریه پیشین، پارادایم سوم با نگاهی بنیادین‌تر، ماهیت حق را نه در سلطنت تکوینی و نه در مالکیت اعتباری درجه‌بندی شده، بلکه در «امری اعتباری محض، غایت‌مدار و مصلحت‌بنیاد» جستجو می‌کند که از سوی شارع حکیم برای نیل به «مصلح و اهداف مشخص» در حیات فردی و جمعی انسان‌ها وضع شده است. در این چارچوب، حق یک واقعیت عینی پیشینی

یا رابطه تکوینی نیست، بلکه جعل و وضعی است که عقل جمعی یا مستقلاً شارع، به منظور استقرار نظم، دفع ظلم، تحقق عدالت و تأمین اهداف عالیّه تشریح ایجاد می نماید. حق «اعتبار خاصی» است که آثاری چون سلطنت را به دنبال می آورد، نه اینکه عین سلطنت باشد (خراسانی، ۱۴۰۶، ۴). محور کلیدی در این نگرش، غایت مندی، کارکردگرایی و تابعیت از مصلحت است. حق، ابزار و وسیله‌ای برای نیل به مقصودی برتر است. اعتبار شدن یک حق، مشروط و معطوف به محقق ساختن مصلحتی واقعی مانند دفع ضرر، تأمین عدالت، حفظ نظم یا تحکیم نهادهای اجتماعی است.

امتیازات و قوت های نظریه اعتباری:

۱. جامعیت و انعطاف مفهومی: این نظریه به سهولت قادر است تمامی اقسام حقوق (مالی، غیرمالی، عمومی، خصوصی) را در ذیل مفهوم واحد «جعل مصلحت بنیاد» تبیین کند و از تناقض های درونی و عدم شمول نظریه های پیشین بهره‌برد.
۲. ظرفیت پویایی و پاسخگویی به مسائل مستحدثه: از آنجا که حقوق، تابع مصالحی هستند که برای آنها جعل شده‌اند، با تحول شرایط اجتماعی یا کشف ابعاد تازه‌ای از یک مصلحت، می توان حقوق را بازخوانی، تفسیر مجدد یا قلمرو آنها را تعدیل نمود، بدون آنکه به اصل مشروعیت آنها خدشه‌ای وارد شود. این ویژگی، پویایی ذاتی و کارآمدی فقه را در مواجهه با تحولات اجتماعی تضمین می کند.
۳. انسجام ساختاری با اصول کلان شریعت: این نظریه به صورت سیستماتیک با اصول و قواعد فرادستی شریعت مانند عدل، انصاف، نفی عسر و حرج و لاضرر پیوند می خورد. این اصول، معیارهای نهایی اعتبارسنجی، تعیین حدود و تعدیل سایر حقوق جزئی به شمار می آیند. هر حقی که در مقام اجرا به نتیجه‌ای ناعادلانه، حرج آور یا مضر بیانجامد، در پرتو این اصول، اعتبارش مشروط، محدود یا به کلی زائل می گردد.

## ۲-۲. تطبیق نظام مند نظریه ها بر معضل حق حبس و تقسیط مهر

این بخش، به بررسی نتایج عملی هر یک از سه نظریه در حل تعارض حق حبس با تقسیط مهر می پردازد.

### ۲-۲-۱. پیامدهای عملی پذیرش نظریه سلطنت بنیاد

اگر حق حبس زوجه را بر مبنای نظریه سلطنت تحلیل کنیم، این حق، تجلی گاه سلطنت و اقتدار تام زن بر بدن خویش در تقابل با درخواست تمکین شوهر تلقی می شود. این سلطنت، به محض وقوع عقد با مهر حال، پدیداری ذاتی و لازمه حقوقی موقعیت زن می گردد و از آن جدایی ناپذیر است (نجفی، همان). در این چارچوب، سلطنت، ویژگی‌ای مطلق، تغییرناپذیر و مستقل از اوضاع و احوال خارجی (مانند تمکن یا اعسار طرف مقابل) است.

نتیجه در مسئله اعسار و تقسیط: از منظر این نظریه، اعسار زوج و حتی صدور حکم دادگاه مبنی بر تقسیط مهریه، هیچ خللی در اصل سلطنت زن وارد نمی سازد. سلطنت مذکور تا زمانی که علت موجه آن (عدم دریافت کامل مهر) برقرار باشد، استمرار می یابد و تقسیط به معنای پرداخت کامل نیست. لذا، حق حبس باید تا وصول آخرین قسط مهر برقرار بماند. این قرائت، مستقیماً از رویه قضایی موجود مبتنی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور و نظریه های مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه که حق حبس را حتی با تقسیط محفوظ می دانند، حمایت می کند (ایرانی، همان، رأی وحدت رویه ۷۰۸).

ارزیابی نهایی: این نگرش، به افراط در تفسیر حق فردی و غفلت کامل از تبعات اجتماعی و اخلاقی آن می گراید. در موارد مهریه های کلان، این دیدگاه عملاً به تعلیق دائم یا درازمدت زندگی زناشویی انجامیده و کانون خانواده را قربانی تفسیری جزمی و انعطاف ناپذیر از یک حق می کند. همچنین، این قرائت با اصل مسلم فقهی نفی عسر و حرج که نافی تکالیف حرجی است، در تعارض آشکار قرار دارد.

## ۲-۲-۲. پیامد های عملی پذیرش نظریه مالکیت محور

بر اساس این الگو، حق حبس را می توان مالکیت یا حق عینی زن بر «منفعت تمکین» خود تفسیر نمود. مهریه نیز در این معادله فرضی، بهای این مالکیت یا عوض آن تلقی می شود (صفایی و امامی، همان).

نتیجه در مسئله اعسار و تقسیط: در ظاهر، این تحلیل می تواند مبنایی برای تجزیه پذیری حق فراهم آورد: بدین صورت که در مقابل پرداخت هر قسط از مهر، بخش متناسبی از این مالکیت (یا حق انتفاع) به زوج منتقل شده و زن نمی تواند نسبت به آن بخش امتناع ورزد. لکن این استدلال با موانع جدی روبروست:

۱. تقلیل گرایی افراطی و خلط مفهومی: این تحلیل، تمکین را که در منظومه فقهی-اخلاقی اسلام، تکلیفی ناشی از پیمان زناشویی با ابعاد معنوی و اجتماعی است، به سطح یک کالا یا خدمت قابل معامله پله ای و تقسیط پذیر تنزل می دهد. این خلط خطرناک میان «حقوق» و «تکالیف» و مادی پنداری صرف پیوند ازدواج است.

۲. ناسازگاری با مبانی مقرر قانونی و فقهی: قانون مدنی و فقه امامیه، حق حبس را به صورت «امتناع تا تسلیم مهر» مقرر کرده اند، نه به شکل «تمکین تدریجی در قبال اقساط». این تفسیر در واقع مغایر با نص صریح ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و روح حاکم بر آن است.

ارزبایی نهایی: این نگرش نیز راهگشا نیست، زیرا هم دچار تقلیل گرایی غیرقابل قبول در ماهیت نکاح شده و هم تفسیری از حق ارائه می دهد که با ادله نقلی، قوانین موضوعه و اجماع فقها سازگاری ندارد.

## ۲-۲-۳. راه حل مبتنی بر نظریه اعتباری: ارائه چارچوبی غایت مدار و متوازن

در پرتو نظریه اعتباری، تحلیل حق حبس به کلی دگرگون می شود. در اینجا، حق حبس نه یک سلطنت ذاتی و نه یک مالکیت، بلکه یک «ابزار اعتباری حکیمانه و غایت مدار» است که شارع برای تحقق هدف برتر تضمین عدالت تعاملی و دفع ضرر نامتعارف در آستانه زندگی مشترک جعل کرده است. فلسفه وجودی و غایت نهایی این حق، جلوگیری از تضییع حق مالی زن (مهریه) در وضعیتی است که احتمال امتناع یا عجز زوج از پرداخت وجود دارد. این حق، واسطه ای برای ایجاد امنیت مالی نسبی برای زن و برقراری تعادل در آغاز تعهد مشترک است.

تطبیق بر مسئله اعسار و تقسیط - تحلیل گام به گام مبتنی بر مصلحت:

۱. شناسایی مصلحت اولیه جعل: مصلحت اولیه و غایت جعل حق حبس، «دفع ضرر محتمل و نامتعارف ناشی از عدم وصول مهر» از زن است.

۲. تشخیص واقعیت اعسار: هنگامی که زوج معسر تشخیص داده می شود، به معنای ناتوانی واقعی وی از پرداخت یکجای مهر است. در این حالت، خطر اصلی (عدم دریافت هرگونه مهر به دلیل عدم تمکن) متوجه زن است.

۳. مداخله دادگاه به مثابه تحقق مصلحت با مکانیزمی نوین: دادگاه با احراز اعسار و صدور حکم به تقسیط عادلانه و متناسب با درآمد زوج، در حقیقت در حال تحقق بخشیدن به همان مصلحت اولیه، ولی با ابزاری جدید، واقع بینانه و عقلانی است. این حکم:

\* ضرر عدم وصول را از طریق تضمین پرداخت تدریجی تحت نظارت و ضمانت اجرای قضایی رفع می کند.

\* به قاعده نفی عسر و حرج در حق زوج عمل نموده و او را از فشار مالی غیرممکن و مخرب رها می سازد (روحانی، ۱۳۷۱،

ج ۲۲، ۱۵۱).

\* تضمین قضایی محکمی ایجاد می کند که فقدان آن، علت موجد اصلی جعل حق حبس بود.

۴. تغییر در بستر اعتبار حق: با صدور این حکم قطعی، شرایط و بستری که اعتبار حق حبس بر پایه آن استوار بود، دگرگون می شود. ترس موجه و عقلایی از تضییع کامل حق مرتفع می گردد. مصلحت اولیه (دفع ضرر) از مجرای حکم قضایی تقسیط، به نحو مؤثری محقق شده است.

۵. استلزام منطقی: سقوط حق و احیای تکلیف: در این وضعیت جدید تضمین شده، ادامه اعمال حق حبس توسط زن، فاقد توجیه مصلحت بنیاد اولیه خواهد بود. برعکس، تداوم امتناع در این حالت، خود منشأ ایجاد عسر و حرج جدید و ناموجهی برای زوج شده و می تواند به ضرر جبران ناپذیری برای نهاد خانواده بینجامد. قاعده فرادست و حاکم «نفی عسر و حرج» به صراحت حکم می کند که چنین وضع حرج آوری نباید تداوم یابد و احکام، مشروط به عدم حرج هستند.

۶. جمع بندی نهایی در چارچوب اعتباری: بنابراین، مبتنی بر نظریه اعتباری و غایت مدار حق، با صدور حکم قطعی دادگاه دال بر تقسیط مهریه به دلیل اعسار زوج و با پرداخت اولین قسط (که نشانه التزام به طرح تقسیط است)، علت موجه و مصلحت اصلی اعتبار حق حبس زائل شده و این حق ساقط می گردد. در نتیجه، تکلیف تمکین زوجه - که تعلیق آن مشروط و منوط به وجود آن حق بود - مجدداً به طور کامل احیا می شود (گنجینه استفتانات قضایی، ۱۳۸۵).

این قرائت، نه تنها با فتاوی فقهای معاصری که سقوط حق حبس را با تقسیط می پذیرند همسوست، بلکه با مفاد اصل دهم قانون اساسی که حفاظت از استواری و قداست خانواده را هدف کلی قوانین می داند، کاملاً منطبق است. این رویکرد، ضمن پاسداری از حق مالی زن (از طریق وصول تضمین شده و عادلانه مهر)، از اعمال فشار غیرمنطقی، ویرانگر و ناموجه بر زوج و نهاد خانواده جلوگیری کرده و تعادلی عقلانی، اخلاقی و مبتنی بر عدالت را در رابطه زناشویی برقرار می سازد.

### نتیجه گیری

این پژوهش نشان داد که اختلاف نظری های موجود در تفسیر حق حبس زوجه و تقابل آن با نهاد اعسار و تقسیط مهر، ریشه در تفاوت مبانی نظری پیرامون ماهیت حق دارد. دو نظریه سلطنت بنیاد و مالکیت محور، با اتکا به قرائتی جزمی و مطلق انگارانه، حق حبس را حتی پس از صدور حکم تقسیط باقی می دانند. این نگرش در رویه قضایی موجود نیز بازتاب یافته و در عمل می تواند به تعلیق طولانی مدت زندگی زناشویی بینجامد.

در مقابل، نظریه اعتباری حق - با تأکید بر دیدگاه مصلحت بنیاد آخوند خراسانی - حق حبس را نه ذاتی، بلکه ابزاری غایت مدار برای تحقق عدالت و دفع ضرر تبیین می کند. بر این اساس، با صدور حکم قطعی دادگاه مبنی بر تقسیط عادلانه مهر به دلیل اعسار زوج، مصلحت اولیه این حق محقق شده و تداوم آن فاقد توجیه منطقی می باشد. بنابراین، حق حبس ساقط و تکلیف تمکین زوجه احیا می گردد.

این پژوهش با نقد دو نظریه نخست و برجسته سازی ظرفیت انعطاف پذیر و عدالت محور نظریه اعتباری، الگویی متوازن ارائه می کند که در آن حق حبس در خدمت تحقق عدالت خانوادگی و حفظ کرامت طرفین بازتعریف می شود. این چارچوب می تواند مبنایی برای خروج از بن بست قضایی و پیشنهاد اصلاحات قانونی، از جمله اصلاح ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، قرار گیرد.

منابع

الف) کتب:

۱. اصفهانی، شیخ محمدحسین، (۱۳۷۴)، نهاییه الدرایه فی شرح الکفایه، قم، انتشارات سیدالشهدا.
۲. امام خمینی، روح الله، (۱۳۶۶)، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۴. اراکی، محمد علی، (۱۴۱۵ق)، کتاب البیع، قم، موسسه در راه حق.
  ۵. امامی، سید حسن، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
  ۶. ایرانی ارناطی، بابک، (۱۳۸۵)، مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی، تهران، انتشارات مجد.
  ۷. بحرانی، یوسف، (بی تا)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، جامعه المدرسین.
  ۸. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی.
  ۹. بهجت، محمدتقی، (۱۳۷۸)، توضیح المسائل، قم، دفتر آیت الله العظمی بهجت.
  ۱۰. عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
  ۱۱. حکمت‌نیا، محمود و همکاران، (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق خانواده، تهران، شورای فرهنگی اجتماعی زنان.
  ۱۲. خوانساری، سید احمد، (۱۳۵۵)، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق.
  ۱۳. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، (۱۴۰۶ق)، حاشیه بر مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
  ۱۴. لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، دانشنامه حقوقی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
  ۱۵. روحانی، سید محمدصادق، (۱۳۷۱)، فقه الصادق، قم، دار الکتاب.
  ۱۶. سبزواری، سید عبدالعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم، مؤسسه المنار.
  ۱۷. شهیدی، میرزا فتاح، (۱۳۷۵)، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، تبریز، نشر اطلاعات.
  ۱۸. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۰)، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
  ۱۹. صفایی، حسین، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت.
  ۲۰. یزدی، سید محمد طباطبایی، (۱۴۱۰ق)، حاشیه المکاسب، قم، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
  ۲۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۷ق)، الخلاف، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
  ۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام فی شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
  ۲۳. عاملی، سید محمد، (۱۴۱۹ق)، نهاییه المرام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
  ۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی (خانواده)، تهران، شرکت سهامی انتشار.
  ۲۵. کوه کمری، سید محمد، (۱۴۰۹ق)، کتاب البیع، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
  ۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، مقدمه علم حقوق، تهران، انتشارات مدرس.
  ۲۷. مامقانی، محمد، (۱۳۱۶)، غایه الآمال، قم، مجمع الذخایر الاسلامیه.
  ۲۸. نجفی، محمدحسن، (۱۳۷۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، المکتبه الاسلامیه.
  ۲۹. نائینی، میرزا محمدحسین، (۱۳۷۳)، منیه الطالب، تهران، المکتبه المحمديه.
  ۳۰. عراقی، ضیا الدین، (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، قم، انتشارات غفور.
  ۳۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۳ق)، الفقه الاسلامی، قم، موسسه دائره المعارف فقه.
- ب) قوانین، آراء و نظریات قضایی:
۳۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
  ۳۳. قانون مدنی ایران.
  ۳۴. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری.

۳۵. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی.
۳۶. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲
۳۷. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۰۲۰ اداره حقوقی قوه قضائیه مورخ ۱۳۸۱/۲/۳۱
۳۸. گنجینه استفتانات قضایی (۱۳۸۵)، قم، معاونت آموزش قوه قضائیه.
۳۹. مجموعه نشست‌های قضایی، مسائل قانون مدنی ۱، (۱۳۸۳)، تهران، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.
۴۰. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، (۱۳۸۱)، نامه آیت‌الله مکارم شیرازی، قم، روابط عمومی مرکز.



## شرایط شکل گیری تعارض در فقه و روش حل آن، با نگاهی به تعارض فتوا و قانون

محمد محمدی نعل کنانی<sup>۱</sup>

۱. دانش پژوه مقطع سطح ۴، موسسه تخصصی تربیت مدرس رشته فقه و اصول، قم.

### چکیده

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۸/۲۰

کلیدواژگان: تعارض فتوا و قانون، روش حل تعارض، فقه حکومتی.

تعارض در فقه اسلامی به ناسازگاری مدلول دو دلیل اشاره دارد که ممکن است به صورت تناقض یا تضاد ظاهر شود و به دو نوع غیر مستقر و مستقر تقسیم می شود؛ روش های حل تعارض غیر مستقر را می توان تخصص، ورود، حکومت، تخصیص و تراحم نام برد و در تعارض مستقر، اگر هر دو دلیل قطعی باشند، از هر دو صرف نظر می شود؛ اگر یکی قطعی و دیگری ظنی باشد، دلیل قطعی مقدم است و در صورت ظنی بودن هر دو، قواعد اولیه و ثانویه برای حل تعارض به کار می رود. یکی از مصادیق مهم تعارض، تعارض فتوا و قانون است و در صورتی رخ می دهد که دستورات شرعی (فتوا) با قوانین مصوب نظام حکومتی در تضاد قرار می گیرند. مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی، به بررسی شرایط شکل گیری تعارض و روش های حل آن با نگاهی ویژه به تعارض فتوا و قانون پرداخته است که راه حل های احتمالی تعارض فتوا و قانون، شامل عمل به فتوا، عمل بر اساس قانون یا پیروی از قانون برای حفظ نظم اجتماعی کشور حاکم است.

## مقدمه

در فقه اسلامی، ادله استنباط احکام شرعی نقش مؤثر و کارآمدی در تعیین حقوق و تکالیف انسان‌ها در مسائل فردی و اجتماعی دارد. این ادله هرچه روشن‌تر باشند، به مراتب مجتهد بهتر و راحت‌تر به حکم شرعی دست پیدا می‌کند؛ اما گاهی به خاطر عارض شدن یک عیب، نقص، اجمال یا مسائل دیگری مثل تقیه، تقابل و ناسازگاری بین ادله در مقام جعل قانون اتفاق می‌افتد که مجتهد با توجه به شناخت و شرایط رفع آن، این ناسازگاری متعارض را به وسیله قواعدی مانند «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح» و یا «مرجحات باب تعارض» رفع می‌کند.

حال گاهی این تعارض و ناسازگاری بین فتوای مجتهد و قانون حاکم بر کشور اسلامی اتفاق می‌افتد که مکلفین برای انجام امور خود دچار سرگردانی و تحیر می‌شوند و نمی‌دانند در حکومت اسلامی الزاماً قانون حاکم همان فتوای مجتهد است یا معیار هر کدام از قانون و فتوا متفاوت است؟

از آن‌جا که مجتهد یا قانون‌گذار وظیفه دارند طبق ادله حاکم و مصالح و مفسد فردی و اجتماعی این تحیر و سرگردانی را رفع کنند؛ از این‌رو قانون‌گذار می‌بایست در مقام جعل قانون، تعارض و اختلاف احتمالی را رفع نماید تا مکلفین با اطمینان خاطر عمل را انجام دهند.

با جستجو در پیشینه این تحقیق آشکار می‌شود که در بحث شکل‌گیری تعارض و روش رفع آن به‌طور مفصل در کتاب‌های اصولی بحث شده است؛ اما با تحقیق در پیشینه تعارض بین فتوا و قانون، این نتیجه به دست آمد که به‌طور دقیق مورد بحث قرار نگرفته است. اما کتاب‌ها و مقالاتی به‌طور اجمال به بعضی از مباحث در رابطه با فتوا و قانون پرداخته‌اند که به آن‌ها اشاره می‌کنیم. کتاب‌های «قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی» اثری از ابراهیم شفیعی سروسستانی، کتاب «تعارض قوانین» اثری از نجاد علی الماسی، و کتاب «فقه و قانون» اثری از فریبا علاسوند، و مقالاتی در این رابطه مانند مقاله‌ای با موضوع «قوانین ثابت و متغیر» اثری از محمد مؤمن قمی که در فصل‌نامه فقه اهل‌بیت شماره ۵۶ راسخون چاپ شده است، و مقاله‌ای با موضوع «نسبت حکم حکومتی با احکام و فتاوی مجتهدین در نظام سیاسی اسلام» اثری از محمود کریمی و سلمان مرتضوی در نشریه دانش سیاسی به چاپ رسیده است.

در نتیجه، این پژوهش علاوه بر اینکه از ظرفیت این کتاب‌ها و مقالات در تحقیق خود استفاده می‌کند، به دنبال آن است که با تحلیل دقیق‌تری از مباحث موجود و بیان بعضی از مصادیق متعارض، به حل معضلات موجود در نهادهای فقهی و قانونی کمک نماید و به‌طور ویژه به سوالات زیر پاسخ خواهد داد:

۱. شرایط شکل‌گیری تعارض در فقه، اقسام و روش حل آن چگونه است؟
۲. تفاوت میان تعارض و تراحم چیست؟
۳. تعارض بین فتوا و قانون با چه روشی رفع می‌شود؟
۴. فتوای معیار در قانون‌گذاری کدام است؟

### ۱. شرایط شکل‌گیری تعارض در فقه، اقسام و روش حل آن

تعارض در لغت از عرض گرفته شده و به ابراز، آشکار و اظهار کردن معنا کرده‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۷۲). در فقه اسلامی نیز، تعبیر متفاوتی برای آن بیان شده است که شیخ انصاری تعریف مشهور درباره تعارض را چنین نقل کرده است: تعارض

عبارت است از ناسازگاری مدلول و مفهوم دو دلیل به گونه تناقض یا تضاد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۱؛ مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۱۹۲).

با توجه به این تعریف آشکار می شود که تعارض حداقل باید بین دو دلیل اتفاق بیافتد ولی ممکن است گاهی تعارض میان چند دلیل برقرار گردد البته این تنافی و تعارض باید به گونه تناقض یا تضاد باشد.

تناقض: هنگامی که بین مدلول های دوطرف رابطه سلب و ایجاب باشد مثل اینکه یکی بگوید واجب است، دیگری بگوید واجب نیست.

تضاد: این هنگامی است که هر یک از دو دلیل بر امری کاملاً مغایر با دیگری دلالت نماید. مانند اینکه یکی بگوید واجب است و دیگری بگوید حرام است (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۳۶).

### ۱-۱. اقسام تعارض

تعارض در تقسیم بندی به دو قسم تقسیم می شود:

۱. **تعارض غیر مستقر:** اگر تعارض ما بدوی و به شکلی بود که با اندک تأملی و یا با جمع عرفی قابل حل بود در این صورت تعارض غیر مستقر تعبیر می کنند و این نشان می دهد که در ابتدا تعارض و تضادی اصلاً اتفاق نیفتاده بود که این جمع را به جمع عرفی تعبیر می کنند و با عبارت الجمع مهما امکن اولی من الطرح در علم اصول تعبیر می شود (همان، ص ۱۳۷).

۲. **تعارض مستقر:** هرگاه میان مدلول دلایل تنافی به گونه تناقض یا تضاد وجود داشته باشد آن را تعارض مستقر می نامند (همان ص ۱۳۷).

### ۲-۱. شرایط شکل گیری تعارض مستقر

در علم اصول برای تحقق تعارض مستقر، شرطهایی را مطرح کرده اند که عبارتند از:

۱. هیچ یک از متعارضان، دلیل قطعی و یقینی نباشد؛ زیرا قطعی بودن یک دلیل مستلزم کذب دلیل مقابل است. قطعی بودن دو دلیل ناسازگار و متنافی نیز ممکن نیست (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۱۹۲).

۲. ظن فعلی معتبر به حجیت متعارضان وجود نداشته باشد؛ یعنی دلیل ظنی معتبر دیگری بر حجیت هر دو اقامه نشود؛ زیرا ظن فعلی معتبر مانند قطع به دو دلیل متنافی، محال است (همان).

۳. مدلول متعارضان ناسازگار باشند طوری که صدق آنها با هم محال باشد (همان).

۴. دلیل های متعارض شرایط حجیت را داشته باشند؛ به گونه ای که هر یک از آنها در صورت نبود متعارض، حجت بوده و عمل طبق آن واجب باشد.

۵. دو دلیل متنافی، متزاحم نباشند و یکی از آنها حاکم بر دیگری نباشد.

۶. متعارضان باید موضوع واحدی داشته باشند. از این رو، میان اصول عملیه و ادله شرعی (امارات) تعارض واقع نمی شود؛ زیرا موضوع آنها متفاوت است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص ۱۱-۱۲).

۷. گفته شده براساس نظر مشهور عدم تعارض میان اصول عملیه و امارات به دلیل حاکم بودن امارات بر اصول عملیه است (مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۲۰).

### ۳-۱. عوامل پیدایش تعارض در روایات

عواملی برای پیدایش تعارض در روایات بیان شده که برخی از آنها عبارتند از: فهم نادرست روایات، تقیه، نقل به معنا در روایات، از بین رفتن قرینه‌های موجود در روایات، جعل حدیث، تدریجی بودن بیان احکام، اختلاف سطح درک و بینش راویان و مخاطبان، اختصاص داشتن برخی روایات به موضوع یا زمان خاص، تفاوت میان احکام حکومتی و اولیه و احکام کلی و شخصی، تصحیف و تغییر روایات از سوی راویان و ناسخان (ربانی، ۱۳۹۳، ص ۴۶۲-۴۶۹؛ امینی، ۱۳۹۳، ص ۴۲).

#### ۱-۴. روش حل تعارض

##### ۱-۴-۱. روش حل تعارض غیر مستقر

در تعارض غیر مستقر باید براساس جمع دلالی (که آن را قاعده الجمع مهمما امکن اولی من الطرح تعبیر می‌کنند) عمل کرد و این قاعده به وسیله یکی از موارد زیر قابل اجراست:

**أ. تخصص:** خروج حقیقی و وجدانی چیزی از دلیلی (بدون کمک گرفتن از دلیل یا تعبد دیگر) را تخصص گویند. مثال: مولی می‌گوید: «علما را احترام کن.» بدیهی است کیومرثی که از علم بهره‌ای ندارد تخصصاً از فرمان فوق خارج است (ولایی، ۱۳۹۸، ص ۱۳۲).

**ب. ورود:** عبارت است از اینکه دلیلی وجدانا و حقیقتاً موجب معدوم شدن موضوع دلیل دیگر شود ولی به توسط تعبد شرعی یعنی در عالم تکوین موضوع دلیل دیگر معدوم نمی‌شود ولی از باب تعبد شرعی حقیقتاً و وجدانا دلیل وارد، موجب معدوم شدن دلیل دوم (مورود) می‌شود که اگر این دلیل اول وارد نمی‌شد، مثلاً «دفع ضرر محتمل» یکی از قواعد عقلی است؛ اما وقتی شارع مقدس بفرماید: مکلف نسبت به چیزی که آگاهی ندارد مورد مؤاخذه و سؤال قرار نمی‌گیرد، موضوع آن قاعده‌ی عقلی به واسطه‌ی این بیان معتبر شرع، حقیقتاً و وجداناً از بین می‌رود (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۱۹).

**ج. حکومت:** اگر دلیلی دایره دلالت دلیل دیگر را توسعه دهد یا محدود کند، و یا موضوع دلیل دیگر را معدوم کند، می‌گویند: این دلیل، حاکم بر دلیل دیگر است (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۹۹).

مثال توسعه: روایتی می‌گوید: «نماز بدون طهارت نماز نیست.»

مثال تضییق: دلیل می‌گوید: «هرگاه مکلف در بین نماز شک کرد، باید بنا را بر اکثر بگذارد، یا احتیاط کند، و یا نماز را اعاده کند.» و دلیل دیگری می‌گوید:

«در نماز جماعت اگر امام جماعت شک کرد ولی مأموم شک نداشته باشد، نباید به شک خود اعتنا کند، و یا اگر مأموم شک کرد ولی امام جماعت شک نداشته باشد، مأموم نباید به شک خود اعتنا کند.»

**د. تخصیص:** اخراج حکمی از موضوع را تخصیص نامند. اگر موردی از نظر موضوع داخل در مخصص (به صیغه اسم مفعول) و از نظر حکم خارج از آن باشد، آن را تخصیص نامند. مثلاً می‌گوید: «در ماه رمضان بر هر مکلفی روزه گرفتن واجب است، مگر مسافر.» در این مثال مسافر هم مکلف بوده، و داخل در «هر مکلفی» است. پس موضوع «هر مکلف» شامل مسافر هم هست. اما حکم وجوب روزه بر او تشریح نشده است و چنین اخراجی را تخصیص گویند (ولایی، ۱۳۹۸، ص ۱۳۲).

**ه. تزاحم:** عبارت است از ممانعت دو حکم فعلی دارای ملاک در مقام امتثال، و عجز مکلف از امتثال هر دو حکم. دو حکم با این خصوصیات را «متزاحمین» گویند (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۲۱).

##### ۱-۴-۲. روش حل تعارض مستقر

در مورد دو دلیل متعارض، سه حالت ممکن است:

أ. هر دو دلیل قطعی الصدور: در این حالت، وقوع تعارض ثبوتاً امکان پذیر نیست. اگر در مرحله اثبات با دو دلیل قطعی الصدور متعارض مواجه شویم، باید از هر دو ظهور صرف نظر کرده و هر دو دلیل را کالعدم فرض کنیم. در این صورت، به دلیل دیگر یا اصل عملی مراجعه خواهیم کرد.

ب. یکی از دو دلیل ظنی و دیگری قطعی الصدور: در این حالت، دلیل قطعی الصدور مقدم خواهد بود و باید بر اساس آن تصمیم گیری کنیم.

ج. هر دو دلیل ظنی الصدور: در اینجا، بحث از قواعد اولیه و ثانویه حل تعارض ادله مطرح می شود (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص ۴۰۳).

### ۱-۴-۳. مقتضای قاعده اولیه عقلی در مورد ادله متعارض (مستقر)

در مورد حجیت امارات، دو مبنای اصولی وجود دارد:

#### أ. مبنای طریقت و مبنای سببیت

بر اساس مبنای طریقت، در صورتی که دو روایت تعارض مستقر داشته باشند، مشهور بر این باورند که هر دو دلیل باید کنار گذاشته شوند (تساقط). زیرا اگر دلیل بر حجیت اماره لبی باشد، نظیر اجماع، حکم عقل، بنای عقلا، سیره و مشابه آن، شامل صورت متعارض نمی شود. زیرا نمی توان به اطلاق یا عموم دلایل لبی تمسک کرد و این دلایل تنها در محدوده قدر متیقن اعتبار دارند و قدر متیقن در اینجا، عدم تعارض است؛ بنابراین در صورت تعارض، بنای عقلا بر این نیست که به ظاهری عمل کنند که معارض دارد، و لذا تعارض موجب اجمال و سقوط هر دو دلیل می گردد.

اما اگر دلیل حجیت اماره لفظی باشد، مانند آیه نباء، در این صورت نیز شامل تعارض نمی شود. اگرچه هر یک از دو دلیل به تنهایی مشمول ادله حجیت هستند، اما به دلیل معارضه، نه هر دو می توانند حجت باشند و نه یکی از آنها. زیرا حجیت و تعبد به ثبوت هر دو دلیل، مستلزم تعبد شارع به ثبوت متناقضات یا ضدّهاست، که این امر به وضوح محال است. بنابراین، دلیل حجیت نمی تواند هر دو را شامل شود و اگر دلیل حجیت تنها یکی از ادله را شامل شود، لازمه اش ترجیح بلا مرجح خواهد بود، زیرا هیچ یک از لحاظ حجیت بر دیگری برتری ندارد. در نتیجه، ادله حجیت نمی توانند هیچ یک از متعارضان را شامل شوند و این همان معنای اصل تساقط متعارضان است (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۳۹).

در مقابل قول مشهور عده ای مقتضای قاعده عقلی را تخییر میدانند که مرحوم مظفر در نقد آنها به خوبی پرداخته است که به خاطر طولانی بودن مباحث و ادله دوطرفه مازارائه بحث پرهیز می کنیم (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۶۶).

#### ب. براساس مبنای سببیت

در مقتضای قاعده اولیه بر مبنای سببیت سه دیدگاه وجود دارد:

أ. حکم به تخییر می شود؛ زیرا با توجه به اینکه هر دو گزینه از نظر مصلحت قابل قبول هستند، می توان نتیجه گرفت که عقل ما را به انتخاب یکی از آنها دعوت می کند.

ب. حکم به تساقط می شود؛ زیرا دلیل حجیت نمی تواند هر دو دلیل متعارض را در بر بگیرد، و امکان تشریح دو حکم متناقض وجود ندارد و ترجیح یکی از این دو دلیل بر دیگری بدون دلیل ترجیح بلا مرجح خواهد بود. بنابراین، هر دو طرف به دلیل عدم اعتبار، از اعتبار ساقط می شوند.

ج. قول سوم قائل به تفصیل هستند؛ یعنی در برخی موارد تخییر و در مواردی نیز تساقط حاکم است یعنی برحسب فروض و احتمالات مختلف میشود (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۴۳-۱۴۴).

### ۱-۴-۴. مقتضای قاعده ثانویه (قاعده شرعی) در مورد ادله متعارض (مستقر)

همانطور که روشن است تعارض ادله اختصاصی به اخبار ندارد و امکان دارد این تعارض گاهی میان اخبار و گاهی میان امارات دیگر و یا امارات با اصول اتفاق افتاده باشد؛ اما با توجه به اینکه شرع مقدس برای حل تعارض راه حل‌هایی را ارائه کرده است و ما مکلف به انجام آن‌ها هستیم باید این تعارضات را بادقت و ادله کافی رفع نماییم و این اخبار را به اخبار علاجیه تعبیر می‌کنند. برای حل تعارض دو حالت را برای اخبار متعارض در نظر می‌گیرند:

#### ۱. حالت وجود مرجح: در صورت وجود جهات ترجیح در یکی از ادله، به آن دلیل تمسک می‌شود.

مرجحات باب تعارض

- ترجیح به احدث (آنچه تاریخ جدیدتری دارد)
- ترجیح به صفات راوی
- ترجیح به شهرت
- ترجیح به موافقت کتاب
- ترجیح به مخالفت عامه (مظفر، ۱۴۳۰ ق، ج ۳، ص ۲۴۸).

#### ۲. حالت فقدان مرجح: در صورتی که هیچگونه دلیلی برای ترجیح یکی از متعارضین وجود نداشته باشد در این صورت

سه قول مطرح است.

أ. تخییر: یعنی نسبت به هر کدام از متعارضین مخیر هستید

ب. توقف در فتوا و احتیاط در عمل

ج. فتوای به احتیاط و اگر تمسک به آن چه مطابق احتیاط است ممکن باشد به آن عمل می‌شود و اگر ممکن نبود مخیر است (همان، ج ۳ ص ۲۳۷).

### ۲. تفاوت تعارض و تزاحم

برخی با استفاده از نظریات فقها تا پانزده فرق میان تعارض و تزاحم بیان کرده‌اند اما فرق‌های اساسی که برای آن دو بیان کرده‌اند عبارت‌اند از:

أ. تعارض، تنافی و تضاد دو دلیل در مرحله جعل و قانون‌گذاری است، به گونه‌ای که جمع بین آنها در مرحله جعل و تشریح مستلزم تنافی و محال خواهد بود، ولی تزاحم، تنافی دو حکم در مقام عمل (اجرای قانون) است (میرزای نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۷۰۴).

ب. در تعارض، تقدیم یکی از متعارضین باعث رفع حکم از موضوع دیگری می‌شود؛ یعنی موضوع ثابت می‌ماند ولی حکم آن رفع می‌شود. اما در تزاحم، تقدیم یکی از متزاحمین موجب رفع موضوع دلیل دیگر می‌شود که طبیعتاً با رفع موضوع، حکم نیز مرتفع می‌شود.

ج. در تعارض، مکلف علم دارد که یکی از متعارضین دروغ است؛ ولی در تزاحم مکلف به صدق هر دو حکم علم دارد (مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۸ ق، ج ۳، ص ۴۶۳).

د. در باب تزامم برخلاف تعارض، ممکن است حکم نسبت به اشخاص متفاوت باشد؛ مثلاً نسبت به یک شخص تزامم باشد و نسبت به دیگری تزامم تحقق پیدا نکند برای نمونه در صورت غرق شدن دو نفر، یک شخص قادر به نجات هر دو است و از این رو، تزاممی تحقق پیدا نمی‌کند؛ اما شخص دیگری ممکن است فقط قادر به نجات یکی از آنها باشد. در این صورت نسبت به این شخص تزامم محقق می‌شود. تعارض نسبت به اشخاص تفاوتی ندارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۲۸).

با توجه به بحث تزامم که به جهت تناسب با بحث تعارض به آن پرداخته شد باید به این نکته اشاره شود؛ چنانکه گاهی میان ادله تعارض اتفاق می‌افتاد، همچنان گاهی در مقام عمل دوفعل برای مکلف تزامم پیدا می‌کنند که در این صورت تزامم دوحالت پیدا می‌کند:

**أ. هردو عمل متعادل و یکسانند و یکی بر دیگری هیچ ترجیحی ندارد:** در این صورت عقل حکم می‌کند که مکلف مخیر است در انجام هر یک از دو عمل و همه عقلاً این حکم را قبول دارند و با توجه به تلازم بین حکم عقل و شرع نیز فهمیده می‌شود وظیفه شرعی هم همان حکم عقل است (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۱۶).

**ب. یکی از دو عمل دارای مرجح است:** در این صورت باید طبق عملی که دارای مرجح است عمل کرد.

## ۲-۱. مرجحات باب تزامم

**بدل نداشتن:** هرگاه یکی از دو عمل واجب متزامم، بدون بدل بوده و دیگری دارای بدل باشد در اینجا آن که بدل ندارد مقدم می‌شود زیرا در صورت ترک جبران آن ممکن نیست.

**تضییق:** هرگاه یکی از دو واجب متزامم یکی مضییق و فوری بوده و دیگری موسع باشد مضییق مقدم می‌شود.

**توقیت:** هرگاه هر دو واجب متزامم مضییق باشد ولی یکی از آن دو وقت مخصوص داشته باشد آن مقدم می‌شود.

**اطلاق:** هرگاه وجوب یکی از دو واجب مشروط به قدرت شرعی باشد ولی وجوب واجب دیگری مشروط به آن نباشد واجب مطلق مقدم می‌شود زیرا تزامم موجود باعث شک نسبت به تحقق شرط در واجب مشروط می‌شود و در نتیجه باعث شک در اصل تکلیف در مورد مشروط می‌گردد و چنین واجبی با واجبی که منجز است نمی‌تواند تزامم پیدا کند.

**تقدم زمانی:** یعنی یکی از دو متزامم زمان امتتالش مقدم بر واجب دیگری است

**اولویت:** یعنی یکی از دو متزامم به گونه دیگری غیر از آنچه ذکر شد نزد شارع بر واجب دیگری اولویت دارد و برای شناخت این اولویت راه‌هایی وجود دارد:

أ. ادله احکام شرعی

ب. مناسبت حکم و موضوع

ج. شناخت ملاکات احکام توسط ادله نقلی مانند اولویت آن چه مشتمل بر مصلحت نوعیه است (همان، صص ۲۱۷-۲۲۰).

## ۳. فتوا، حکم حکومتی و قانون

**فتوا:** فتوا در لغت به معنی روشن و بیان کردن مسائل مبهم است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۱۳۷) و در اصطلاح فقهی عبارت است از اخبار و اعلام حکم شرعی خداوند که فقیه توسط استنباط خود به دست می‌آورد. البته گاه متعلق این حکم شرعی عام و کلی است و گاهی هم متعلق آن شخصی و جزئی که در نهایت به معنای کلی برمی‌گردد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۴۰۳).

**حکم حکومتی:** این حکم مجموعه دستوراتی است که بر اساس ضوابط شرعی و عقلی، توسط حاکم مشروع جامعه اسلامی برای اجرای احکام و حدود الهی و به منظور اداره جامعه در ابعاد گوناگون آن و تنظیم روابط داخلی و خارجی صادر می‌شود (صرامی، ۱۳۸۰، ص ۶۵).

### قانون

قانون در لغت به معنای اصل و اساس و قاعده معنا شده است. قانون در شریعت اسلامی عبارت است از احکامی که پیامبر الهی و جانشینان او برای امت اسلامی بیان کرده اند و این قواعد برای تمام ابعاد مختلف زندگی بشر وارد شده و برنامه دارد که غالب این احکام در قالب کتاب و سنت در اختیار امت اسلامی قرار گرفته است (هاشمی شاهرودی ج ۶ ص ۴۶۴).

### ۳-۱. تفاوت حکم حکومتی و فتوا

۱. فتوا به دلیل عدم وابستگی به مصالح و شرایط خاص مکلفان، دارای کلیت و جهانی بودن است. در مقابل، حکم حکومتی با توجه به شرایط و مصالح، ماهیتی مصداقی و جزئی دارد (علیدوست، ابوالقاسم، ص ۶۷۸).
۲. برای صدور حکم حکومتی علاوه بر مقام فقاہت نیاز به مقام ولایت نیز هست؛ ولی در صدور فتوا صرف اجتهاد و منصب افتا کافی است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۰، ص ۱۰۰).
۳. فتوای صادره از مجتهد فقط برای مقلدان او لازم‌الاجرا خواهد بود؛ ولی حکم حکومتی بر همه افراد و حتی فقها الزام‌آور خواهد بود (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۲۴۷).
۴. فقیه در فرآیند افتا دخالتی در اصل حکم ندارد و فقط احکام اولیه و ثانویه را کشف می‌کند؛ درحالی‌که حکم حکومتی دارای عنصر جعل است یعنی حاکم در ایجاد حکم نقش دارد و فقط بیان‌کننده آن نیست (عبیاتی، ۱۴۰۰، ص ۸۶-۸۵).

### ۳-۲. تعارض فتوا و قانون و روش حل آن

در شکل‌گیری یک جامعه سیاسی، قانون به عنوان محور اصلی فعالیت‌ها شناخته می‌شود. قوای سه‌گانه (قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه) بر اساس قانون شکل می‌گیرند و این قانون در صدر اسلام نیز وجود داشته است. پیامبر اکرم و ائمه معصومین به تبیین و وضع احکام شرعی پرداخته‌اند که در زمان غیبت، فقهای جامع‌الشرایط جانشین آنان شدند. با ورود به زمان غیبت، تعدد فتاوی به وجود آمد که می‌تواند در زندگی فردی مؤثر باشد، اما در یک حکومت دینی مانند جمهوری اسلامی ایران که با هدف استقرار احکام شرعی بنا شده، این تعدد فتوا به مشکل تبدیل می‌شود. به عنوان مثال، در نظام بانکی یا قوه قضائیه، وجود فتاوی مختلف می‌تواند موجب اختلال و بی‌اعتمادی اجتماعی شود. بنابراین فتوا نمی‌تواند جایگزین قانون در یک حکومت اسلامی شود. قانون باید وحدت داشته باشد تا بتواند امور را ساماندهی کند.

در جامعه‌ای که تحت حاکمیت یک دولت اسلامی قرار دارد، نیاز به قانون واحد احساس می‌شود که می‌تواند شامل احکام ثابت و احکام متغیر شرعی باشد. بنابر این با توجه به اینکه نظام اسلامی دچار هرج و مرج اجتماعی نشود باید یک قانون کلی برای همه مردم به طور مساوی وضع شود زیرا در صورت نبود قانون واحد، جامعه اجتماعی دچار بی‌نظمی می‌شود.

بعد از اینکه به حکم شرع و عقلاء نیازمندی به وجود قانون ثابت شد، حال سوال این است که این قانونی که در حکومت اسلامی وضع خواهد شد باید طبق فتاوی کدام مجتهد باشد؟

در جواب این سوال هرچند خود نیاز به یک تحقیق مفصل دارد اما به طور اجمال پاسخ داده می‌شود.

در اصل ۴ و ۱۹۴ قانون اساسی تشخیص این امر را برعهده فقهای شورای نگهبان قرار داده است؛ اما اقوال متفاوتی در این جا مطرح شده است که مهم ترین آن فتوای فقیه حاکم شرع (ولی فقیه) معیار قانونگذاری است (ارسطا، ۱۴۰۳).

### ۳-۳. روش حل تعارض فتوا و قانون

**حالت اول:** در صورتی که تعارض غیر مستقر باشد؛ یعنی نسبت بین حکم حکومتی و فتاوی علماء، اگر یکی از نسبت های تخصیص، تخصص حکومت یا ورود حاکم باشد، حکم حکومتی حاکم با فتاوی علماء قابل جمع است. به عنوان مثال، اگر حکم حکومتی حاکم بر وجوب شرکت در راهپیمایی باشد، در حالی که فتوای برخی علماء استحباب یا کراهت کلی شرکت در راهپیمایی را بیان کند، در این صورت حکم حکومتی به دلیل خاص و جزئی بودن، با فتوای عام و کلی قابل تخصیص است و اگر عموم فتوا به نحو عموم بدلی باشد (به این معنا که نیازی به اتیان تمام مصادیق فتوا نیست و امثال یکی کافی است)، حکم حکومتی می تواند بر فتوای عام و کلی حاکم شود؛ بنابراین، در این مورد خاص، بر اساس حکم عقل، به حکم حاکم عمل می شود و در سایر موارد و مصادیق مربوط به کلی فتوا، به فتوا عمل خواهد شد (کریمی و مرتضوی، ۱۳۹۲).

اگر بین حکم حکومتی و فتاوی مراجع نسبت تخصص حکم وجود داشته باشد، هیچ تنافی و تعارضی بین این دو وجود نخواهد داشت؛ زیرا در این حالت موضوع حکم حکومتی با موضوع فتاوا متفاوت است. به عنوان مثال، اگر حکم حکمی مبنی بر حرمت مراجعه به طبیب غیر حاذق صادر کند و علما فتوا به استحباب کلی شرکت در راهپیمایی دهند، در اینجا موضوع حکم (رجوع به طبیب غیر حاذق) با موضوع فتاوا (شرکت در راهپیمایی) متباین است و بنابراین حکم و فتوا قابل جمع و مورد عمل مقلدین و مجتهدین خواهند بود.

در مواردی که نسبت حکم حکومتی با فتاوا به لحاظ تراحم برقرار باشد، حکم حکومتی و فتوای فقیه به دو موضوع مختلف اشاره دارند. با این حال، در مقام امتثال، امکان جمع این دو وجود ندارد. به عنوان مثال، اگر مکلفی مجبور شود به منظور حفظ سلامتی و درمان خود به کشوری سفر کند، در حالی که حکم حکمی مبنی بر حرمت سفر به آن کشور صادر کرده و فتوای مرجع تقلید نیز بر وجوب حفظ نفس تأکید دارد، در اینجا موضوع حکم و فتوای فقیه از یکدیگر تفکیک می شوند. در مقام عمل، مکلف نمی تواند به هر دو حکم عمل کند. بر اساس قاعده تراحم، حکم حاکم که متضمن مصلحت عامه مسلمین است، بر فتوای متضمن مصلحت جزئی و فردی تقدم دارد (مظفر، ۱۴۳۰ق، صص ۵۴۷-۵۴۸).

در صورتی که تعارض مستقر باشد، به این صورت که بین حکم حکومتی و فتاوی برخی مراجع تقلید در مواردی رخ دهد که فتوایی با حکمی حکومتی در مقام جعل و انشاء متعارض باشد و این تعارض در مقام امتثال وجود نداشته باشد. در این زمینه، اگر عموم فتوا به صورت عموم استغراقی باشد (به این معنا که حکم فتوا تمام مصادیق خود را شامل شود)، تعارض مستقر می شود از سوی دیگر، اگر عموم فتوا به صورت بدلی باشد، حکم و فتوا قابل جمع خواهند بود. در این صورت اکثر فقهای معاصر پیرو مکتب ولایت مطلقه فقیه، بنابر لازمه اطلاق ولایت فقیه در این مکتب که وجوب اطاعت و عدم نقض احکام فقیه است. نقض حکم حکومتی با فتوا را جایز نمی دانند. آیت الله مصباح معتقد است؛ در صورت تعارض فتوای ولی فقیه با فقهای دیگر در امور فردی می توان به مرجع تقلیدی که در فقهت اعلم تشخیص داده ایم مراجعه کرد، اما در امور اجتماعی همیشه نظر ولی فقیه مقدم است و نقض حکم او - حتی از طرف حاکمی دیگر که اعلم از او باشد - حرام است. (کریمی و مرتضوی، ۱۳۹۲).

**حالت دوم:** گاهی تعارض میان فتوا و قانونی است که به واسطه سیره عقلاء و بدون دخالت مستقیم شرع و نظر فقیه تدوین می‌گردد و فقط برای حفظ نظام سیاسی وضع شده است.

در این صورت تعارض به گونه‌ای است که مثلاً در قانون چنین آمده است زوجه از عقار ارث می‌برد یعنی زن از قیمت زمین ارث می‌برد یعنی زن از قیمت زمینی که از ملک شوهر است ارث می‌برد نه عین آن، درحالی که این قانون با فتوای فقها در تعارض است زیرا فتوا می‌گوید زن از عقار ارث نمی‌برد.

در چنین موردی این تعارض برای شخصی که مقلد مجتهدی است که این فتوا را پذیرفته چگونه قابل حل است؟  
بنابر این فرض سه احتمال مطرح است:

احتمال اول: عمل به فتوا لازم است؛ زیرا در حجیت فتوی بر این افراد تردیدی وجود ندارد؛ اما این مقلدان نسبت به آنچه که عنوان قانون دارد با واسطه علم به خطا و اشتباه دارند؛ در نتیجه نمی‌توانند بر طبق قانون عمل نمایند. به عبارت دیگر در چنین فرضی حجیت فتوای مرجع تقلید، قطعی و مسلم است؛ ولی آنچه که در قانون آمده بطلان آن آشکار یا مشکوک است؛ پس از اعتبار ساقط می‌شود.

احتمال دوم چون قانون بر اساس یک فتوا صادر شده که حجیت دارد؛ چنانچه قائل به عدم لزوم تقلید اعلم شویم از این جهت میتواند بر طبق قانون عمل نماید.

احتمال سوم خواه مرجع تقلید اعلم باشد یا نه و خواه تقلید از اعلم را لازم بدانیم یا نه فقط باید بر طبق قانون عمل نمود تا از هرج و مرج احتراز شود. توضیح اینکه اگر بر طبق قانون عمل نشود، هم اختلاف به وجود می‌آید و هم موجب اختلال نظام بشری شده و هرج و مرج می‌شود؛ بر این اساس باید بر طبق قانون عمل نمایند. در این فرض بعید نیست که بتوان وجوب پیروی از قانون را بر اساس قاعده الزام نیز توجیه نمود؛ به این بیان که چون مردم هر مملکت خود را ملزم به قانون آن کشور میدانند باید در این موارد هم بر طبق آن عمل نمایند (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۲).

## نتیجه گیری

تعارض در اصول فقه به عنوان یک مبحث مهم ناشی از وجود دو دلیل متضاد شناخته می شود. تعارض غیر مستقر معمولاً با تأمل و جمع عرفی مانند تخصص، ورود، حکومت، تخصیص و تراحم قابل حل است، اما تعارض مستقر نیازمند روش های دقیق تری مانند مرجحات منصوص می باشد. تعارض فتوا و قانون به عنوان یکی از مصادیق مهم تعارض، در جوامع اسلامی مانند جمهوری اسلامی ایران اهمیت زیادی دارد. این تعارض زمانی رخ می دهد که دستورات شرعی (فتوا) با قوانین مصوب نظام حکومتی در تضاد قرار می گیرند. انتخاب میان عمل به فتوا یا پیروی از قانون بحث مهمی است و بستگی به شرایط اجتماعی و سیاسی دارد که در شرایطی فتوا و گاهی قانون مقدم می شود. بنابراین، وجود یک قانون واحد در جوامع اسلامی ضروری است تا هماهنگی لازم میان فتاوی مختلف ایجاد شود و از بروز تضادهای قانونی جلوگیری گردد.

## فهرست منابع

۱. ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، مکتب الإعلام الإسلامی، قم.
۲. ارسطاء، محمدجواد، (۱۴۰۱)، نشست علمی مدرسه فقهی امام محمدباقر (ع)، ۱۴۰۱/۳/۲۹.
۳. امینی، محمد، (۱۳۹۳)، درسنامه فقه الحدیث، انتشارات مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص)، قم.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۹ق)، فرائد الاصول، مجمع الفکر الإسلامی، قم.
۵. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۹)، ولایت فقیه، نشر اسراء، قم.
۶. خوبی، ابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، مصباح الاصول، بی نا، بی جا.
۷. ربانی بیرجندی، محمد حسن، (۱۳۹۳)، دانش فقه الحدیث، نشر المصطفی (ص).
۸. صرامی، سیف الله، (۱۳۸۰)، احکام حکومتی و مصلحت، مرکز تحقیقات استراتژیک، تهران.
۹. عیبائی، عبدالزهرا، (۱۴۰۰)، تحلیل حکم حکومتی در فقه سیاسی، فصلنامه پژوهش های حقوقی قانون یار دوره ۴، ش ۱۵.
۱۰. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۶)، فقه و مصلحت، نشر سازمان پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم.
۱۱. فاضل لنکرانی، محمد جواد، (۱۴۰۲)، تأملی بر انگاره تعارض فقه و قانون، فصلنامه علمی تخصصی مطالعات فقه سیاست، بهار و تابستان، ش ۵.
۱۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ق)، العین، بی نا، قم.
۱۳. کریمی، محمود، مرتضوی، سلمان، (۱۳۹۲)، نسبت حکم حکومتی با احکام و فتاوی مجتهدین در نظام سیاسی اسلام، نشریه دانش سیاسی، بهار و تابستان، ش ۱۷.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۲)، مباحثی از اصول فقه دفتر سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
۱۵. مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، (۱۳۸۹)، فرهنگ نامه اصول فقه، بی نا، بی جا.
۱۶. مظفر، محمدرضا، (۱۴۳۰ق)، اصول الفقه، انتشارات اسلامی، قم.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ق)، انوار الاصول، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم.
۱۸. ملکی اصفهانی، مجتبی، (۱۳۷۹)، فرهنگ اصطلاحات اصول، نشر عالمه، قم.
۱۹. میرزای نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۶)، فوائد الاصول، نشر جامعه مدرسین، قم.

۲۰. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲)، جواهرالکلام فی الشرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث، بیروت.

۲۱. ولایی، عیسی، (۱۳۹۸)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، نشر نی، تهران.

۲۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۰۰)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، انتشارات موسسه دایره‌المعارف الفقه الاسلامی، قم.



## تأملی بر کاربست قیاس در فقه علامه حلی (ره)

محمد گنج خانلو<sup>۱</sup>

۱. دانش پژوه سطح ۴، حوزه علمیه، قم (نویسنده مسئول).

### اطلاعات مقاله

### چکیده

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۸/۲۰

کلیدواژگان: قیاس، رای،  
علامه حلی، اصول فقه، فقه.

قیاس و رأی بین علمای امامیه جزو مسائلی است که همه ایشان در آثار اصولی خود به آن پرداخته‌اند و قیاس منهی از غیر منهی را بحث کرده‌اند. در این میان علامه حلی ره نیز هم‌چون سایر اصولیون به این مسأله پرداخته است. اما نکته‌ی حائز اهمیت این است که با اینکه ایشان در مباحث اصولی به رد و طرح قیاس منهی و رای پرداخته، لکن در مباحث فقهی خود مبتلا به قیاس منهی شده است. با بررسی آثار اصولی علامه مانند تهذیب الوصول، مبادی الوصول و نهاییه الوصول الی علم الاصول و تطبیق آن بر مباحث فقهی ایشان در آثاری چون قواعد الاحکام، مختلف الشیعه و نهاییه الاحکام به مواردی بر خوردیم که نشان از ابتلای ایشان به قیاس منهی بود. فهم این مسأله سبب شد که دقت نظر بیشتری در تحلیل نظرات علامه صورت پذیرد و محققین تکیه گاه اصلیشان بر مبانی اصولی علامه باشد و در تطبیق مصادیق با نکته سنجی به مباحث فقهی ایشان برسند.

## مقدمه

یکی از بحث‌های مهم اصولی، مسأله قیاس و رأی و حجیت آن است. از آنجا که هیچ فقیه‌ی بی‌نیاز از فهم چارچوب موضوع قیاس و شناخت موارد حجت و لاجحه آن نیست و بی‌توجهی به آن ممکن است سبب استفاده نابجای موارد درست از نادرست شود، همه فقها و اصولیون اعم از قدما و متأخرین و معاصرین، حول این موضوع قلم زده‌اند و بر سر مصادیق قیاس منهی و موارد منهی و غیر منهی، مباحث طولانی انجام داده‌اند.

یکی از فقهایی که در کتب اصولی خود به موضوع قیاس پرداخته، علامه حلی ره است. ایشان در نهاییه الوصول که از کتب مبسوط اصولیشان است، به صورت مفصل ابعاد متنوع قیاس و رأی را بررسی کرده است (علامه حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۳۵۷-۹۱). همچنین در سایر کتب اصولی خود نظیر تهذیب الوصول (علامه حلی، ۱۳۸۰ش، ص ۲۷۵-۲۴۳) یک مقصد، و در مبادی الوصول (علامه حلی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۲۹-۲۱۴) یک فصل، را به بحث قیاس اختصاص داده است.

این موضوع از آن حیث اهمیت دارد که در روایات مختلف از قیاس نهی شده است و ابتلا یا عدم ابتلای یک فقیه بر یک موضوع با اهمیت دیدگاه متفاوتی را برای پژوهشگران در تحلیل تطابق نظرات او اصولی او با کتب فقهی به وجود خواهد آورد. از آنجا که در این موضوع تحقیق مستقلی انجام نشده است بر آن شدیم که به صورت مفصل به آن پردازیم تا کسانی که در صدد تحلیل نظرات فقهی و اصولی علامه هستند با دقت نظر بیشتری به گنجینه علمی ایشان نظر کنند و با تفکیک میان نظرات فقهی و اصولی تحلیل‌های دقیق‌تری ارائه دهند و دچار تشویش نشوند.

کلیدی‌ترین مباحثی که در نوشتار حاضر به آن خواهیم پرداخت از قرار ذیل است:

الف) مبانی اصولی ایشان در مورد تعریف و شناخت انواع قیاس و موارد حجه و لاجحه از دیدگاه علامه.

ب) تطابق یا تغایر مبانی اصولی ایشان با مبانی فقهیشان. زیرا که فقه هر فقیه باید از مبانی او در اصول تبعیت کند، بالطبع فقه علامه نیز بایستی مطابق نظرات اصولی ایشان در ذیل قیاس پیش رفته باشد اما باید ببینیم ایشان بر خلاف مبانی اصولی نظر داده و دست به تحلیل‌هایی از جنس قیاس منهی زده است یا اینکه فقه ایشان نیز مطابق با اصولشان پیش رفته است؟

در ادامه ابتدا مبانی اصولی ایشان در مورد قیاس را بررسی می‌نماییم و سپس به واکاوی تطابق یا عدم تطابق تحلیل‌های فقهی ایشان با مبانی اصولیشان، می‌پردازیم.

## ۱. تبیین مبانی علامه

### ۱-۱. تعریف و ارکان

اینکه معنای لغوی و تعریف اصطلاحی قیاس چیست و چه اختلافاتی در این زمینه میان اصولیون وجود دارد در کتب اصولی به تفصیل بیان گردیده است. اما تعریفی که علامه از قیاس ارائه کرده به معنای تسری دادن یک حکم از اصل به فرع بخاطر علت واحدی است که میان آن دو وجود دارد.

و هو تعدیه الحكم المتحد من الأصل إلى الفرع لعلته متحدة فيهما (علامه حلی، ۱۳۸۰ ه. ش، ص ۲۴۵).

القیاس: عبارة عن حمل الشيء على غيره، في إثبات مثل حكمه له، لاشتراكهما في علته الحكم. (علامه حلی، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۲۱۵)

ایشان ارکان قیاس را همانند مشهور اصولیون به چهار قسم تقسیم کرده است؛ اول، اصل یعنی مقیس علیه. دوم، فرع که همان مقیس است. سوم، علت که همان معنای مشترک میان اصل و فرع است. و چهارم، حکم یعنی چیزی که در مقام اثبات آن برای فرع هستیم.

و أركانها أربعة: الأصل، و هو المقيس عليه .. و الفرع: هو المقيس .. و العلة: هي المعنى المشترك .. و الحكم: و هو المطلوب إثباته في الفرع. (همان).

البته ایشان در کتابهای دیگر تعاریف دیگری هم بیان کرده‌اند.

## ۱-۲. حجیت قیاس

اما مهم ترین مبحث در موضوع حاضر تبیین حجیت قیاس و شناخت موارد صحیح و نادرست آن از منظر علامه حلی ره است. به صورت کلی، از منظر فقهای شیعه دو نوع قیاس وجود دارد. قیاس ظنی و قیاس قطعی. از نظر امامیه تنها قیاس قطعی حجت است که مبتنی بر فهم علت قطعی یک حکم و تسری آن به موضوع دیگر است. در مقابل، قیاس ظنی است که صرفاً بخاطر تشابه دو مسأله و بدون تمسک به امارات عقلایی، حکم اصل بر فرع سرایت داده می‌شود. مقصود روایاتی که از قیاس منع کرده‌اند نیز موارد ظنی آن مد نظرشان بوده است. زیرا فضایی که شیعیان در آن زندگی می‌کردند محیطی بوده که اهل سنت در آن سیطره داشتند و آنها بخاطر عوامل مختلفی چون فقدان امام دست به این کار می‌زدند. در این شرایط امکان تاثیر پذیری شیعیان از این فضای مسموم وجود داشته است. لذا اهل بیت ع وارد میدان شدند و از انحراف جلوگیری کردند. چرا که؛ «علمای عامه بر خلاف شیعه از روایات اهل بیت (ع) بهره‌مند نبودند و از سوی دیگر روایات اندکی از پیامبر اسلام (ص) به دستشان رسیده بود؛ از این رو به‌ناچار منابعی از پیش خود برای پاسخ به سوالات شرعی اختراع کردند و همین مسئله سبب شکل‌گیری انحرافی عظیم در فقه اهل سنت و فاصله‌ای شگرف میان آنان با فقه شیعی شد. کثرت فقهای عامه و حمایت حکومت‌های وقت از ایشان سبب شده بود که فضای غالب علمی در اختیار ایشان باشد و همین نکته ی خطری بود که ممکن بود، فقهای شیعه نیز رو به چنین طرقي بیاورند؛ علاوه بر این، فقهای شیعه و سنی با هم در مساجد و سایر مجامع حضور می‌یافتند و با یکدیگر حشر و نشر داشتند؛ همچنین این نکته را هم نباید از نظر دور داریم که گاهی قیاس به ظاهر معقول به نظر می‌رسد و همین رهنمی می‌شود که فقهای شیعه را نیز به خود متمایل کند... به‌کارگیری قیاس و عقل ظنی خطری جدی در کمین فقه شیعه نیز بود و به ضرس قاطع می‌توان گفت: اگر نهی شدید و مکرر اهل بیت نبود، فقه شیعی نیز آغشته به این آلودگی‌ها می‌شد. ... از این رو اهل بیت (ع) وارد میدان شدند و به تخطئه اجتهاد و عقول ظنی افراد پرداختند و مانع از این شدند که فقهای شیعه وارد این عرصه‌ها شوند. در جامع احادیث شیعه درباره عدم حجیت قیاس و رأی و مانند آن، ۱۵۹ روایت است» (اکبرنژاد، ۱۳۹۶ ش، ص ۸۲-۸۰)

بنابراین قیاس ظنی از منظر شیعه حجت نیست.

نظر علامه هم همانند اصولیون شیعه این است که قیاس ظنی حجت نیست.

اختلف الناس فی ذلك، و الذی نذهب إليه أنه ليس بحجة (علامه حلی، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۲۱۵).

اما تمام ماجرا این نیست. چرا که برخی از مسائل در ذیل قیاس وجود دارد که مشابهت بسیاری با قیاس منهی داشته و قابلیت تسری دادن حکم اصل بر فرع را بخاطر وجود اشتراکات میان این دو دارد. لذا علامه در کتب اصولی خود پس از تبیین ادله نقلی و عقلی عدم حجیت قیاس، مسائلی را می‌شمارد که می‌توان حکم اصل را بر فرع، بخاطر وجود اشتراکات تسری داد که برخی از آنها حجت بوده و از نوع قیاس ظنی نیست و برخی نیز ظنی بوده و لاجتنباد. این موارد عبارتند از الحاق مسکوت عنه به منطوق، قیاس منصوص العله و قیاس مستنبطه العله که از منظر علامه، دو مورد اول حجتند و در ذیل قیاس منهی قرار نمی‌گیرند و مورد سوم لا حجت است که در ادامه به تبیین هر سه مورد می‌پردازیم.

## ۱-۲-۱. قیاس اولویت

اولین مورد از قیاس که از نظر علامه حجت است، قیاس اولویت است که ایشان با تعبیر الحاق مسکوت عنه به منطوق از آن یاد می‌کند و از اساس چنین الحاقی را قیاس نمی‌داند. زیرا شرط الحاق مسکوت عنه به منطوق، أقوى بودن آن از منطوق است اما در قیاس، فرع از اصل قوی‌تر نیست.

بالاتر اینکه علامه چنین الحاقی را از دایره تعریف قیاس خارج کرده و در ذیل باب مفهوم گیری قرار می‌دهد. بنابراین از نظر ایشان چنین مواردی از اساس و تخصصا از دایره قیاس خارج است.

ایشان در کتاب مبادی الوصول الحاق مسکوت عنه به منطوق را زمانی که جلی باشد، مثل حرمت زدن والدین که از تحریم اف کردن ایشان در قرآن فهم می‌شود را از باب قیاس نمی‌داند.

إلحاق المسکوت عنه بالمنطوق، قد یکون جلیا کتحریم الضرب المستفاد من تحریم التأفیف، و ذلک لیس من باب القیاس. لأن شرط هذا، کون المعنی المسکوت عنه، أولى بالحکم من المنصوص علیه، بخلاف القیاس، بل، هو من باب المفهوم (علامه حلی، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۲۱۸).

البته نباید از نظر دور داشت که مطابق تعریفی که ایشان از قیاس ارائه کردند، این مورد نیز از مصادیق قیاس به حساب می‌آید<sup>۱</sup> اما چون منظور ایشان معلوم است، نمی‌توان خرده گیری کرد. و به عبارتی دعوا لفظی است.

### ۱-۲-۲. قیاس منصوص العله

دومین موردی که ایشان همانند سایر اصولیون حجت می‌داند قیاس منصوص العله است.

الأقرب عندی: أن الحکم المنصوص علی علقته، متعدّ إلى کل ما علم ثبوت تلك العلة فیہ، بالنصّ لا بالقیاس. لأنّ قوله: حرمت الخمر لکونه مسکرا، ینزل منزلة قوله: حرمت کلّ مسکر (علامه حلی، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۲۱۹).

ایشان در تهذیب الوصول هم هنگامی که از تعبد به قیاس سخن می‌گویند تنها قیاس منصوص العله و قیاس اولویت را حجت می‌داند. مثلا بیع رطب در مقابل تمر و خرما خشک صراحتا بخاطر کم شدن وزن آن علت عدم جواز قرار گرفته و فقیه می‌تواند این تعلیل را در مورد سایر اجناسی که با خشک شدن از وزن آن کاسته می‌شود مثل انگور در مقابل کشمش بکار گیرد چرا که از نظر استظهار عرفی خود رطب و خرما در اینجا موضوعیت ندارد و این ملاک را در اجناس دیگری نیز می‌توان بکار برد. در مورد قیاس اولویت هم که روشن است وقتی شرع از اف گفتن به والدین نهی کرده است از نظر عقل به طریق اولی از سخن ناروا گفتن یا ضرب و شتم والدین نیز نهی کرده است.

منع الشیعة من التعبد به شرعا، و إن جاز عقلا. و منع آخرون منه عقلا. ... والأقوی عندی أن العلة إذا كانت منصوصة، و علم وجودها فی الفرع، کان حجة، کقوله علیه السلام لما سئل عن بیع الرطب بالتمر، قال: «أ ینقص إذا جف؟ قیل: نعم. قال علیه السلام: فلا إذن»، و کذا قیاس تحریم الضرب علی تحریم التأفیف.

و أما فی غیر هذین فلا يجوز التعبد به لقوله تعالی: وَ أَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿البقرة: ۱۶۹﴾؛ الأعراف: (۳۳) وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴿الإسراء: ۳۶﴾ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَ إِنْ الظَّنُّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً ﴿النجم: ۲۸﴾. و قوله علیه السلام «ستفترق

<sup>۱</sup> صرف نظر از اولویت، نفس عمل و روش استنباط کشف حکم از اصل به فرع و تسری دادن حکم از منصوص به مسکوت مطابق تعریف خود ایشان قیاس است؛

امتی علی بضع و سبعین فرقه، أعظمهم فتنه قوم یقیسون الامور برأیهم، فیحرّمون الحلال و یحللون الحرام» (علامه حلی، ۱۳۸۰ ش، ص ۲۴۷).

بنابراین از توضیحی که ایشان نسبت به موارد جواز تعبد به قیاس می دهند معلوم می شود که ایشان با سایر اصولیون شیعه اختلافی ندارند و مثالهایی که برای قیاس می زنند از موارد منهی در روایات نیست. گرچه برخی مثل مرحوم علم الهدی ره تعبد به قیاس را عقلاً جایز می دانند اما در نهایت بخاطر منع شارع، تعبد به قیاس را همانند سایر فقهای شیعه ممنوع می دانند.

### ۱-۲-۳. قیاس مستنبطه العله

اما علامه از میان انواع قیاس، قیاس مستنبط العله را ممتنع می داند و برای اثبات امتناع آن راههایی که اصحاب قیاس برای اثبات مدعای خود از آن بهره می گیرند را به طور جداگانه بیان کرده و رد می کند. ایشان شش دلیلی که قائلین قیاس از آن استفاده می کنند را تبیین و سپس رد می کند.

ایشان در بحث سوم در الحاق مسکوت عنه به منطوق، از قیاس اولویت و حجیت آن یاد می کند، اما می گوید این روش در کشف حکم قیاس نیست، چون در قیاس اولویت، مسکوت عنه در اثبات حکم بر منصوص اولویت و ترجیح دارد، در حالی که صرف نظر از اولویت، نفس عمل و روش استنباط کشف حکم از اصل به فرع و تسری دادن حکم از منصوص به مسکوت مطابق تعریف خود ایشان قیاس است، در قیاس منصوص العله نیز همین مشکل برای ایشان به وجود می آید و با آنکه منصوص العله را حجت می داند می گوید قیاس نیست، چون تسری دادن حکم به خاطر وحدت علت از اصل به فرع است. اینکه ایشان می گوید به خاطر ثبوت علت است نه قیاس، ناشی از همان تصور منفی پیشین موجود در فرهنگ شیعه و حجت نبودن آن قسمت خاص، در لسان روایات است که به کل واژه قیاس و روش های گوناگون آن سرایت داده شده است. جالب اینجاست که از نظر علامه تنها مورد دارای اشکال در بخش قیاس نوع مستنبط العله است و عمده دلیل ایشان در این مورد عدم ضابطه مندی علت و یا وصف حکمت در تسری حکم است. ایشان در این مرحله توضیح بیشتری نداده است. در اینجا این سؤال پیش می آید که اگر واقعاً علت بود و ضابطه مند هم بود، باز مشکل عدم حجیت باقی می ماند؟ (ایازی، ۱۳۸۹، ص ۶۹).

با این اوصاف علامه در بحث حجیت قیاس تنها قیاس مستنبط العله را حجت نمی داند و انتظار این است که ایشان در مبانی فقهی خود نیز به همین اصول پایبند بوده و از آن تخطی ننماید.

### ۲. پای بند نبودن علامه (ره) به مبانی اصولی خود در فقه

از ادله ای که فقهای شیعه غیر از ابن جنید قائل به بطلان آن هستند قیاس است. این مسأله از نظر تئوری و تحلیل های اصولی برای اصولیون حل شده و دارای پاسخ است. اما در مواردی که قابل اعتناست، ایشان در فقه بر خلاف رویه های خود در اصول، بر اساس قیاس و برخی استحسانات عقلی که ظنی بوده و حجیت ندارند حکم کرده اند. گرچه بخشی از اینها مربوط به جدال با اهل سنت بوده است اما همه موارد اینچنین نیست. اگر کسی احاطه کافی به کتب فقهی داشته باشد موارد بسیاری را خواهد یافت که علما تصریح به استفاده کردن فقها از قیاس کرده اند. مثلاً از کلماتی مانند: هذا قیاس لا نقول به، قیاس، قیاس لا أقول به و قیاس محض و امثال آن بکار برده اند که فقها یکدیگر را متهم به عمل به قیاس ظنی کرده اند.

در نتیجه یک پژوهش استقرایی که در مورد گونه های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب جواهر الکلام تحقیق شده، بیش از چهار صد مورد گونه های مختلف قیاس به دست آمده که مورد استناد فقها قرار گرفته و بر اساس آن حکم صادر کرده اند.... قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و قیاس تنقیح مناطق قطعی مورد قبول فقهای امامیه است و محل نزاع نیست. اما بسیاری از قیاس های به دست آمده قیاس مستنبط العله است. (محمد مهدی یزدانی، حسینی صابری و حسینی مقدم، شماره ۸۸، ص ۱۵۳)

علامه حلی ره هم از کسانی است که در مواردی مرتکب قیاس ظنی شده است و فقها بر ایشان خورده گرفته‌اند.

## ۱-۲. تطهیر با آب مضاف

علامه در کتاب مختلف الشیعه در ذیل امکان یا عدم امکان ازاله نجاست با آب مضاف، در مقام دفاع از عدم امکان، شواهدی از آیات و روایات مطرح کرده که دلیل چهارم ایشان مبتنی بر این ادعاست که غایت ازاله نجاست برای اقامه نماز است و چون طهارت از حدث مشروط بر آب است، پس طهارت از خبث نیز به طریق اولویت مشروط بر آب است، زیرا خبثات حدث حکمی در درجه پایین‌تری نسبت به خبثات واقعی قرار دارد و تنها راه رفع این نوع از خبثات، آب است، در نتیجه رفع خبثات واقعی یعنی نجاست که خبثات قوی‌تری دارد به طریق اولی باید با آب باشد. ایشان در ادامه منکر قیاس بودن این استدلال شده و این مورد را جزو قیاس اولویت و همانند اتفاقی که در مورد اف گفتن بر پدر و مادر به وجود می‌آید گرفته است.

الرابع: أنّها طهارة تراد لأجل الصلاة، فلا تجوز إلا بالماء كطهارة الحدث، بل اشتراط الماء هنا أولى، لأن اشتراطه في النجاسة الحكمية يعطى أولوية اشتراطه في النجاسة الحقيقية. لا يقال: هذا قیاس، فلا يكون حجة، لأننا نقول: منع كونه قیاسا، وإنما هو استدلال بالاقتضاء، فان التنصيص على الأضعف يقتضى أولوية ثبوت الحكم في الأقوى، كما في دلالة تحريم التأليف على تحريم الضرب (علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱، ص ۲۲۴).

در پاسخ به این استدلال باید گفت که این ادعایی است بدون دلیل و قیاسی است مسلم! هیچ دلیلی بر ضعف نجاست حکمی نسبت به نجاست واقعی وجود ندارد بلکه اولویت باید منصوص و یا به گونه ای باشد که عرف مردم با شنیدن کلام منتقل به مقصود شوند، همانند آیه تکریم والدین که از تنصيص به حرمت اف، اولویت تحريم ضرب فهم می‌شود. اما در اینجا چگونه می‌توان قیاس کرد در حالی که هر کدام از این خبثات ها از نوع خاصی بوده و احکام مختص به خود را می‌طلبند.

صاحب معالم به ادعای علامه مبنی بر قیاس نبودن این استدلال و از باب اقتضاء بودن استدلال اشکال گرفته و می‌گوید که چنین پاسخی نادرست است. چرا که محوریت مفهوم موافق بر تحقق اولویت بین منطوق و مفوم است و در مثالی که علامه زدن قطعا چنین اولیوی در میان نیست. چرا که اضعف بودن نجاست حکمیه نسبت به نجاست عینییه قطعا ثابت نیست زیرا بر طرف شده نجاست حکمیه مشروط به نیت است اما پاک شدن نجاست عینییه جزو واجبات توصلی بوده و شرط نیت در آن وجود ندارد. بنابراین در مفهوم موافق باید علم به علت وجود داشته باشد و مسکوت عنه اقوی از منطوق باشد در حالی که در مثال علامه چنین اتفاقی نیفتاده است و چنین ادعایی گراف گویی است.

و ليس هذا الجواب بشيء؛ فإن دعوى كونه من باب الاقتضاء يعنى: مفهوم الموافقة موقوفه على تحقق الأولوية بين المنطوق و المفهوم كالمثال الذى ذكره، و لا ريب فى انتفاء ذلك هنا؛ فإن كونه النجاسة الحكمية أضعف من العينية فى حيز المنع. كيف! و الحكمية لا ترتفع عندهم إلا بالنية. و يعتبر فى صدورهما و تعلقهما ما لا يعتبر فى العينية. و بالجملة فلا خفاء فى اشتراط مفهوم الموافقة بالعلم بالعلم و ظهور كونها فى المسكوت عنه اقوى، كما فى مثال التأليف. و ادعاء مثله فى موضع النزاع مجازفة ظاهرة (عاملی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۴۲۲).

علامه قزوینی در کتاب ینابیع الاحکام در رد بیان علامه نیز مشابه سخن پیشین را بیان کرده است.

و ضعفه واضح، و إن قال العلماء فى توجيهه: بأنه استدلال بالاقتضاء، فإن التنصيص على الأضعف يقتضى أولوية ثبوت الحكم فى الأقوى، كما فى دلالة تحريم التأليف على تحريم الضرب، لمنع كونه اقوى بعد ملاحظه أنه يعتبر فى النجاسة الحكمية ما لا يعتبر فى الحقيقية كالنية و غيرها من الشرائط المقررة فى محالها (قزوینی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۷۷۹).

## ۲-۲. حضور در نماز جمعه

علامه حلی در **مختلف الشیعه** برای اثبات واجب بودن حضور پنج نفر در نماز جمعه (نه هفت نفر) استدلال‌هایی ارائه می‌دهد. از جمله اینکه انسان بالطبع اجتماعی است پس نیازمند به اجتماع است که خصوصیت آن تنازع و درگیری و کشمکش است. زمانی این اجتماع کامل و تمام است که رئیسی داشته باشد تا مردم را هنگام عصیان از خدا بترساند و آن‌ها را از عصیان باز دارد و هنگام اطاعت آن‌ها را وعده ثواب دهد. پس وجود امام در اجتماع ضروری است؛ در مرحله بعد از آنجا که انسان در معرض حوادث است، برای این که نظام جامعه به هم نریزد، این امام نیازمند نایب است. و باز به این جهت که نزاع لاقبل با دو نفر شکل می‌گیرد باید این دو نفر نیز در نظر گرفته شوند و از آن‌جا که در هر نزاعی یکی از طرفین مستوجب حد می‌شود شخص پنجمی هم نیاز هست تا حدود را جاری کند. پس روشن شد که تمدن و استیطان (شکل‌گیری وطن) با این پنج نفر کامل می‌شود. لذا ما پنج نفر را در نماز جمعه اعتبار می‌کنیم و می‌دانیم که نماز جمعه بر مسافری واجب نیست.

لأنَّ الإنسان مدنی بالطبع فیتفتقر إلى الاجتماع الذی هو مظنة التنازع، وأنما یتم الاجتماع ویکمل نظامه برئیس یردعهم و یخوفهم الله تعالی عند العصیان و یعدهم بالثواب عند الطاعة فوجب اعتبار الإمام، ثمَّ لَمَّا كان الإنسان فی معرض الحوادث ومحلاً للاضطراب وجب فی الاجتماع ونظامه اعتبار نائب له، و لَمَّا كان التنازع یفتقر إلى مدع و مدعی علیه وجب اعتبارهما، ولَمَّا كان التنازع مؤدیا إلى استحقاق الحد فی جنب أحدهم وجب وضع من یتوفی الحدود. فظهر أنَّ التمدن والاستیطان والاستقرار إنما یتم بهؤلاء الخمسة، فلهذه الحکمة اعتبرنا الخمسة فی العدد؛ لأنَّ الجمعة لا تجب علی غیر المستوطن (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۰۹).

پاسخ این است که اگر مناط پنج نفر بودن افراد نماز جمعه این است چرا اهل بیت ع به صورت صریح و شفاف حکمت آن را بیان نکرده اند؟ در زمان حضور اهل بیت چگونه پنج نفر نیاز است؟ آیا امام نیاز به نایب دارد؟ اگر راه چنین استحضانات و تحلیل‌های غیر متعارف بر فقه شیعه باز شود چیزی از فقه باقی خواهد ماند؟ تفاوت و وجه مایز چنین برداشتهایی با برداشتهای امثال ابو حنیفه چیست؟ آیا جز این است که علامه حلی به صورت مفصل در کتب اصولی خود بی ضابطگی قیاس اهل سنت را تذکر داده است پس چگونه محصول استدلال‌های اصولیشان در فقه دچار عدم تطابق و انحراف شده است؟ با همین روش می‌توان برای حضور شش نفر و هفت نفر و ده نفر در نماز جمعه استدلال کرد. مگر نماز جمعه دادگاه است که برای آن چنین استدلالاتی بیان می‌شود. جالب است که برخی برای حضور هفت نفر در نماز جمعه هم از چنین استدلال‌هایی استفاده کرده اند و وجود دو شاهد برای شهادت بر له یا علیه طرفین نزاع را بدان اضافه کرده‌اند.

### ۲-۳. صحت روزه جنب در رمضان

یکی از مباحث اختلافی میان علمای شیعه این است که آیا روزه کسی که در شب جنب شده و از روی عمد بر جنابت خود باقی مانده و با همان حالت وارد روزه ماه رمضان شود، صحیح است یا این که باطل بوده و موجب قضا یا قضا و کفاره می‌شود؟ علامه حلی مانند بسیاری دیگر از علمای شیعه معتقد است که چنین عملی موجب قضاء و کفاره می‌شود. وی در این زمینه به ادله‌ای تمسک می‌کند که یکی از آن‌ها چیزی جز قیاس و استحسان عقلی نیست. ایشان می‌گوید:

إنزال در طول روز موجب قضا و کفاره می‌شود. بنابراین کشاندن بقای بر جنابت از شب به روز نیز باید موجب قضا و کفاره شود. بلکه در مورد دوم چنین حکمی با تاکید بیشتری است زیرا در اولی ابتدا روزه منعقد شده و پس از آن انزال صورت گرفته در حالی که در دومی از همان ابتدای روزه چنین حالتی وجود داشته است و کار به انعقاد روزه نکشیده است پس در دومی به طریق اولی باید قضا و کفاره داشته باشد.

لنا: إنَّ الإنزال نهراً موجب للقضاء و الکفارة، فكذا استصحاب الإنزال، بل هذا أكد؛ لأنَّ الأوَّل قد انعقد الصوم فی الابتداء و هنا لم ینعقد. (علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۳، ص ۴۰۷).

فقها نیز به این روش علامه در ذیل این مساله اشکال کرده اند. محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائده و البرهان استدلال علامه را غیر ظاهر می‌داند: «فاستدلال العلامة فی المختلف بإيجاب ما يجب فی (الثانی)، علی إيجابه فی الأوّل، غیر ظاهر» (اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۵، ص ۳۷).

آقا رضی الدین خوانساری هم در کتاب خود به قسمتی از استدلال علامه اشکال می‌کند و ضعف این استدلال را واضح می‌داند: «و ضعف هذا الاحتجاج واضح للفرق البین بین الإنزال و استصحاب الجنابۀ و ظهور عدم استلزام إفساده و كون إفساد الإنزال بل المباشرة باعتبار إحداث الجنابۀ غیر ظاهر و علی تقدیر ثبوتہ فلا يدل تنافی إحدائہا للصوم و نقضه إیاه علی تنافی استمرارها له ألا ترى أنهم لا يقولون بوجوب الغسل فوراً علی المحتلم فی نهار شهر رمضان و ثانیاً الأخبار الكثيرة المستفیضة الدالّة علیہ و فیها الصحیح و قوی السند و الاحتجاج بها قوی خصوصاً مع شهرة هذا القول بین الأصحاب و موافقته للاحتیاط» (خوانساری، ۱۳۱۱ ق، ص ۳۴۳).

ایشان در چندین جای از این کتاب به استدلال علامه اشکال می‌کند که یک مورد را بیان کردیم. با توجه به اینکه انزال موجب به وجود آمدن خبث باطنی می‌شود به نظر می‌رسد که تحلیل علامه بر اولویت قضا و کفاره برای کسی که در شب جنب شده ناظر به وجود خبث در همان ابتدای کار است. در حالی که ما دلیلی بر این مطلب نداریم که اگر انزال در طول روز موجب قضا و کفاره شود، اگر در همان ابتدای روز و طلوع فجر این اتفاق بیفتد خبث قوی تری نسبت به طول روز ایجاد کند تا بگوییم در اینجا قضا و کفاره آکد است. اگر باب چنین مسائلی در فقه باز شود افراد مختلف می‌توانند از فروعات مختلفی که دلیل قطعی نقلی یا عقلی ندارد با یک تحلیلی که از نظرشان درست است، فهم خودشان را از یک مساله به مسائل دیگر تسری دهند. سوال این است که آیا دلیل قضا و کفاره روزه ماه رمضان خود عمل جنسی بما هو هو که یک نوع لذت جویی است بوده یا به خاطر ایجاد حالت جنابت که یک حالت روحی خاص است که نیاز به طهارت دارد؟ برای ما وجه این مساله روشن نیست.

## ۲-۴. طهارت خاک در تطهیر ولوغ کلب

از جمله مباحثی که در ذیل نجاست ظروف با ولوغ سگ در کتب فقهی وجود دارد این است که آیا خاکی که برای تطهیر ظرف نجس به کار می‌رود لازم است که پاک باشد یا اینکه طهارت خاک شرط نیست و با خاک نجس هم می‌توان ظرف را تطهیر نمود؟ علامه در ذیل این مساله خاک نجس را تطهیر کننده نمی‌داند چرا که نجس نمی‌تواند چیزی را تطهیر کند. ایشان در ادامه احتمال اجزاء هم می‌دهد زیرا مقصود این است که این نجاست با چیز دیگر پاک شود حال چه آن شی پاک باشد و چه نجس. و لا یجزی التراب النجس، لأن النجس لا یطهر غیره، و یحتمل الإجزاء، لأن المقصود الاستعانة علی القلع بشیء آخر، فکان کالدبغ بالنجس (علامه حلی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۲۹۳).

صاحب معالم نیز استدلال علامه را رد کرده و آن را استنباط محض می‌داند. و قد بینا ما فی الاستناد إلی التعلیل فی هذا المقام من الإشکال؛ إذ هو استنباط محض. و لا ریب أنّ اعتبار الطهارة أنسب و إن کان باب الاحتمال غیر منسّد، لا لما ذکره العلامة، بل من حیث توقّف الاشتراط علی الحجّة؛ إذ الدلیل مطلق (عاملی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۶۷۵).

محدث بحرانی این استدلال را به اهل قیاس، انسب می‌داند. چرا که چنین ادعایی از نص فهم نمی‌شود و مصداق قیاس منهی یعنی قیاس مستنبطه العله است.

قد نص جمع من الأصحاب على اشتراط طهارة التراب التفاتا الى ان المطلوب منه التطهير و النجس لا يطهر، و احتمل العلامة في النهاية أجزاء النجس و وجهه بان المقصود من التراب الاستعانة على القلع بشيء آخر و شبهه حينئذ بالدفع بالنجس و أنت خبير بما فيه لان التعليل بما ذكره و ان تكرر في كلام جملة منهم إلا انه غير معلوم من النص بل هو علة مستنبطة بأهل القياس انساب(بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۴۸۰).

## ۲-۵. وجوب ازاله نجاست از ثوب

علامه ذیل بیان برخی از احکام باب نجاسات، به میزان نجاست در خون و غیر خون می‌پردازد که اگر خون غیر از دماء ثلاثه و جرح و قرح باشد ما دامی که به اندازه یک درهم نرسیده نیازی به ازاله ندارد اما اگر نجاستی غیر از خون مثل بول و غائط در میان باشد، در اینجا اندازه ملاک نیست و هر مقداری که باشد باید تطهیر شود. ایشان در ادامه به ادله تطهیر نجاسات غیر از دم پس از بیان یک آیه و یک روایت، دلیل وجوب تطهیر نجاست بول را غلیظ تر بودن نجاست بول از خون معرفی کرده و میگوید که به همین دلیل خروج بول سبب وضو می‌شود اما خون چنین نیست.

لأن نجاسته أغلظ من الدم، و لهذا أوجب الوضوء بخلاف الدم (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۷۶).

در اینجا نیز ایشان دچار قیاس شده است. آیا خروج باد معده یا خواب که جزو حدث اصغر است سبب می‌شود که آنها را هم با دم مقایسه کنیم و بگوییم که خون چون نجاستش غلیظ تر است و با این وجود مبطل نیست، پس باد معده هم مبطل نیست؟ قطعاً پاسخ منفی است و چنین رویکردی در تحلیل های فقهی دامگه تحلیل‌های فقهی است.

## ۲-۶. تطهیر آوانی نجس

سخن در مورد ولوغ کلب نسبت به ظروف است که طبق نظر مشهور باید یک بار خاک مالی شود و دوبار با آب شسته شود تا ظرف تطهیر گردد. علامه در ذیل این مطلب نسبت به لعابی که از غیر ولوغ از سگ به وجود آمده را ملحق به ولوغ می‌کند و برای تطهیر آن نیز خاک مالی را لازم می‌داند. در ادامه ایشان الحاق عرق و سایر رطوبات سگ به لعاب را اقرب می‌داند و دلیل پذیرش این مطلب را چنین بیان می‌کند که دهان سگ از سایر اعضای بدنش تمیز تر است بنابراین وقتی در آنجا حکم به خاک مالی و شستن دوبار با آب داده شده است پس در اینجا نیز چنین است.

و هل يجرى عرقه و سائر رطوباته و أجزاءه و فضلاته مجرى لعابه؟ إشكال، الأقرب ذلك، لأن فمه أنظف من غيره، و لهذا كانت نكهته أطيب من غيره من الحيوانات لكثرة لهثه (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۹۴).

پاسخ این است که مگر روش تطهیر نجاست در ولوغ سگ یک مسأله‌ی تبعیدی نیست که نیازمند چنین استدلال‌هایی نباشد؟ از میان این همه حیواناتی که خدای متعال خلق کرده با اینکه در ظاهر برخی از آنها بسیار کثیف تر از سگ هستند نیازی به خاک مالی دیده نشده است اما در مورد ولوغ سگ چنین اوامری در شریعت بیان شده است. بنابراین وقتی مادامی که دلیل یا نص خاصی در مورد سایر رطوبات سگ نداشته باشیم نمی‌توانیم آنها را با این استدلالها حکم را از اصل به فرع منتقل کنیم و قیاس نماییم.

## ۲-۷. الحاق كفارة شرب لبن ظبیه به غیر آن.

از جمله مسائل مربوط به کفارات احرام، صید است که در ذیل آن برخی از مباحث مطرح می‌شود. از جمله موضوعاتی که فقها در کتب فقهی به آن پرداخته‌اند این است که اگر محرم در حرم شیر آهوی ماده را بنوشد باید کفاره آن را بپردازد. دلیل این مطلب نیز وجود وجود نصی است که در کتب روایی آمده است.<sup>۱</sup>

علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام شیر آهو را توسعه داده و همین کفاره را برای غیر آهو نیز لازم دانسته است.

و لو شرب لبن ظبیه فی الحرم فعلیه دم و قیمة اللبن، و ینسحب فی غیرها (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۶۲).

در حالی که ما دلیل مستقلی برای این ادعا نداریم و چیزی که در نص بیان شده است همان شیر آهو است.

لذا برخی از فقها به علامه حلی ایراد گرفته‌اند و انسحاب حکم آهو به غیر آن را قیاس دانسته‌اند.

محقق کرکی در جامع المقاصد در ذیل بیان علامه کار علامه را قیاس دانسته است.

و الظاهر عدم الانسحاب لأنّ ذلك قیاس لا نقول به. نعم یتضاعف الفداء الواجب علی المحرم فی الحل، و هو قیمة اللبن، لأنه مما

لا نص فیہ (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۳۲۴).

همچنین شهید ثانی در فوائد القواعد چنین کاری را قیاس دانسته است.

مورد النص حلب الظبیه، ثمّ شرب لبنها، و قد فرضه المصنّف و غیره فی شرب اللبن فقط. و فیہ مع خروجه عن القواعد الشرعیّة

نظر، و کذا فی تعدیه إلى غیرها فإنّ قیاس فی الحکم المخالف للأصل. و لو قیل بقصره علی مورده کان حسناً (شهید ثانی، ۱۴۱۹ق،

ص ۴۲۹).

شهید در مسالک الافهام نیز به بیان علامه در قواعد ایراد گرفته و این کار را قیاس دانسته است. زیرا چیزی که در نص وجود

دارد اختصاص به آهو دارد و علت مشترکی که بخواهد بین آهو و غیر آن وجود داشته باشد موجود نیست.

و هل ینسحب الحکم فی غیر الظبیه کبقرة الوحش، فیجب فی شربه فی الحرم دم و قیمة؟ قیل: نعم. و به قطع العلامه فی

القواعد. و یشکل بأنّه قیاس، إذ النص مخصوص بالظبیه، و العلة المشتركة غیر موجودة. و اعلم أنّ مورد النص حلب الظبیه، ثمّ

شرب لبنها، و الأصحاب فرضوا الحکم فی شرب اللبن فقط. و فیہ نظر، لأنه حکم خارج عن القواعد، فتعدیه إلى غیر موضع النصّ

فی محلّ المنع. و لو فرض حلب واحد و شرب آخر، فعلى ما ذکره على الشارب الجزاء و القیمة، و فی الحالب نظر، إذ یمکن أن

یجب علیه قیمة اللبن (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۴۶).

بنابراین علامه در این مورد نیز دچار قیاس شده و حکم آهو را به غیر آن نیز سرایت داده است در حالی که ما دلیل مستقلی برای

این مطلب نداریم.

## ۲-۸. زکات فطره

برخی هم ایشان را به غلط در برخی موارد متهم به قیاس کرده‌اند. علامه در ذیل بحث زکات فطره در مورد کسی که در موعد

خود زکاتش را نپرداخته آیا واجب است زکات خود را بپردازد و اگر بپردازد آیا این فعل ادا حساب می‌شود یا قضا، بحث را در دو

مقام سامان می‌دهد. اول، وجوب پرداخت و دوم قضا بودن آن. او برای وجوب پرداخت ادله‌ای را اقامه می‌کند. از جمله اینکه

<sup>۱</sup> ر. ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ۳۸۸/۱۳، باب کفارات ما أصاب المحرم من الوحش؛ و ص ۳۹۵/۳، باب المحرم ینسحب الصید فی الحرم؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ۳۷۱/۲۰۵، باب

الکفارة عن خطی المحرم و تعدیه الشروط؛ و ص ۴۶۶/۲۷۳، باب من الزیادات فی فقه الحج؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ۹۰/۶، باب أن المحرم إذا صاد فی الحل أو أکل بیض صید

لزمه الفداء و إن صاد فی الحرم لزمه الفداء و القیمة؛ و ص ۱۰۱/۱، باب أن المحرم إذا احتلب ظبیه و شرب لبنها لزمه دم و إن کان فی الحرم لزمه قیمة أيضاً و إن أکل من صید لا

یدری ما هو لزمه دم شاء.

مقتضی وجوب، بخاطر بیانات روایات وجود دارد و مانعی که بتواند اصل وجوب پرداخت را بردارد موجود نیست. وی می گوید مانعی که برای پرداخت وجود دارد این است که وقت آن گذشته اما این مانع (خروج وقت) سبب اسقاط حق (پرداخت زکات فطره) نمی شود کما اینکه زکات مال و خمس و نظایر اینها از حقوق مالی بخاطر تاخیر موجب ساقط شدن حق از صاحب دین نمی شود:

«فهاهنا مقامان: المقام الأول: وجوب الإخراج... لنا: أنه لم يأت بالمأمور به، فيبقى في عهدة التكليف الى أن يأتي به. و لأنّ المقتضى للوجوب قائم، و المانع لا يصلح للمانع. أمّا الأولى: فالعموم الدالّ على وجوب إخراج الفطره عن كلّ رأس صاع. و أمّا الثانی: فلأنّ المانع ليس إلا خروج وقت الأداء، لكنّه لا يصلح للمعارضه، إذ خروج الوقت لا يسقط الحق كالدين و زكاة المال و الخمس و غيره» (علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۳، ص ۳۰۴).

از نظر برخی علامه در اینجا برای اثبات وجوب پرداخت زکات فطره در غیر موعد خود، زکات فطره را با خمس و زکات واجب قیاس کرده است. از نظر این افراد تفاوت اساسی میان خمس و زکات با زکات فطره وجود دارد. چرا که زکات فطره واجب موقتی است که تا ظهر وقت پرداخت دارد یعنی از نوع موسع است اما خمس و زکات، واجب غیر موقت آن هم از نوع غیر فوری است. صاحب حدائق نسبت به قیاس کردن علامه اشکال می کند و چنین استدلالی را قیاس محض و قیاس مع الفارق می داند.

و ثالثها: قیاسه ذلك على الدين و الزكاة الماليه و الخمس، فإنه قیاس محض، مع كونه قیاسا مع الفارق؛ فإن هذه الأشياء التي ذكرها ليست من قبيل الواجب الموقت بخلاف الفطره كما عرفت (بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۱۲، ص ۳۱۰).

در حالی که چنین ادعایی صحیح نیست زیرا اولاً خمس و زکات واجب فوری هستند. ثانیاً علامه اینجا قیاس نکرده است بلکه استدلال معقولی دارد که برای تایید استدلالش چند مثال می زند.

## نتیجه گیری

پس از تبیین نظرات اصولی علامه در مورد قیاس و احصای نظرات فقهی ایشان نتیجه این است که علامه بر خلاف مشی اصولی خود، در مواردی از فقهشان مرتکب قیاسات منهی شده و از آن استفاده کرده است، به شکلی که فقها هم به تبیینات ایشان خرده گرفته اند. بنابراین با تبیین نظرات فقهی ایشان هدف ما که تبیین ناترازی نظرات اصولی ایشان با فقه ایشان بود به نتیجه رسید و توانستیم در جای جای فقه علامه نشان دهیم که ایشان بر خلاف نظرات اصولی خود، دچار قیاسات منهی شده است و این ابتلا نشان از عدم توجه ایشان به مبانی اصولیشان است.

## فهرست مطالب

\*قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ ه ق)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اکبرنژاد، محمدتقی، (۱۳۹۶ ه.ش)، *زوائد اصول فقه*، قم - ایران، دار الفکر.
۳. ایازی، محمدعلی، (۱۳۸۹ ه.ش)، *ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن*، قم - ایران، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴. بحرانی، آل عصفور، (۱۴۰۵ ه ق)، *یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. بروجردی، آقا حسین طباطبایی، (۱۴۲۹ ه. ق)، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.
۶. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ ه ق)، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۰۴ ه. ق)، *مبادئ الوصول إلى علم الاصول*، قم، المطبعة العلمية.
۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ ه ق)، *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۹ ه ق)، *نهایة الأحکام فی معرفة الأحکام*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف، (۱۴۲۵ ه. ق)، *نهایة الوصول إلى علم الاصول*، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع).
۱۱. قزوینی، سید علی موسوی، (۱۴۲۴ ه ق)، *ینابیع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. حلّی، علامه، حسن بن یوسف، (۱۳۸۰ ه. ش)، *تهذیب الوصول إلى علم الاصول*، لندن، مؤسسه الإمام علی (علیه السلام).
۱۳. خوانساری، رضی الدین بن آقا حسین بن محمد، (۱۳۱۱ ه ق)، *تکمیل مشارق الشموس فی شرح الدروس*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

۱۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ هـ ق)، تهذیب الأحکام، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية.
۱۵. عاملی، جمال الدین، حسن بن زین الدین، (۱۴۱۸ هـ ق)، معالم الدین و ملاذ المجتهدین (قسم الفقه)، قم - ایران، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر.
۱۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ هـ ق)، وسائل الشیعة، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۷. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۹ هـ ق)، فوائد القواعد، قم - ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم - ایران، مؤسسه المعارف الإسلامية.
۱۹. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۰. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ هـ ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية.
۲۱. یزدانی، محمدمهدی، حسینی صابری و حسینی مقدم، فقه و اصول، شماره ۸۸، «گونه های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب جواهر الکلام»، ص ۱۵۳.



## بررسی علل تعارض قوانین ملی در ازدواج و طلاق و ارائه راهکارهای رفع آن

سید محمدهادی رضوی خانکهدانی<sup>۱</sup>

۱. دانش پژوه سطح ۴، حوزه علمیه، و دانش پژوه مقطع دکتری، حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم (نویسنده مسئول).

رایانامه: smhadi.razavi۱۳۷۵@gmail.com

### اطلاعات مقاله

### چکیده

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۸/۲۰

کلیدواژه‌گان: تعارض قوانین،  
قانون ملی، ازدواج، طلاق، حل  
تعارض.

در حقوق بین الملل خصوصی کشورها، درباره احوال شخصیه افراد، دو رویکرد متفاوت وجود دارد. برخی کشورها بر این اصل تأکید دارند که احوال شخصیه افراد باید بر اساس قانون کشور متبوع آنان تعیین شود، در حالی که در برخی دیگر از کشورها، قانون اقامتگاه فرد بر احوال شخصیه اعمال می‌شود. مسأله تعارض چند قانون ملی در کشورهایی مطرح می‌شود که احوال شخصیه را تابع قانون ملی یا قانون کشور متبوع فرد می‌دانند. همچنین، موضوع تعارض تابعیت‌ها که پیش از حل تعارض میان قوانین ملی نیاز به بررسی دارد، در دادگاه‌های این دسته از کشورها مطرح می‌شود. علاوه بر این، اثر تابعیت در ازدواج و تأثیر ازدواج بر تابعیت، در کشورهایی مورد توجه قرار می‌گیرد که احوال شخصیه افراد را به قانون کشور متبوعشان وابسته می‌دانند. حقوق موضوعه ایران نیز احوال شخصیه افراد را تابع قانون کشور متبوع آنان می‌داند. در این مقاله که تحت عنوان «بررسی علل تعارض قوانین ملی در ازدواج و طلاق و ارائه راهکارهای رفع آن» به روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای تهیه شده است، به بررسی دلایل ایجاد تعارض میان چند قانون ملی پرداخته شده و راهکارهایی برای حل این تعارض‌ها ارائه گردیده است.

## مقدمه

در حقوق بین الملل خصوصی کشورها، درباره احوال شخصیه، دو رویکرد متفاوت وجود دارد. در بعضی نظام های حقوقی، اصلی پذیرفته شده است که بر مبنای آن احوال شخصیه افراد بر اساس قانون کشور تابعیت آن ها تعیین می گردد. به عنوان مثال، ماده ۶ و ۷ قانون مدنی ایران و ماده ۳ قانون مدنی فرانسه این قاعده را تصدیق می کنند. در مقابل، در کشورهایی که تحت نظام حقوقی انگلیسی-آمریکایی قرار دارند، قانون اقامتگاه برای احوال شخصیه افراد اعمال می شود.

بدون بررسی دلایل ترجیح یکی از این دو قاعده، می توان گفت در صورت پذیرش قاعده اعمال قانون اقامتگاه، تعارض قوانین ملی در خصوص احوال شخصیه مطرح نمی شود؛ زیرا در روابط شخصی و خانوادگی، حتی اگر طرفین (مانند زن و شوهر یا والدین و فرزندان) دارای تابعیت های متفاوت باشند، مراجعه به قانون اقامتگاه مسئله را مشخص می کند؛ اما در صورت پذیرش قاعده اعمال قانون ملی، این پرسش پیش می آید که در صورت اختلاف تابعیت، کدام قانون ملی باید اعمال شود؟

پس، تعارض میان چند قانون ملی در دادگاه هایی مطرح می شود که احوال شخصیه افراد را تابع قانون ملی می دانند. همچنین، تعارض تابعیت ها که حل آن مقدم بر تعارض میان قوانین ملی است، در چنین دادگاه هایی بررسی می شود؛ اما در نظام حقوقی انگلیسی-آمریکایی، دادگاه ها ابتدا مصادیق احوال شخصیه را شناسایی می کنند و در صورتی که موضوع در دسته احوال شخصیه قرار گیرد، قانون اقامتگاه را اعمال می کنند. بنابراین، دادگاه های کشورهای وابسته به نظام حقوقی انگلیسی-آمریکایی در موضوعات مربوط به احوال شخصیه، با تعارض تابعیت ها مانند تابعیت مضاعف یا بی تابعیتی و همچنین تعارض قوانین ملی مواجه نمی شوند.

با توجه به اینکه ایران از جمله کشورهایی است که احوال شخصیه افراد را تابع قانون کشور متبوع آنها می داند، لازم است ابتدا علل ایجاد تعارض میان چند قانون ملی بررسی شود و سپس راه حل های رفع این تعارضات مورد مطالعه و تحلیل قرار گیرد.

## ۱. علل تعارض قوانین ملی

تعارض میان چند قانون ملی، گاهی ناشی از وجود تابعیت مضاعف است. گاهی نیز، تغییر تابعیت یکی از اعضای خانواده منجر به از بین رفتن وحدت تابعیت در خانواده می شود. همچنین، اعمال تابعیت سرزمینی ممکن است این تعارض را ایجاد کند؛ مانند زمانی که کودکی در خارج از کشور دارای تابعیت والدین به دنیا می آید. از دیگر موارد، ازدواج مختلط می باشد که در نهایت، زن و مرد با تابعیت های مختلف، پس از ازدواج هم تابعیت های خود را حفظ می کنند و خانواده ای با تابعیت های گوناگون تشکیل می دهند.

### ۱-۱. تابعیت مضاعف

تابعیت مضاعف ممکن است در زمان تولد یا پس از آن به وجود آید. تابعیت مضاعف اصلی یا در زمان تولد، نتیجه تعارض میان تابعیت نسبی (سیستم خون) و تابعیت سرزمینی (سیستم خاک) یا تعارض میان دو تابعیت نسبی است. از سوی دیگر، تابعیت مضاعف اکتسابی، ناشی از تحصیل تابعیت جدید در عین حفظ تابعیت پیشین، ازدواج مختلط، یا تغییر تابعیت پدر یا شوهر می باشد.

## الف: تابعیت مضاعف اصلی

### تعارض تابعیت نسبی ایرانی با تابعیت سرزمینی خارجی

به‌عنوان مثال، اگر فرزندی از والدینی ایرانی که محل اقامتشان کانادا هست، به دنیا بیاید، بر اساس قانون کانادا که اصل تابعیت سرزمینی را اجرا می‌کند، تابعیت کانادایی خواهد داشت. در مقابل، طبق قانون ایران که اصل تابعیت نسبی را اعمال می‌کند (بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی)، این فرزند ایرانی به حساب می‌آید. لذا، اینچنین فرزندی دارای تابعیت مضاعف می‌باشد.

### تعارض تابعیت سرزمینی ایرانی با تابعیت نسبی خارجی

برای مثال، اگر کودکی از پدر و مادری ایتالیایی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده است، در خاک ایران به دنیا بیاید، طبق قانون ایتالیا که اصل تابعیت نسبی را به کار می‌گیرد، این کودک ایتالیایی خواهد بود. همچنین، بر اساس قانون ایران که اصل تابعیت سرزمینی را اعمال می‌کند، این کودک ایرانی محسوب می‌شود. بنابراین، این کودک دارای تابعیت دوگانه خواهد بود.

## تعارض دو تابعیت نسبی

در برخی کشورها، تابعیت نسبی یا سیستم خون تنها از راه نسب پدری اعطا می‌شود (مانند بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران که نسب مادری را در نظر نمی‌گیرد)؛ اما در برخی دیگر، هر دو نسب پدری و مادری ملاک قرار می‌گیرند؛ به عنوان مثال، کودکی که از پدر ایرانی و مادر فرانسوی متولد شود، مطابق قانون ایران ایرانی و طبق قانون فرانسه، فرانسوی به حساب می‌آید و در نهایتاً، دارای تابعیت مضاعف می‌شود.

## ب: تابعیت مضاعف پس از تولد

### ۱. تحصیل تابعیت جدید با حفظ تابعیت پیشین

در برخی از موارد، به دلیل هماهنگ نبودن قوانین تابعیت کشورها، افراد ضمن حفظ تابعیت اولی، می‌توانند تابعیت جدیدی نیز به دست بیاورند؛ به عنوان نمونه، آنهایی که تابعیت ایرانی دارند، بدون در نظر گرفتن شرایط ترک تابعیت (مانند انجام خدمت سربازی یا رسیدن به سن ۲۵ سال تمام) می‌توانند تابعیت کشور دیگری را نیز دریافت می‌کنند.

### ۲. ازدواج مختلط

گاهی در ازدواج میان زن و مردی با تابعیت‌های متفاوت، زن دارای دو تابعیت می‌شود. علت این امر، تعارض میان قاعده وحدت تابعیت زوجین (قانون دولت متبوع شوهر) و قاعده استقلال مطلق تابعیت زوجین (قانون دولت متبوع زن) است. برای نمونه، اگر زنی انگلیسی با مردی ایرانی ازدواج کند، بر اساس بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران، ایرانی محسوب می‌شود (قاعده وحدت تابعیت زوجین)؛ اما طبق قانون انگلستان، تابعیت انگلیسی خود را حفظ می‌کند (قاعده استقلال تابعیت زوجین).

### ۳. تغییر تابعیت شوهر یا پدر

اگر شوهر یا پدر تابعیت خود را تغییر دهد، ممکن است این تغییر بر زن و فرزندان تأثیر گذاشته و موجب تابعیت مضاعف شود؛ برای مثال، اگر فردی خارجی تابعیت ایران را بپذیرد، زن و فرزندان کوچک او بر اساس ماده ۹۸۴ قانون مدنی، تبعه ایران محسوب می‌شوند. از سوی دیگر، طبق قوانین کشور مبدأ، تابعیت پیشین آنها ممکن است حفظ شود، و در نتیجه تابعیت مضاعف ایجاد می‌شود.

## ۱-۲. تغییر تابعیت یکی از اعضای خانواده

گاهی تغییر تابعیت یکی از اعضای خانواده به‌ویژه از طریق تغییر تابعیت یکی از زوجین صورت می‌گیرد و گاهی تغییر تابعیت مربوط به پدر یا فرزند است. در مورد نخست، تعارض قوانین ملی در روابط زوجین پیش می‌آید، در حالی که در مورد دوم، تعارض قوانین ملی در روابط پدر و مادر و فرزندان به وجود می‌آید.

### الف: تغییر تابعیت یکی از زوجین

۱- تغییر تابعیت شوهر: طبق بند ۲ ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر «کسی نمی‌تواند به‌طور خودسر از تابعیت خویش یا از حق تغییر تابعیت محروم شود» (انصاری، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۵) و طبق اصل چهارم و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «تابعیت کشور ایران حق مسلم هر ایرانی هست و دولت نمی‌تواند از هیچ ایرانی، سلب تابعیت کند، مگر به درخواست خود او یا در صورتی که به تابعیت کشور دیگری درآید» (قانون اساسی، اصل ۴۱).

لذا، هر فرد ایرانی، خواه اینکه متأهل باشد یا خیر، این حق را دارد از تابعیت ایران خارج شود. همانطور که قبلاً اشاره شد، خروج از تابعیت ایران تأثیری بر دیگر افراد خانواده ندارد. بدین معنا که اگر فردی از اتباع ایران تابعیت خود را ترک کند، این تغییر شامل همسر او نمی‌شود، مگر آنکه درخواست‌کننده ترک تابعیت این مسئله را خواسته باشد و اجازه هیأت وزیران نیز شامل همسر او باشد. شرط اجازه هیأت وزیران به منظور جلوگیری از ترک تابعیت جمعی است که منجر به خطرات امنیتی، سیاسی و بین‌المللی برای کشور است (ارفع نیا: ۱۳۷۵، ۸۹/۱). بنابراین ممکن است شوهر به علت ترک تابعیت ایران تابعیت یک سرزمین دیگر را به دست بیاورد، اما همسر او همچنان تابعیت ایرانی خود را حفظ کند. بند ۳ ماده ۹۸۸ قانون مدنی که شروط ترک تابعیت اتباع ایرانی را معین می‌کند، می‌گوید: «... زوجه و فرزندان کسی که طبق این ماده ترک تابعیت می‌کند... از تبعیت ایرانی بیرون نمی‌گردند، اما در صورتی که اجازه هیأت وزراء شامل آنها باشد، این کار امکان پذیر است».

۲- تغییر تابعیت زن: اگرچه در قانون اساسی ایران بین زن و مرد در ترک تابعیت تفاوتی در ایران نیست (اصل چهارم و یکم قانون اساسی)؛ با این حال، در مورد اینکه آیا زن ایرانی متأهل می‌تواند به‌صورت مستقل از همسر خود تابعیتش را ترک کند، ابهاماتی وجود دارد و این موضوع محل بحث و تردید است. از یک طرف، ماده ۹۸۸ قانون مدنی در باب اثر ترک تابعیت زن ایرانی که شوهر کرده است، سکوت اختیار کرده، اما در بحث تأثیر ترک تابعیت شوهر یا پدر در تابعیت زن و فرزندان او در این ماده توضیحاتی داده شده است. در طرف مقابل، تبصره ب ماده ۹۸۸ تنها در مورد تأثیر ترک تابعیت زن ایرانی بی‌همسر بر تابعیت فرزندان او بحث می‌کند (تبصره ماده ۹۸۸ قانون مدنی).

ممکن است چنین مطرح شود که زن ایرانی متأهل، حتی با رضایت همسر، قادر به ترک تابعیت خود به‌طور مستقل نیست؛ لذا، تغییر تابعیت زن ایرانی منهای از شوهر در نظام حقوقی ایران معنایی نخواهد داشت. اما با این تفسیر، این استدلال صحیح نمی‌باشد؛ زیرا زن خارجی که از طریق پذیرش تابعیت ایران توسط شوهرش، تابعیت ایرانی به دست آورده است، می‌تواند مستقلاً از شوهر ایرانی خود، تابعیت ایران را ترک کرده و تابعیت قبلی شوهر خود را قبول کند. (ماده ۹۸۴ قانون مدنی).

### ب: تغییر تابعیت پدر یا فرزند

۱- تغییر تابعیت پدر: اگرچه پذیرش تابعیت ایران موجب می‌شود که تغییر تابعیت خارجی فرزند صغیر فرد پذیرفته‌شده شود؛ اما ترک تابعیت ایران، باعث تغییر تابعیت فرزند شخصی که درخواست ترک تابعیت ایران کرده نمی‌شود، مگر اینکه در تقاضانامه ترک تابعیت پدر، درخواست ترک تابعیت فرزند نیز وجود داشته باشد و اجازه هیأت وزیران شامل فرزند او شود (ماده ۹۹۰ قانون

مدنی). بنابراین، در صورتی که یکی از اتباع ایران تابعیت خود را ترک کند و اجازه هیئت وزرا شامل فرزند او نباشد، پدر و فرزند تابعیت‌های متفاوتی خواهند داشت؛ چراکه پدر از تابعیت ایران خارج می‌شود، اما فرزند او همچنان تابعیت ایرانی خود را حفظ می‌کند. این موضوع مطابق قسمت پایانی بند سوم ماده ۹۸۸ قانون مدنی است که تصریح می‌کند: «... اطفال فردی که بر مطابق این ترک تابعیت می‌نماید، خواه اطفال مزبور صغیر یا کبیر باشند از تبعیت ایرانی خارج نمی‌شوند مگر اینکه اجازه هیئت وزرا را دارا باشند.»

۲- تغییر تابعیت فرزند: همانگونه که قبلاً بیان شد، فرزند صغیر کسی که بر اساس قانون تابعیت ایران را به دست می‌آورد، به طور خودکار تابعیت ایران را از پدر دریافت می‌کند (ماده ۹۸۴ قانون مدنی). با این حال، قانون‌گذار ایرانی که به تأثیر به دست آوردن تابعیت ایران توسط پدر بر تابعیت فرزندان صغیر در همان ماده اشاره دارد، تصریح کرده است: «... فرزندان صغیر به مدت یک سال از تاریخی که به سن هجده سال تمام می‌رسند، می‌توانند با ارائه اظهاریه کتبی به وزارت امور خارجه، تابعیت کشور قبلی پدر یا شوهر را بپذیرند، اما به اظهاریه اولاد، چه پسر و چه دختر، باید تصدیق ذکر شده در ماده ۹۷۷ پیوست گردد» (ماده ۹۸۴ قانون مدنی).

بنابراین، اگر فرزند کسی که به تابعیت ایران پذیرفته شده از حق انتخاب تابعیت قبلی پدر استفاده کند و تابعیت ایران را قبول نکند، پدر و فرزند تابعیت‌های متفاوتی پیدا خواهند کرد؛ زیرا در این حالت برخلاف فرض قبلی (تغییر تابعیت پدر)، پدر تابعیت ایران را حفظ و فرزند او خارجی خواهد بود.

### ۱-۳. اعمال تابعیت سرزمینی

تولد کودک در خارج از کشور والدین، علاوه بر اینکه می‌تواند باعث ایجاد تابعیت مضاعف شود، منجر به تعارض قوانین ملی می‌شود. این تضاد زمانی به وجود می‌آید که قوانین کشور متبوع کودک با قوانین کشورهای متبوع والدین همخوانی نداشته باشد. در کشورهایی که قوانین ملی برای تنظیم روابط والدین و فرزندان حاکم است و تابعیت به عنوان معیار اصلی تعیین قوانین مرتبط با وضعیت شخصی افراد شناخته می‌شود، اگر فرزند در کشوری غیر از کشور والدین به دنیا بیاید و آن کشور از اصل تابعیت بر اساس سرزمین پیروی کند، کودک تابعیت کشور محل تولد را کسب خواهد کرد. در چنین شرایطی، تابعیت والدین (که ممکن است هر کدام تابعیت‌های متفاوتی داشته باشند) با تابعیت فرزند تفاوت خواهد داشت. به عنوان نمونه، اگر فرزندی از پدر و مادری که تابعیت کشور «الف» را دارند در کشور «ب» به دنیا بیاید و کشور محل تولد، اصل تابعیت سرزمینی را اعمال کند، در این صورت پدر، مادر و فرزند هر کدام تابعیت‌های مختلفی خواهند داشت. طبق بند چهارم ماده ۹۷۶ قانون مدنی: «کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده‌اند»، علاوه بر این که ممکن است کودک به طور همزمان تابعیت ایران و تابعیت کشور والدین خود را داشته باشد (تابعیت دوگانه)، ضروری است که تعیین شود در ایران یا سایر کشورهایی که قانون ملی را بر وضعیت شخصی افراد حاکم می‌دانند، کدام یک از قوانین بر مسائل حقوقی و احوال شخصی کودک اجرا خواهد شد. همچنین در روابط میان کودک و والدین، تعارض قوانین ملی پیش می‌آید و باید مشخص شود که کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی دارد و کدام قانون باید به عنوان قانون حاکم اعمال شود.

### ۱-۴. ازدواج مختلط

ازدواج مختلط که به ازدواج بین زن و مرد با تابعیت‌های مختلف اطلاق می‌شود (احمد عبدالله، ۲۰۰۰، ص. ۶۵)، یکی از عوامل بروز تعارض قوانین ملی است. از یک سو، ممکن است زن تابعیت مضاعف به دست آورد، در حالی که ممکن است کشور متبوع زن تابعیت اصلی او را حفظ کند. طبق بند ششم ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران، زن به واسطه عقد ازدواج تابعیت ایرانی کسب می‌کند. از سوی دیگر، با توجه به این که ازدواج یکی از مسائل احوال شخصیه محسوب می‌شود و در حقوق ایران ازدواج هر فرد تابع قوانین دولت متبوع اوست، ممکن است تعارضی میان قوانین دولت‌های متبوع زن و مرد به وجود آید. در صورتی که اختلاف تابعیت زن و مرد پس از ازدواج باقی بماند و تابعیت شوهر به زن منتقل نشود، این تعارض در قوانین ملی می‌تواند در خصوص آثار ازدواج نیز به چالش تبدیل شود.

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، ازدواج مختلط را می‌توان به سه شکل مختلف بررسی کرد: ازدواج زن و مرد خارجی با تابعیت‌های متفاوت، ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی، و ازدواج زن خارجی با مرد ایرانی. در حالت اول، مسأله تابعیت در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مطرح نمی‌شود، زیرا هر یک از طرفین ازدواج تابع قوانین کشور خود هستند و مسأله تابعیت به طور جداگانه بررسی می‌شود، زیرا بر اساس اصل حاکمیت دولت‌ها، هر دولت حق دارد اتباع خود را تعیین کند. اما در حالت‌های دوم و سوم، مسأله تابعیت به طور جدی مطرح می‌شود و در این موارد تعارض قوانین، به ویژه تعیین قانون حاکم بر شرایط، موانع و آثار ازدواج، موضوع بحث قرار می‌گیرد:

**۱- ازدواج زن و مرد خارجی:** اگر مسأله ازدواج زن و مرد خارجی با تابعیت‌های مختلف در ایران مطرح شود، در مرحله ایجاد حق (یعنی تعیین شرایط و موانع ازدواج)، تعارض بین قوانین ملی زن و مرد به وجود خواهد آمد. در این مورد مشخص، باید معلوم شود که کدام یک از قوانین ملی باید به عنوان قانون حاکم بر این موضوع در نظر گرفته شود. پس از عقد صحیح ازدواج، اگر زن و شوهر همچنان تابعیت‌های مختلف داشته باشند و ازدواج تغییر تابعیت زن را به دنبال نداشته باشد، باید بررسی کرد که آیا همان قانونی که در مرحله ایجاد حق اعمال شده است، می‌تواند در تعیین آثار حقوقی و تکالیف زوجین نیز به کار گرفته شود یا خیر؟

**۲- ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی:** در صورتی که تعارض میان قانون ایران و قانون کشور خارجی به وجود آید، سوالات زیر مطرح می‌شود: ابتدا، تعیین شرایط و موانع ازدواج باید بر اساس کدام قانون صورت گیرد؟ آیا قانون ایران حاکم است یا قانون کشور خارجی؟ دوم، اگر زن ایرانی با مردی خارجی ازدواج کند که بر اساس قوانین کشور او، تابعیت شوهر به واسطه عقد ازدواج به زن منتقل نشود (بر اساس ماده ۹۸۷ قانون مدنی)، در این شرایط برای تعیین آثار حقوقی ازدواج (یعنی مرحله تعیین تأثیر حق در سطح بین‌المللی)، کدام قانون ملی باید اجرا شود؟ مرحله تأثیر بین‌المللی حق به معنای تعیین قانونی است که بر حقوق و تکالیف متقابل زن و شوهر حاکم خواهد بود.

**۳- ازدواج زن خارجی با مرد ایرانی:** در این حالت، مطابق بند ششم ماده ۹۷۶ قانون مدنی: «هر زن تبعه خارجی که با مردی ایرانی ازدواج کند». از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، در مرحله ایجاد حق، تعارض میان قوانین ملی رخ خواهد داد؛ زیرا پس از تحقق صحیح عقد ازدواج، زوجین از دیدگاه حقوق ایران تابعیت ایرانی خواهند داشت و بر اساس ماده ۶ قانون مدنی، روابط شخصی و مالی میان آنها تحت قانون ایران قرار می‌گیرد. در این خصوص باید توجه داشت که اگر ازدواج میان یک زن خارجی شیعه و یک مرد ایرانی شیعه صورت گیرد، مقررات مربوط به روابط شخصی و مالی زوجین مطابق قانون مدنی ایران (از ماده ۱۱۰۲ به بعد) تنظیم می‌شود؛ در صورتی که زن خارجی غیرمسلمان با مرد ایرانی غیرمسلمان ازدواج کند، یا زن خارجی

مسلمان غیرشیعه با مرد ایرانی مسلمان غیرشیعه پیمان زناشویی ببندد، روابط میان آنها بر اساس اصل دوازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مرتبط با احوال شخصیه مسلمانان اهل سنت)، اصل سیزدهم قانون اساسی (مختص احوال شخصیه اقلیت‌های دینی رسمی) و همچنین قانون مصوب سال ۱۳۱۲ در خصوص رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه تعیین خواهد شد.

در نهایت، چنانچه زن پس از طلاق به تابعیت سابق خود بازگردد، در خصوص آثار طلاق، از جمله عده و وضعیت حقوقی زن در دوران عده، ممکن است تعارضی میان قوانین ملی مرد ایرانی و زن مطلقه خارجی ایجاد شود.

## ۲. راه حل تعارض چند قانون ملی

بر اساس اصل کلی مطرح‌شده در مواد ۶ و ۷ قانون مدنی ایران، مسائل مربوط به احوال شخصیه افراد تحت تأثیر قوانین کشور متبوع آن‌ها قرار دارد (الماسی: ۱۳۷۹، ۱۵۲). ماده ۶ قانون مدنی تصریح می‌کند: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از جمله نکاح و طلاق، اهلیت اشخاص و ارث، در مورد تمام اتباع ایران، حتی اگر در خارج از کشور مقیم باشند، اجرا خواهد شد». همچنین، ماده ۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اتباع خارجی مقیم در ایران از نظر مسائل مربوط به احوال شخصیه، اهلیت خود و همچنین حقوق ارثیه، طبق قوانین و مقررات کشور متبوع خود و در چارچوب معاهدات، ملزم به رعایت قوانین کشور خود خواهند بود». این دو ماده تنها زمانی قابل اعمال هستند که طرفین در روابط شخصی و خانوادگی، تابعیت یکسانی داشته باشند.

اگر طرفین رابطه ایرانی باشند، طبق ماده ۶ قانون مدنی، قانون ایران بر آن‌ها حاکم خواهد بود و در صورتی که طرفین خارجی باشند، قوانین کشور متبوع آن‌ها به مرحله اجرا در می‌آید. با این حال، همان‌طور که اشاره شد، در برخی موارد مرتبط با روابط شخصی و خانوادگی، ممکن است طرفین تابعیت‌های مختلفی داشته باشند. بنابراین، این پرسش مطرح می‌شود که اگر تابعیت زن و مرد در زمان ایجاد حق یا زمان اعمال آثار آن، یا حتی تابعیت پدر و فرزند متفاوت باشد و دعوی در دادگاه ایران اقامه شود، دادگاه باید بر اساس چه اصولی تعارض قوانین را بررسی و حل و فصل کند.

در این بخش، ابتدا مسائل مربوط به ازدواج و طلاق، چه در مرحله ایجاد حق و چه در مرحله اعمال آثار بین‌المللی آن، از منظر حقوقی مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۲-۱. ازدواج و آثار آن

در حقوق بین‌الملل خصوصی، برخی کشورها قانون حاکم بر احوال شخصیه را بر اساس تابعیت افراد تعیین می‌کنند و آن را نسبت به اقامتگاه ارجح می‌دانند. در این چارچوب، تابعیت نقش اساسی در امور مربوط به ازدواج ایفا می‌کند؛ زیرا ازدواج شهروندان یک کشور، حتی اگر در خارج از آن سکونت داشته باشند، تابع قوانین ملی آن‌هاست (مطابق ماده ۶ قانون مدنی). همچنین، ازدواج می‌تواند به تغییر تابعیت فرد منجر شود، به طوری که ممکن است تابعیت شخص به دلیل ازدواج دچار تحول شود (براساس مواد ۹۸۶ و ۹۸۷ قانون مدنی).

تأثیر تابعیت بر ازدواج بیشتر به مرحله تعیین حقوق و بررسی شرایط یا موانع قانونی ازدواج مربوط است، در حالی که تأثیر ازدواج بر تابعیت به جنبه‌های بین‌المللی حقوق و تعهدات ناشی از ازدواج میان زوجین مرتبط می‌شود.

### ۲-۱-۱. قانون حاکم بر شرایط و موانع ازدواج

شرایط و موانع ازدواج به دو بخش تقسیم می‌شود: شرایط ماهوی و شرایط شکلی. شرایط ماهوی شامل عواملی مانند سن قانونی برای ازدواج، رضایت طرفین و موانع ازدواج مانند قرابت یا سایر موانع قانونی است. از طرف دیگر، شرایط شکلی به مسائل مربوط به نحوه و ترتیب ازدواج اشاره دارد که طبق ماده ۹۶۹ قانون مدنی، تابع قوانین محل تنظیم سند ازدواج و محل وقوع عقد است. به عنوان مثال، اینکه ازدواج باید با سند رسمی ثبت شود یا نه، جزو شرایط شکلی عقد ازدواج محسوب می‌شود.

اگر این سوال مطرح شود که آیا یک شرط جزو شرایط ماهوی است یا شکلی، دادگاه برای تشخیص و تعیین این موضوع باید به قوانین کشور متبوع خود مراجعه کند. زیرا بسته به اینکه موضوع به عنوان شرط ماهوی یا شکلی در نظر گرفته شود، قانون حاکم بر آن متفاوت خواهد بود. اگر موضوع به عنوان شرایط شکلی در نظر گرفته شود، قانون محل وقوع عقد ازدواج حاکم خواهد بود، اما اگر موضوع مربوط به شرایط ماهوی باشد، قانون کشور متبوع طرفین عقد ازدواج اعمال می‌شود (الماسیریل ۱۳۷۹، صص ۷۹-۸۰).

در نظام‌های حقوقی بین‌الملل خصوصی سوریه، مصر، الجزایر و کویت، در خصوص شرایط اساسی صحت ازدواج، از جمله اهلیت، رضایت زوجین، و نبود موانع نکاح، اگر زن و مرد تابعیت‌های متفاوتی داشته باشند، قانون ملی هر یک از طرفین بر شرایط ازدواج آنها حاکم خواهد بود (متولی: ۱۳۷۸، ص ۱۶۱، به نقل از احمد عبدالله، ۲۰۰۰م).

اما در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، در مورد قانون حاکم بر شرایط و موانع ازدواج زن و مردی که تابع دولت‌های مختلف هستند، سکوت شده است. این امر این سؤال را مطرح می‌کند که در چنین مواردی کدام قانون باید معیار باشد؟ ممکن است استدلال شود که با توجه به تأثیر ازدواج بر تابعیت و ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران که روابط شخصی و مالی زوجین با تابعیت‌های متفاوت را تابع قانون دولت متبوع مرد می‌داند، شرایط و موانع ازدواج نیز باید بر اساس قانون مرد سنجیده شود. مطابق این دیدگاه، اگر ازدواج مطابق قانون ملی مرد صحیح باشد، باید در همه جا معتبر تلقی شود، حتی اگر قانون ملی زن آن را نپذیرد.

این استدلال به دلیل نادیده گرفتن تمایز میان مرحله شکل‌گیری حق (رابطه زوجیت) و مرحله اثرگذاری بین‌المللی آن، قابل قبول نیست. ابتدا باید گفت که تأثیر ازدواج بر تابعیت به تحقق صحیح عقد ازدواج بستگی دارد، در حالی که شرایط و موانع ازدواج به امکان وقوع صحیح آن اشاره دارد. علاوه بر این، ماده ۹۶۳ قانون مدنی تنها به روابط زوجین پس از عقد ازدواج پرداخته است و شرایط وقوع ازدواج را در بر نمی‌گیرد. همان‌طور که مقررات مربوط به شرایط و موانع صحت نکاح از مقررات مربوط به آثار آن متمایز هستند، قواعد بین‌المللی نیز باید این تفکیک را رعایت کنند. عدم توجه به این تمایز ممکن است منجر به پذیرش ازدواج زن ایرانی مسلمان با مرد غیرمسلمان خارجی شود که طبق مواد ۶ و ۱۰۵۹ قانون مدنی، غیرقانونی و باطل است (متولی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۵، به نقل از احمد عبدالله، ۲۰۰۰م).

بنابراین، در مرحله ایجاد رابطه زوجیت، نباید قانون ملی هیچ‌یک از طرفین ازدواج بر دیگری ترجیح داده شود. بهتر است هر یک از طرفین تابع قانون ملی خود باشند (الماسی، ۱۷۹، ص ۱۷۴؛ خلعتبری، ۱۳۱۶، ص ۱۶۷)

## ۲-۱-۲. قانون حاکم بر آثار ازدواج

ازدواج نهادی است که تأثیرات آن محدود به زوجین نبوده و به فرزندان نیز تسری پیدا می‌کند. از این رو، قانونگذار با هدف حفظ ثبات و دوام خانواده، علاوه بر تنظیم روابط زوجین، حقوق و تکالیف آنان را در قبال فرزندان نیز مدنظر قرار داده است. بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است. همچنین، مطابق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی،

همین‌که نکاح به‌طور صحیح واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود.

آثار ازدواج به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود:

۱. **آثار غیرمالی:** این آثار شامل تکالیفی چون حسن معاشرت، معاضدت در استحکام خانواده، تربیت فرزندان، ریاست شوهر بر خانواده، حق شوهر در تعیین محل سکونت، و ممنوعیت زن از اشتغال به حرفه‌ای که با مصالح خانوادگی یا حیثیت او ناسازگار باشد، می‌گردد.

۲. **آثار مالی:** این آثار شامل مواردی چون مهر، نفقه و جهیزیه می‌شود. جهیزیه که در عرف ایران توسط خانواده زن برای زندگی مشترک تهیه می‌شود، جزء دارایی زن محسوب شده و مطابق ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی، زن می‌تواند به صورت مستقل در دارایی خود، از جمله جهیزیه، تصرف نماید.

### ۱-۲-۱-۲. قانون حاکم در صورت اختلاف تابعیت زوجین

اگر زن و شوهر تابعیت‌های متفاوتی داشته باشند، این پرسش مطرح می‌شود که در خصوص آثار ازدواج، کدام قانون باید اعمال شود: قانون ملی هر یک از زوجین یا قانون ملی یکی از آن‌ها؟ برای پاسخ به این سؤال، باید بین دو مرحله تفکیک قائل شد:

- **مرحله ایجاد حق (رابطه زوجیت):** در این مرحله، اعمال قانون ملی هر یک از زوجین امکان‌پذیر است؛ زیرا در صورت تعارض قوانین و عدم امکان جمع آن‌ها، رابطه زوجیت شکل نخواهد گرفت.
- **مرحله تأثیر بین‌المللی حق (آثار رابطه زوجیت):** پس از ایجاد صحیح رابطه زوجیت، خانواده به‌عنوان یک واحد شکل می‌گیرد. در این مرحله، نمی‌توان قوانین متعارض را بر یک خانواده اعمال کرد؛ برای مثال، ممکن است قانون ملی شوهر حق نفقه برای زن را به رسمیت بشناسد؛ اما قانون ملی زن چنین اثری را قائل نباشد، یا قانون ملی شوهر حق ریاست بر خانواده را معتبر بداند، در حالی که قانون ملی زن چنین حقی را نپذیرفته باشد. بنابراین، در این مرحله تنها می‌توان یک قانون را حاکم دانست.

در نهایت، قانون حاکم بر روابط خانواده، ممکن است قانون اقامتگاه یا قانون ملی یکی از طرفین باشد. در حقوق بین‌الملل خصوصی برخی کشورها، از جمله فرانسه و سوئیس، اگر زن و شوهر تابعیت‌های متفاوتی داشته باشند، آثار ازدواج آن‌ها بر اساس قانون اقامتگاه مشترک تعیین می‌شود؛ اما در صورتی که زوجین اقامتگاه‌های متفاوتی داشته باشند و جدا از یکدیگر زندگی کنند، قانون کشوری که دادگاه در آن مستقر است اجرا خواهد شد. (الماسی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۵).

در مقابل، در بعضی کشورهای دیگر نظیر مصر، سوریه و عراق (مطابق ماده ۱۳ قانون مدنی مصر، ماده ۱۴ قانون مدنی سوریه و ماده ۹ قانون مدنی عراق)، در صورت اختلاف تابعیت، قانون ملی شوهر به‌عنوان قانون حاکم پذیرفته شده است (استانبولی، ۱۹۸۹م، ص ۳۲۴؛ احمدعبدالله، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص ۲۹۳).

### ۲-۲. قانون حاکم بر طلاق و آثار آن در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران

اول: قانون حاکم بر روابط شخصی و مالی زوجین

در حقوق بین الملل خصوصی ایران، مانند نظام های حقوقی مصر، سوریه و عراق، قانونی که تابعیت شوهر را مبنا قرار می دهد، نسبت به قانون تابعیت زن اولویت دارد. این امر با توجه به جایگاه شوهر به عنوان سرپرست خانواده تعیین شده است. ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران به صراحت مقرر می دارد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». این حکم برای زوجین خارجی با تابعیت های مختلف و همچنین برای مواردی که یکی از زوجین ایرانی باشد، قابل اعمال است (الماسی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۵).

## ۲-۲. طلاق و آثار آن

مطابق با روش بررسی موضوع ازدواج، در زمینه طلاق نیز لازم است علل و دلایل طلاق از آثار آن تفکیک شود.

### ۲-۲-۱. قانون قابل اعمال بر علل طلاق

طلاق به عنوان یکی از راه های پایان بخشیدن به عقد نکاح، نیازمند بررسی دو موضوع اساسی است:

#### - احراز حق طلاق بر اساس قانون دولت متبوع زوجین

نخست باید روشن شود که در قوانین کشور متبوع هر یک از طرفین، طلاق به عنوان یک حق قانونی شناخته شده است. در برخی کشورها ممکن است طلاق به رسمیت شناخته نشده باشد و پایان زندگی مشترک تنها از طریق فوت یکی از زوجین ممکن باشد.

#### - تفکیک مسائل ماهوی و شکلی در قانون قابل اعمال

قانون خارجی صرفاً بر جنبه های ماهوی طلاق، مانند دلایل و موجبات آن، اعمال می شود؛ اما در مورد مسائل شکلی و تشریفاتی، از جمله نحوه رسیدگی به دعوی طلاق، باید قانون کشوری که دادگاه در آن مستقر است، اجرا گردد؛ برای مثال، اگر زن و شوهری خارجی با تابعیت های متفاوت در دادگاه ایران درخواست طلاق دهند، رسیدگی به پرونده بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی ایران انجام می شود، حتی اگر قوانین کشور متبوع آنها تشریفات دیگری را مقرر کرده باشد. این امر به این دلیل است که در یک کشور نمی توان دو نظام آیین دادرسی (یکی برای اتباع داخلی و دیگری برای اتباع خارجی) برقرار کرد.

مسئولیت تشخیص اینکه موضوعی مرتبط با مسائل ماهوی است یا شکلی، بر عهده دادگاهی است که به پرونده رسیدگی می کند. این تشخیص بر اساس قانون کشوری انجام می شود که دادگاه در آن مستقر است. به عنوان نمونه، اگر در قانون کشور محل دادگاه امکان ارجاع دعوی به داوری پیش بینی شده باشد، این موضوع به عنوان بخشی از آیین دادرسی تلقی شده و در چارچوب قانون مقر دادگاه قرار می گیرد. بنابراین، چنانچه یکی از زوجین خارجی تقاضای ارجاع پرونده به داوری را مطرح کند، دادگاه مکلف است این درخواست را بپذیرد؛ زیرا ارجاع به داوری یک موضوع شکلی مرتبط با نحوه رسیدگی به پرونده است و به خود ماهیت طلاق ارتباطی ندارد. (الماسی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۵).

### ۲-۲-۱-۱. قانون حاکم بر طلاق در صورت تفاوت تابعیت زوجین

در صورتی که زوجین تابعیت های متفاوت داشته باشند، برای تعیین قانون معتبر در بررسی دلایل طلاق، رویه های متفاوتی در حقوق کشورها مشاهده می شود؛ پیش از اصلاحات قانونی در سال ۱۹۷۵، رویه قضایی فرانسه بر این مبنا استوار بود که قانون حاکم بر طلاق زوجینی با تابعیت های مختلف، قانون اقامتگاه مشترک آنها است. اگر زوجین اقامتگاه مشترک نداشتند، قانون فرانسه به عنوان قانون مقر دادگاه بر طلاق آنها اعمال می شد، بدون توجه به ملیت یا محل اقامت طرفین (همان، ص ۱۷۷).

در ایران و برخی کشورهای اسلامی، قانون تابعیت شوهر به‌عنوان مبنای بررسی روابط زوجین و از جمله دلایل طلاق لحاظ می‌شود. این دیدگاه با توجه به موقعیت شوهر در ساختار خانواده و مسئولیت‌های وی تعریف شده است.

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، ماده ۹۶۳ قانون مدنی که به بررسی آثار ازدواج و روابط شخصی و مالی زوجین می‌پردازد، در مورد طلاق زوجین با تابعیت‌های متفاوت نیز قابل اجرا است. از این رو، راهکار حقوق ایران در این زمینه مشابه حقوق مصر و سوریه می‌باشد، با این تفاوت که در حقوق ایران تنها قانون حاکم بر آثار ازدواج مشخص شده و قانونگذار در خصوص طلاق سکوت کرده است.

در این رابطه، دو استدلال قابل ذکر است:

۱. واژه «روابط شخصی» در ماده ۹۶۳ قانون مدنی به، به طور موسع تفسیر شود تا شامل طلاق نیز، باشد. در نتیجه، مطابق این ماده، قانون حاکم بر طلاق نیز، تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود. در مقابل، برخی از حقوقدانان، با رد این شمولیت، طلاق را در زمره روابط شخصی زوجین نمی‌دانند بلکه آن را از اسباب انحلال رابطه زوجیت تلقی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۵۷۸؛ الماسی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۸)؛ در نتیجه، به این ماده نمی‌توان استدلال کرد.

۲. با استناد به بند ۱ ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه مصوب ۱۳۱۲، قانون حاکم بر طلاق، باید تابع قانون دولت متبوع شوهر باشد. در این بند از ماده واحده مذکور آمده است: «در مسایل مربوطه به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است». هرچند این ماده به غیرشیعیان اختصاص دارد، اما با قیاس اولویت یا تنقیح مناط از این ماده، در مورد احوال شخصیه شیعیان نیز، جاری خواهد بود که طلاق را نیز، در بر می‌گیرد.

## ۲-۲-۲. قانون حاکم بر آثار طلاق

آثاری که پس از طلاق در روابط زن و شوهر مطرح می‌شود، به مسائل مختلفی مانند عده، رجوع در ایام عده، نفقه زوجه مطلقه و استفاده زن از نام خانوادگی شوهر تعلق دارد.

عده یکی از آثار طلاق است که در تمامی نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی وجود دارد و حتی در برخی کشورهای غیر اسلامی مانند فرانسه نیز مورد پیش‌بینی قرار گرفته است. طبق تعریف ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی ایران: «عده مدتی است که زن پس از انحلال عقد نکاح به واسطه طلاق نمی‌تواند به ازدواج جدیدی اقدام کند.»

رجوع در ایام عده نیز یکی دیگر از آثار طلاق است که مختص فقه اسلامی است و در بسیاری از کشورها از جمله کشورهای غیر اسلامی وجود ندارد. این موضوع در مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ قانون مدنی ایران به طور دقیق تنظیم شده است.

یکی دیگر از آثار طلاق، نفقه زوجه مطلقه است که در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی ایران مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده بیان می‌کند: «نفقه مطلقه رجعیه در مدت عده بر عهده شوهر است، مگر آنکه طلاق در حال نشوز رخ داده باشد. در صورتی که طلاق بائن باشد یا ناشی از فسخ نکاح صورت گیرد، زن حق دریافت نفقه نخواهد داشت، مگر آنکه از شوهر خود باردار باشد، که در این صورت تا زمان وضع حمل مستحق دریافت نفقه خواهد بود.»

یکی از دیگر آثار طلاق، بهره‌مندی زن از نام خانوادگی شوهر است که در ماده ۴۲ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ به آن اشاره شده است. بر اساس این ماده: «زوجه می‌تواند با رضایت همسر، تا زمانی که در قید زوجیت است، از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند. اما پس از وقوع طلاق، ادامه استفاده از نام خانوادگی منوط به اجازه شوهر خواهد بود.»

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که مسائل مرتبط با روابط زن و شوهر پس از طلاق تحت تأثیر کدام قانون قرار خواهد گرفت؟ آیا قانونی که بر خود طلاق حاکم است، برای آثار آن نیز قابل اعمال خواهد بود؟ به‌عنوان مثال، با توجه به اینکه نفقه یکی از آثار مالی نکاح به‌شمار می‌آید و در صورت اختلاف تابعیت زوجین، طبق ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران، قانون کشور متبوع شوهر حاکم است، آیا نفقه زوجه مطلقه که از آثار طلاق محسوب می‌شود، تابع قانون کشور متبوع شوهر خواهد بود؟ در حقوق مصر، قانونی که بر آثار طلاق تأثیرگذار است، همان قانونی است که بر طلاق حاکم است. با این حال، باید اشاره کرد که قانون حاکم بر آثار طلاق در روابط پدر و مادر و فرزندان امکان دارد با قانونی که حاکم بر آثار طلاق در روابط زن و شوهر هست، متفاوت باشد (احمد عبدالله، ۲۰۰۰، ج ۲، ص ۳۱۷).

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز، همان‌طور که در مورد علل و موجبات طلاق، قانون دولت متبوع زوجین اعمال می‌شود، به‌طور مشابه، برای آثار طلاق نیز اصولاً همان قانون حاکم خواهد بود. به‌عنوان مثال، در زمینه نفقه زوجه مطلقه، چون نفقه یکی از آثار مالی رابطه زوجیت است، در صورت اختلاف تابعیت زوجین، طبق ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران، همان‌طور که در زمان نکاح قانون دولت متبوع شوهر حاکم است، پس از انحلال نکاح، روابط زن و شوهر همچنان تابع همان قانون خواهد بود. با این حال، همان‌طور که در حقوق مصر مشاهده می‌شود، در روابط پدر و مادر با فرزندان پس از طلاق، ممکن است قانونی متفاوت از قانون حاکم بر روابط زن و شوهر اعمال گردد. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز وضعیت مشابهی وجود دارد و آثار طلاق در ارتباط با فرزندان و تکالیف پدر و مادر، همچون نگهداری و نفقه فرزندان، ممکن است تابع قانونی متفاوت از قانون حاکم بر آثار طلاق در روابط زن و شوهر باشد.

## نتیجه‌گیری

احوال شخصیه که یکی از مباحث مهم در حقوق بین‌الملل خصوصی است، تحت تأثیر تابعیت اشخاص قرار دارد و قوانین تابعیت کشورهای مختلف در مورد نحوه به دست آوردن یا از دست دادن تابعیت، احکام متفاوتی دارند. این موضوع، باعث ایجاد تعارض چند قانون ملی در خصوص مسائل احوال شخصیه، به‌ویژه ازدواج و طلاق می‌شود.

تأثیر تابعیت در ازدواج و همچنین تأثیر ازدواج در تابعیت، مخصوصاً در روابط بین‌المللی، در کشورهایی مانند ایران که احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع شخص است، مطرح است. در این سیستم‌ها، برای تعیین شرایط و موانع ازدواج باید ابتدا مشخص شود که هر فرد تابع چه دولتی است. ازدواج مختلط نیز ممکن است تابع قوانین مختلفی باشد که به تابعیت افراد بستگی دارد و در برخی موارد باعث تغییر تابعیت زن می‌شود.

در نهایت، تعارض قوانین ملی در مورد ازدواج و طلاق ناشی از تعارض قوانین تابعیت کشورهاست. برخی کشورها قاعده اعمال قانون اقامتگاه را پذیرفته‌اند، در حالی که کشورهای دیگر قاعده اعمال قانون ملی یا قانون دولت متبوع را برگزیده‌اند. ایران از جمله کشورهایی است که قانون ملی یا قانون دولت متبوع را در مسائل تعارض قوانین اعمال می‌کند.

برای حل دقیق مسائل تعارض قوانین در خصوص ازدواج و طلاق، ضروری است که میان دو مرحله تفکیک قائل شویم: مرحله ایجاد حق (که به معنای شکل‌گیری رابطه زوجیت است) و مرحله تأثیر بین‌المللی حق (که مربوط به آثار ازدواج و حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و آثار طلاق می‌باشد). این تفکیک اهمیت دارد، زیرا راه‌حل‌های تعارض قوانین در این دو مرحله ممکن است متفاوت باشد. به عبارت دیگر، قانون حاکم بر مرحله ایجاد حق و علل و موجبات طلاق امکان دارد با قانون حاکم بر مرحله تأثیر بین‌المللی حق که به حقوق و تکالیف زوجین و آثار طلاق مربوط می‌شود، متفاوت باشد.

## فهرست منابع

۱. احمد عبدالله، عزالدین، (۲۰۰۰م)، القانون الدولي الخاص، دار السلام للنشر، قاهره.
۲. ادیب استانبولی، (۱۹۸۹م)، المرشد فی قانون الاحوال الشخصیه، بی‌نا، دمشق.
۳. ارفع‌نیا، بهشید، (۱۳۷۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپخانه آینده، تهران.
۴. افشار، حسن، (۱۳۴۶)، کلیات حقوق تطبیقی، مجموعه حقوق تطبیقی شماره ۱، بی‌نا، تهران.
۵. الماسی، نجادعلی، (۱۳۷۹)، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، تهران.
۶. \_\_\_\_\_، (۱۳۵۳) بحثی پیرامون تعارض تابعیت، مجله کانون وکلا، شماره ۱۲۵.
۷. \_\_\_\_\_، (۱۳۶۹)، تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۲.
۸. انصاری، باقر، (۱۴۰۱)، اسناد بین‌المللی حقوق بشر، انتشارات خرسندی، تهران.
۹. خلعتبری، ارسلان، (۱۳۱۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپخانه روشنایی، تهران.
۱۰. عامری، جواد، (۱۳۶۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، آگاه، تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، میزان، تهران.
۱۲. متولی، سید محمد، (۱۳۷۸)، احوال شخصیه بیگانگان در ایران، انتشارات ساز و کار، تهران.

۱۳. مرعشی، علاءالدین، (۱۳۱۶)، تابعیت در ایران، چاپخانه مجلس، تهران.
۱۴. معظمی، عبدالله، (۱۳۳۲)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپخانه نقش جهان، تهران.
۱۵. نصیری، محمد، (۱۳۷۲)، حقوق بین الملل خصوصی، آگاه، تهران.
۱۶. نصیری، مرتضی، (۱۳۷۰)، حقوق چند ملیتی، تهران، نشر دانش امروز.
۱۷. هدایتی، محمدعلی، (۱۳۴۵)، مجموعه قراردادهای بین المللی چند جانبه ایران، تابان، تهران



## واکاوی قتل شیرین از منظر فقه و حقوق

عباس احمدی<sup>۱</sup>

علی صادقی<sup>۲</sup>

۱. دانش پژوه سطح ۴، حوزه علمیه و دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد، رشته فقه و حقوق جزا، دانشگاه شاهد، تهران.

رایانامه: iranshrshyb78@gmail.com

۲. دانش پژوه سطح ۳، حوزه علمیه و دانش آموخته سطح ۲، رشته حقوق، مدرسه عالی قضاوت، قم (نویسنده مسئول).

### چکیده

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۸/۲۰

کلیدواژگان: مرگ شیرین، اتانازی، رضایت مجنی علیه، خودکشی، قتل، مرگ خودخواسته.

مرگ شیرین راهی برای بیماری است که علم و دانش نوین پزشکی از درمان آن‌ها عاجز مانده است که آن‌ها را با مرگی آسان و سریع از درد و رنج رهایی می‌بخشد. در مورد این که آیا شرایط بیمار، رضایت بیمار و انگیزه مرتکب می‌تواند به این عمل مشروعیت بخشد در کلام فقها و مکاتب فکری مختلف، رویکرد متفاوتی در پیش گرفته شده است از این روی هدف پژوهش حاضر، مشخص کردن جایگاه مرگ شیرین در نظام حقوقی ایران، آثار حقوقی مترتب بر آن، تحلیل و بررسی ادله جواز و عدم جواز مرگ شیرین در فقه امامیه و بیان نظرات فقها در این مسئله بود. این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی و جمع‌آوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای بوده است. یافته‌های حاصل از این پژوهش، بیانگر این است فقها مرگ شیرین را تحت عنوان خاصی بیان نکرده بودند و اساساً عبارتی حول آن در کتب فقهی وجود ندارد لکن با استفاده از وحدت ملاک مسائل مشابه احکام تکلیفی و وضعی اقسام مختلف مرگ شیرین مورد بررسی قرار گرفت که با بررسی و تتبع مواد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ روشن شد که در قانون مواد خاصی در مورد هیچ یک از اقسام مرگ شیرین وجود ندارد و این عمل به صورت مستقل جرم‌انگاری نشده است چرا که در نظام حقوقی ایران با توجه به عدم تأثیر رضایت و انگیزه مرتکب در مسئولیت کیفری، مرگ شیرین با در نظر گرفتن اقسام و ماهیت آن تحت عنوان یکی از اقسام قتل یا خودکشی قرار می‌گیرد.

## مقدمه

بدون تردید در عصری به سر می‌بریم که علم پزشکی از توانایی بالایی در حل مشکلات جسمی و روحی انسان برخوردار است. لکن هنوز هم بیماری‌هایی وجود دارد که بشر از درمان آن عاجز مانده است و گاهی اوقات اشخاصی که از این بیماری‌های لاعلاج درد می‌کشند، برای رهایی از سختی و درد و رنج بیماری راهی جز پایان دادن به حیات خود پیدا نمی‌کنند. از این پایان دادن خود خواسته زندگی که می‌تواند توسط خود شخص بیمار یا خانواده وی و یا پزشک انجام بگیرد؛ با عناوینی مانند مرگ خودخواسته، قتل شیرین و اتانازی و... یاد می‌شود. اتانازی (Euthanasia) واژه‌ای یونانی است و کاربرد آن از قرن هفتم میلادی رواج یافته است (لاریجانی، ۱۳۸۷، ص ۵۲). این واژه اولین بار توسط فرانسیس بیکن، فیلسوف انگلیسی، در کتاب ارغنون نو که مرگ بدون مشقت را ترویج می‌داد، وارد فرهنگ پزشکی شد؛ و قبل از آن با مسائل پزشکی و اخلاق پزشکی مرتبط نبود و به‌طور کلی در معنای مرگ راحت استعمال می‌شد و اشاره به موقعیتی داشت که فرد به هر صورت ممکن چه در جنگ چه به دست خودش و... به طور ناگهانی در زمان بسیار کوتاه بدون درد و رنج بمیرد (گلدوزیان، ۱۳۹۵، ص ۴۰). در تعریف اصطلاحی اتانازی چنین بیان شده است «اتانازی عبارت از کشتن یا اجازه به مرگ کسی که دارای بیماری لاعلاج است» (لاریجانی، ۱۳۸۷، ص ۵۲). به عبارتی مرگ شیرین عملی شفقت‌آمیز است که با انگیزه نجات کسی از مشقت و درد و رنجی تحمل‌ناپذیر، به حیات او پایان می‌بخشد که می‌توان گفت زمانی که این عمل توسط خود شخص بیمار به کار می‌رود نوعاً اصطلاح مرگ شیرین به کار برده می‌شود و زمانی که این عمل توسط شخصی غیر از خود بیمار انجام می‌شود قتل شیرین نامیده می‌شود لکن در نوشتار حاضر هر دو به یک معنا به کار رفته است. شورای حقوقی قضایی آمریکا، در مورد تعریف اتانازی چنین بیان داشته است: «اتانازی عمل ایجاد مرگ از طریق نسبتاً سریع و بدن‌درد، به دلایل ترحم‌آمیز در فردی که از بیماری رنج می‌کشد است» (همتی، «اتانازی از دیدگاه فلسفه اخلاق» فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره هشتم، ص ۲۸). باتوجه به تعاریف مطرح شده در مورد اتانازی، می‌توان گفت که اتانازی با وجود چهار شرط محقق می‌شود:

۱. عمل توسط حداقل یک شخص از پیش برنامه ریزی شود که این شخص یا خود بیمار است و یا فراهم آورنده شرایطی است که آن شرایط موجب قطع حیات می‌شود.
۲. علت منحصره انجام مرگ شیرین، بیماری لاعلاج و یا بی‌هوشی برگشت‌ناپذیر است.
۳. انگیزه از این عمل فقط خیر خواهی و حسن نیت باشد نه به انگیزه‌های دیگری مانند انتقام جویی.
۴. انجام این عمل بدون درد و سریع باشد.

برای تبیین بهتر معنای اصطلاحی مرگ شیرین و محل بحث، لازم است که اقسام آن بررسی گردد:

مرگ شیرین از جهت وجود یا عدم وجود اراده مجنی علیه، به دو قسم داوطلبانه و غیرداوطلبانه تقسیم می‌شود و نیز از جهت نوع فعل مرتکب به دو قسم فعال و غیرفعال تقسیم می‌شود. از جمله مواردی مفهومی نزدیک با مرگ شیرین دارد اتانازی (مرگ شیرین) غیرمستقیم است که در این مورد داروهای برای تسکین درد بیمار داده می‌شود که اثر جانبی آن دارو قطع سیستم تنفسی بیمار است که در نهایت منجر به مرگ بیمار می‌شود و نیز خودکشی مساعدت شده نیز بی‌شبهت به مرگ شیرین نیست؛ چراکه در این حالت داروهای مرگ‌آور برای بیمار فراهم می‌شود با وجود این که روشن است بیمار برای خودکشی از آن داروها استفاده خواهد کرد.

در این پژوهش ما به نوع فعال و غیرفعال که می‌تواند داوطلبانه یا غیرداوطلبانه، انجام گیرد می‌پردازیم. همچنین لازم به ذکر است که بهتر است به نوع داوطلبانه این عمل، اصطلاح مرگ شیرین استعمال گردد و به نوع غیرداوطلبانه این عمل اصطلاح قتل شیرین استعمال شود؛ لکن در این نوشتار تفاوتی میان مرگ شیرین و قتل شیرین به‌عنوان واژه مترادف به‌کاررفته است. مضافاً این نوع مرگ در بعضی کشورها ممنوع و جرم محسوب می‌شود لکن در بسیاری از کشورها این مسئله قانونی محسوب می‌شود. باتوجه به آثار متعدد جواز یا عدم جواز قتل شیرین و نیز ارزش و منزلت انسان و ودیعه الهی قلمدادشدن جان انسان در مکاتب الهی، در این تحقیق ضمن بیان حکم قتل شیرین در قانون مجازات اسلامی به بررسی نظرات فقهی موافق و مخالف درباره قتل شیرین و آراء فقهی بر جواز و عدم جواز قتل شیرین می‌پردازیم.

## ۱. تاریخچه مرگ شیرین

مساله مرگ شیرین، سابقه ای بسی طولانی دارد و تاریخچه این مسئله به یونان و روم باستان باز می‌گردد که در آن جوامع انجام دادن این عمل در مورد بیماران امری پذیرفته شده و کاملاً عادی بوده است، لکن در قرن اول پس از میلاد اختلاف نظر زیادی حول این مطلب میان اعضای مجلس سنای روم بوجود آمد (اعتمادیان، ۱۳۴۲، ص ۱۱۴). در یکی از آثار فیلسوف مشهور افلاطون، کسانی که به علت بیماری یا هر چیزی قادر به انجام وظیفه نیستند محکوم به مرگ معرفی شده است و حق زندگی را از آنان سلب نموده و تسلیم شدن در برابر مرگ را امری بدیهی قلمداد شده است (همان، ص ۱۱۵). این عمل در عقاید ارسطو نیز مورد حمایت بوده است در بسیاری از جوامع دیگر نیز این نوع مرگ به صورت های مختلف گزارش شده است مثلاً انداختن پیران در رود یکی از رسوم در هندوستان بوده است (دورکیم، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۶۰). لکن از سوی عده از فلاسفه این عمل از نظر اخلاقی مورد سرزنش قرار گرفته است از جمله: فیثاغورث، اپیکورس، سنکا، سیسرو، وپلینی (همان ص ۱۱۷)، سنت توماس آکیناس (Thomas Aquinas) این عمل را به عنوان خشم الهی معرفی نموده و به شدت با خود کشی و مرگ شیرین مخالفت کرده است. علی‌رغم وجود این مخالفت‌ها بخصوص در تفکر مسیحی، بعد از گذشت مدت زمانی شواهد دال بر پذیرش مرگ شیرین و تجدید نظر در مورد ممنوعیت آن وجود دارد. مثلاً؛ در شهر مارس، شربت شوکرانی را در محل مخصوصی آماده کرده بودند و هر کسی که در مجلس سنا دلیل کافی مبنی بر اینکه مردنش مرجح بر زندگی کردنش است، ارائه می‌کرد؛ می‌توانست در آن محل حاضر شده و با نوشیدن مقدار کافی از آن به زندگی خود خاتمه می‌داد و این نوع برخورد با مرگ و زندگی انسان تا جایی پیش رفت که یونانیان خودکشی و انتحار را در صورتی که دلیل کافی بر آن وجود داشت عملی بسیار مسئولانه و شایسته فردی عاقل و شجاع می‌دانستند و آن را مصداق بارز تاثیر اراده انسان در زندگی انسان محسوب می‌کردند. این طرز فکر در اغلب تمدن‌های باستان از جمله تمدن‌های باستانی موجود در بین‌النهرین و هند و سواحل مدیترانه نیز وجود داشت و در این جوامع حفظ مصالح جامعه از ارزش‌های بسیار والا تلقی می‌شد و فدا کردن اشخاص برای مصالح کشور و یا حتی قبیله امری عادی و به طبع تسریع در مرگ بیمار را اخلاقی و مجاز می‌دانستند (اعتمادیان، ۱۳۴۲، ص ۱۱۷).

در انگلستان قدیم نیز، قانونی در این زمینه وجود داشت و این عمل مجاز قلمداد می‌شد به‌عنوان مثال؛ فرانسس بینکن در اثر معروف خود به نام سرزمین نو، مرگ شیرین را برای مدینه فاضله اش لازم و ضروری دانسته و مورد حمایت قرار داده است و خود نیز از مبلغین مرگ بدون درد بود (کرمی، ۱۳۸۱، ص ۲۸).

می توان گفت در تمدن های اولیه با وجود این که در نظر بعضی از مکاتب فکری و فلاسفه با این عمل مخالفت می شد، لکن غالباً این عمل امری مورد قبول در جوامع تلقی می شد، در قرن سوم با افزایش باور های مسیحی و دینی، تمایل جامعه برای دوری از انجام این عمل و مخالفت ورزیدن بیش تر شد چرا که زندگی در ادیان مختلف از تقدس بالای بر خوردار است و ارزش زندگی بشر را به کیفیت آن نمی دانند؛ در نهایت با نفوذ دین و کلیسا بر زندگی و آداب و رسوم مردم به تدریج این عمل از گناهان شمرده شده و در جوامع مسیحی به شدت با انجام این عمل مخالف شد و این رویه حتی در اثر اصلاحاتی که در زمان های بعدی انجام شد و کلیسای کاتولیک از بین رفت، هیچ تغییری پیدا نکرد لکن در زمان رنسانس، مرگ شیرین یا اتانازی دوباره به عنوان ایده ای برای کاهش رنج و درد مطرح شد و به تدریج به مقبولیت نخستین رسید و در قرن بیستم بسیار شیوع یافت (ابطحی، ۱۳۸۱، ص ۵).

در دهه ۱۹۶۰ یک دادگاه در ایالات متحده آمریکا در مورد مرگ شیرین یا اتانازی بیمارانی که زندگی نباتی دارند، موافقت نمود (رفیعی منش، ۱۳۷۶، ص ۳۰).

## ۲. انواع مرگ شیرین در فقه

از آن جایی که در فقه، پیرامون اقسام مرگ شیرین نظرات متفاوتی مطرح شده است قبل از بررسی احکام و نظرات مربوط به مرگ شیرین، اقسام آن را بیان می کنیم.

مرگ شیرین از جهت وجود یا عدم وجود اراده مجنی علیه، به دو قسم داوطلبانه و غیرداوطلبانه تقسیم می شود و نیز از جهت نوع فعل مرتکب به دو قسم فعال و غیرفعال تقسیم می شود. با در نظر گرفتن این که مباشر خود شخص مریض است و یا شخصی غیر از او، هشت قسم برای مرگ شیرین متصور است که بررسی هر یک از آنها می پردازیم:

### ۲-۱. مرگ شیرین (اتانازی) داوطلبانه

در این حالت بیمار در ضمن رضایت خود برای پایان یافتن حیات، از پزشک یا شخص دیگری درخواست مرگ می کند.

### ۲-۲. مرگ شیرین (اتانازی) غیر داوطلبانه

در این حالت خود بیمار در انجام این عمل نقشی ندارد، مثلاً خود بیمار مرگ مغزی شده است و قادر به تصمیم گیری نیست و یا دیگران او را مجبور کرده اند که به زندگی اش پایان دهد؛ بنابراین در این حالت بدون اذن بیمار، این فعل انجام می شود.

### ۲-۳. مرگ شیرین (اتانازی) فعال

مواردی را شامل می شود که یک فعل به صورت مستقیم برای پایان یافتن حیات بیمار انجام می شود. در این حالت بیماری یا هر آن چیزی که بیمار از آن رنج می برد باعث و علت عمده مرگ نبوده است؛ بلکه در واقع مرگ توسط شخص دیگر ایجاد شده است.

مرگ شیرین فعال زمانی رخ می دهد که یک پزشک مجموعه ای از افعال مثبت را انجام می دهد و موجبات مرگ بیمار را فراهم می کند، در واقع فعل انجام شده توسط پزشک یا هر شخص دلسوز عمدی است و این فعل به زندگی شخصی پایان می دهد که بدون انجام آن فعل امکان زندگی برایش وجود دارد. این نوع از خلاف اخلاق پزشکی و سوگندنامه بقراط است (بلیندا، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶).

### ۲-۴. مرگ شیرین (اتانازی) غیر فعال

در این قسم از مرگ شیرین با ترک معالجه و روند درمان بیماری، موجبات مرگ سریع و شیرین بیمار فراهم می‌شود. در واقع پزشک با خودداری یا ممانعت از درمان و یا تغذیه، باعث مرگ بیمار می‌شود (همان، ۲۳۶). به عبارت دیگر می‌توان گفت مرگ شیرین غیرفعال حذف کردن هر عملی است که باعث زنده ماندن و حیات بیمار می‌گردد برای مثال: ندادن داروهای بیمار، متوقف کردن دستگاه‌های تنفسی، غذاندادن به بیمار و...

### ۳. احکام اقسام مختلف مرگ شیرین

#### ۳-۱. مرگ شیرین فعال، داوطلبانه، با مباشرت شخص بیمار

در این حالت خود بیمار، با انجام فعل وجودی مانند دارو خوردن و... عامل مرگ و قتل خودش است و با این کار مرگ خود را سرعت می‌بخشد و در واقع خودکشی می‌کند.

#### ۳-۱-۱. حکم تکلیفی

مثالی که در بیان فقها در این مورد بیان شده است عبارت است از: شخصی که در بیابان گرفتار شده است و یقین دارد که به هیچ وجه امکان دسترسی به آب برای وجود ندارد و از فرط تشنگی خواهد مرد، برای رهایی از درد و رنج تشنگی اقدام به کشتن خود کند (موسوعه دائر المعارف فقه اسلامی، فصلنامه فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۴۳، ص ۱۲۹). این قسم از مرگ شیرین از اقسام خودکشی است که در حرمت آن شکی نیست و از واضحات است و ادله فراوانی بر حرمت این قسم دلالت می‌کند از جمله: آیه ۲۹ سوره نساء دلالت بر حرمت خودکشی و هلاکت نفس دارد در روایات فراوانی برای اثبات حرمت، به این آیه استدلال شده است از جمله: روایتی که در آن حضرت امیرالمومنین (ع) از پیامبر در مورد این که شخص چگونه همراه جیره وضو بگیرد می‌پرسد، که پیامبر (ص) در جواب می‌فرماید: کشیدن دست تر بر آن در غسل جنابت و وضو کفایت می‌کند. سپس حضرت علی (ع) می‌پرسد: اگر هوا سرد باشد و شخص بر جانش بترسد که آب («وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا») بر بدنش بریزد، که پیامبر اکرم (ص) در ادامه همین آیه از سوره نساء را تلاوت می‌کند (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۱، ص ۴۶۶، باب ۳۹، ح ۲). نیز، در روایات فراوانی اشاره به این مطلب شده است که مؤمن به هر بلایی گرفتار می‌تواند بشود و به هر مرگی از دنیا می‌رود؛ اما هرگز خودکشی نمی‌کند چرا که خودکشی یعنی نامیدی از رحمت واسعه الهی.

علاوه بر آیات و روایات فراوان که بر حرمت خودکشی دلالت دارند فقها نیز ضمن مسائل مختلف بیان کرده‌اند که اضرار به نفس مطلقاً حرام است و قدر متیقن از حرمت اضرار به نفس این است که اضرار به نفس که منجر به هلاکت شود مطلقاً به اجماع فقها حرام است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵ ه. ق، ج ۲، ص ۲۰۰). حکم عقل نیز وجوب حفظ نفس از اضرار و تهلکه است در هر شرایطی (زمانی نژاد، استادی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۴).

موید این ادله این است که فقها در مسئله اکراه در موردی که شخص به این صورت تهدید می‌شود که: «اگر خودت را نکشی، ما تو را می‌کشیم» اختلاف کرده‌اند و بیشتر فقها بر عدم جواز قتل فتوا داده‌اند، ولی برخی مانند شهید ثانی تفصیل داده و گفته: اگر قتلی که اکراه‌کننده وعده داده، شدیدتر از قتلی باشد که اکراه شونده می‌خواهد با آن خودکشی کند، در این صورت اکراه شونده می‌تواند برای نجات خود از آن مرگ که به آن تهدید شده است، مرگی آسان را انتخاب کند، لکن اگر کیفیت هر دو قتل یکسان باشد اکراه صدق نمی‌کند و نمی‌تواند خودکشی کند. در مقابل صاحب جواهر چنین بیان می‌کند: اگر این شرایط مجوز بر خودکشی باشد، کسی هم که می‌داند از تشنگی خواهد مرد خودش را با روشی سریع و آسان بکشد (موسسه دائر المعارف فقه اسلامی، فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم السلام)، ج ۴۳، ص ۱۳۰). از عبارت صاحب جواهر مشخص می‌شود که جایز نبودن مرگ خود، در مثال بیان شده که از مصادیق محل بحث است، امری مسلم است.

در صورت نبود هیچ دلیلی بر حرمت این قسم حداقل می توان گفت که در حرمت این قسم شک داریم و در این صورت عموماً و اطلاقات حرمت قتل نفس شامل این مورد می شود و حرمت آن ثابت می شود. لکن دو اشکال بر شمول و دلالت ادله بر حرمت این قسم از مرگ شیرین وارد است که آنها را بررسی می کنیم:

۱. ادله حرمت قتل نفس شامل مرگ شیرین فعال داوطلبانه که توسط بیمار ذی شعور انجام تحقق می یابد، نمی شود. به این صورت که ادله دال بر حرمت قتل نفس، دلالت بر حرمت مطلق قتل نفس نمی کند بلکه انصراف به آن قتل نفس دارد که از روی عدوان و ظلم و تعدی باشد. بنابر این در این قسم که عنصر ظلم و تعدی و عدوان وجود ندارد و شخص برای رهایی از درد، لاعلاج دست به انجام این کار می زند، نمی توان به این ادله استدلال کرد و علاوه بر این که در بعضی ادله نیز به عنصر ظلم و عدوان اشاره شده است، با توجه به این که دلیل بر فرد متعارف حمل می شود و باید گفت که عنوان قتل نفس به صورت مطلق موضوع حرمت نیست.

پاسخ به این اشکال: موضوع در ادله مطلق قتل نفس است و قرینه قراردادن ادله ای که در آن عنصر عدوان ذکر شده است بر این که در دیگر ادله هم مراد همین قتل نفس است و مطلق قتل نفس نیست، صحیح نیست؛ چرا که می تواند از باب تأکید بر حرمت قتل نفس از روی عدوان بیان شده باشد و نیز حمل قتل نفس بر مطلق قتل نفس با ادعای انصراف به فرد و حصه متعارف صحیح نیست چرا که مجرد کثرت و تعارف خارجی مصادیق، موجب اختصاص نمی شود و مانع اطلاق نیست.

۲. قاعده لاجرم، حاکم بر ادله حرمت نفس است. به این صورت که اگر حرمت قتل نفس، موجب وقوع مکلف در حرج و مشقت شدید شود، حرمت قتل نفس با جریان قاعده لاجرم برداشته می شود.

پاسخ به اشکال: دلیل لاجرم بر ادله محرمات حکومت ندارد و قاعده لاجرم در باره ادله محرمات جاری نمی شود و فقط به واجبات اختصاص دارد (شیرینی زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۱۳، ص ۴۵۸۰). با توجه به اطلاق ادله حرمت نفس و عدم تخصیص آن، حکم تکلیفی مرگ شیرین داوطلبانه فعال توسط بیمار ذی شعور؛ حرمت است.

### ۳-۱-۲. حکم وضعی

مراد از حکم وضعی در این جا، ثبوت دیه و ضمان است. با توجه به اینکه مباشر خود شخص بیمار است در این جا ضمان و دیه منتفی است.

### ۳-۲. مرگ شیرین غیرفعال، داوطلبانه، با مباشرت خود بیمار

مباشر و فاعل انجام قتل در این قسم نیز شخص بیمار است، لکن سبب کشته شدن امر وجودی نیست و با امور عدمی کشته شدن تحقق می یابد. در این قسم شخص معالجه و مداوای خویش را ترک می کند. مثلاً بیمار برای ادامه حیات خود به داروی خاصی یا مداوای خاصی نیاز دارد لکن با مصرف این داروها مداوای دائمی برای وی حاصل نمی شود و فقط زمان مرگ او را به تأخیر می اندازد که برای رهایی از درد و رنج و تسریع مرگ خود، از مصرف داروها یا از انجام مداوا خودداری می کند.

### ۳-۲-۱. حکم تکلیفی

اگر این قسم را داخل در عنوان حرمت قتل نفس بدانیم، حکم آن همان حکم مرگ شیرین فعال داوطلبانه با مباشرت خود بیمار خواهد بود، لکن از آن جایی که در این قسم بیمار با فعل وجود عمل از هاق نفس را انجام نداده است می توان گفت که نمی تواند تحت عنوان حرمت قتل نفس قرار می گیرد؛ بلکه تحت عنوان وجوب حفظ نفس قرار می گیرد. به عبارت دیگر قتل نفس در صورتی می تواند صادق باشد که کاری از جانب شخص صورت بگیرد که باعث مرگ وی شود و در این جا فقط ترک معالجه و درمان

شده است و عنوان قتل نفس بر ترک معالجه و درمان حقیقتاً صدق نمی‌کند هر چند که مسامحتاً و مجازاً تعبیر قتل نفس نیز بکار می‌رود. ولی معنای دقیق‌تر این است که در اینجا شخص می‌توانست خودش را حفظ کند؛ ولی حفظ نکرده است. اصل وجوب حفظ نفس از ضروریات و واضحات فقهی است و عقل سلیم فطری نیز به آن حکم می‌کند و کسی اصل آن را انکار نکرده است لکن اشکال وارد شده است که دلیلی بر وجوب حفظ نفس در تمام شرایط و موارد نداریم و شاهد بر این ادعا تصمیم امام حسین (ع) است که با وجود علم داشتن به شهادت، حفظ نفس نکردند و به کربلا رفته و شهادت را برگزیدند؛ بنابراین حفظ نفس در همه موارد جایز نیست و چه بسا در این مورد نیز بتوان گفت که اگر شخص اقدام به دارو خوردن و یا مداوا نیز بکند، سلامتی او باز نمی‌گردد و دیربازود با مرگ مواجه خواهد شد و با ترک درمان فقط در زمان مرگ تسریع کرده است. در جواب شبهه بر تصمیم امام حسین (ع) صاحب جواهر این چنین جواب داده است: «و ما وقع من الحسين مع انه من الاسرار الربانية و العلم المخزون ان يكون لانحصار الطريق في ذلك...» (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۲۱، ص ۲۹۵). به این بیان که باتوجه به آثار و نتایجی که بر شهادت سیدالشهدا مترتب است و وجود داشتن مصالحی اهم و منحصر بودن رسیدن به مقصود امام که حفظ اسلام بود، در شهادت ایشان و نیز مقاومت کردن و جنگیدن آن بزرگوار تا آخرین لحظه؛ نمی‌توان با این مثال اطلاق لزوم حفظ نفس را زیر سؤال برد و تخصیص زد.

برای روشن شدن حکم تکلیفی این قسم، باید بین دو حالت تفصیل قائل شد. حالت اول اینکه داروها و مداوا فقط برای تأخیر در مرگ است و هیچ امیدی در زنده ماندن شخص وجود ندارد و حالت دوم جایی است که داروها و مداوا برای تأخیر در مرگ نیست و امیدی برای بهبودی یا ادامه زندگی در حالتی که در آن عسرو حرج وجود دارد امکان‌پذیر است؛ ولی بیمار به خاطر فشارهای روحی و روانی و اقتصادی و یا خانوادگی تصمیم به مرگ خود می‌گیرد.

حالت دوم مطمئناً تحت عنوان وجوب حفظ نفس قرار می‌گیرد و حکم تکلیفی آن حرمت است و حالت اول را می‌توان گفت از آنجایی که مصرف دارو و اقدام‌های خاص فقط مرگ را به تأخیر می‌اندازد و انجام دادن آن مساوی با حیات نیست، داخل در عنوان وجوب حفظ نفس قرار نمی‌گیرد. موید این مطلب نیز فتوای آیت‌الله خویی و آیت‌الله تبریزی در مبحث مرگ مغزی است که بیان می‌دارند: وصل کردن دستگاه احیا برای زنده ماندن بیشتر بیمار مبتلا به مرگ مغزی واجب نیست (خویی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸). نظر مقام معظم رهبری در خصوص همین قسم این چنین است: «حفظ محتضر و تأخیر در مرگ او واجب نیست»، بنابراین قسم دوم (اتانازی انفعالی) مانعی ندارد (احکام پزشکی در سایت نهاد نمایندگی ولی فقیه دانشگاه علوم پزشکی تهران به نشانی: [www.Nahad\\_tums.ir](http://www.Nahad_tums.ir)).

بنابراین، باتوجه به اجماع فقها در مورد جواز ترک درمان در بیماری‌های لاعلاج (جواهری، بی تا، ج ۲، ص ۳۲۷) این قسم از مرگ شیرین در موردی که با تداوی کردن فقط مرگ به تأخیر افتاده می‌شود، جایز است و در موردی که درمان مساوی است با زندگی آمیخته به درد و رنج و مشقت جایز نیست چرا که وجوب حفظ نفس شامل این مورد می‌شود.

### ۳-۲-۲. حکم وضعی

در این مورد چون خود بیمار متصدی است و خود او از ادامه درمان و معالجه صرف‌نظر می‌کند، بنابراین حکم به ضمان و دیه منتفی است.

### ۳-۳. مرگ شیرین فعال، داوطلبانه، مباشر شخص غیر بیمار

در این قسم مریض از حیات مغزی و شعور و حواس برخوردار است و برای رهایی از درد و رنج بیماری لاعلاج که امیدی به درمان و بهبودی آن نیست، از پزشک یا هر شخص دیگری تقاضا می‌کند و یا اذن می‌دهد که با انجام فعلی مانند دادن دارو،

قطع دستگاه حیاتی و یا هر اقدامی که سبب مرگ سریع و راحت شود، به زندگی او پایان بخشد. به عبارتی این قسم از مرگ شیرین با فعل وجودی همراه رضایت و اذن بیمار توسط شخص غیر از بیمار انجام می‌شود.

### ۳-۳-۱. حکم تکلیفی

باتوجه به وجودی بودن فعل انجام شده توسط پزشک یا کادر درمان و یا بستگان مریض که باعث کشته شدن و مرگ بیمار می‌شود، عنوان قتل نفس بر این فعل بار می‌شود و مصداق قتل عمدی محسوب می‌شود و بنابراین ادله حرمت نفس انسان مؤمن شامل این قسم می‌شود. لکن همان‌طور که در حکم تکلیفی مرگ شیرین فعال داوطلبانه که توسط خود بیمار انجام می‌شد، مناقشه وجود داشت در این قسم نیز اشکال از جهت عدم وجود مقتضی و وجود مانع وارد می‌شود. به این بیان که ادله حرمت قتل نفس مواردی را شامل می‌شود که در آن عنصر عدوان وجود داشته باشد و باتوجه به این که در این قسم رضایت بیمار وجود دارد و همچنین انگیزه و هدف از انجام این فعل ترحم به بیمار و نجات او از رنج و درد و مشقت است، نه تنها هیچ تجاوز و تعدی به شخص مریض نیست و نه تنها مصداق ظلم به او نیست؛ بلکه مصداق ترحم و نیکی به شخص مریض است.

بنابراین حکم تکلیفی این قسم جواز است. لکن همان‌طور که در حکم تکلیفی قسم اول مرگ شیرین بیان شد، هیچ مخصصی برای اطلاقات ادله حرمت قتل نفس وجود ندارد و نمی‌توان با انصراف قتل به مواردی که در آن عدوان وجود دارد اطلاق حرم قتل نفس را تخصیص زد؛ بنابراین مقتضی شمول ادله حرمت بر این قسم وجود دارد و ادله حرمت قتل نفس یقیناً بر این قسم شامل می‌شود.

ممکن است گفته شود باتوجه به محکوم شدن حرمت قتل نفس توسط ادله عسرو حرج حکم تکلیفی این قسم جواز است لکن عدم حاکم بودن قاعده نفی حرج بر ادله حرمت قتل نفس، در مرگ شیرین فعال داوطلبانه که توسط خود بیمار انجام می‌شد، گذشت و در این جا نیز به طریق اولی قاعده نفی حرج حاکم نیست چرا که این قسم توسط شخصی غیر از خود بیمار انجام می‌شود.

### ۳-۳-۲. حکم وضعی

مقصود از حکم وضعی در اینجا دیه و قصاص است. در بیان حکم تکلیفی گذشت که وجود رضایت و یا اذن بیمار در انجام این فعل تأثیری بر خارج شدن از ادله حرمت قتل نفس ندارد و حکم تکلیفی حرمت است. باتوجه به این که این فعل توسط شخصی غیر از بیمار انجام می‌شود، آیا دیه و قصاص نیز منتفی است؟

حکم این مسئله به صورت مستقل در مباحث فقهی بیان نشده است لکن فروعات شبیه به این مسئله که از نظر ملاک فرقی با محل بحث ندارد، در کلام فقها مورد بررسی شده است که با نظر به آن‌ها می‌توان گفت که دو نظر در این مسئله وجود دارد که در ذیل ادله هر کدام بیان می‌شود:

برخی از فقها معتقدند چون مقتول به اذن به قتل خود داده است، حق خود نسبت به قصاص و دیه را ساقط کرده است و از وارثان وی نمی‌توانند خواستار قصاص یا دیه شوند.

یکی از فروعات فقهی که ملاک یکسان با محل بحث دارد، مسئله اکراه در قتل است آن جایی که شخص به دیگری می‌گوید من را بکش در غیر این صورت من تو را می‌کشم. در اینجا فقها شخصی که تهدید به مرگ شده است را جایز به کشتن طرف مقابل نمی‌دانند؛ ولی در مورد حکم وضعی فقهایی همچون شهید اول (عاملی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۳۱۳)، شهید ثانی (عاملی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۳۱۲)، محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۳۷۲، ج ۱۳، ص ۳۹۶)، محمدجواد مغنیه (مغنیه، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۳۱۲)، محقق حلی (محقق حلی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۸۵)، علامه حلی (حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۲، ص ۱۹۶) و امام خمینی (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲،

ص ۵۱۴)؛ فتوی به سقوط دیه و قصاص داده‌اند. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۱، ماده ۲۸۶ آمده است: «چنان چه مجنی علیه قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس عفو نماید، حق قصاص ساقط می‌شود و اولیای دم نمی‌توانند پس از مرگ او مطالبه قصاص نمایند». وحدت ملاک در این فرع فقهی با محل بحث اجازه مقتول به قتل خودش است که باعث سقوط دیه و قصاص می‌شود.

برخی دیگر از فقها از جمله: فاضل هندی (فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۱۱، ص ۳۶)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۹۳ ه.ق، ج ۴۲، ص ۵۴)، آیت‌الله خویی (خویی، ۱۳۹۳ ه.ش، ج ۴۲، ص ۱۸)، آیت‌الله تبریزی (تبریزی، ۱۳۸۷، ص ۱۸) و آیت‌الله وحید خراسانی (وحید خراسانی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۵۱۰)، در مسئله اکراه مقتول شخصی را به قتل خودش، نظر به عدم سقوط حق قصاص و دیه دارند و به تبع در مسئله مرگ شیرین فعال داوطلبانه به مباشرت شخصی غیر از بیمار نیز همین نظر مطرح می‌شود و قصاص و دیه ثابت نیست.

در مورد علت عدم تأثیر اذن به قتل خود، در دیه و قصاص از کلام فقهای مذکور چنین برداشت می‌شود: از آنجایی که انسان حق کشتن خود را تحت هیچ شرایطی ندارد نمی‌تواند حقی را که از آن برخوردار نیست به دیگری بدهد؛ بنابراین عنوان قتل و عدوان و تعدی از بین نمی‌رود. علاوه بر آن حق قصاص حقی است متعلق به اولیای دم و شارع مقدس این را برای خود مقتول قرار نداده است و اذن و رضای مقتول بر قتل خود تأثیری بر حق اولیای دم نخواهد داشت. در این مورد آیت‌الله تبریزی بیان داشته است: «قصاص عوض و بدل از نفس نیست، بلکه حق عقوبتی است که شارع برای ولی مقتول و اولیای دم قرار داده است و ساقط نمی‌شود، مگر به وسیله عفو کسی که بر قصاص ولایت دارد» (تبریزی، ۱۳۸۷، ص ۴۸) علاوه بر این دو دلیل با توجه به اینکه اسقاط یک شی فرع بر وجود آن است می‌توان گفت چگونه قبل از این که قتل رخ داده باشد و قصاص و دیه تحقق یابد، شخص قصاص و دیه را ساقط کرده است؛ بنابراین این مسئله از موارد قاعده اسقاط مالم یجب لم یوجد می‌شود که تأثیری ندارد.

### ۳-۴. مرگ شیرین فعال، غیر داوطلبانه، مباشر غیر شخص بیمار

در این قسم پزشک و یا هر شخص دیگر غیر از بیمار، از باب دلسوزی و در جهت کم کردن درد و رنج بیمار، با یک فعل وجودی مانند خوراندن دارو یا قطع دستگاه تنفسی و... اقدام به قتل شخص بیمار می‌کنند که در ذیل به بیان حکم تکلیفی و وضعی این قسم پرداخته می‌شود:

#### ۳-۴-۱. حکم تکلیفی

حکم تکلیفی این قسم حرمت است. به خاطر طریق اولویت که نسبت به قسم مرگ شیرین فعال داوطلبانه مباشر غیر شخص بیمار وجود دارد و همان استدلال که در بیان حکم آن قسم گذشت در این جا نیز جاری است.

#### ۳-۴-۲. حکم وضعی

باتوجه به این که در این قسم رضایت بیمار وجود ندارد، قصاص و دیه ساقط نخواهد شد.

### ۳-۵. مرگ شیرین غیر فعال، داوطلبانه، مباشر غیر شخص بیمار

در این قسم متصدی و اقدام کننده شخصی غیر از بیمار است لکن سبب قتل فعل وجودی مانند خوراندن دارو نیست؛ بلکه کشته شدن بیمار به وسیله یک فعل سلبی و عدمی است به عبارت دیگر قتل به وسیله ترک معالجه یا ادامه درمان توسط شخصی غیر از بیمار است. برای مثال بیمار برای ادامه حیات نیاز به داروی خاصی دارد و کادر درمان از رساندن آن دارو به بیمار خودداری می‌کنند که در ذیل به بررسی حکم تکلیفی و وضعی این قسم پرداخته می‌شود:

#### ۳-۵-۱. حکم تکلیفی

باتوجه به این که در اینجا عمل ازهاق نفس یا قتل تحقق نیافته است، قرار گرفتن این قسم تحت عنوان حرمت قتل نفس صحیح نیست. بلکه این قسم در عنوان وجوب انقاذ نفس محترم قرار می گیرد چرا که شخص عمل قتل را انجام نداده است و بیمار را از مرگ نجات نداده است. حال اگر قسم تحت اطلاقات ادله وجوب انقاذ قرار بگیرد، حکم تکلیفی مسئله حرمت است و اگر قرار نگیرد حکم مسئله جواز است.

بعضی از ادله وجوب حفظ نفس محترم دلالت بر مطلوبیت این امر دارند؛ مانند آیه ۵ سوره مبارکه مائده که در آن نجات جان یک انسان برابر با زندگی بخشیدن به تمام مردم دانسته شده است؛ و بعضی از ادله نیز دلالت بر وجوب این امر دارند مانند لزوم حفظ نفس (لنکرانی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۵۱۹) در هر حال معروف اجمالاً قائل بر وجوب انقاذ نفس محترمه هستند (لانصاری، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۴۵۸). در فرض وجوب این امر سوال این است که آیا وجوب آن مطلق است و شامل همه موارد می شود یا نه؟ عبارتی آیا این وجوب ناظر به افراد متعارف است و یا افراد نامتعارف را نیز شامل می شود؟

آنچه از کلام فقها برداشت می شود این است که ادله وجوب اطلاق ندارد؛ چراکه بعضی از فقها مانند محقق کرکی در بعضی موارد وجوب حفظ نفس را واجب ندانسته اند (همان، ج ۳، ص ۴۵۸). و صاحب جواهر ضمن اشاره به اینکه دلیل وجوب حفظ نفس فقط اجماع است بیان می کند که وجوب حفظ نفس مطلق نیست حتی در موردی که متوقف بر بذل مال باشد (همان، ج ۳، ص ۴۵۸). بنابراین؛ باتوجه به عدم صدق عنوان ازهاق نفس در این مسئله و نیز عدم اطلاق وجوب حفظ نفس و عدم دلیل بر شمول این مسئله بر وجوب حفظ نفس، حکم مسئله جواز است نه حرمت.

موید این استدلال، فتوی فقهای معاصر در این زمینه است. از جمله: آیت الله خویی در جواب استفتاء نسبت به مریض مبتلا به مرگ مغزی که هیچ امیدی به حیات وی نیست و فقط با دستگاه در حیات نباتی به سر می برد چنین فرمودند: «وصل کردن دستگاه احیاء لام نیست» (خویی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸).

### ۳-۵-۲. حکم وضعی

باتوجه به این که عمل مرتکب قتل نفس نیست، ضمان و دیه نیز منتفی است.

### ۶. مرگ شیرین غیرفعال، غیر داوطلبانه، مباشر غیر شخص بیمار

این مورد نیز همانند قسم قبل است لکن در اینجا رضایت بیمار وجود ندارد؛ اما از آنجاکه این قسم با فعل وجودی انجام نمی گیرد و با فعل عدمی و سلبی انجام می شود، رضایت بیمار در حکم تکلیفی و وضعی آن تأثیری ندارد و همان احکام صورت قبلی یعنی مرگ شیرین غیرفعال داوطلبانه مباشر غیر شخص بیمار، در اینجا نیز جاری است.

### ۷. مرگ شیرین فعال، مباشر غیر شخص بیمار

در این قسم بیمار از قوای ادراکی و شعور بهره مند نیست و درکی نسبت به محیط اطراف خود ندارد و حیات مستقر در وی وجود ندارد، به همین دلیل این قسم نسبت به رضایت و عدم رضایت بیمار لابلشرط است که حکم تکلیفی و وضعی این قسم به این بیان است:

### ۷-۱. حکم تکلیفی

باتوجه به این که فاعل فعل وجود انجام می‌دهد، در انتساب قتل به فاعل شکی وجود ندارد لکن وضعیت شخص بیمار نیز در تعیین حکم تکلیفی باید در نظر گرفته شود. اگر گفته شود که بیماری که حیات مستقر ندارد (حیات مستقر انسان همان زندگی پایدار اوست به این بیان که انسان دارای حرکت، نطق، اراده و اختیار است) در حکم میت است در این صورت وضعیت فعل فاعل، بی‌تأثیر خواهد بود و نمی‌توان به عمل وی قتل را نسبت داد، اما اگر انسانی که حیات مستقر ندارد را زنده در نظر بگیریم، عمل فاعل از هاق نفس خواهد بود و حکم آن نیز روشن. حق در مورد انسانی که از حیات پایدار بهر مند نیست، این است که زنده محسوب می‌شود و در حکم میت نیست (مرتضوی، ۱۳۹۹، ص ۸۴). بنابراین حکم تکلیفی این قسم حرمت خواهد بود.

## ۷-۲. حکم وضعی

باتوجه به اینکه شخص مریض در این حالت حیات مستقر ندارند و شخصی که حیات مستقر ندارند همان‌طور که بیان شد زنده محسوب می‌شود باید قصاص ثابت شود، لکن مقتضی قاعده «لا قود لمن لایقاد منه» عدم ثبوت قصاص با این توضیح که شرط ثبوت قصاص این است که اگر شخص مقتول خودش مرتکب قتل می‌شد حکم قصاص برای وی بار می‌شد به عبارتی جاری شدن قصاص طرفینی است و زمانی قاتل قصاص می‌شود که اگر مقتول مرتکب قتل می‌شود قصاص ثابت می‌شد و در مانحن فیه نیز مقتول اصلانمی تواند قاتل شخص دیگری باشد؛ بنابراین در صورت کشتن او قصاص ثابت نیست و حکم وضعی این مسئله دیه است. ممکن است اشکال شود که این قاعده «لا قود» اطلاق ندارد و در جایی که انسان بالغ صبی را می‌کشد قصاص ثابت است حال آنکه اگر صبی، بالغی را بکشد قصاص ثابت نیست، بنابراین دلیلی نداریم که این در این قسم قاعده لا قود جاری شود. لکن باید گفت که اولاً: اینکه در صبی و انسان بالغ قاعده لا قود جاری نمی‌شود اختلافی است و فقیهی مانند آیت‌الله خویی قائل هستند که در این جا نیز قاعده مذکور جاری می‌شود (خویی، ۱۳۸۶، ص ۸۴). ثانیاً: اینکه در گفته شده است که در مورد صبی این قاعده جاری نمی‌شود به خاطر وجود دلیل خاص و روایت در این زمینه است و این باعث تخصیص قاعده می‌شود. شاهد بر این که در این صورت قصاص منتفی است دو فرع فقهی است که به بیان آنها می‌پردازیم: اینکه اگر شخصی سر کسی را قطع کند که از حیات مستقر بهره‌مند نیست، باید دیه قطع سر میت را بپردازد، و نیز اگر کسی سر میت را قطع کند باید دیه جنین قبل از دمیدن روح یعنی صد دینار بدهد (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۴۲، ص ۵۸). از مجموع مطالب گفته شده روشن می‌شود که حکم وضعی در این قسم دیه به مقدار صد دینار است.

## ۸. مرگ شیرین غیرفعال، مباشر غیر شخص بیمار

در این قسم شخص بیمار دارای حیات مستقر نیست و شرایطش مانند صورت قبلی است که به بررسی حکم تکلیفی و وضعی آن می‌پردازیم:

### ۸-۱. حکم تکلیفی

باتوجه به این که فعل، وجودی نیست عنوان قتل صادق نیست و در مورد انقاذ نفس نیز در صورت قبلی بیان شد که باتوجه به عدم اطلاق ادله، شامل مسئله مرگ شیرین نمی‌شود؛ بنابراین حکم تکلیفی جواز است.

### ۸-۲. حکم وضعی

باتوجه به اینکه عمل مرتکب قتل نفس نیست، ضمان و دیه منتفی است.

## ۹. آرا فقها و مراجع تقلید شیعه حول مرگ شیرین

### ۹-۱. دیدگاه آیت‌الله سیستانی

نظر معظم له در مورد قطع کردن دستگاه های حیاتی بیماری که تپش قلب دارد عدم جواز است و هر گونه اقدام در جهت تسریع مرگ بیمار را حرام اعلام کردند. لکن در مورد بیماری که هیچ امیدی به بهبودی آن نیست، حکم وصل کردن دستگاه های تنفسی و ادامه درمان را به قدر امکان واجب دانسته اند و فقط زمانی که ادامه دادن درمان موجب ضرر مادی به میت یا ورثه بشود در این صورت واجب نیست (استفتا از پایگاه اطلاع رسانی آیت الله سیستانی به نشانی: [Si.stani.org](http://Si.stani.org)). به عبارتی می توان گفت که پاسخ ایشان ناظر به مرگ شیرین غیر فعال است که در صورت اضطرار و تحمل ناپذیر بودن درد برای بیمار این عمل را جایز دانسته اند.

### ۹-۲. دیدگاه آیت الله شبیری زنجانی

معظم له حکم تسریع در مرگ بیماران لاعلاج را عدم جواز بیان کرده اند و حفظ جان آنها را لازم دانسته اند و فقط در صورتی که ادامه درمان و زندگی برای بیمار مشقت غیر قابل تحمل را در پی داشته باشد در این صورت تسریع در مرگ را جایز دانسته اند (استفتا از پایگاه اطلاع رسانی آیت الله شبیری زنجانی، بخش استفتائات. به نشانی: [www.zanjani.ir](http://www.zanjani.ir)). به نظر می رسد که پاسخ ایشان هم شامل مرگ شیرین فعال و هم غیر فعال می شود که در صورت ضرورت این عمل را جایز دانسته اند.

### ۹-۳. دیدگاه آیت الله خویی

در مورد بیماری که مبتلا به مرگ مغزی شده بود و علی القاعده هیچ امیدی به حیات او وجود نداشت، از ایشان استفتا شد که آیا وصل کردن دستگاه ها و ابزارهایی که حیات نباتی او را نگه داشته اند، واجب است یا واجب نیست؟ وی ایشان در جواب فرمودند: «وصل کردن دستگاه های احیا واجب نیست» (خویی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸).

### ۹-۴. دیدگاه آیت الله تبریزی

از ایشان استفتایی شد مبنی بر این که اگر کسی دچار مرض صعب العلاج شود، به طوری که برای ادامه حیات به دستگاه های احیا نیاز داشته باشد، آیا ادامه معالجه و درمان با وصل کردن دستگاه های احیا واجب است یا خیر؟ ایشان در جواب چنین فرمودند: «ادامه حیات و معالجه با وصل کردن دستگاه های احیا و تنفس مصنوعی، به طوری که معالجه چنین بیمارانی غیر متعارف است، واجب نیست، ولی بعد از وصل کردن دستگاه، جدا کردن آن اشکال دارد» (تبریزی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۴۸). همان طور که مشخص است ایشان مرگ شیرین غیر فعال را زمانی که معالجه بیمار متعارف نیست؛ یعنی عرف می گوید که هیچ فایده ای در ادامه درمان وجود ندارد، را جایز می دانند؛ اما قتل شیرین فعال را حرام می دانند.

### ۹-۵. دیدگاه آیت الله فاضل لنکرانی

ایشان قتل شیرین فعال را چه با موافقت بیمار انجام شود و چه بدون رضایت بیمار باشد از مصادیق قتل نفس دانسته و تمام احکام و آثار قتل عمدی را در اینجا جاری می دانند و در مورد قتل شیرین غیر فعال نیز بیان می کنند که اشکال وجود دارد؛ چون حفظ جان مسلمان در حد امکان واجب است (خدادادی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۱).

### ۹-۶. دیدگاه آیت الله صافی گلپایگانی

به نظر می رسد که پاسخ ایشان در مورد استفتائی که شده بود ناظر به قتل شیرین فعال باشد چرا که می فرمایند: هر فعلی که باعث تسریع در خاتمه یافتن حیات بیمار شود، همچنین تجویز داروی کشنده توسط پزشک، و لو مباشر دارو خود بیمار باشد حرام است و جایز نیست (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۰، ص ۵۱).

**۷-۹. دیدگاه آیت‌الله مکارم شیرازی**

ایشان باتوجه به ادله حرمت قتل مستفاد از آیات و روایات و همچنین ادله وجوب حفظ نفس انسان؛ قتل شیرین را مطلقاً حرام دانسته و جایز نمی‌دانند (علیان نژاد، ۱۳۹۴، ص ۱۱۷).

**۸-۹. دیدگاه آیت‌الله سید محمد سعید حکیم**

ایشان بین زمانی که دستگاه‌های وصل شده به بیمار تقویت کنند هستند و زمانی که بدن کاملاً از کار افتاده است و فقط حیات نباتی در جریان است؛ مانند بعضی از حالات مرگ مغزی تفکیک قائل شده‌اند. به این صورت که اگر دستگاه‌های وصل شده تقویت کننده حیات باشد باید از آنها استفاده نمود قطع کننده قاتل است در غیر این صورت زمانی که با دستگاه‌ها فقط نوعی گردش خون مصنوعی وجود دارد، وصل دستگاه‌های مصنوعی واجب نیست و در صورت شک باید وصل کرد (بخش استفتائات پایگاه اطلاع رسانی آیت‌الله حکیم به نشانی:

<https://www.alhakeem.com/fa/questions>).

**۹-۹. دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای**

ایشان قتل شیرین را مطلقاً جایز ندانسته و از مصادیق قتل به شمار می‌آورند (احکام پزشکی، به نقل از سایت نهاد نمایندگی ولی فقیه: [nahad\\_tums.ir](http://nahad_tums.ir)).

**۱۰-۹. دیدگاه آیت‌الله موسوی اردبیلی**

ایشان قتل شیرین را از مصادیق قتل نفس دانسته و وجود رضایت بیمار و یا انگیزه فاعل این عمل را بی‌تأثیر در حکم آن دانسته و حرمت و قصاص را جاری می‌دانند، لکن فقط در صورتی که اطمینان به عدم بازگشت وجود داشته باشد و امیدی به ادامه حیات و بهبودی نباشد، خودداری از معالجه را بدون اشکال می‌دانند و می‌توان دستگاه‌های احیا را وصل نکرد یا تجدید نکرد؛ چون وجوب حفظ نفس مؤمن شامل این مورد نیست، ولی ایشان قطع کردن دستگاهی که کار می‌کند را از مصادیق وجوب حفظ نفس مؤمن می‌دانند و بیان می‌کنند که جایز نیست (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ص ۳۷).

**۱۱-۹. دیدگاه آیت‌الله بهجت**

ایشان تقاضای مقتول را مجوز قتل ندانسته و قتل شیرین را به همه صورش جایز نمی‌دانند (بهجت، ۱۳۸۱، ص ۳۳۵).

**۱۲-۹. دیدگاه آیت‌الله نوری همدانی**

ایشان مطلقاً هیچ کدام از صور قتل شیرین را جایز نمی‌دانند (نوری همدانی، حسین، پایگاه اطلاع رسانی آیت‌الله نوری همدانی: [www.noorihamedani.com](http://www.noorihamedani.com)).

**۱۰. مرگ شیرین در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**

در مورد حکم قتل شیرین در نظام حقوقی ایران باید گفت همان‌طور که در بررسی فقهی مرگ شیرین روشن شد، عنوان مرگ شیرین به صورت خاص در کلام فقها بررسی نشده بود و برای تبیین حکم تکلیفی و وضعی مرگ شیرین از فروع فقهی شبیه به این مسئله و نیز قواعد فقهی و اصولی و نیز استفتائات وارد در این زمینه، استفاده کردیم. در قانون مجازات اسلامی نیز به رغم اهمیت این مسئله در زمان حاضر، عنوان مرگ شیرین (اتانازی) در هیچ ماده‌ای به صورت مستقل بیان نشده است. لکن از آن جایی که بعضی از اقسام مرگ شیرین می‌تواند از مصادیق مواد دیگر مانند قتل یا خودکشی قرار بگیرد و نیز وجود موارد شبیه به

قتل شیرین و مواد مربوط به آنها در قانون مجازات اسلامی در ذیل به بررسی اقسام مرگ شیرین در قانون مجازات اسلامی می‌پردازیم.

از میان انواع مرگ شیرین مواردی که فاعل آن خود بیمار بود، خودکشی محسوب می‌شود و خودکشی در قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری نشده است و این عدم جرم‌انگاری از نظر منطقی قابل قبول است چرا که شخصی که خودکشی می‌کند دیگر در حیات نیست که مجازات بشود و مرگ سبب قطع رابطه مالکیت وی با اموالش می‌شود (زراعت، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۰). شروع به خودکشی نیز علی‌رغم حرمت موکد آن و قاعده «التعزیر لکل عمل حرام» جرم‌انگاری نشده است. معاونت در خودکشی با توجه به مبنای استعاری بودن مجرمیت معاون (رحیمی نژاد، ۱۳۹۱، ص ۸۵)؛ جرم نیست (زراعت، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۰).

محل بحث قتل شیرینی است که توسط شخصی غیر از خود بیمار انجام می‌شود هر چند قتل شیرین در قانون مجازات اسلامی به صورت خاص جرم‌انگاری نشده است؛ اما نمی‌توان از این عدم جرم‌انگاری جواز این عمل را برداشت کرد چرا که به نظر می‌رسد با توجه به اصول حقوقی و مواد دیگر قانون مجازات، قانون‌گذار قتل شیرین را از مصادیق قتل عمدی شمرده است. لکن وجود حسن نیت و انگیزه ترحمی در قتل شیرین و نیز رضایت بیمار در بعضی اقسام آن در صورت تأثیر داشتن در وقوع جرم می‌تواند باعث جایز شمردن این عمل شود و نیز موادی دیگر وجود دارند که موضوعشان بسیار شبیه به قتل شیرین است و یا قتل شیرین را می‌توان از مصادیق آنها دانست که بعضی از آن مواد دال بر عدم جواز قتل شیرین می‌باشد و بعضی نیز دلالت بر جواز این عمل دارد. در ذیل ابتدا به بررسی مواد مربوط می‌پردازیم، سپس به تأثیر و نقش انگیزه فاعل و رضایت مجنی علیه در جنایت واقع شده می‌پردازیم.

## ۱-۱۰. تطبیق انواع مرگ شیرین با مواد قانونی مرتبط

### ۱-۱-۱۰. ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

این ماده بیان می‌کند زمانی که پزشک دستورات لازم برای معالجه بیمار را به کادر درمانی یا پرستار و... می‌دهد، در صورت آسیب رسیدن به بیمار، ضامن است. در این ماده اقدامات پزشک را اگر منجر به مرگ بیمار شود را هر چند که توسط دیگری به دستور پزشک انجام شده باشد، سبب توجه ضامن به پزشک بیان کرده است لکن این ماده خارج از محل بحث ما است چرا که در قتل شیرین پزشک یا هر شخصی که از روی دلسوزی اقدام به این عمل می‌کند، حتماً قصد نتیجه دارد و در قتل شیرین فعال علاوه بر قصد نتیجه قصد فعل نیز دارد و آن چیزی که سؤال است این است که آیا انگیزه شخص عامل یا رضایت بیمار در قتل شیرین داوطلبانه، تأثیری بر مجازات یا جرم بودن این عمل خواهد داشت یا ن درحالی که این ماده ناظر به جایی است که پزشک در جهت درمان مریض دستوراتی ارائه داده است و این دستورات مطابق مقررات و موازین پزشکی و فنی نبوده یا اینکه از مریض قبل از درمان برائت نگرفته باشد و یا اینکه مرتکب تقصیر شده باشد که در این صورت ضامن دیه است.

### ۱-۱-۱۰. ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

این ماده اشاره به زمانی دارد که شخصی وظیفه خاصی نسبت به کسی دارد و تعهدی را در مقابل آن متعهد شده است لکن در انجام آن وظیفه کوتاهی می‌کند و ترک وظیفه می‌کند و به سبب آن جنایتی واقع شود درحالی که توانایی انجام آن کار را داشته و انجام نداده است، جنایت حاصله به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی و غیرعمدی و شبه‌عمدی محسوب می‌شود. این ماده از این جهت که اشاره به تحقق قتل با ترک فعل دارد شاید بتوان گفت که قتل شیرین غیرفعال که توسط پزشک انجام می‌شود شامل این ماده شود چرا که در این مورد نیز پزشک وظیفه درمان و حفظ جان بیمار را دارد لکن به خاطر ترحم به بیمار و

نجات بیمار از درد و رنج از ادامه درمان وی منصرف می‌شود و در واقع با ترک فعلی که وظیفه قانونی وی بوده است باعث مرگ بیمار می‌شود و این مرگ نیز به ترک فعل پزشک مستند است. لکن باید توجه کرد که این ماده نیز مانند ماده ۴۹۶ به انگیزه مرتکب توجهی ندارد و نیز به رضایت مجنی علیه نیز اشاره ای نشده است بنابر این شامل شدن حکم این ماده به قتل شیرین غیر فعال مشکل است. مگر این که گفته شود انگیزه و رضایت مجنی علیه هیچ نقشی ندارد و قتل شیرین غیر فعال مشمول حکم این ماده است که این نیز با توجه به اختلافی بودن این مسئله در فقه و نیز تفکیک قائل شدن بین زمانی که ترک فعل با قطع کردن دستگاه های تنفسی انجام می‌شود و زمانی که ترک فعل با وصل نکردن دستگاه تنفسی انجام می‌گیرد؛ مشکل است. بنابر این ماده ۲۹۶ ناظر به قتل شیرین غیر فعال نیست.

### ۱۰-۱-۳. ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

عنوان این ماده شباهت زیادی با قتل شیرین دارد؛ چراکه این ماده ناظر به نقش رضایت پس از وقوع جنایت و قبل از فوت است که این رضایت باعث سقوط حق قصاص از اولیای دم می‌شود و منجر می‌شود که وارثان و اولیای دم نتوانند پس از فوت شخص مطالبه قصاص یا دیه کنند. این ماده دال بر این است که قانون‌گذار صاحب حق قصاص را خود مجنی علیه می‌داند، لکن این ماده نیز هر چند که به تأثیر رضایت مجنی علیه می‌پردازد؛ اما رضایت موجود در قتل شیرین را ذیل این ماده قراردادن خالی از اشکال نیست چرا که این ماده ناظر به رضایتی است که بعد از وقوع جنایت ایجاد می‌شود به عبارتی این ماده ناظر به جایی است که ابتدا یک جنایتی وارد می‌شود بعد مجنی علیه نسبت به آن جنایت رضایت می‌دهد و سپس بعد از رضایت عقیب جنایت نخست، قتل به سبب همان جنایت نخست انجام می‌شود، لکن در قتل شیرین رضایت به صورت کلی قبل از وقوع جنایت است و این اشکال به وجود می‌آید که رضایت نمی‌تواند بر چیزی که هنوز وجود ندارد و معدوم است تعلق بگیرد و نیز قانون‌گذار در مقام بیان بوده است و در این ماده بخصوص رضایتی را بیان کرده است که بعد از یک جنایت باشد و سپس در اثر آن جنایت قتل صورت بگیرد.

### ۱۰-۲. تأثیر رضایت بیمار و انگیزه فاعل در جرم بودن قتل شیرین

#### ۱۰-۲-۱. تأثیر رضایت بیمار

حقوق دانان در تعریف رضایت را میل قلبی به یک عمل حقوقی را تعریف کرده‌اند و در آن تفاوتی بین این که عمل حقوقی سابقاً انجام شده است یا در آینده انجام خواهد شد و یا الان در حال انجام است تفاوتی قائل نشده‌اند، به عبارتی رضایت را متعلق زمان گذشته و حال و آینده دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۳۳۵). رضایت یک امر باطنی و درونی است و زمانی که با ابراز و ظهور و بروز همراه شود اذن نامیده می‌شود (همان، ص ۲۳). هر چند که اذن و اجازه در محاورات و حتی در عبارات بعضی از حقوق دانان به یک معنا بکار می‌رود؛ اما اذن را مانع ضمان دانسته‌اند و اجازه را مسقط ضمان (نراقی، ۱۳۷۵، عواید الایام، ص ۱۵) همان‌طور که از ماهیت رضایت و اذن مشخص است علی‌القاعده رضایت باعث سقوط مسئولیت شخصی که با رضایت طرف مقابل فعلی را انجام داده است می‌شود لکن از آنجایی که انسان فقط در حد حدود شرعی و عقلایی می‌تواند زمام کارهای خود را داشته باشد و به صورت متعارف و شرعی به جان و نفس خود مسلط است، و حساسیت شارع در بحث دما؛ رضایت به هیچ‌عنوان نمی‌تواند مجوز برای قتل باشد و رضایت مخصصی برای اطلاقات حرمت و مجازات قتل نیست. لکن در مورد ضمان شخص قاتل زمانی که مقتول رضایت به این عمل را داده است اختلاف شده است که در بررسی فقهی قتل شیرین به ادله مخالفین و موافقین پرداخته شده و در مورد قانون مجازات باید گفت که باتوجه به اطلاقات مواد قانونی مربوط در مورد جنایات عمدی و نیز اصول عقلی از جمله قاعده اسقاط ما لم یجب که در مباحث پیشین مفصلاً بیان شد هر چند که مبنای قانون‌گذار در متعلق حق قصاص

خود مقتول است(قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۳۶۵). لکن رضایت نمی تواند حق قصاص و دیه را ساقط کند و موید این مطلب نیز ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی است که در آن ماده استثنائاً در یک حالت رضایت را مسقط حق قصاص می داند و این یعنی در بقیه موارد مسقط حق قصاص نیست.

### ۱۰-۲-۲. انگیزه

از آن جایی که در تحقق قتل عمد وجود عنصر عدوان بیان شده است، باید بررسی شود که آیا انگیزه مرتکب در قتل شیرین و حسن نیت وی، باعث از بین رفتن عدوان و عدم تحقق قتل می شود یا نه؟

انگیزه را ذیل عنصر روانی جرم باید بررسی کرد. عنصر روانی به خواست مجرمانه و نیت درونی مرتکب تعریف شده است به این صورت که اراده جانی بر انجام فعل ممنوع و تحقق نتیجه مجرمانه آن است(صادقی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۷). به عبارتی عمد در فعل و عمد در نتیجه در جنایات عمدی، به عنوان عنصر روانی مطرح است. انگیزه یک داعی برای انجام عمل است و بنابراین از عناصر تشکیل دهنده جرم محسوب نمی شود(ولیدی، ۱۳۹۱، ص ۸۳). در بعضی موارد انگیزه باعث می شود که یک عمل مجرمانه، مجازات نداشته باشد؛ مانند دفاع مشروع که در آن به جهت این که انگیزه مرتکب از عمل دفاع از جان و مال و ناموس است، باعث سقوط مجازات می شود در نهادهای ارفاقی نیز انگیزه یکی از عوامل تخفیف یا تقلیل مجازات است.

می توان گفت که از آنجایی که انگیزه در رفع عناصر تشکیل دهنده جرم نقشی ندارد، و در مواد قانونی نیز به عنوان تغییردهنده ماهیت جرم بیان نشده است و در مواردی که به عنوان تقلیل دهنده یا تخفیف یا از ساقط مجازات بیان شده است ناظر به ما نحن فیه نیست و با توجه به در مقام بیان بودن قانون گذار، در نظر قانون گذار انگیزه شخص در قتل شیرین هیچ تاثیری در جواز یا عدم جواز و ضمان و دیه ندارد.

## نتیجه گیری

مسئله آتانازی به دلیل تناقضات موجود در روایات و نظرات فقها، یک موضوع پیچیده و مورد اختلاف است. برخی فقها با استناد به روایاتی که حرمت هرگونه اقدام به کشتن خود یا دیگران را بیان می‌کنند، آتانازی را مطلقاً حرام می‌دانند. در مقابل، برخی دیگر با تکیه بر اصولی مانند «حفظ حیات» و «رفع رنج» در شرایط خاصی (مانند بیماری‌های لاعلاج و درد غیرقابل تحمل) جواز آتانازی را مطرح کرده‌اند. باتوجه به این که قتل شیرین به صورت مستقل در عبارات فقهای متأخر بررسی نشده بود و در کتب فقهی باب مستقلی در این زمینه وجود نداشت، با استناد به قواعد فقهی و نظرات فقها در موارد مشابه به این مسئله، ضمن بیان اقسام قتل شیرین حکم هر قسم به این صورت بیان شد:

۱. مرگ شیرین فعال، داوطلبانه، با مباشرت شخص بیمار: حکم تکلیفی آن حرمت و حکم وضعی، عدم ضمان و دیه است.
۲. مرگ شیرین غیرفعال، داوطلبانه، با مباشرت خود بیمار: حکم تکلیفی: جواز (در صورتی که امیدی به زنده ماندن نیست) و حکم وضعی، عدم ضمان و دیه است.
۳. مرگ شیرین فعال، داوطلبانه، مباشرت غیر شخص بیمار: حکم تکلیفی آن حرمت اما حکم وضعی: علی المبنی ثبوت قصاص و دیه یا عدم ثبوت قصاص و دیه است.
۴. مرگ شیرین فعال، غیرداوطلبانه، مباشرت غیر شخص بیمار: حکم تکلیفی آن حرمت اما حکم وضعی، ثبوت قصاص و دیه است.
۵. مرگ شیرین غیرفعال، داوطلبانه، مباشرت غیر شخص بیمار: حکم تکلیفی آن حرمت و حکم وضعی: عدم ثبوت ضمان و دیه است.
۶. مرگ شیرین غیرفعال، غیرداوطلبانه، مباشرت غیر شخص بیمار: حکم تکلیفی آن حرمت و حکم وضعی، عدم ثبوت ضمان و دیه است.
۷. مرگ شیرین فعال، مباشرت غیر شخص بیمار (بیمار از قوای ادارکی بهره‌مند نیست) که در این صورت حکم تکلیفی آن حرمت و حکم وضعی: دیه به مقدار صد دینار است.

۸. مرگ شیرین غیرفعال، مباشرت غیر شخص بیمار: حکم تکلیفی آن جواز و حکم وضعی: عدم ثبوت ضمان و دیه است. در بررسی حقوقی بیان شد که انگیزه و رضایت هیچ تأثیری در مسئولیت کیفری قتل شیرین نخواهد داشت و موادی که قتل شیرین می‌توانست شمول آنها قرار بگیرد به غیر از مواد مربوط به اقسام قتل، قتل شیرین به صورت مستقل در هیچ یک از مواد قانونی مطرح نشده است و مشمول حکم هیچ ماده قانونی دیگری نمی‌باشد و با وجود اینکه قتل شیرین در فقه اختلافی بود و در بعضی حالات جایز شمرده می‌شد لکن به نظر می‌رسد قانون‌گذار، از نظر فقهی کسانی تبعیت کرده است که قتل شیرین را مطلقاً ممنوع می‌دانند و از مصادیق قتل عمدی نفس بیان می‌کنند.

## فهرست منابع

### الف) کتب فارسی

قرآن کریم

ابن فارسی، احمد، (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، قم.

اصفهان‌ی، محمد بن حسن، (۱۳۷۶ش)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- اعتمادیان، محمود ناصر الدین، (۱۳۴۲ش)، اخلاق پزشکی، انتشارات دانشگاه تهران.
- امیل دورکیم، داوید، مترجم: سالارزاده امیری - نادر، (۱۳۷۹ش)، خودکشی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران.
- انصاری، قدرت الله، (۱۳۹۲)، احکام و حقوق کودکان در اسلام، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم.
- انصاری، محمدعلی، (۱۳۸۹ش)، الموسوعه الفقهيہ الميسره ويليها المحق الاصولی، مجمع الفکر الاسلامی، قم.
- ایازی، محمدعلی، (۱۳۸۰ش)، فقه پژوهی قرآنی، بوستان کتاب، قم.
- ابطحی، سالمه، ۱۳۸۱/۶/۲۲، می خواهم بمیرم، نشریه همشهری.
- آقابابایی، اسماعیل، (۱۳۹۲ش)، مسائل فقهی و حقوقی قتل از روی ترحم، پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی، تهران.
- بلیندا، بینت، مترجم: عباسی، محمود، (۱۳۸۷ش)، حقوق و پزشکی، حقوقی، تهران.
- بهجت، محمدتقی، (۱۳۸۱ش)، احکام و استفتائات بهداشتی و پزشکی، میراث ماندگار، قم.
- تبریزی، جواد و خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۸۳ش)، صراط النجاه فی اجوبه الاستفتائات، مدین، قم.
- تبریزی، جواد، (۱۳۸۷ش)، تنقیح مبانی الاحکام القصاص، دار الصدیقه الشهید
- تفضلی، ابولقاسم، (۱۳۸۶ش)، به من حق مردن بدهید، نشریه وکالت، ش ۱۸.
- تقدسی نژاد، فخرالدین، (۱۳۸۴ش)، بررسی نگرشی گروهی از پزشکان ایرانی به اتانازی، مجله طب و تزکیه، ش ۴۵،
- جناتی، محمدابراهیم، ادوار، (۱۳۷۴ش)، فقه و کیفیت بیان آن، کیهان، تهران.
- جواهری، حسن، (بی تا)، بحوث فی الفقه المعاصر، دار الذخائر، بی جا.
- حر عاملی، محمد ابن حسن، (۱۴۱۶ق)، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت، قم.
- حلی، حسن ابن یوسف، (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- خدادادی، غلامحسین، (۱۳۸۵ش)، احکام پزشکان و بیماران: مطابق با فتوای مرجع عالیقدر حضرت آیت الله العظمی حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی مدظله العالی، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم.
- خسروپناه، عبدالحسین، (۱۳۹۵ش)، منظومه فکری امام خمینی (ره)، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه قم.
- خمینی، روح الله، (۱۳۷۹ش)، تحریرالوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۳ش)، مبانی تکمله المنهاج، خرسندی، قم.
- خویی، سید ابولقاسم، (۱۳۸۶ش)، الموسوعه الامام خویی، مؤسسه احیاء آثار امام خمینی، قم.
- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۸۲ش)، فقه الأعذار و المسائل الطبییه، مؤسسه احیاء آثار آیت الله خوئی، قم.
- دورکیم، امیل، ترجمه نادر سالار زاده، (۱۳۷۸ش)، خودکشی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران.
- دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۲ش)، لغت نامه دهخدا، روزه، دهخدا.
- رحیمی نژاد، اسماعیل، (۱۳۹۱ش)، آشنایی با حقوق جزا و جرم شناسی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم.
- رفیعی منش، احسان، (۱۳۷۶ش)، اتانازی یا مرگ از روی ترحم، دانشگاه علوم پزشکی، مجله موید، ش ۹.
- زراعت، عباس، (۱۳۸۷ش)، شرح قانون مجازات اسلامی، بخش کلیات (حقوق جزای عمومی)، ققنوس، تهران.
- سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۵ق)، الرسائل الأربع: قواعد أصولیه و فقهیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.

سلیمی، انسیه و فتوحی، محمد جواد، (۱۳۹۴ش)، تحلیل حقوقی اتانازی در لایحه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۰، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، ش ۴.

شهید اول، علی، (۱۳۷۲ش)، سید ابوالحسن، غایه المراد فی شرح الارشاد و حاشیه الارشاد، مرکز الابحاث الاسلامیه، قم.

شهید ثانی زین الدین ابن علی، (۱۴۱۴ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه معارف، قم.

شهید ثانی، زین الدین ابن علی، (۱۴۳۲ق)، الروضیه البهیة فی شرح المعه دمشقیه، مجمع الفکر الاسلامی، قم.

صادقی، میرمحمد، (۱۳۹۵ش)، جرایم علیه اشخاص، میزان، تهران.

صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۴۰۰ش)، استفتانات پزشکی، مرکز تنظیم و نشر آثار آیت الله العظمی صافی، قم.

طبرسی، فضل ابن حسن، (۱۴۰۸)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، دارالمعرفه، بیروت.

طوسی، محمد ابن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، قم.

عباسی، محمود، (۱۳۷۳ش)، مجموعه مقالات حقوق پزشکی، مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق، قم.

علیان نژادی، ابوالقاسم، (۱۳۹۴ش)، احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی، قم.

کرمی، خدابخش، (۱۳۸۱ش)، اتانازی مرگ آسان و راحت، اسلام وطب، دفتر نشر معارف، قم.

کیانی - گودرزی، (۱۳۸۶ش)، مهرزاد - فرامرز، پزشکی قانونی، سمت، تهران.

گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۵ش)، حقوق جزای اختصاصی، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

لاریجانی، باقر، (۱۳۸۷ش)، پزشک و ملاحظات اخلاقی: مروری بر مبانی اخلاق پزشکی، برای فردا، تهران.

لنکرانی، فاضل، (۱۳۹۵ش)، اصول فقه شیعه (درس های خارج اصول مرجع عالیقدر تشیع آیت الله فاضل لنکرانی)، مرکز فقهی

ائمہ اطهار، قم.

لنگرودی، محمدجعفر جعفری، (۱۳۷۴ش)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (۱۳۸۶ش)، بحار الانوار، اسلامیه، قم.

مرتضوی، سید محسن، (۱۳۹۹ش)، پیوند اعضا و مرگ مغزی در آینه فقه، نسیم رضوان، قم.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۳۷۹ش)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

جامعه مدرسین حوزه، قم.

موسوی بجنوردی، سید محمد و رضوی نیا، مریم، (۱۳۹۳)، اتانازی در فقه و حقوق اسلامی با محوریت آرای امام خمینی (ره)،

پژوهش نامه متین، سال شانزدهم، ش ۶۳.

موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۹۳ش)، اتانازی در فقه و حقوق اسلامی با محوریت آرای امام خمینی (س)، پژوهش نامه

متین، ش ۶۳.

ناصرالدین اعتمادیان، محمود، (۱۳۴۲ش)، اخلاق و آداب پزشکی، مؤسسه انتشارات و چاپ تهران.

نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۳ش)، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، قم.

نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۳۷۴ش)، شرایع الاسلام، اعلمی، قم.

وحید خراسانی، حسین، (۱۳۸۳ش)، منهاج الصالحین، مدرسه الامام باقرالعلوم علیه السلام، قم.

ولیدی، محمد صالح، (۱۳۹۱ش)، حقوق جزای اختصاصی: جرایم علیه اشخاص، امیرکبیر، تهران.

**سایتها:**

- سایت اطلاع رسانی آیت الله حکیم.
- سایت اطلاع رسانی آیت الله سیستانی.
- سایت اطلاع رسانی آیت الله شبیری.
- سایت اطلاع رسانی آیت الله مکارم شیرازی.
- سایت اطلاع رسانی آیت الله نوری همدانی.
- سایت دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت الله خامنه ای.
- ویکی فقه

